

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9-09-2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1091/02.08.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής η προσφεύγουσα) όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την εν θέματι προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί, η υπ' αριθ. 235/20-7-2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., στην οποία ενσωματώθηκε η υπ' αριθ. 203/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με θέμα «Έγκριση Πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και γνωμοδότηση προς την Οικονομική Επιτροπή για κήρυξη προσωρινού αναδόχου του διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο, για την υπηρεσία με τίτλο: "Φύλαξη και επιτήρηση των κτιρίων, εγκαταστάσεων και χώρων του Δήμου ..., διάρκειας τριών (3) ετών"» με την οποία εγκρίθηκε το με αριθ. πρωτ. 14140/15-7-2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών Λοιπών Προμηθειών και Παροχής Γενικών Υπηρεσιών, περί αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης και ορίστηκε η εταιρεία «..., δ.τ.», ως Οριστικός Ανάδοχος του ανωτέρω διαγωνισμού, με ποσό κατακύρωσης 549.854,83 € μη συμπεριλαμβανομένων ΦΠΑ, διοικητικού κόστους, νόμιμων κρατήσεων υπέρ δημοσίου και τρίτων και εργολαβικού κέρδους, ήτοι ποσού 681.819,99 € συμπεριλαμβανομένων των προαναφερόμενων κρατήσεων την έκδοση εκ νέου αποφάσεως του Δήμου ... με σκοπό την απόρριψη της υποβληθείσας προσφοράς της εταιρείας «...».

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφου μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εξεταζόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ..., όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 29/07/2022 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ποσού 3.078,00 ευρώ δοθείσης της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης ύψους 615.600 ευρώ, πλέον Φ.Π.Α. 24% .

2. Επειδή, με την από 11-01-2021 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 119/12-1-2021, επιδιώχθηκε από την ... να ακυρωθεί-εξαφανισθεί η προσβαλλομένη υπ' αριθμ. 368/30-12-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά το μέρος με το οποίο στο στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς απορρίφθηκε η προσφορά της και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης συμφωνίας πλαίσιο "ΦΥΛΑΞΗ ΚΑΙ ΕΠΙΤΗΡΗΣΗ ΤΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ, ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΧΩΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ..., ΔΙΑΡΚΕΙΑΣ ΤΡΙΩΝ ΕΤΩΝ" η εταιρία "...", ως και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής. Με την από 21-01-2021 παρέμβαση ο οικονομικός φορέας "... παρενέβη υπέρ του κύρους της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης. Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή εξετάστηκε στις 19-2-2021 και εκδόθηκε η με αρ. 478/2021 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με την οποία απορρίφθηκε η οικεία προδικαστική προσφυγή ως απαράδεκτη, έγινε δεκτή η σχετική παρέμβαση και ορίσθηκε η κατάπτωση του με κωδικό ... ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 3.078,00€. Ακολούθως η εδώ παρεμβαίνουσα άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 27.5.2021 αίτηση ακύρωσης (ΑΚ 693/27.5.2021), ζητώντας να ακυρωθεί η 478/11.3.2021 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και η 75/23.3.2021 απόφαση της Οικονομικής

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

Επιτροπής του Δήμου Παπάγου-Χολαργού, ως και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη. Η δε εδώ προσφεύγουσα άσκησε την από 9.9.2021 «παρέμβαση» (Π244/10.9.2021).

3. Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω αίτησης ακύρωσης και της σχετικής παρέμβασης, εκδόθηκε από το ΙΒ΄ Τμήμα του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών η με αρ. 943/2022 απόφαση, με την οποία έγινε δεκτή η αίτηση ακύρωσης, απορρίφθηκε η παρέμβαση, ακυρώθηκε η με αρ. 478/2021 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), ως και οι με αρ. 75/23.3.2021 (απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και 112/20.4.2021 (απόφαση ανάδειξης οριστικού αναδόχου), δύο μεταγενέστερες αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Παπάγου-Χολαργού και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π., κατά το αιτιολογικό. Η εν λόγω δικαστική απόφαση κοινοποιήθηκε στην Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.), στις 13-05-2022.

