

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 28 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 23-3-2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 403/24.3.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... , ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ... , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στα ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλομένων με αριθμό ... αποφάσεων του ... Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με τις αποφάσεις αυτές α) αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα, β) έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος των Τμημάτων ... του διαγωνισμού και γ) έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του Τμήματος ... η εταιρεία «...».

Υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα, με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, ποσού 600,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν.4412/2016 και 5 του π.δ 39/2017 και την εκτιμώμενη, χωρίς Φ.Π.Α. αξία της σύμβασης, ποσού 41.322,59€, χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ).
2. Το ... , ως αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης του προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την «...», προϋπολογισμού 41.322,59€ χωρίς Φ.Π.Α. (και 51.240,02€ με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, η σύμβαση υποδιαιρείται σε τρία τμήματα, ενώ ρητώς ορίστηκε ότι προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα τμήματα του διαγωνισμού, για το σύνολο όμως των ειδών του κάθε τμήματος. Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 21/10/2022 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό ...
3. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 28/11/2022 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών η 2/12/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα υπέβαλαν προσφορά και για τα τρία τμήματα της ...ς, ο οικονομικός φορέας «...» για τα τμήματα ... και η εταιρεία «...» υπέβαλε προσφορά μόνο για το τμήμα ... Με το Πρακτικό υπ' αριθ. ... η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε **α)** την απόρριψη των δικαιολογητικών συμμετοχής και της προσφοράς της προσφεύγουσας και στα τρία τμήματα για τα οποία υπέβαλε προσφορά, διότι στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε, δεν δήλωσε τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, αν και απάντησε καταφατικά «Ναι» στο ερώτημα *«Έχει συνάψει οι οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»*, και **β)** την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών του συνόλου των λοιπών συμμετεχόντων, για τα τμήματα για τα οποία συμμετείχαν. Το Πρακτικό αυτό επικυρώθηκε με την υπ' αριθμό ... απόφαση του ... Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής. Ακολούθως, με την υπ'

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2023**

αριθμό ... απόφαση του ... Συμβουλίου επικυρώθηκε το Πρακτικό ... της Επιτροπής του διαγωνισμού και αναδείχθηκαν οι οριστικοί ανάδοχοι των επιμέρους τμημάτων της ... Η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος στα Τμήματα ... και η εταιρεία «...» οριστική ανάδοχος στο Τμήμα ... Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης οριστικής κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώνεται κατ' άρθρο 100 του ν. 4412/2016 και 3.3.1 της Διακήρυξης η προηγηθείσα απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου στρέφεται η προσφεύγουσα και ζητά την ακύρωσή της, για τους λόγους και τις αιτίες που αναπτύσσονται στην προσφυγή.

**4.** Η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της (...), της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

**5.** Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση (μετά των εγκεκριμένων Πρακτικών, που αποτελούν την αιτιολογία της) κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 13/3/2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 23/3/2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη. Η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, ματαιώνοντας την προσδοκία της να αναδειχθεί ανάδοχος των τμημάτων της σύμβασης, για τα οποία υπέβαλε προσφορά. Επιπλέον, δεδομένου ότι δεν έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα (πρβλ. ΔΕΕ C771-19 «NAMA», ΔΕφΑθ 101/2020, ΔΕφΠειραιά 6/2022), η προσφεύγουσα μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά των αναδειχθέντων οριστικών αναδόχων στα Τμήματα ... , στα οποία και η ίδια συμμετείχε, παραπονούμενη για την αποδοχή των προσφορών τους.

**6.** Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 23/3/2023 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της.

**7.** Η παρεμβαίνουσα και αναδειχθείσα οριστική ανάδοχος στα Τμήματα ... άσκησε παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 3/4/2023 την με ίδια ημερομηνία Παρέμβασή της, και με πρόδηλο έννομο συμφέρον καθώς με την προσφυγή ζητείται η απόρριψη της προσφοράς της.

**8.** Με την υπ' αριθμό 559/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε στις 4/4/2023 στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους συμμετέχοντες, αιτούμενη παραλλήλως την απόρριψη της προσφυγής στο σύνολό της κατά τα εκεί ειδικώς αναφερόμενα. Επί των απόψεων αυτών και προς αντίκρουσή τους, καθώς και προς αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 10/4/2023, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 εδ. τελευταίο του ν. 4412/2016, το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό Υπόμνημά της. Επισημαίνεται ότι ορθώς το Υπόμνημα της προσφεύγουσας υποβλήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ, λόγω επιβεβαιωμένης τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του υποσυστήματος ΕΣΗΣΗΣ Προμηθειών Υπηρεσιών το κρίσιμο χρονικό διάστημα.

