

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
6° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 15 Μαΐου 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 7/4/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 506/7.4.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...» (στο εξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... οδός ... αριθ. ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... , (στο εξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ... οδός ... αριθ. ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του οικονομικού φορέα «...» (στο εξής ο «παρεμβαίνων»), που διατηρεί ατομική επιχείρηση στην ... οδός ... αριθ. ... Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλομένων με αριθ. ... αποφάσεων της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με τις αποφάσεις αυτές έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «... » και αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης.

Υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, άσκησε παρέμβαση ο άνω παρεμβαίνων, αιτούμενος την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 847/2023

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο ποσού 6.048,39€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 1.209.677,42€ χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Δυνάμει της από ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, που εγκρίθηκε με την υπ' αριθμό ... απόφαση της ... Επιτροπής της, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου με τίτλο «...», συνολικού προϋπολογισμού 1.209.677,42€ χωρίς Φ.Π.Α. (και 1.500.000,00€ με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Το αντικείμενο της σύμβασης, όπως περιγράφεται κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του στο άρθρο 11.3 της Διακήρυξης, αφορά ... Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 24-5-2021 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ...

3. Στον διαγωνισμό, που διεξήχθη ηλεκτρονικά στις 28-6-2021, συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά δέκα (10) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα εταιρεία «...» και ο παρεμβαίνων ... Η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το Πρακτικό Α' Φάσης, κατόπιν του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής του άρθρου 24.2 της Διακήρυξης, του ελέγχου εγκυρότητας των εγγυητικών επιστολών, ως και του ελέγχου των οικονομικών προσφορών, αφού έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις προσφορές του συνόλου των συμμετεχόντων, εισηγήθηκε την ανάδειξη, ως προσωρινού αναδόχου, του οικονομικού φορέα «...», ο οποίος κατατάχθηκε πρώτος σε σειρά μειοδοσίας με μέση προσφερθείσα έκπτωση 61,10%. Δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας κατατάχθηκε ο παρεμβαίνων «...» με μέση έκπτωση 60,04%, ενώ η προσφεύγουσα κατατάχθηκε δέκατη σε σειρά μειοδοσίας με μέση έκπτωση 36,12%. Περαιτέρω, με το υπόψη Πρακτικό Α' Φάσης η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στον αναδειχθέντα πρώτο μειοδότη «...». Το ανωτέρω Πρακτικό επικυρώθηκε με την υπ' αριθμό ... απόφαση της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» σε όλους τους συμμετέχοντες στις 22/7/2021. Κατά της απόφασης αυτής δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή. Στη συνέχεια, η Επιτροπή του διαγωνισμού συνέταξε το Πρακτικό Β' Φάσης, με το οποίο εισηγήθηκε την απόρριψη της

προσφοράς του πρώτου μειοδότη «...», καθώς, κατόπιν κατάθεσης σχετικού Υπομνήματος από τον δεύτερο μειοδότη «...», έκρινε ότι, ως προς τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο «...», συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 τον οποίο αυτός είχε αποκρύψει. Συνεπεία τούτου, εισηγήθηκε την ανάδειξη ως νέου προσωρινού αναδόχου του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα, νυν παρεμβαίνοντος, «...». Το υπόψη Πρακτικό Β΄ Φάσης επικυρώθηκε με την υπ' αριθμό ... απόφαση της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στους συμμετέχοντες στις 9/3/2023. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, κατά της νέας αυτής απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου δεν ασκήθηκαν προδικαστικές προσφυγές από τους συμμετέχοντες. Ακολούθως, λόγω του ότι ο παρεμβαίνων και αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος ... απάντησε θετικά στο ερώτημα του Μέρους III του ΕΕΕΣ, σχετικά με πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, παραθέτοντας δύο οριστικές εκπτώσεις που είχαν επιβληθεί σε βάρος του, η αναθέτουσα αρχή με την ... απόφασή της υιοθέτησε την με αριθ. πρωτ. ... εισήγηση του ... της αναθέτουσας αρχής περί της επάρκειας των δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης του παρεμβαίνοντος και απέστειλε σχέδιο απόφασης προς την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, για την χορήγηση της εκεί προβλεπόμενης σύμφωνης γνώμης της τελευταίας. Ωστόσο, με την υπ' αριθ. ... Γνωμοδότησή της, η Επιτροπή αυτή αποφάνθηκε ότι ο παρεμβαίνων «δεν έχει λάβει αναλογικά επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του», διατυπώνοντας έτσι αρνητική σύμφωνη γνώμη. Παρά την αρνητική αυτή σύμφωνη γνώμη, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αριθ. ... απόφασή της, επικύρωσε το Πρακτικό Β΄ Φάσης II και, αφού έκρινε ως πλήρη και σύμφωνα με τη Διακήρυξη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, προέβη στην ανάδειξή του ως οριστικού αναδόχου, αποκλίνοντας από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9, επικαλούμενη προς τούτο την με αριθμό 110/2023 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ. Η με αριθ. ... απόφαση οριστικής κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής, μετά του Πρακτικού που ενέκρινε, κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 28-3-2023.

