

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 17^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να συνεξετάσει προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων: α) την, από 10.10.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1573/11.10.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, β) την, από 12.10.2023, προδικαστική προσφυγή με (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1584/13.10.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και γ) την, από 12.10.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1586/13.10.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του ... με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγουσες αιτούνται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... (θέμα ...) απόφαση μερικής ματαίωσης, σύμφωνα με το άρθρ. 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016, του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε κατ' αποδοχή του ... πρακτικού της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια ... για τις ανάγκες του ...», εκτιμώμενης αξίας ... €, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... , ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Επειδή, για την άσκηση της 2^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... , ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Επειδή, για την άσκηση της 3^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... , ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 10.10.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1573/11.10.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 12.10.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1584/13.10.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, η 3^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 12.12.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1586/13.10.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα οι τρεις προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω πράξη, καθόσον οι κατ' αυτής προδικαστικές προσφυγές έχουν κατατεθεί

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 02.10.2023.

4. Επειδή, η 1η προσφεύγουσα («...»), που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, με συνέπεια να της κατακυρωθούν συγκεκριμένα είδη του διαγωνισμού, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία ο ένδικος διαγωνισμός μταιώθηκε, μεταξύ άλλων, και κατά το μέρος που έγινε δεκτή η δική της προσφορά. Πιο συγκεκριμένα, η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιτιολόγητη, σε κάθε δε περίπτωση, είναι μη νόμιμη, διότι δεν τηρήθηκε η διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 7 και 8 του ν. 4412/2016, στο οποίο προβλέπεται η αξιολόγηση των επανορθωτικών μέτρων και η έκδοση σχετικής απόφασης από την αναθέτουσα αρχή, μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ως άνω νόμου.

5. Επειδή, η 2η προσφεύγουσα («...»), που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, με συνέπεια να της κατακυρωθούν συγκεκριμένα είδη του διαγωνισμού, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία ο ένδικος διαγωνισμός μταιώθηκε, μεταξύ άλλων, και κατά το μέρος που έγινε δεκτή η δική της προσφορά. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιτιολόγητη, σε κάθε δε περίπτωση, είναι μη νόμιμη, διότι δεν τηρήθηκε η διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 7 και 8 του ν. 4412/2016, στο οποίο προβλέπεται η αξιολόγηση των επανορθωτικών μέτρων και η έκδοση σχετικής απόφασης από την αναθέτουσα αρχή, μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ως άνω νόμου.

6. Επειδή, η 3^η προσφεύγουσα («...»), που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, με συνέπεια να της

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

κατακυρωθούν συγκεκριμένα είδη του διαγωνισμού, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία ο ένδικος διαγωνισμός ματαιώθηκε, μεταξύ άλλων, και κατά το μέρος που έγινε δεκτή η δική της προσφορά. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναίτιολογητη, σε κάθε δε περίπτωση, είναι μη νόμιμη, διότι δεν τηρήθηκε η διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 7 και 8 του ν. 4412/2016, στο οποίο προβλέπεται η αξιολόγηση των επανορθωτικών μέτρων και η έκδοση σχετικής απόφασης από την αναθέτουσα αρχή, μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ως άνω νόμου.

7. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση 1^η προσφυγή, το με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση 2^η προσφυγή και το με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση 3^η προσφυγή, τα οποία ελήφθησαν υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, στις 19.10.2023 η 1^η προσφεύγουσα («...»), υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή. Επίσης, την 1^η.11.2023, η 3^η προσφεύγουσα («...»), υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή

9. Επειδή, στην προσβαλλόμενη πράξη του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «... Γ. λαμβάνοντας υπόψη το αρ. 106 παρ. 3 του Ν 4412/2016 : «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψη της από το σημείο που εμφοιχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη», εξαιτίας όλων των ανωτέρω (Α., Β., Γ.), η επιτροπή διαπιστώνει σφάλμα ως προς τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής των τριών εταιρειών, και σύμφωνα με το αρ. 106 παρ. 3 του Ν 4412/2016, γνωμοδοτεί για την μερική ματαίωση της απόφασης κατακύρωσης (συνεδρίαση ..., θέμα ...ο: «Υποβολή-διαβίβαση του

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

πρακτικού Νο ... και του πρακτικού Νο ... (αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης) του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με Αριθ. Πρωτ. ... διακήρυξη για την προμήθεια «...», ΑΔΑ: ...), δηλαδή ματαίωση ως προς τις τρεις προαναφερόμενες εταιρείες: ..., ..., ...».

10. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} και 2^{ος} λόγος προσφυγής: έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης - μη τήρηση της προβλεπόμενης στο άρθρ. 73 διαδικασίας εξέτασης της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων.