**9.** Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

**10.** Με τον **πρώτο** λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απόφαση αποκλεισμού της είναι ακυρωτέα, ως εκδοθείσα κατά παράβαση των άρθρων 2.2.3.4 περ. γ' και 2.2.9.1 δωδέκατο εδάφιο της Διακήρυξης (και των αντίστοιχων άρθρων 73 παρ. 4 περ. γ' και 79 παρ.1 του ν. 4412/2016). Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι κατά την ορθή ερμηνεία των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης και του νόμου δεν είχε υποχρέωση να αναφέρει μέτρα αυτοκάθαρσης, και τούτο, παρά το γεγονός ότι απάντησε καταφατικά («Ναι») στο κρίσιμο ερώτημα «Έχει συνάψει οι οικονομικός

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού». Κατά τους ισχυρισμούς της, ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού (σύναψη συμφωνίας με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού) δεν στοιχειοθετείται εν προκειμένω, γιατί ναι μεν έχει διαπιστωθεί - με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που ρητώς μνημονεύει στο ΕΕΕΣ της - η εκ μέρους της σύναψη συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού, πλην όμως η υπόθεση υπήχθη στο πρόγραμμα επιείκειας, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 44 παρ. 3β περ. α' του ν. 3959/2011 και δεν επιβλήθηκε πρόστιμο σε βάρος της. Συναφώς, επικαλείται ότι η επίκληση της «επιφύλαξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011» στον όρο 2.2.3.4 της Διακήρυξης συνεπάγεται τη μη στοιχειοθέτηση σε βάρος της του ως άνω λόγου αποκλεισμού.

11. Στα κρίσιμα άρθρα της Διακήρυξης, σε σχέση με το τιθέμενο εν προκειμένω ζήτημα προβλέπονται τα ακόλουθα: **«2.2.3.4 Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,[...] [...]2.2.3.7 Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4 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 (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 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, 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. 2.2.3.8 Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την**

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. [...] **2.2.9.1** Προκαταρτική απόδειξη κατά την υποβολή των προσφορών....Ο οικονομικός φορέας φέρει την ειδική υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ, την κατάσταση του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.3 της παρούσης και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Ιδίως επισημαίνεται ότι κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η πάροδος της τριετούς περιόδου της ισχύος του λόγου αποκλεισμού (παραγράφου 10 του άρθρου 73) ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, σύμφωνα με την περ. γ της παραγράφου 2.2.3.4 της παρούσης, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης». Περαιτέρω, το άρθρο 44 του ν. 3959/2011, ως τροποποιηθέν από το άρθρο 235 του ν. 4635/2019, ορίζει ότι : «3α. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, εξαλείφεται το αξιόποινο του αδικήματος του πρώτου και τρίτου εδαφίου της παραγράφου 1 και των εγκλημάτων που συρρέουν κατ' ιδέαν με αυτό. Με την παροχή διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου, αναστέλλεται η ποινική δίωξη για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Κατά το χρονικό διάστημα της αναστολής, αναστέλλεται η παραγραφή των εγκλημάτων χωρίς να ισχύουν οι χρονικοί περιορισμοί του εδαφίου α' της παραγράφου 2 του άρθρου 113 του Ποινικού Κώδικα. Η υπαγωγή στο πρόγραμμα του άρθρου 25 παράγραφος 8, συνεπεία της οποίας επιβλήθηκε μειωμένο πρόστιμο, εάν αυτό δεν εξοφληθεί ολοσχερώς, συνιστά ελαφρυντική περίπτωση για τις πράξεις των παραγράφων 1 και 2 και επιβάλλεται ποινή μειωμένη κατά το άρθρο 83 του Ποινικού Κώδικα. 3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού,

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.[...]».

Όπως έχει *ad hoc* κριθεί (ΣΤΕ 735/2020), οι νεότερες ρυθμίσεις που εισήχθησαν με το άρθρο 235 του ν. 4635/2019 για την τροποποίηση των διατάξεων σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού, που αφορά στη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν καταργούν την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να δηλώσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τα πραγματικά γεγονότα σε σχέση με τη σύναψη τέτοιων συμφωνιών. Επιπλέον, έχει κριθεί (βλ. ΔΕφΘεσ 493/2021) ότι «...η αιτούσα, η οποία έχει απαντήσει καταφατικά με το υποβληθέν ΕΕΕΣ στο ερώτημα “Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού”, όφειλε να δηλώσει και τα συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, κατά τα ρητώς οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.3.7 αυτής...».