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

5. Με την υπό εξέταση προσφυγή, η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους απόρριψης της προσφοράς του, αναδειχθέντος ως οριστικού αναδόχου, οικονομικού φορέα, «...», που αφορούν τόσο στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής (ΕΕΕΣ) όσο και στα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Επιπλέον, προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη με αριθμό ... απόφαση οριστικής κατακύρωσης της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής είναι ακυρωτέα για τυπικό λόγο, διότι μη νομίμως δεν υιοθέτησε την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, όπως αυτή διατυπώθηκε στην υπ' αριθ. ... Γνωμοδότηση του ίδιου ως άνω οργάνου. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε (βλ. ανωτέρω σκέψη 3) η με αριθ. ... απόφαση περί ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, καθώς και η με αριθ. ... απόφαση περί ανάδειξης, ως νέου προσωρινού αναδόχου, του παρεμβαίνοντος κοινοποιήθηκαν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στους συμμετέχοντες στις 22-7-2021 και στις 9-3-2022 αντίστοιχα, χωρίς να ασκηθεί κατά αυτών προδικαστική προσφυγή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας. Συνεπώς, η προσφεύγουσα εκπροθέσμως και, άρα, απαραδέκτως ζητά την ακύρωση των ανωτέρω εκτελεστών πράξεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος (με την πρώτη εξ αυτών) και αναδείχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος (με την δεύτερη εξ αυτών). Υπό τα δεδομένα αυτά, οι λόγοι της προσφυγής, που πλήττουν τα δικαιολογητικά συμμετοχής του παρεμβαίνοντος, και συγκεκριμένα οι λόγοι της προσφυγής υπό II.A και II. B που αφορούν σε πλημμέλειες στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος, στο μέτρο που βάλλουν κατά των με αριθ. ... αποφάσεων προσωρινής κατακύρωσης, προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο και κατά τούτο απαραδέκτως. Εξάλλου, η προσφεύγουσα, με το συμπληρωματικό Υπόμνημα που υπέβαλε, δήλωσε ρητώς ότι παραιτείται από τους λόγους της προσφυγής II.A και II. B (που αφορούν σε πλημμελή και κακή συμπλήρωση του ΕΕΕΣ),