4. Επειδή, σύμφωνα με το σκεπτικό της ανωτέρω δικαστικής απόφασης με αρ. 943/2022 του ΔΕφΑθ. κρίθηκε ότι: «.....2. Επειδή, με τη .. διακήρυξη του Δημάρχου ... (Διεύθυνση Οικονομικών Υπηρεσιών) προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο, με αντικείμενο τη φύλαξη και επιτήρηση των κτιρίων, εγκαταστάσεων και χώρων του Δήμου ..., για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών, προϋπολογισθείσας αξίας 615.600 ευρώ, πλέον Φ.Π.Α. 24% (763.344 ευρώ με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής. Στο διαγωνισμό αυτόν έλαβαν μέρος η αιτούσα εταιρεία, ως και η εταιρεία «....» (στο εξής «...»). Με το Πρακτικό 1/21.12.2020 της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών (αρ. πρωτ. 22780/22.12.2020)-κρίθηκε ότι η τεχνική προσφορά της αιτούσας ήταν απορριπτέα, λόγω του ότι δεν προσκομίσθηκε με αυτήν η απαιτούμενη με τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β4, «εκτύπωση ιστορικού λήψεως σημάτων από τουλάχιστον δέκα (10) πελάτες οι οποίοι είναι συνδεδεμένοι στο Κέντρο Λήψεως Σημάτων του οικονομικού φορέα, με το αντίστοιχο τιμολόγιο παροχής υπηρεσιών», αλλά προσκομίσθηκαν μόνο τέσσερα (4) τιμολόγια παροχής υπηρεσιών της αιτούσας προς τρεις (3) πελάτες της, ενώ τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά της ανθυποψήφιας εταιρείας βρέθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

διακήρυξης, βαθμολογήθηκε δε η προσφορά αυτής με 100 μονάδες. Κατά της 368/30.12.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του εν λόγω Δήμου, με την οποία εγκρίθηκε το ανωτέρω Πρακτικό, η αιτούσα άσκησε την από 11.1.2021 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π.. 119/12.01.2021), προβάλλοντας αιτιάσεις κατά της νομιμότητας της απόρριψης της προσφοράς της. Η προσφυγή της αιτούσας απορρίφθηκε ως απαράδεκτη με την 478/11.03.2021 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., γενομένης δεκτής της παρέμβασης που άσκησε ενώπιον της εν λόγω Αρχής η εταιρεία ... Ακολούθως, εκδόθηκε η 75/23.3.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με την οποία, κατ' έγκριση του Πρακτικού 2/12.1.2020 της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών (αρ.πρωτ. 5196/22.3.2021), που συντάχθηκε κατόπιν αποσφράγισης και αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς μόνον της εταιρείας «...», αναδείχθηκε η τελευταία προσωρινή ανάδοχος, στην απόφαση δε αυτή ενσωματώθηκε η προηγούμενη 368/30.12.2020 απόφαση της ίδιας Οικονομικής Επιτροπής. Τέλος, εκδόθηκε η 112/20.4.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ου Δήμου, με την οποία, κατ' έγκριση του Πρακτικού III της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών (αρ.πρωτ. 6940/16.4.2021), που συντάχθηκε κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, που κατατέθηκαν από, την προσκληθείσα προς τούτο, «...», αναδείχθηκε αυτή οριστική ανάδοχος του Διαγωνισμού. Ήδη, με την κρινόμενη αίτηση, η αιτούσα ζητεί την ακύρωση της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., της 75/23.3.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., ως και κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης. (...). 3. Ως εκ τούτου, με πλημμελή αιτιολογία εχώρησε η απόρριψη ως απαράδεκτης της προδικαστικής προσφυγής, κατ' αποδοχή ως βάσιμων των σχετικώς προσβαλλόμενων με την κρινόμενη αίτηση λόγων, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου προβαλλόμενων από τους αντιδίκους της ισχυρισμών ως αβασίμων. 14. Επειδή, περαιτέρω, η Α.Ε.Π.Π., νομίμως μεν έκρινε ότι με το υπ' αρ. πρωτ. 665/14.1.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Εξέτασης Ενστάσεων - το οποίο η αναθέτουσα αρχή είχε διαβιβάσει ως απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής με το 872/18.1.2021 έγγραφο του οικείου Δημάρχου και στο οποίο διατυπώνεται η γνώμη ότι ήταν βάσιμες οι αιτιάσεις της εν λόγω προσφυγής κατά της νομιμότητας της απόρριψης της