**12.** Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα, η οποία απάντησε καταφατικά («ναι») στο κρίσιμο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ, όχι μόνον ότι είχε συνάψει συμφωνία με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, αναφέροντας τα πραγματικά δεδομένα και την εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αλλά επιπλέον και τα συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, το οποίο όμως ουδόλως έπραξε. Και τούτο, διότι, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο, δεν συνεπάγεται την αναίρεση της υποχρέωσης του οικονομικού φορέα προς λήψη μέτρων που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του και σχετική δήλωσή τους στο ΕΕΕΣ. Άρα, η αναθέτουσα αρχή με ορθή αιτιολογία και σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στους οικείους όρους

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

της Διακήρυξης απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας. Τούτων δοθέντων, ο **πρώτος** λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και ως μη ερειδόμενος στη Διακήρυξη, κατ' αποδοχή των αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

**13.** Με τον **δεύτερο** λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις είναι ακυρωτέες, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και εν συνεχεία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος των Τμημάτων ... του διαγωνισμού, διότι εκδόθηκαν κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, άλλως κατά παράβαση των άρθρων 2.2.3.4. περ γ' και 2.2.9.1 δωδέκατο εδάφιο της Διακήρυξης (και των αντίστοιχων άρθρων 73 παρ. 4 περ. γ' και 79 παρ.1 του ν. 4412/2016). Ειδικότερα, επάγεται ότι, αν και η παρεμβαίνουσα απάντησε καταφατικά («Ναι») στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ εάν έχει συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού και ακολούθως δήλωσε τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, εντούτοις δεν ακολουθήθηκε η προβλεπόμενη ειδική διοικητική διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 2.2.3.8 της Διακήρυξης και στις παρ. 8 και 9 του ν. 4412/2016, με την αποστολή ειδικού σχεδίου απόφασης στην εκεί προβλεπόμενη Γνωμοδοτική Επιτροπή, αλλά η Επιτροπή του Διαγωνισμού έκρινε η ίδια – χωρίς να είναι αρμόδια περί τούτου- την επάρκεια των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων της παρεμβαίνουσας. Επί των αιτιάσεων αυτών της προσφεύγουσας, λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο **2.2.3.8** της Διακήρυξης προβλέπεται ότι *«Η απόφαση για την 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»*. Το δε άρθρο 73 παρ. 8 και του ν. 4412/2016 στο οποίο ρητώς η διακήρυξη παραπέμπει ορίζει ότι : *«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*



## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

*σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9. 9. Για τις ανάγκες των παρ. 7 και 8, με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων, συγκροτείται επιτροπή, τριετούς θητείας, που απαρτίζεται από: (...)».* Κατά τη ρητή διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης, η επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων, που έχει λάβει οικονομικός φορέας, ο οποίος συμμετέχει στον διαγωνισμό και εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που συνιστούν λόγο αποκλεισμού του από το διαγωνισμό, διαπιστώνεται από την ειδικώς συνιστώμενη προς τούτο Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ως άνω νόμου (βλ. ΔΕφΑΘ 1350/2022, 523/2021). Η Επιτροπή αυτή, η οποία δεν αποτελεί όργανο της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής, διατυπώνει γνωμοδότηση, προβλεπόμενη ρητώς στον νόμο ως σύμφωνη γνώμη. Ειδικότερα, η αρμόδια επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 οφείλει να εκφέρει τη σύμφωνη γνώμη της επί του διαβιβασθέντος σε αυτήν σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από τον διαγωνιζόμενο. Εν συνεχεία, μετά δηλαδή από την χορήγηση σύμφωνης γνώμης της ειδικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή εκδίδει αυτοτελή απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων. Συνεπώς, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των σχετικών επανορθωτικών μέτρων προϋποθέτει τη σύμφωνη γνώμη της ως άνω επιτροπής (και έπεται αυτής). Άρα, όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, για την αξιολόγηση των επανορθωτικών μέτρων της παρεμβαίνουσας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ακολουθήσει τη διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 8 ν. 4412/2016, στο οποίο άλλωστε παραπέμπει και το άρθρο 2.2.3.8 της διακήρυξης. Ωστόσο, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής και του συνημμένου Πρακτικού Ι της Επιτροπής του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, παρέλειψε να ακολουθήσει τη διαδικασία του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, δηλαδή να συντάξει σχέδιο απόφασης για την αξιολόγηση της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και να το αποστείλει στο γνωμοδοτικό όργανο της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν.4412/2016, προκειμένου η εν λόγω επιτροπή να εκφέρει σύμφωνη γνώμη για την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων. Ενόψει των ανωτέρω, ο **δεύτερος** της προσφυγής

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί για τον προαναφερθέντα τυπικό λόγο, κατ' αποδοχή των οικείων αιτιάσεων της προσφεύγουσας. Συνεπεία της αποδοχής του τυπικού αυτού λόγου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του επικουρικώς προσβαλλόμενου λόγου της προσφυγής κατά της παρεμβαίνουσας περί μη δήλωσης, κατά τρόπο ειδικό και συγκεκριμένο, του επιβληθέντος σε βάρος της προστίμου.