καθώς και από τον λόγο II. Δ της προσφυγής, που αφορά σε παράλειψη υποβολής συγκεκριμένου δικαιολογητικού κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, η προσφυγή, κατά το μέρος της που στρέφεται κατά της με αριθ. ... απόφασης της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής περί ανάδειξης οριστικού αναδόχου, έχει ασκηθεί παραδεκτώς και εμπροθέσμως. Τούτο, διότι η άνω απόφαση οριστικής κατακύρωσης κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 28-3-2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 7-4-2023, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακώς υπογεγραμμένη. Επιπλέον, η προσφεύγουσα, η οποία συμμετείχε στον διαγωνισμό έχοντας καταθέσει παραδεκτή προσφορά και έχοντας καταταγεί δέκατη σε σειρά μειοδοσίας, με έννομο συμφέρον βάλλει κατά του αναδειχθέντος οριστικού αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως την απόρριψη της προσφοράς του και την ανάληψη της σύμβασης (βλ. ΣΤΕ Δ Τμήμα 900/2022 και τις εκεί παραπομπές στη νομολογία του ΔΕΕ C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus, EU:C:2019:118 σκ. 36, C-532/20 Alstom Transport SA, EU:C:2022:128, σκ.28-30, C- 333/18, Lombardi Srl, EU:C:2019:675, σκ. 30). Μάλιστα, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στην τελευταία πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής για παράταση της ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών επιστολών ανταποκρίθηκε μόνον η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων, με αποτέλεσμα αυτοί να έχουν απομείνει πλέον οι μόνοι παραδεκτώς συμμετέχοντες.

6. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 10-4-2023 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στον έτερο συμμετέχοντα οικονομικό φορέα και θιγόμενο από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσει το προβλεπόμενο δικαίωμα παρέμβασής του.

7. Ο παρεμβαίνων άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 20-4-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία Παρέμβασή του, αιτούμενος την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της

προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής. Η άνω παρέμβαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25-4-2023.

8. Με την υπ' αριθ. 652/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε εμπροθέσμως στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. στις 21-4-2023, δηλαδή εντός δεκαπενθημέρου από την κατάθεση της προσφυγής τις με αρ. πρωτ. ... απόψεις της, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 27-4-2023. Επί των άνω απόψεων και προς αντίκρουσή τους, καθώς και προς αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 30-4-2023, δηλαδή εντός πενθημέρου από την κοινοποίησή τους, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 τελ. εδάφιο του ν. 4412/2016, το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό Υπόμνημά της. Επιπλέον, στις 2-5-2023, δηλαδή ομοίως εντός πενθημέρου από την κοινοποίηση των απόψεων, υπέβαλε το με ίδια ημερομηνία (δεύτερο) συμπληρωματικό Υπόμνημα. Όπως προαναφέρθηκε, η προσφεύγουσα με το από 30-4-2023 Υπόμνημά της δήλωσε ρητώς ότι παραιτείται από τους λόγους της προσφυγής υπό II. Α και II. Β, συνομολογώντας έτσι τις οικείες αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος, καθώς και από τον λόγο της προσφυγής υπό II. Δ, ενώ αντιθέτως δήλωσε ότι εμμένει α) στον λόγο της προσφυγής υπό II. Γ περί ψευδούς δήλωσης του παρεμβαίνοντος στην υποβληθείσα με ημερομηνία 18-5-2022 Υπεύθυνη Δήλωσή του περί μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4 (στ) και β) στον λόγο της προσφυγής υπό II. Ε περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, λόγω μη νόμιμης απόκλισης της αναθέτουσας αρχής από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής επανορθωτικών μέτρων του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016. Συνεπεία των ανωτέρω, εξεταστέοι εν προκειμένω είναι μόνον οι ανωτέρω υπό II. Γ και II. Ε λόγοι της προσφυγής.

10. Κατόπιν των ανωτέρω, σε σχέση με τον προβαλλόμενο λόγο της προσφυγής που αφορά στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (υπό κεφ. II. Ε της

προσφυγής), λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: «[...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) β) ... γ) ... δ)....., ε)....., **στ)** εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ)....., η)....., θ).... 5. [...] 6. ...[....] 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 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. 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 τυχόν 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. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής.....[.] 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. 9. Για τις ανάγκες των παρ. 7 και 8, με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων, συγκροτείται επιτροπή, τριετούς θητείας, που απαρτίζεται από: α) έναν (1) εκπρόσωπο της ΕΑΑΔΗΣΥ, που εκτελεί χρέη Προέδρου, β) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων, γ) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, δ) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Υγείας και ε) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Δικαιοσύνης, με τους αναπληρωτές τους. Η θητεία των μελών της επιτροπής του προηγούμενου εδαφίου είναι τριετής. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων ρυθμίζεται η διαδικασία αποστολής προς την επιτροπή του πρώτου εδαφίου του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής για γνωμοδότηση, οι προϋποθέσεις εξέτασης και επανεξέτασης επανορθωτικών μέτρων που ελήφθησαν και για τα οποία έχει ήδη εκδώσει γνώμη η επιτροπή, ειδικότερα ζητήματα οργάνωσης και λειτουργίας της επιτροπής, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή των οριζόμενων στην παρ. 8. [...]». Ο προβλεπόμενος στην ανωτέρω περ. (στ), παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 δυνητικός λόγος αποκλεισμού έχει ενταχθεί στην Διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού, καθιστάμενος έτσι υποχρεωτικός υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του, υποχρεούται δε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (ΔΕΦΑΘ 144/2021, σκ. 8, ΔΕφΘεσ 111/2021, σκ. 7, 12/2018, 8/2018). Ειδικότερα στο άρθρο **22. Α. 4 περ. (στ)** της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων (στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις». Ωστόσο, η διαπίστωση συνδρομής του υπόψη λόγου αποκλεισμού, ο οποίος προαποδεικτικά δηλώνεται μέσω του ΕΕΕΣ, δεν επάγεται τον αυτόματο αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, αλλά ο τελευταίος δύναται να επικαλεστεί και να αποδείξει

ότι έχει εν τω μεταξύ λάβει κατάλληλα επανορθωτικά μέτρα της αξιοπιστίας και της φερεγγυότητάς του. Συναφώς, στον όρο **22.A.7** της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «*22.A.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.A.1, 22.A.2α και 22.A.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. 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...[...].».* Ως προς την κρίση για την επάρκεια των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων το άρθρο **22.A.8** της Διακήρυξης παραπέμπει ευθέως στις παραγράφους 8 και 9 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες για τη διαπίστωση της επάρκειας η μη των επανορθωτικών μέτρων αποστέλλεται σχέδιο απόφασης προς την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9, η οποία μέσα σε προθεσμία (40) σαράντα ημερών χορηγεί **σύμφωνη γνώμη** περί της επάρκειας ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης. Τέλος, στο άρθρο 23.3 της Διακήρυξης καθορίζονται τα δικαιολογητικά– αποδεικτικά μέσα που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο κατά το στάδιο της κατακύρωσης, προς απόδειξη ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22.A. Ειδικότερα, για τη μη συνδρομή του κρίσιμου λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.A.4.στ (πρώρη καταγγελία προηγούμενων συμβάσεων) ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει σχετική Υπεύθυνη Δήλωση.

11. Από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα: Ο παρεμβαίνων στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του, στο Μέρος ΙΙΙ αυτού, υπό τον τίτλο «*Λόγοι αποκλεισμού: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις*» απάντησε θετικά στο ερώτημα περί καταγγελίας προηγούμενης σύμβασης, αναφέροντας δύο περιπτώσεις οριστικής έκπτωσης από προηγούμενες συμβάσεις, εντός της κρίσιμης τριετίας, καθώς και μία απόφαση κήρυξης έκπτωσης που δεν του

είχε – έως τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ – κοινοποιηθεί. Περαιτέρω, στο επόμενο ερώτημα με περιεχόμενο *«Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);»*, ο παρεμβαίνων απάντησε θετικά (Ναι) και εν συνεχεία περιέγραψε τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε, και αφορούν σε οργανωτικά μέτρα σε επίπεδο προσωπικού (με πρόσληψη υπαλλήλων), ενώ επίσης επεσήμανε την άρτια και εμπρόθεσμη ολοκλήρωση εντός του έτους 2020 συγκεκριμένων έργων, στα οποία είχε αναδειχθεί ανάδοχος, μνημονεύοντας και τις εκδοθείσες βεβαιώσεις περαίωσης εργασιών. Ενόψει των ανωτέρω δηλώσεων στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος, δηλαδή της καταφατικής απάντησης στο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί πρόωρης καταγγελίας προηγούμενων συμβάσεων και της παράθεσης των επανορθωτικών μέτρων που ελήφθησαν, η αναθέτουσα αρχή, σε συνέχεια της με αριθ. ... απόφασής της, με την οποία ανέδειξε τον παρεμβαίνοντα προσωρινό ανάδοχο, εξέδωσε την με αριθμό ... απόφασή της, με την οποία διαπίστωσε την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.A4 (στ) στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος και έκρινε ότι έπρεπε να ακολουθηθεί η προβλεπόμενη στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 διαδικασία και συγκεκριμένα να αποσταλεί σχέδιο απόφασης προς την Επιτροπή επανορθωτικών μέτρων, προκειμένου να χορηγηθεί η σύμφωνη γνώμη της τελευταίας. Συναφώς, με την ανωτέρω ... απόφαση, η αναθέτουσα αρχή, αφού έλαβε υπόψη τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος πραγματικά περιστατικά και τις δύο – οριστικές- εκπτώσεις του από προηγούμενες εργολαβίες, που συνιστούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.A.4 (στ), αλλά και τα δηλωθέντα επανορθωτικά μέτρα του τελευταίου, διαπίστωσε ότι τα τελευταία είναι επαρκή, υιοθετώντας τη σχετική Εισήγηση του Αντιπεριφερειάρχη Υποδομών και Έργων και ενέκρινε την αποστολή σχεδίου απόφασης προς την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016. Μάλιστα, στο επισυναφθέν, στην ... απόφαση, σχέδιο αποδοχής των επανορθωτικών μέτρων διαλαμβάνονται τα ακόλουθα *«...τα μέτρα που περιγράφονται από τον παρεμβαίνοντα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν από τον τελευταίο κρίνονται επαρκή»*. Σημειώνεται, ότι κατά το χρόνο αποστολής του υπόψη σχεδίου απόφασης προς την Επιτροπή Επανορθωτικών μέτρων (20-9-2022) είχαν ήδη τεθεί σε γνώση της

αναθέτουσας αρχής τόσο η με ημερομηνία 18-5-2022 Υπεύθυνη Δήλωση του παρεμβαίνοντος, όσο και η Έκθεση Επανορθωτικών Μέτρων, που αμφότερα υποβλήθηκαν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10-8-2022. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 χορήγησε την με αριθ. ... **αρνητική σύμφωνη γνώμη**, με την οποία αποφάνθηκε ότι ο παρεμβαίνων «...δεν έχει λάβει αναλογικά επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του». Επί της αρνητικής αυτής σύμφωνης γνώμης, λεκτέα τα εξής: Όταν οι διατάξεις προβλέπουν ότι για την έκδοση μιας διοικητικής πράξης χρειάζεται γνωμοδότηση, κατά κανόνα, το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα (όπως εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή), οφείλει πριν από την έκδοση της πράξης να ζητήσει και να λάβει υπόψη του τη γνωμοδότηση. Η γνωμοδότηση ή γνώμη διακρίνεται σε α) απλή, όταν το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν δεσμεύεται από αυτήν και β) σε σύμφωνη, όταν δεσμεύει το όργανο που αποφασίζει, με την έννοια ότι το όργανο αυτό μπορεί ή να εκδώσει την πράξη σύμφωνα με τη γνωμοδότηση ή, εάν δεν αποδέχεται τη γνωμοδότηση, με ειδική αιτιολογία, να μην εκδώσει την πράξη. Έχει όμως δυνατότητα να μην εκδώσει την πράξη, μόνο όταν ενεργεί στο πλαίσιο διακριτικής ευχέρειας, η οποία το επιτρέπει (ΣΤΕ 3898/1986), διότι διαφορετικά η μη εμπρόθεσμη έκδοση της πράξης συνιστά παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας. Η αρνητική σύμφωνη γνώμη, εφόσον δεν ακολουθήσει η πράξη του αποφασίζοντος οργάνου (στην οποία και ενσωματώνεται), έχει εκτελεστό χαρακτήρα (ΣΤΕ 1679/1986, 804/2005), και μπορεί στην περίπτωση αυτή να προσβληθεί με αίτηση ακυρώσεως. Επίσης, η αρνητική σύμφωνη γνώμη εμποδίζει το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα να εκδώσει θετική πράξη (ΣΤΕ 1718/2004) ή το υποχρεώνει να εκδώσει αρνητική πράξη (βλ. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 14η έκδοση, τόμος 1, παραγραφοί 135, 136).

Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, στις οποίες η επίμαχη διακήρυξη ρητά παραπέμπει, στην περίπτωση που η αρμόδια γνωμοδοτική Επιτροπή επανορθωτικών μέτρων χορηγήσει αρνητική σύμφωνη γνώμη για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, υπάρχει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή όφειλε

κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποδεχθεί την κρίση της Επιτροπής επανορθωτικών μέτρων περί της (μη) επάρκειας των μέτρων του παρεμβαίνοντος, μη δυνάμενη να αποστεί από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της τελευταίας, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας (**ΔΕφΠειραιά Ν49/2021, ΔΕφΑθηνών 523/2021**). Δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή όφειλε είτε να εκδώσει απόφαση υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής και απορρίπτοντας την προσφορά του παρεμβαίνοντος, είτε να μην εκδώσει απόφαση αντίθετου περιεχόμενου. Συνεπεία τούτου, η προσβαλλόμενη με αριθ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και αναδείχθηκε αυτός οριστικός ανάδοχος, αποκλίνοντας από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής επανορθωτικών μέτρων, πάσχει και είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Σημειώνεται ότι στην προσβαλλόμενη ... απόφαση η αναθέτουσα αρχή επιχειρεί να αιτιολογήσει την απόκλισή της από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής επανορθωτικών μέτρων, επικαλούμενη την με αριθμό 110/2023 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ η οποία, όμως, ουδεμία έννομη επιρροή ασκεί, αφενός μεν λόγω της αυτοτέλειας εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας που συνεπάγεται τη μη δέσμευση της αναθέτουσας αρχής από απόφαση εκδοθείσα στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού, αφετέρου δε διότι από το περιεχόμενο της προαναφερθείσας απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ προκύπτει ότι στην εκεί κριθείσα περίπτωση η αναθέτουσα αρχή είχε παραλείψει να αποδώσει συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος, ενώ με την εδώ ... απόφασή της η αναθέτουσα αρχή διαπίστωσε τη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4 (στ), που ο παρεμβαίνων δήλωσε στο ΕΕΕΣ του, και περαιτέρω έκρινε ότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης, που ο τελευταίος δήλωσε στο ΕΕΕΣ και τα αποδεικτικά έγγραφα που προσκόμισε, είναι επαρκή για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής με τη συμπληρωματική αιτιολογία που εισφέρει με τις απόψεις της, ότι στην πραγματικότητα με την προσβαλλόμενη με αριθ. ... απόφασή της ανακάλεσε σιωπηρώς την προηγηθείσα απόφασή της (με αριθ. ...), στην οποία διαπιστώθηκε η συνδρομή στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος του κρίσιμου λόγου αποκλεισμού είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Κατά γενική αρχή του

διοικητικού δικαίου επιτρέπεται η ανάκληση των παράνομων διοικητικών πράξεων, εντός ευλόγου χρόνου από την έκδοσή τους, ανεξάρτητα από το εάν από τις πράξεις αυτές έχουν απορρεύσει δικαιώματα των διοικουμένων. Η ανάκληση **χωρεί μόνο για λόγους νομιμότητας και όχι για διαφορετική εκτίμηση των ίδιων πραγματικών περισταστικών**, εκτός αν συντρέχει λόγος δημοσίου συμφέροντος. Παράνομες είναι οι πράξεις που πάσχουν ακυρότητα, οι οποίες, αν προσβάλλονταν με αίτηση ακυρώσεως, θα ακυρώνονταν. Περιλαμβάνονται δε στις πράξεις αυτές, οι πράξεις που εκδόθηκαν κατά πλάνη περί τα πράγματα, δηλαδή βάσει προφανώς εσφαλμένης αντίληψης, που προκύπτει από αναμφισβήτητα στοιχεία, για τη συνδρομή των πραγματικών δεδομένων, που αποτελούν την προϋπόθεση της έκδοσής τους (ΣΤΕ 1586/1982). Ειδικότερα, στη σύνθετη διοικητική ενέργεια, όπως εν προκειμένω, πριν από την έκδοση της πράξης από το αποφασίζον όργανο, το γνωμοδοτικό όργανο, εκτός από την περίπτωση που διατύπωσε αρνητική σύμφωνη γνώμη, μπορεί ελεύθερα να επανέλθει στην υπόθεση και να μεταβάλει τη γνώμη που έχει διατυπώσει, ακόμα και βάσει διαφορετικής εκτίμησης των ίδιων στοιχείων, πρέπει όμως να αιτιολογήσει αυτή τη μεταβολή (ΣΤΕ2422/1985,2379/1976). Στην περίπτωση όμως της αρνητικής σύμφωνης γνώμης, η μεταβολή της γνώμης συνιστά ανάκληση διοικητικής πράξης και επιτρέπεται μόνο κατά τους κανόνες της ανάκλησης.(βλ.ο.α.). Στην προκειμένη περίπτωση, η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9, που αποτελεί το γνωμοδοτικό όργανο, διατύπωσε την αρνητική σύμφωνη γνώμη της με την οποία αποφάνθηκε ότι ο παρεμβαίνων «...δεν έχει λάβει αναλογικά επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του» και δεν προέβη σε καμία μεταβολή αυτής. Εφόσον δε η ίδια Επιτροπή δεν μετέβαλε την αρνητική σύμφωνη γνώμη της, δεν τίθεται θέμα ανάκλησης της ... απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την προσβαλλόμενη ... απόφασή της, και η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εκδώσει απόφαση υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής και να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, τα οποία καθιστούν νομικά πλημμελή και ακυρωτέα την προσβαλλόμενη απόφαση, ακόμα και υπό την μη ισχύουσα εκδοχή της αναθέτουσας, ότι με την προβαλλόμενη ... απόφασή της ανακάλεσε σιωπηρώς την προηγηθείσα ... απόφασή της, η ανάκληση αυτή

δεν είναι νόμιμη. Τούτο, διότι η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί στην προσβαλλόμενη απόφασή της για ποιόν λόγο τα πραγματικά περιστατικά που δηλώθηκαν από τον παρεμβαίνοντα και έλαβε υπόψη της για τη διαπίστωση της συνδρομής του κρίσιμου λόγου αποκλεισμού (τρεις εκπτώσεις από προηγούμενες συμβάσεις) μεταβλήθηκαν, με αποτέλεσμα να μη στοιχειοθετούν πλέον τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4.(στ). Ούτε άλλωστε οι περαιωθείσες συμβάσεις, που η αναθέτουσα αρχή επικαλείται στις απόψεις της, αιτιολογούν την μεταβολή της θέσης της, ως προς τη συνδρομή του κρίσιμου λόγου αποκλεισμού, πρωτίστως διότι οι συμβάσεις αυτές είχαν ήδη τεθεί υπόψη της τελευταίας ήδη κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, αλλά και κατά τον χρόνο υποβολής της Έκθεσης Επανορθωτικών Μέτρων του παρεμβαίνοντος στις 10-8-2022. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη με αριθμό ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως απέκλινε από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 και είναι κατά τούτο ακυρωτέα, λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας κατ' αποδοχή του οικείου λόγου της προσφυγής, απορριπτομένων όλων των αντίθετων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής. Δεδομένης της αποδοχής του υπόψη τυπικού λόγου, παρέλκει η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής περί ψευδούς δήλωσης (υπό II. Γ), καθώς, ανεξαρτήτως αποδοχής του ή μη, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα και μάλιστα για τυπικό λόγο.

12. Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή. Να απορριφθεί η παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. ... απόφαση της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας σύμφωνα με όσα αναφέρονται στο σκεπτικό. Το δε παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρα 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 847/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Μαΐου 2023 και δημοσιεύτηκε στις 6 Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