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

προσφοράς της αιτούσας - δεν «ακυρώνεται» η προσβληθείσα με την προσφυγή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφού προς τούτο απαιτείται απόφαση του αρμόδιου οργάνου, ήτοι της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., απορρίπτοντας έτσι σχετικό ισχυρισμό που είχε προβληθεί με το υπόμνημα της αιτούσας. Πλην, δεν εξέτασε επί της ουσίας τις αιτιάσεις αυτές της προδικαστικής προσφυγής, ως εκ της πλημμελούς, όπως προεκτέθηκε, κρίσης της ότι η προσφυγή είχε ασκηθεί απαραδέκτως. Ωστόσο, υπό την παρούσα πλοκή της υπόθεσης, το Δικαστήριο κρίνει ότι δεν μπορεί, επ' ευκαιρία εκδίκασης της κρινόμενης αίτησης, να προβεί πρωτογενώς στην εξέταση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, επί των οποίων δεν έχει αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 182/2020 σκ. 14, 170/2019 σκ. 7, 30/2019). 15. Επειδή, κατόπιν αυτών, η υπό κρίση αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθούν α) η 478/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π και β) οι 75/23.3.2021 και 112/20.4.2021 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Περαιτέρω, η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην Α.Ε.Π.Π., προκειμένου η Αρχή, ασκώντας τη σχετική αρμοδιότητά της, να κρίνει επί της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, η οποία καθίσταται εκ νέου εκκρεμής ενώπιον αυτής.».

5. Επειδή, εν συνεχεία η Οικονομική επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, με την υπ' αριθ. 183/2022 απόφασή της σε συμμόρφωση με την υπ' αριθ. 943/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ακύρωσε τη με αρ. 368/30-12-2020 απόφασή της, ομοίως και τις με αρ. 75/23.3.2021 και 112/20.4.2021 αποφάσεις της, προχώρησε σε επαναξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την έκανε δεκτή, αντίστοιχα τη βαθμολόγησε με συνολική βαθμολογία 100. Τέλος μετά την αποσφράγιση και των οικονομικών προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας εξεδόθη η υπ' αριθ. 235/20-7-02022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., στην οποία ενσωματώθηκε η υπ' αριθ. 203/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με θέμα «Έγκριση Πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών & γνωμοδότηση προς την Οικονομική Επιτροπή για κήρυξη προσωρινού αναδόχου του διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο, για την υπηρεσία με τίτλο: "Φύλαξη και επιτήρηση των κτιρίων, εγκαταστάσεων και χώρων του Δήμου ..., διάρκειας τριών (3) ετών"»

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

με την οποία εγκρίθηκε το με αριθ. πρωτ. 14140/15-7-2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών Λοιπών Προμηθειών και Παροχής Γενικών Υπηρεσιών, περί αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης και γνωμοδότηση προς την Οικονομική Επιτροπή για κήρυξη οριστικού αναδόχου του διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο, για την υπηρεσία με τίτλο: «Φύλαξη και επιτήρηση των κτιρίων, εγκαταστάσεων και χώρων του Δήμου ...», διάρκειας τριών (3) ετών και β) Ορίστηκε η παρεμβαίνουσα εταιρεία «ως Οριστικός Ανάδοχος του ανωτέρω Διαγωνισμού, με ποσό κατακύρωσης 549.854,83 € μη συμπεριλαμβανομένων ΦΠΑ, διοικητικού κόστους, νόμιμων κρατήσεων υπέρ δημοσίου και τρίτων και εργολαβικού κέρδους, ήτοι ποσού 681.819,99 € συμπεριλαμβανομένων των προαναφερόμενων κρατήσεων.

6. Επειδή, με την παρούσα προσφυγή η προσφεύγουσα προβάλλει μια σειρά από αιτιάσεις κατά της προσβαλλόμενης και ίδια ως προς τη νομιμότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας με έννομο συμφέρον επί τω τέλει ανάληψης της σύμβασης.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις μέσω του ΕΣΗΔΗΣ επί της προσφυγής στις 11/08/2022. Παραδεκτή περαιτέρω είναι και η παρέμβαση καθώς η Παρεμβαίνουσα έλαβε γνώση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής της την 02.08.2022 και η οικεία παρέμβαση κατατέθηκε στις 05/08/2022. Η προσφεύγουσα κατέθεσε εν συνεχεία απαραδέκτως ως εκπροθέσμως ασκηθέν το από 07/09/2022 υπόμνημα της.

8. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής προσάπτεται παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης με την κοινοποίηση της υπ' αριθμ. 235/20.07.2022 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... δια του διαδικτυακού τόπου του ΕΣΗΔΗΣ, παρόλο που η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι εντός της προθεσμίας του δεκαημέρου και συγκεκριμένα την 28.07.2022 η Αναθέτουσα Αρχή προέβη τελικά στην κοινοποίηση του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης στην Προσφεύγουσα εταιρεία παρατείνοντας συγχρόνως το χρόνο του ελέγχου του συνόλου των δικαιολογητικών για δέκα (10) ημέρες και επιμηκύνοντας αντιστοίχως τον χρόνο άσκησης τον χρόνο άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής εκ μέρους της Προσφεύγουσας. Συνεπώς, μετά τη συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής, ως προς την διαπιστωθείσα

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας στην οποία προέβη, ικανοποιήθηκε πλήρως η προσβληθείσα δια της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, αρχική παράλειψη και ουδεμία παραβίαση της αρχής διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας υπήρξε. Η Προσφεύγουσα άσκησε τα νόμιμα δικαιώματα της, έλεγξε το σύνολο των δικαιολογητικών που υπεβλήθησαν στην φάση αυτή, τα οποία και προσβάλλει στους οικείους λόγους της κρινομένης Προσφυγής και συνεπώς ο πρώτος λόγος απορρίπτεται, ως άνευ αντικειμένου προβαλλόμενος.

9. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο. Η δε παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI) και αντιστοίχως η παραβίαση τους εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ό.π C-278/14, σκ. 27). Επομένως, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίστηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

10. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 24^{ης} Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37).

11. Επειδή, περαιτέρω, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων (ΣτΕ ΕΑ 816/2007, 26/2007).

12. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επίσης, μια άλλη πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΑΕΠΠ 117/2017).

13. Επειδή, στις αιτιολογικές σκέψεις 101-102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι «(101) ...Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του. (102).. Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας.....».

14. Επειδή, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 20, αριθμ. απόφ. 42/30-5-2017).

15. Επειδή, ειδικότερα, με την περ. στ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, περίπτωση που αποτελεί νέο λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν προβλεπόταν ρητώς στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Οδηγία 2004/18/EK και π.δ. 60/2007), ωστόσο καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

ιδιότητα”, όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007 (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ). Σε κάθε περίπτωση η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια ρητά συνδέεται με ζητήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε “επαναλαμβανόμενες” ή “σοβαρές” κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης αυτών. «Πάντως, ακόμα και αν η εν λόγω πλημμελής συμπεριφορά κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων δεν είχε ως αποτέλεσμα την καταγγελία ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί ο υπό εξέταση λόγος αποκλεισμού της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εξετάσει κατά πόσο η εν λόγω πλημμελής εκτέλεση μπορεί να υπαχθεί στην πιο γενική έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα” ώστε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, όπως αναλυτικά αναφέρεται κατωτέρω (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ).

16. Επειδή, εν προκειμένω, ο ενωσιακός νομοθέτης προέβλεψε στο ισχύον καθεστώς δημοσίων συμβάσεων δύο διαφορετικές περιπτώσεις στ' και θ' για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια αφενός και αφετέρου για το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Από τη γραμματική δε διατύπωση των οικείων διατάξεων, ευχερώς προκύπτει ότι η περίπτωση στ' αφορά συγκεκριμένα στην εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης το οποίο ρητά ορίζεται σε αντίθεση με την περίπτωση θ' που ουδόλως τίθεται αυτή η προϋπόθεση. Επίσης, ομοίως ρητά ορίζεται ότι για να εφαρμοσθεί η περίπτωση στ', απαιτείται η οικεία συμπεριφορά να είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, γεγονός που ουδόλως προβλέπεται στην περ. θ'. Επομένως, ο ενωσιακός, και στη συνέχεια, ο εθνικός νομοθέτης γνωρίζοντας ότι είναι δυνατόν να δημιουργούνται σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα του οποίου οι επιδόσεις σε παλαιότερη δημόσια σύμβαση/συμβάσεις (ή/και συμβάσεις με αναθέτων φορέα) παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν,

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

παρείχε ρητά στις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς τη δυνατότητα να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικό φορέα που εμπίπτει στην εν λόγω περίπτωση (βλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), προσδιορίζοντας ωστόσο τις περιπτώσεις που χωρεί εφαρμογή της -ήτοι πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις- και προβλέποντας την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατά τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής.

17. Επειδή, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και οι περιστάσεις υπό τις οποίες εχώρησε η έκπτωση όσο και οι τυχόν ενέργειες ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής που έλαβε την απόφαση για την κήρυξη έκπτωσης για τη δημιουργία της οικείας καταστάσεως (βλ. κατ' αναλογία σκ. 133 T-42/96, Eyckeler & Malt AG, σκ. 133). Επομένως, εκ των ανωτέρω, εναργώς συνάγεται ότι η τελική εκτίμηση της «σοβαρότητας» της πλημμέλειας εναπόκειται βάσει του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ του ν. 4412/2016, στην κρίση της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα που σκοπεί να αναθέσει τη σύμβαση (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 776/2018 σκ. 51).

18. Επειδή, εξάλλου, όπως κρίθηκε στη συνέχεια από το ΔΕΕ C-267/18, 3 Οκτωβρίου 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, σκ. 26-29 «Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 29 και 30). Η εμπέδωση σχέσεως εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου προϋποθέτει, επομένως, ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να είναι σε θέση να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των λόγων προαιρετικού αποκλεισμού (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507,

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

σκέψεις 30 και 32). Η αρχή αυτή επιτάσσει πράγματι να εξετάζει και να εκτιμά η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά. Συναφώς, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 32 των προτάσεών του, από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η παρατυπία που διέπραξε ο προσφέρων πρέπει να ήταν αρκούντως σοβαρή ώστε να δικαιολογείται, υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, η καταγγελία της συμβάσεως.... Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα για τον οποίο είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως. Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της αποφάσεως περί καταγγελίας, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή της, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρεώσεως την οποία υπείχε στο πλαίσιο της εν λόγω συμβάσεως, δεδομένου ότι η εν λόγω πλημμέλεια είναι ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα».

19. Επειδή, όπως ομοίως προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕΕ απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 40-42 «το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ' και ζ', της οδηγίας 2014/24 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αντιτίθεται σε εθνική ρύθμιση σύμφωνα με την οποία η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί λύσεως δημόσιας συμβάσεως που ελήφθη από αναθέτουσα αρχή λόγω σοβαρών πλημμελειών που επιδείχθηκαν κατά την εκτέλεσή της εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση». Η δε παροχή έννομης προστασίας ουδόλως αποτελεί επανορθωτικό μέτρο «αυτοκάθαρσης» τα οποία συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης.

20. Επειδή, «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει οικονομικό φορέα, εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 που στοχεύει στο να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παράσχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς ή /και αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Κατά μείζονα δε λόγο, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Ε.Σ. για τις συμβάσεις άνω των ορίων και του Τ.Ε.Υ.Δ. για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), και την υποχρέωση αμελλητί ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση οφισγενών μεταβολών κρίνεται ιδιαίτερως σημαντική η διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν σε αυτά. Στον υπό εξέταση λόγο αποκλεισμού, δεν καθορίζονται με σαφήνεια οι περιπτώσεις ή /και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν “σοβαρές” οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή. Αυτές κρίνονται *ad hoc* (κατά περίπτωση), λαμβάνοντας υπόψη τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς (καθ' υποτροπή).

21. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να κρίνει τη σοβαρότητα της πλημμέλειας εάν ο ίδιος ο οικονομικός φορέας δεν παράσχει τη σχετική πληροφορία περί έκπτωσης στο ειδικό προς τούτο πεδίο του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ. (βλ. ΑΕΠΠ 776/2018 σκ.52). Εν προκειμένω το καθήκον της αναθέτουσας αρχής «στην αξιολόγηση των αποδείξεων είναι παθητικό, σε σχέση με το ενεργητικό καθήκον που υπέχει ο οικονομικός φορέας (βλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:316, σημεία 48 και 49). Τα ανωτέρω, ισχύουν και στην περίπτωση που συντελεσθεί μεταβολή στα υποβληθέντα και υπευθύνως δηλωθέντα

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

στοιχεία κατόπιν κατάθεσης τους και για το λόγο αυτό στο άρθρο 104 ν. 4412/2016 υφίσταται ρητή πρόνοια περί αμελλητί δήλωσης οφειγμένων μεταβολών ως και στο άρθρο 105 απαιτείται η υποβολή σχετικής ΥΔ και τούτο διότι κατ' άρθρο 71 Γενικές αρχές του ν. 4412/2016 (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει ότι η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 ν.4412/2016. Ομοίως και στο άρθρο 2.2.3.6. της διακήρυξης ορίζεται ότι «Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις» περιλαμβάνοντας και την περ. στ του άρθρου 2.2.3.4 όπου ορίζεται «2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις :(στ) εάν 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».

22. Επειδή, όπως έχει ήδη κριθεί (βλ. ΕΑ 40/2019 σκ. 15, 237/2019 σκ. 9, 279/2019 σκ. 14), ότι το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24, το ταυτόσημο άρθρο 73 παρ. 4 (γ) ν. 4412/2016, αλλά και οι απολύτως ταυτόσημοι επίσης ορισμοί του άρ. 22.Α.4 περ. (γ) της διακηρύξεως, τα οποία προβλέπουν την ύπαρξη επαρκώς ευλόγων ενδείξεων για σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, από κάποιον οικονομικό φορέα ως δυνητικό λόγο αποκλεισμού αυτού από εν εξελίξει διαδικασία αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, αναφέρονται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν.

23. Επειδή, ειδικότερα, ο ίδιος ο ευνοϊκός υπέρ και των οικονομικών φορέων θεσμός της αυτοκάθαρσης, προϋποθέτει την εκ μέρους του οικονομικού φορέα αληθή δήλωση στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, μη απόκρυψη σχετικών

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

πληροφοριών αλλά και αμελλητί δήλωσης τους εφόσον κατά τη διάρκεια της προσυμβατικής διαδικασίας επέλθει μεταβολή στα ήδη δηλωθέντα που δύναται ή ενδέχεται να στοιχειοθετήσει, καταλήξει ή να ερμηνευτεί από την αναθέτουσα ως λόγος/οι αποκλεισμού, σε αντίθετη περίπτωση θεμελιώνεται αυτοτελής λόγος κήρυξης της συνολικής προσφοράς ως απαραδέκτου και αποκλεισμού του προσφέροντος (βλ. ΑΕΠΠ 118/2017, 776/2018 σκ. 54, κατ' αναλογία ΣΤΕ 753/2020, ΕΑ 526/2010 σκ.6.). Εξάλλου, το καθήκον αληθείας είναι διαρκές δοθέντος ότι ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεών του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις της περ. στ περιλαμβανομένης. Το δε άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο η', της οδηγίας 2014/24 αναφέρεται στην περίπτωση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας έχει αποκρύψει τις πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 59. Και οι δύο αυτές περιστάσεις αρκούν για την απόρριψη της συμμετοχής του στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως (σκ. 56 Προτάσεων Γενικού Εισαγγελέα Υπόθεση ο.π. RTS). Τα δε μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού περί έκπτωσης, εν προκειμένω, δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνίσταται στην παραβίαση της αμελλητί δήλωσης των ως άνω μεταβολών σε σχέση με τα προαποδεικτικά δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 753/2020).

24. Επειδή, εν συνεχεία ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι στο συνταχθέν Ε.Ε.Ε.Σ της παρεμβαίνουσας και στο ερώτημα *«εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμά»* απήντησε αρνητικά και θεωρεί την απάντηση αυτή ανακριβή επικαλούμενη, ότι στα πλαίσια έτερης Δημόσιας Συμβάσεως και συγκεκριμένα της «Παροχής Υπηρεσιών Ηλεκτρονικής Επιτήρησης Υποδίκων, Καταδίκων και Κρατουμένων σε Άδεια» με αριθ. ... που εκτελούσε κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς η παρεμβαίνουσα, είχε επιβληθεί σε αυτήν με την υπ' αριθ. ... Απόφαση του Υπουργού ...ποινική ρήτρα ύψους 10.000 ευρώ, για πλημμελή εκτέλεση συμβατικών

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

υποχρεώσεων. Αυτόν τον λόγο τον προβάλλει επικαίρως διά της εξεταζόμενης προσφυγής διότι δεν θα διέθετε έννομο συμφέρον να την προβάλλει στα πλαίσια της προδιαληφθείσας προσφυγής επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθμ η απόφαση 368/2022. Τούτο διότι σε εκείνο το στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας ουδέν όφελος θα αντλούσε από την προβολή της εν λόγω αιτίας και ουδεμία βλάβη υφίστατο. Η αναθέτουσα αρχή επί του συγκεκριμένου λόγου προσφυγής υποστηρίζει με τις απόψεις της, ότι «*Η Επιτροπή δεν είχε λάβει γνώση της εν λόγω ποινικής ρήτηρας, ούτε όφειλε ή μπορούσε να την αναζητήσει η ίδια καθώς δεν αποτελούσε το σχετικό έγγραφο μέρος των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών και ως εκ τούτου δεν θα μπορούσε να την αξιολογήσει. Η εν λόγω επικαλούμενη ποινική ρήτρα, και οι τυχόν συνέπειες που επιφέρει, καθώς και το γεγονός αν θα έπρεπε να είχε δηλωθεί από την εταιρεία ..., καθώς και αν η σχετική παράλειψη υπαγορεύει τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας εταιρείας θα πρέπει να εκτιμηθεί σήμερα από το Κλιμάκιο Σας, καθώς για πρώτη φορά σήμερα γίνεται γνωστό, αφού ληφθούν υπόψη και οι ισχυρισμοί της ανωτέρω εταιρείας*». Η παρεμβαίνουσα συναφώς υποστηρίζει, ότι «*Στην παρούσα λοιπόν κρινομένη, ως ήδη ελέγχθη, αλλά και ως αποτυπύεται στην επιβληθείσα εκ της Συμβάσεως ... ποινική ρήτρα πράγματι υπήρξε ΑΠΑΞ σε διάρκεια έξι (6) ετών μία και μόνο περίπτωση επιβολής ποινικής ρήτηρας προβλεπόμενης στην σύμβαση αλλά και στο νόμο για πλημμελή εκτέλεση υπηρεσίας σε μία περίπτωση ηλεκτρονικής επιτήρησης υποδίκου - φοιτητή την 22.05.2019, όπου υπήρξε καθυστερημένη ενημέρωση και ειδοποίηση της Αναθέτουσας Αρχής εξ ανθρωπίνου σφάλματος του χειριστή μας (ο οποίος και απομακρύνθηκε άμεσα από την δύναμη της Παρεμβαίνουσας). Η εν λόγω σύμβαση συνεχίστηκε αδιάτάρακτα μέχρι και την 30.05.2022 όταν και έληξε και το ίδιο έργο ανέλαβε πάλι μετά από δημόσιο διαγωνισμό η Παρεμβαίνουσα, η οποία τυγχάνει καθ' ομολογίαν ο αξιόπιστος καθ' όλα Ανάδοχος και εκτελεστής του πλέον απαιτητικού και πολύπλοκου έργου - θεσμού της Ελληνικής έννομης τάξης από το 2014, ήτοι της ηλεκτρονικής επιτήρησης υποδίκων και κρατουμένων. Ουδεμία λοιπόν υποχρέωση υπήρχε στην Παρεμβαίνουσα για την συγκεκριμένη επιβολή συμβατικής ποινικής ρήτηρας να απαντήσει καταφατικά στο ΕΕΕΣ στο συγκεκριμένου ερώτημα περί διαπράξεως "σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος", ως απολύτως ανέμπνευστα αλλά και νόμω και ουσία*

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

αβασίμως υποστηρίζει η Προσφεύγουσα. Ακόμα όμως και εάν ήθελε θεωρείτο - χάριν εργασίας και μόνον - ως ανακριβής η αρνητική δήλωση της Παρεμβαίνουσας στο Ε.Ε.Ε.Σ. σχετικά με την μη συνδρομή σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στο πρόσωπό της, δηλαδή ενός θεωρητικά δυνητικού λόγου αποκλεισμού της, πράγμα που μετ' επιτάσεως αρνούμεθα, αφενός και πάλι δεν συγκροτείται αντικειμενική υπόσταση λόγου αποκλεισμού εκ του γεγονότος του εντοπισμού μιας συμβατικής πλημμέλειας από την εν λόγω Απόφαση αλλά και αφετέρου δεν επαρκή για την στοιχειοθέτηση κάποιου άλλου λόγου αποκλεισμού, που προβλέπεται στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016. Στο επίμαχο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ ζητείται από τον Οικονομικό Φορέα να αναφέρει τις τυχόν περιπτώσεις, οι οποίες θα μπορούσαν να στοιχειοθετήσουν συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού, υποχρεωτικού ή δυνητικού, από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία και πασιδήλως το εν λόγω συμβάν μοναδικής πλημμέλειας δεν θα μπορούσε να επιφέρει καμία και όποιας μορφής αποκλεισμό στην Παρεμβαίνουσα στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία και απολύτως ειλικρινής και ακριβής υπήρξε η αρνητική συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ στο εν λόγω πεδίο». Από την επισκόπηση του εξεταζόμενου φακέλου και των εκατέρωθεν ισχυρισμών ο προδιαληφθείς ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παραβάσεως των υποχρεώσεων της παρεμβαίνουσας για ανακριβή συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ γίνεται δεκτός ως βάσιμος και άρα η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα πιουτοτρόπως. Τούτο διότι, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης της παρεμβαίνουσας εταιρείας, στο αντίστοιχο ερώτημα, εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα η εν λόγω εταιρεία απαντά αρνητικά. Πλην όμως, η εν λόγω απόκριση παρίσταται ανακριβής, καθώς στην εν λόγω εταιρεία και στα πλαίσια της σύμβασης με αριθμό ... της έχει επιβληθεί, για πλημμελή εκτέλεση συμβατικών υποχρεώσεων, ποινική ρήτρα ύψους δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ κατά τα προδιαληφθέντα. Η ως άνω ποινική ρήτρα της έχει επιβληθεί με την με την υπ' αριθ. ... απόφαση του Υπουργού ..., γεγονός που δεν αμφισβητεί η παρεμβαίνουσα. Το γεγονός αυτό εμπίπτει αναμφίβολα στον λόγο αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.4 περ. στ', της σχετικής διακήρυξης εφόσον, η παρεμβαίνουσα εταιρεία στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης υπέπεσε σε σοβαρή αθέτηση των υποχρεώσεών της (φύλαξη), με αποτέλεσμα να της επιβληθεί σχετική

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

κύρωση (ποινική ρήτρα). Στο ΕΕΕΣ της, δε, στην σχετική ερώτηση αποκρίνεται αρνητικά δηλώνοντας ανακριβώς ότι δεν έχει υποπέσει στο πλαίσιο προηγούμενης εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης σε αθέτηση υποχρεώσεων της με αποτέλεσμα να της επιβληθεί η προαναφερόμενη ποινική ρήτρα. Επέκεινα, στην σχετική ερώτηση που περιλαμβάνεται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα εταιρεία όσον αφορά πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενη σύμβαση παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση απαντά θετικά, πλην όμως αναφέρει μόνον, ότι η εν λόγω Εταιρεία έχει κηρυχθεί έκπτωτη, δυνάμει της με αρ. ... απόφασης του ΔΣ της ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «....» αποκρύπτοντας το γεγονός ότι της έχει επιβληθεί η ως άνω ποινική ρήτρα για πλημμελή εκτέλεση των συμβατικών της υποχρεώσεων. Οι δε ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί μη υποχρέωσης δήλωσης τυγχάνουν απορριπτέοι. Τούτο διότι κατά τα ειδικώς κριθέντα στην σκέψη 22 και 23 της παρούσας, το καθήκον αληθείας της παρεμβαίνουσας είναι διαρκές δοθέντος ότι ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις της περ. στ περιλαμβανομένης, το δε άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο η', της οδηγίας 2014/24 αναφέρεται στην περίπτωση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας έχει αποκρύψει τις πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 59. Και οι δύο αυτές περιστάσεις αρκούν για την απόρριψη της συμμετοχής του στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως (σκ. 56 Προτάσεων Γενικού Εισαγγελέα Υπόθεση ο.π. RTS). Τα δε μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού περί έκπτωσης, εν προκειμένω, δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνίσταται στην παραβίαση της αμελλητί δήλωσης των ως άνω μεταβολών σε σχέση με τα προαποδεικτικά δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 753/2020). Τοιουτοτρόπως πέραν της απόκρυψης της επιβολής κυρώσεως εναντίον της και της

Αριθμός απόφασης : 1324/2022

ανακριβούς δηλώσεως περί του γεγονότος στο ΕΕΕΣ, η παρεμβαίνουσα επηρέασε, την έκβαση της διαδικασίας και τούτο διότι η προσφορά της, ενδεχομένως, θα είχε αποκλεισθεί ήδη από το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής. Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

25. Επειδή, σύμφωνα και με όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, εφόσον ο αποκλεισμός της παρεμβαίνουσας εταιρείας από τον διαγωνισμό στηρίζεται αυτοτελώς στην ανωτέρω αιτιολογική κρίση, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της κρινόμενης προσφυγής, με τους οποίους πλήττεται η νομιμότητα των λοιπών αιτιολογικών κρίσεων της προσβαλλόμενης, περί συνδρομής και άλλων επάλληλων αιτιολογικών ερεισμάτων απόρριψης της προσφοράς της (πρβλ. ΔΕφΠατρ. 5/2022, ΣΤΕ 75/2021, 56,386/2020, 1971/2013, ΕΑ ΣΤΕ 53,183/2020, 189/2019).

26. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, να απορριφθεί η παρέμβαση και το κατατεθέν ηλεκτρονικό παράβολο να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος ηλεκτρονικού παραβόλου ποσού 3.078 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9-09-2022 και εκδόθηκε στις 12-09-2022 στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