**14.** Με τον **τρίτο** λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...», η οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος στο Τμήμα ... Ειδικότερα, προβάλλει ότι η άνω εταιρεία δεν προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, που να καλύπτουν και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Επιπλέον, προβάλλει ότι δεν απέδειξε την αξιούμενη στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και τούτο, διότι δεν προσκόμισε βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης ή πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής για τα έργα που έχει εκτελέσει εντός της τελευταίας τριετίας, όπως προβλέπεται στον όρο 2.2.9.2.B.4 της Διακήρυξης, παρά μόνο δελτία αποστολής. Στο πλαίσιο του λόγου αυτού, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν είναι δυνατή, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 και 103 του ν. 4412/2016, η συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και τούτο, διότι αφενός μεν πρόκειται για έγγραφα που ζητούνται επί ποινή αποκλεισμού, αφετέρου δε η συμπληρωματική προσκόμισή τους συνεπάγεται ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς.

**15.** Στους όρους 2.2.3.2, 2.2.6 και 2.2.9.2 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι, για την παραδεκτή συμμετοχή τους στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία, οι συμμετέχοντες οφείλουν να αποδείξουν τη μη ύπαρξη στο πρόσωπό τους των οριζόμενων λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3. της διακήρυξης, μεταξύ των οποίων ότι δεν έχουν αθετήσει τις υποχρεώσεις τους, όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, καθώς και ότι πληρούν το κριτήριο ποιοτικής επιλογής του άρθρου 2.2.6. Για την απόδειξη των ανωτέρω, ο προσωρινός ανάδοχος προσκομίζει κατ' άρθρο 2.2.9.2 τα απαραίτητα δικαιολογητικά, δηλαδή φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα της αρμόδιας προς τούτο αρχής, που αποδεικνύουν ότι είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος, καθώς και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης/πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής για την απόδειξη πλήρωσης του

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 2.2.6 . Όπως, άλλωστε, προκύπτει από το άρθρο 2.2.9 της διακήρυξης, που αποδίδει το περιεχόμενο του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, τα αποδεικτικά έγγραφα περί πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού πρέπει να καλύπτουν τρία χρονικά σημεία και συγκεκριμένα α) την υποβολή της προσφοράς, ως προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, β) την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσεως μόνο για τον προσωρινό ανάδοχο, και γ) την σύναψη της συμβάσεως μόνο για τον οριστικό ανάδοχο. (πρβλ. επί του θέματος ΣτΕ 1939/2022 σκ. 20, ΣτΕ Δ Τμήμα 1020/2020). Συνακόλουθα, όσον αφορά ειδικότερα τους λόγους αποκλεισμού σχετικά με την αθέτηση των φορολογικών και ασφαλιστικών υποχρεώσεων, ο αναδεικνυόμενος ως προσωρινός ανάδοχος οφείλει κατά το στάδιο της οριστικής κατακύρωσης να προσκομίσει και πιστοποιητικά περί μη συνδρομής των επίμαχων λόγων αποκλεισμού, αναγόμενα στον χρόνο υποβολής της προσφοράς του. Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, αλλά και σύμφωνα με την ειδική διάταξη του άρθρου 3.2 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων κατ' αρχήν από τον προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικών κατακύρωσης, να τον καλέσει να καλύψει, τυχόν ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών - *είτε με την υποβολή αρχικώς μη υποβληθέντος δικαιολογητικού είτε με τη συμπλήρωση αρχικώς μεν υποβληθέντος, αλλά μη πληρούντος τις απαιτήσεις της διακήρυξης δικαιολογητικού* - σε περίπτωση κατά την οποία οι ελλείψεις αυτές επάγονται αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου. Η αρχική, δηλαδή, παράλειψη ή πλημμελής υποβολή εκ μέρους του αναδόχου κάποιου από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν συνεπάγεται αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αλλά υποχρεώνει κατ' αρχήν την αναθέτουσα αρχή να προβεί στην οφειλόμενη κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή/και ελλιπούς δικαιολογητικού. Μόνον εφόσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου από την αναθέτουσα αρχή και η εξέταση της συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα προς αυτήν, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

ελλείψεων που δεν θεραπεύτηκαν κατά την ανωτέρω διαδικασία (πρβλ. ΣΤΕ 1894/2022 σκ. 17 επ., καθώς και ΕΑ ΣΤΕ 37/2021, σκ. 19, 29/2019, σκ. 11, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 13).