Α) Οι τρεις (3) προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως και ανατιολόγητα αποφασίστηκε ότι συντρέχει στο πρόσωπό τους ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. ... (σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού) της διακήρυξης και τούτο, διότι δεν περιλαμβάνεται σε αυτήν καμία συγκεκριμένη, πολλώ δε μάλλον, νόμιμη κρίση ως προς το ζήτημα αυτό. Περαιτέρω, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς ισχυρίζονται ότι στην προσβαλλόμενη πράξη δεν αναφέρεται ρητά η διαδικασία που ακολούθησε η αναθέτουσα αρχή για να κρίνει ότι συντρέχει στο πρόσωπό τους ο κρίσιμος λόγος αποκλεισμού, ποια συγκεκριμένη συμπεριφορά τους είναι δήθεν στρεβλωτική του ανταγωνισμού, ποιες διατάξεις παραβιάστηκαν, αλλά ούτε και με ποιον τρόπο εθίγη το δημόσιο συμφέρον εν προκειμένω και επομένως, στερείται επαρκούς αιτιολογίας (βλ. ΣτΕ 100/2015, 1831/2005, 2584/2001, 3240/1999, 2545/1998).

Β) Όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 40, 204 και 237/2019), η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. αναφορικά με τους λόγους αποκλεισμού, αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνο, ενώ δεν δύναται να αποτελέσει αντικείμενο ερωτήματος το εάν συντρέχει (ή όχι) στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξ αιτίας του πραγματικού αυτού συντελεσθέντος γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα στάδια, εφόσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά στο βασικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά σε περαιτέρω ερωτήματα του εντύπου, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εάν συντρέχει (ή όχι) εν τέλει

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, ως βασίμως ισχυρίζεται ο 1^{ος} προσφεύγων, παρόλο που οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν να προβαίνουν σε σχετική δήλωση στο Μέρος III του Ε.Ε.Ε.Σ., εντούτοις, η δήλωση αυτή δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους, αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους, για τους οποίους δεν διακυβεύεται, η ορθή εκτέλεση της σύμβασης, σε περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι. Συναφώς, η 2^η προσφεύγουσα ορθώς ισχυρίζεται ότι η σχετική δήλωσή της στο Μέρος III του Ε.Ε.Ε.Σ «... σε καμία περίπτωση δεν συνιστά ομολογία περί σύναψης τέτοιας συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού ούτε μπορεί να εκληφθεί ως τέτοια και απλά γίνεται προς ενημέρωση ...». Συνεπώς, η διαπίστωση περί της συνδρομής του κρίσιμου λόγου αποκλεισμού δεν ενεργοποιείται δια μόνης της δήλωσης του προσφέροντος, πολλώ δε μάλλον, δια μόνης της θέσης θετικής απάντησης στο οικείο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ, αλλά προϋποθέτει, την αξιολογική κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού.

Σύμφωνα με το άρθρο 73 («...») του ν. 4412/2016: «7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 και στην παρ. 4, εκτός από την περ. β' αυτής, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη

απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9».

Συναφώς, στα άρθρα ... και ... της εν θέματι διακήρυξης προβλέπεται ότι: «... Οικονομικός φορέας που εμπíπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους ... και ... , εκτός από την περ. β αυτής, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (...). Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση. ... Η απόφαση για την

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016».

Στο άρθρο 106 («...») του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: *«Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.»*

Γ) Από τις ανωτέρω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης συνάγεται σαφώς ότι σε περίπτωση κατ' αρχήν δήλωσης λόγου αποκλεισμού, θα πρέπει να τηρείται η διαδικασία που προεκτέθηκε, ως ουσιώδης τύπος, δεδομένου ότι ο διαγωνιζόμενος μπορεί να αποδείξει ότι η κατ' αρχήν συνδρομή και εν συνεχεία δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ του οικείου λόγου αποκλεισμού δεν επηρεάζει την φερεγγυότητά του έναντι της αναθέτουσας αρχής και επομένως, δεν δικαιολογείται ο αποκλεισμός του από τη διαδικασία. Ωστόσο, από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης πράξης ουδόλως προκύπτει ότι οι εν λόγω προσφεύγουσες αποκλείστηκαν και μάλιστα μη νομίμως και αναίτιολογήτως από τον υπόψη διαγωνισμό. Τουναντίον, από την επισκόπηση της φράσης: *«... εξαιτίας όλων των ανωτέρω (Α., Β., Γ.), η επιτροπή διαπιστώνει σφάλμα ως προς τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής των τριών εταιρειών...»*, που περιέχεται στην προσβαλλόμενη πράξη, προκύπτει ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή αποφάσισε νομίμως και με πλήρη αιτιολογία να διορθώσει την «παράλειψή» της, υπό την έννοια του άρθρου 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και να αποστείλει τα κρίσιμα - σε σχέση με τον λόγο αποκλεισμού του άρθρ. ... περ. ... της διακήρυξης - στοιχεία που δήλωσαν οι τρεις προσφεύγουσες στο Ε.Ε.Ε.Σ. τους, ώστε να λάβει το πρώτον χώρα η προβλεπόμενη στο άρθρ. 73 παρ. ... έως ... διαδικασία αξιολόγησης των εκ μέρους τους ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από την επιτροπή του ως άνω άρθρου, η οποία στην προκείμενη περίπτωση μη νομίμως παραλείφθηκε. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι οι τρεις προσφεύγουσες δεν θα έπρεπε να είχαν αναδειχθεί ανάδοχοι για συγκεκριμένα είδη του ένδικου διαγωνισμού, προτού λάβει χώρα η υποχρεωτική διαδικασία του άρθρ. 73 παρ. 7 έως 9 του ν. 4412/2016, σε κάθε δε περίπτωση, η αναθέτουσα νομίμως προέβη στην

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

προσβαλλόμενη εν μέρει ματαίωση του διαγωνισμού, η οποία (ματαίωση) αφορά αποκλειστικά στον έλεγχο των προσφορών των τριών αυτών προσφευγόντων, προς θεραπεία της ως άνω παράλειψης, ως ρητώς και σαφώς προβλέπεται στο άρθρο 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 1^{ος} (κοινός) λόγος των υπό κρίση προσφυγών θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Δ) Περαιτέρω, οι προσφεύγουσες απαραδέκτως διαμαρτύρονται για το γεγονός ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν ενεργοποίησε την προβλεπόμενη στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 διαδικασία αξιολόγησης των επανορθωτικών μέτρων που δήλωσαν στο Ε.Ε.Ε.Σ. ή στην συνοδευτική του Ε.Ε.Ε.Σ. υπεύθυνη δήλωσή τους (2^{ος} λόγος προσφυγής). Ως, εξάλλου, αναφέρεται στα σχετικά έγγραφα απόψεων της αναθέτουσας, σκοπός έκδοσης της απόφασης της εν μέρει ματαίωσης του ένδικου διαγωνισμού, βάσει του άρθρου 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016, ήταν, σε κάθε περίπτωση, να εξεταστεί το θέμα της τυχόν στρέβλωσης του ανταγωνισμού, λόγω της συμπεριφοράς που επέδειξαν οι εν λόγω εταιρείες, την οποία (συμπεριφορά) περιέγραψαν στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. τους, από την καθ' ύλην αρμόδια επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, «... η οποία διαθέτει την εμπειρία και την τεχνογνωσία για το θέμα, διασφαλίζοντας και προφυλάσσοντας την ακεραιότητα, της διαγωνιστικής διαδικασίας, του ... ». Επίσης, ορθώς η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι, κατόπιν εκτίμησης των πληροφοριών που δηλώθηκαν από τους προσφεύγοντες στο επίμαχο πεδίο των υποβληθέντων Ε.Ε.Ε.Σ, δεν αποφασίστηκε ο αποκλεισμός τους από την ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά η περαιτέρω διερεύνηση του θέματος της τυχόν στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την αρμόδια και εξειδικευμένη για τα ζητήματα αυτά επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, αναφέροντας χαρακτηριστικά ότι: «Και η ... επανεκτίμησε ως επιβεβλημένο, να γνωμοδοτήσει την μερική ματαίωση της διαδικασίας και την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη, όπως προβλέπεται στο άρθρο 106 παρ. 3 του Ν 4412/2016...». Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι με την εν μέρει ματαίωση του ένδικου διαγωνισμού, ουδόλως επιδιώχθηκε η επαναπροκήρυξη των ειδών και των ποσοτήτων που κατακυρώθηκαν στους προσφεύγοντες, παρά μόνο να εξεταστεί, όπως πρέπει, το θέμα της στρέβλωσης (ή μη) του ανταγωνισμού και δη, να αξιολογηθούν τα ληφθέντα από τους εν λόγω συμμετέχοντες και δη

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

αναδόχους, μέτρα επανόρθωσης, ως προβλέπεται στον νόμο και στην επίμαχη διακήρυξη (βλ. άρθρ. ... και ...).

Θα πρέπει να επισημανθεί ότι αβασίμως ισχυρίζονται οι προσφεύγοντες ότι μόνο όταν η αναθέτουσα αρχή προβεί σε δική της αξιολόγηση περί του ότι συντρέχει κάποιος εκ των προβλεπόμενων στη διακήρυξη λόγων αποκλεισμού, αποστέλλει στην συνέχεια τον σχετικό φάκελο στην επιτροπή του άρθρ. 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, για να αξιολογήσει πλέον αυτή, εάν δια των ληφθέντων μέτρων επανόρθωσης δύναται να αρθεί ο λόγος αποκλεισμού που ήδη έχει διαπιστωθεί από την ίδια την αναθέτουσα αρχή. Και τούτο, διότι το αληθές νόημα των διατάξεων του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (ως άλλωστε προκύπτει και από το σαφές γράμμα τους), είναι πως στις περιπτώσεις όπου οι συμμετέχοντες δηλώνουν στο Ε.Ε.Ε.Σ τους, αφενός μεν, στοιχεία που δημιουργούν στην αναθέτουσα αρχή την υπόνοια ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού τους από τη διαδικασία, αφετέρου δε, τα μέτρα επανόρθωσης που έλαβαν για τον λόγο αυτόν, ο σχετικός φάκελος με τα κρίσιμα στοιχεία αποστέλλεται υποχρεωτικά στην ως άνω εξειδικευμένη επιτροπή, προ της έκδοσης της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής, το δε αποφασιστικό όργανο αυτής αναμένει την έκδοση της επίμαχης γνωμοδότησης, ώστε να είναι σε θέση να εκδώσει την απόφαση και να προχωρήσει στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Επομένως, όταν οι οικείες δηλώσεις στο Μέρος III του Ε.Ε.Ε.Σ. συνιστούν εύλογες ενδείξεις για το ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού, θα πρέπει ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα στις απόψεις της σε σχέση, για παράδειγμα, με την υπό κρίση 3^η προσφυγή να «...εξεταστούν συνολικά τα μέτρα επανόρθωσης και προληπτικού χαρακτήρα. Και θα εξεταστούν από την αναθέτουσα αρχή, επικουρούμενη από την καθ ύλη επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν 4412/2016, με την διαθέτουσα εμπειρία και τεχνογνωσία της. Συστήνεται, η εταιρεία να εμπιστευτεί τους θεσμούς (εν προκειμένω την επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν 4412/2016), καθότι διαθέτουν την απαιτούμενη εμπειρία και τεχνογνωσία και γι αυτό ξέρουν να διακρίνουν και να συστήνουν κατάλληλα...».

Καταληκτικά, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι, τόσο η δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ πραγματικών στοιχείων, τα οποία υπό συγκεκριμένες περιστάσεις και ανάλογα με τη βαρύτητά τους, δύναται να στοιχειοθετήσουν λόγο αποκλεισμού σε βάρος των διαγωνιζομένων, όσο και η δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ (ή στη

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

συνοδευτική του Ε.Ε.Ε.Σ υπεύθυνη δήλωση) των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που αυτοί έλαβαν, για να αποδείξουν ότι δεν εθίγη η αξιοπιστία τους, αποτελούν συνήθη ζητήματα που ανακύπτουν κατά τη διάρκεια μιας διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εντούτοις, η οικεία αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να προβεί στην ρητώς προβλεπόμενη διαδικασία του άρθρ. 73 παρ. 7 έως 9 του ν. 4412/2016, ώστε να αξιολογηθεί από την αρμόδια επιτροπή, εάν η λήψη συγκεκριμένων μέτρων διέσωσε την αξιοπιστία των εν λόγω τριών οικονομικών φορέων. Ως εκ τούτου, νομίμως και αιτιολογημένα η αναθέτουσα προέβη στη διόρθωση της επίμαχης «παράλειψης», άλλως, του επίμαχου «σφάλματος» που εμφιλοχώρησε στην ένδικη διαδικασία, δυνάμει του άρθρ. 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών των προσφευγόντων. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι με την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής επιδιώκεται νομίμως η θεραπεία της - υπό την έννοια του άρθρ. 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016 - «παράλειψης» της τήρησης ουσιώδους τύπου της εν θέματι διαδικασίας, για την οποία μάλιστα παράλειψη διαμαρτύρονται εντόνως οι προσφεύγουσες, ο 2^{ος} κοινός λόγος των υπό εξέταση προσφυγών κρίνεται απορριπτέος.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση τρεις προδικαστικές προσφυγές θα πρέπει να απορριφθούν.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσουν τα παράβολα που κατέθεσαν οι τρεις (3) προσφεύγουσες (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την 1^η προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την 2^η προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την 3^η προδικαστική προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση των προσκομισθέντων τριών παραβόλων, ποσού εξακοσίων (600,00) €, έκαστο.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 17^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 07^η Δεκεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1824,1825,1826/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