**16.** Από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού και στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων αιτιάσεων, στο πλαίσιο του τρίτου λόγου της προσφυγής, γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Ο οικονομικός φορέας «...» κατά την υποβολή των δικαιολογητικών συμμετοχής προσκόμισε μεταξύ άλλων: α) το με αρ. πρωτ. ... πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας με ημερομηνία λήξης την 14<sup>η</sup>/12/2022 και β) το με αρ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας, ισχύος έξι μηνών (μέχρι 12/05/2023). Συνεπώς, όπως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, ο άνω οικονομικός φορέας έχει προσκομίσει πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, που καλύπτουν και το χρόνο υποβολής των προσφορών, οι δε αντίθετες αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι απορριπτέες ως αβάσιμες. Περαιτέρω, προς απόδειξη της αξιούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6, ο άνω οικονομικός φορέας προσκόμισε Κατάλογο κυριότερων παραδόσεων ετών 2019, 2020 και 2021 και δελτία αποστολής – τιμολόγια των προϊόντων. Όμως, όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, ο άνω οικονομικός φορέας δεν υπέβαλε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.9.2.B4 πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής/Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των εργοδοτών, που αναφέρει στον προσκομισθέντα κατάλογο. Άρα, κατ' αποδοχή των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας έσφαλε η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκρινε τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Ωστόσο, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, η εν λόγω πλημμέλεια δεν συνεπάγεται τον αυτόματο αποκλεισμό της άνω εταιρείας, απορριπτομένων όσων περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα, αλλά η αναθέτουσα αρχή οφείλει σύμφωνα με το άρθρο 3.2. της διακήρυξης και το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, να καλέσει την εταιρεία «...» σε συμπλήρωση των ελλειπόντων εγγράφων. Και τούτο, διότι οι προμνησθείσες διατάξεις όχι απλώς επιτρέπουν, αλλά επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τυχόν ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της

## Αριθμός απόφασης: 740 /2023

προσφεύγουσας ότι η συμπλήρωση των αρχικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, μέσω των οποίων αποδεικνύεται η συνδρομή των προσόντων συμμετοχής στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου, είναι ανεπίτρεπτη. Περαιτέρω, είναι απορριπτέοι ως αόριστοι οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι με βάση την ερμηνεία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 στο οποίο παραπέμπει η παρ. 2 του άρθρου 103 του ίδιου νόμου, είναι ανεπίτρεπτη η συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθώς ισοδυναμεί με τροποποίηση της προσφοράς. Τούτο διότι η προσφεύγουσα, με τους ισχυρισμούς της αυτούς, πέραν της γενικής αμφισβήτησης της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την συμπλήρωση των αρχικώς ελλειπόντων ή πλημμελώς υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης – δυνατότητα η οποία, όπως προαναφέρθηκε, βρίσκει έρεισμα στις ρητές διατάξεις της διακήρυξης και του άρθρου 103 ν.4412/2016 - δεν προβάλλει κατά τρόπο ορισμένο ότι με τη συμπλήρωση καθενός από τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά εκ μέρους της παρεμβαίνουσας τροποποιείται ανεπίτρεπτα το περιεχόμενο της προσφοράς της (βλ. ΣτΕ 1894/2022, σκ. 17). Επομένως, ο **τρίτος** λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή έκανε άνευ ετέρου δεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης του οικονομικού φορέα «...», και χωρίς προηγούμενη κλήση του προς συμπλήρωση των ελλειπόντων πρωτοκόλλων οριστικής παραλαβής/Βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης, όπως προβλέπονται στο άρθρο 2.2.9.2B4.

**17.** Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, κατά το σκεπτικό και δη κατά το μέρος της που βάλλει α) κατά της αποδοχής της εταιρείας «...», λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και β) κατά της αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας «...», καθ' ο μέρος τα τελευταία έγιναν άνευ ετέρου δεκτά και χωρίς προηγούμενη κλήση της άνω εταιρείας προς συμπλήρωση των ελλειπόντων εγγράφων. Η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκεπτικό. Η δε παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

**18.** Σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθ. ... απόφαση του ... Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, καθώς και την ενσωματωθείσα σ'αυτήν με αριθ. ... απόφαση του ίδιου ως άνω οργάνου της αναθέτουσας αρχής κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 18 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ**

**ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ**