

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 117/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1378/12.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στον ....., οδός ....., αριθμ. ...., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του .... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 933/22.06.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 4/9.02.2021, 5/12.03.2021 και 6/17.06.2021 Πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του και ματαιώνεται ο διαγωνισμός για το Τμήμα 3.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 3.685,48 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., την από 9.07.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 3 της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 737.096,77€ ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 2.275.000€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε τρία Τμήματα.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 16.07.2019 με ΑΔΑΜ ....., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό .....

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 12.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 13.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

7. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1793/2021 και 1847/2021 Πράξεις της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 21.07.2021 τις απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρων 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν για το Τμήμα 3 οκτώ οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος υπέβαλε τη με αριθμ. συστήματος 132078 προσφορά του. Με την υπ' αριθμ. 1680/21.12.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ανακηρύχθηκε ο προσφεύγων προσωρινός ανάδοχος του Τμήματος 3 του διαγωνισμού. Κατόπιν δε της από 8.01.2021 πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ο προσφεύγων υπέβαλε την 14.01.2021 τα σχετικά έγγραφα. Όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 4/9.02.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, «...κατά τον έλεγχο των αποσπασμάτων των ποινικών μητρώων των μελών του Δ.Σ. της εταιρείας, διαπιστώθηκε ότι στο περιεχόμενο του ποινικού μητρώου του μέλους .... του ... είναι καταγεγραμμένες τρεις αποφάσεις του Πλημμελειοδικείου Πειραιά περί έκδοσης ακάλυπτων επιταγών για τις οποίες επιβλήθηκε ποινή φυλάκισης με αναστολή. Ως ημερομηνία τέλεσης αναγράφεται: Οκτώβριος του 2010, ενώ η ημερομηνία έκδοσης των πρωτόδικων αποφάσεων, καθώς και των αντίστοιχων εφετειακών, είναι εντός του έτους 2017. Κατά την επιτροπή, ενδέχεται το περιεχόμενο του εν λόγω ποινικού μητρώου να εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού του προσφέροντος οικονομικού φορέα από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, με βάση το άρθρο 22.Α της διακήρυξης και την ισχύουσα νομοθεσία. Καθώς όμως, αποτελεί αντικείμενο νομικής φύσεως, προτείνει να επιληφθεί του θέματος και να γνωμοδοτήσει επί του συγκεκριμένου η Νομική Υπηρεσία της Αναθέτουσας

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

*Αρχής...», ενόψει δε των ανωτέρω η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την κατακύρωση του Τμήματος 3 του διαγωνισμού στον προσφεύγοντα «εφόσον κριθεί ότι δεν υπάρχει νομικό κώλυμα ως προς το περιεχόμενο του ποινικού μητρώου του μέλους του Δ.Σ. της εταιρείας, ....». Την 4.03.2021 η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε από τον προσφεύγοντα την παροχή διευκρινίσεων ως προς το χρόνο και την ιδιότητα με την οποία η κα .... εξέδωσε τις επίδικες επιταγές καθώς και την προσκόμιση στοιχείων, βάσει των οποίων προκύπτει ότι το αδίκημα αυτό δεν επηρεάζει τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, είτε επειδή δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού είτε στην αντίθετη περίπτωση, επειδή έχουν ληφθεί μέτρα αυτοκάθαρσης, ο προσφεύγων απέστειλε την 8.03.2021 τα σχετικά έγγραφα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 5/12.03.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος για το Τμήμα 3 του διαγωνισμού, εφόσον η αναθέτουσα αρχή κρίνει ικανοποιητικές τις διευκρινίσεις που δόθηκαν για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του καθώς « ...Σύμφωνα με την από 15-02-2021 (αρ. πρωτ. ..) γνωμοδότηση της Νομικής Διεύθυνσης του Δήμου ..., η εξεταζόμενη περίπτωση δύναται κατ' αρχήν να υπαχθεί στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» και στο δυνητικό λόγο αποκλεισμού που καθιερώνεται στην περίπτωση (θ) του άρθρου 22.Α.4. της Διακήρυξης. Δυνάμει δε του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 22.Α.6. της Διακήρυξης, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.Α.4. η περίοδος αποκλεισμού ανέρχεται στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Βάσει των ανωτέρω, και ανεξαρτήτως αν η εξεταζόμενη περίπτωση συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικείου οικονομικού φορέα που θεμελιώνει τον αποκλεισμό του, ενόψει και του χρόνου τέλεσης των εν λόγω αδικημάτων, έχει παρέλθει η περίοδος αποκλεισμού. Σημειώνεται δε, ότι σε κάθε περίπτωση υπεβλήθησαν τα πιστοποιητικά που απαιτούνται κατά τη Διακήρυξη για την απόδειξη της μη συνδρομής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της περίπτωσης (θ) του άρθρου 22 Α.4. όπως αυτό είχε πρωτίστως δηλωθεί στο ΤΕΥΔ». Ωστόσο, κατόπιν της με αρ. Πρωτ. 125302/14.05.2021 γνωμοδότησης της Νομικής Διεύθυνσης της αναθέτουσας αρχής, όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 6/17.06.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη*

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

της προσφοράς του προσφεύγοντος και την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού για το Τμήμα 3 του διαγωνισμού διότι « ...συντάσσεται, με την άποψη της Νομικής Διεύθυνσης, η οποία στηριζόμενη στη νομολογία θεωρεί ότι «η έκδοση ακάλυπτων επιταγών επηρεάζουν την επαγγελματική διαγωγή και αξιοπιστία του υποψηφίου, με αποτέλεσμα την καταρχήν υποχρέωση αποκλεισμού από το διαγωνισμό... στο εξεταζόμενο αντίγραφο ποινικού μητρώου μέλους του ΔΣ για αδίκημα το οποίο έχει σχέση με την άσκηση της επαγγελματικής του ιδιότητας (ακάλυπτη επιταγή)», «...Κατά την άποψή μας, ως έχουμε αναφέρει, δεν έχει παρέλθει η τριετία αφού η έναρξη είναι το έτος 2017 και υπολογίζουμε κατά την υποβολή προσφοράς το έτος 2020 .....». Συνεπώς, λόγω του ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο εμπίπτει στο άρθρο 22.Α.4(θ) της διακήρυξης (δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού) και οι καταδικαστικές αποφάσεις επί του αδικήματος εκδόθηκαν το έτος 2017, η τριετής περίοδος αποκλεισμού δεν έχει παρέλθει. Ως εκ τούτου, τα στοιχεία που δηλώθηκαν από τον οικονομικό φορέα στο Τ.Ε.Υ.Δ. -Μέρος ΙΙΙ.(Γ)-είναι ανακριβή». Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 6/17.06.2021 Πρακτικό.

11. Επειδή ο προσφεύγων θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του και στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

12. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο 22 της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι : «...Κατ'αρχήν και εξ όσων διελήφθησαν στην προσβαλλόμενη απόφαση προς «αιτιολόγησή» της, ουδαμώς προκύπτει ότι ελήφθη, κάν, υπόψη το ότι η ποινική καταδίκη της κ. Ροδοστάλης Κουρτίδου της έχει επιβληθεί για πράξεις της, του 2010, στα πλαίσια της τότε σχέσης της με την, τρίτη, ανώνυμη εταιρεία «.....» και όχι για οποιαδήποτε πράξη της έχουσα σχέση με την εταιρεία μας, η οποία, μάλιστα, ιδρύθηκε, μόλις, το 2017. Και, επομένως, οποιαδήποτε πράξη, οποιουδήποτε φυσικού προσώπου, λαβούσα χώρα το 2010, δεν είναι δυνατόν να συνιστά παράπτωμα μιας εταιρείας η οποία ιδρύεται μετά από 7 χρόνια. Και, εν πάση περιπτώσει, από τον όλο

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

τρόπο διατύπωσης των επί μέρους σκέψεων και κρίσεων, οι οποίες οδηγούν στην ως άνω τελική κρίση, αποκλείσθηκε της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας η εταιρεία μας για λόγους οι οποίοι δεν έχουν καμία σχέση με την ίδια και ανάγονται, όλοι, στην ανωτέρω, μη μετέχουσα στον διαγωνισμό, τρίτη εταιρεία και σε κάποια δράση της προ πολλών ετών.

Επειδή, επομένως, η όλη αυτή υπόθεση (της ποινικής καταδίκης απλού μέλους του Δ.Σ. της εταιρείας, μη ασκούντος οποιαδήποτε διευθυντικά και, εν γένει διοικητικά, καθήκοντα, αυτοπροσώπως, τουλάχιστον, για πράξεις του οι οποίες είχαν λάβει χώρα, εν έτει 2010, στα πλαίσια της τότε σχέσης του με άλλη, τρίτη, εταιρεία και για λογαριασμό της), δεν συνιστά, ούτε και είναι δυνατόν να συνιστά, επαγγελματικό παράπτωμα της δικής μας εταιρείας, η οποία ιδρύθηκε, μάλιστα, επτά χρόνια μετά τις εν λόγω πράξεις και, μάλιστα, να συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα σε βαθμό οποίος επισύρει και τον αποκλεισμό από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 22.Α.4, περ. (θ) της διακήρυξης.

Έτι περαιτέρω, όμως και εν πάση περιπτώσει και εάν, ακόμα, δηλαδή, μετείχε στον διαγωνισμό η ανωτέρω άλλη εταιρεία, η «.....», ούτε και αυτή θα έπρεπε να αποκλεισθεί, εφόσον οι επίμαχες πράξεις, οι οποίες επέφεραν την εν έτει 2017 καταδίκη, είχαν λάβει χώρα το έτος 2010 και είναι απολύτως σαφής η σχετική ρύθμιση της διακήρυξης, στο άρθρο 22.Α.6, ότι η τριετής περίοδος αποκλεισμού, σε όλες τις περιπτώσεις του άρθρου – παραγράφου – 22.Α.4 (και, επομένως και στην υπό στοιχείο (θ)) μετράται από «το γεγονός» και όχι από την καταδικαστική απόφαση. Και είναι όλως εσφαλμένη η εν προκειμένω γνώμη της Νομικής Διεύθυνσης του Δήμου .... (την οποία υιοθέτησε και η αναθέτουσα Αρχή στην προσβαλλόμενη απόφασή της), η οποία, στην δεύτερη γνωμοδότησή της, στις 23.3.2021, για να πείσει ότι «...Για την προαναφερόμενη περίπτωση της «.....», ο χρόνος επέλευσης του γεγονότος άρχεται από το έτος 2017 και όχι από το έτος 2010...» και ότι, επομένως, κατά την συμμετοχή μας στον διαγωνισμό δεν είχε παρέλθει, ακόμα, τριετία από την καταδικαστική απόφαση, επικαλέσθηκε την απόφαση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης C-124/17 και συνήψε και αντίγραφο της στην εν λόγω γνωμοδότησή της. Όμως, ο συντάκτης της διακήρυξης (η οποία είχε

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

συνταχθεί κατά μήνα Ιούνιο 2019), είχε πλήρη γνώση της εν λόγω απόφασης και των όσων έχουν κριθεί με αυτή και γι'αυτό, εν τέλει του ως άνω άρθρου – παραγράφου 22.Α.6, έθεσε το σημείο της με αριθμό 73 παραπομπής, μεταξύ των 117, εν όλω, παραπομπών εν τέλει της διακήρυξης, στις με αριθμούς 35 έως και 41 σελίδες της, στην οποία αναφέρονται τα εξής (σε συνέχεια του ότι η περίοδος αποκλεισμού στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.Α.4 είναι τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος): «...Πρβλ. άρθρο 73 παρ. 10 ν. 4412/2016, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 107 περ. 9 του ν. 4497/ /2017. Επίσης, βλ. υπ'αριθμ. Πρωτ. 6271/30-11-2018 έγγραφο της Αρχής (ΑΔΑ Ψ3Κ80ΞΤΒ-09Β) σχετικά με την απόφαση ΔΕΕ της 24 Οκτωβρίου 2018 στην υπόθεση C 124/17 Vossloh, ιδίως σκέψεις 38-41, ΣΤΕ ΕΑ 40/2019...». Με πλήρη γνώση, επομένως, ο συντάκτης της διακήρυξης, της εν λόγω απόφασης του ΔΕΕ και των σχετικών της κρίσεων, διέτυπωσε, εν τούτοις, ως ανωτέρω, την παρ. 22.Α.6 της διακήρυξης, ορίζουσα ότι η περίοδος αποκλεισμού σε όλες τις περιπτώσεις της παρ. 22.Α.4 είναι τριετής, αρχόμενη από την ημερομηνία του γεγονότος και όχι από την ημερομηνία της καταδικαστικής κλπ απόφασης, ενημερώνοντας, όμως, τους ενδιαφερόμενους για συμμετοχή στον διαγωνισμό, ότι, εν σχέσει, ειδικότερα, με την περίπτωση (γ), της ύπαρξης επαρκώς εύλογων ενδείξεων που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ισχύουν και όσα έχει κρίνει το ΔΕΕ και η ΣΤΕ/ΕΑ. Και, επομένως, είναι όλως εσφαλμένη και η τελικώς διατυπωθείσα γνώμη, στην από 14.5.2021 γνωμοδότηση της Νομικής Διεύθυνσης (και, εν πάση περιπτώσει, το αναφερόμενο στην προσβαλλόμενη απόφαση απόσπασμα της) ότι το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού είναι αντιφατικό και ότι, «...μη αποδεχόμενη την γνώμη της νομικής...», η Επιτροπή Διαγωνισμού, «...λανθασμένα θεωρεί... ότι έχει παρέλθει η τριετία...».

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα κάτωθι : « Η Διεύθυνση Κτιριακής Υποδομής συμφωνεί με όλα τα εκτεθέντα από τη Νομική Διεύθυνση του Δήμου .... , που περιλαμβάνονται στο φάκελο του έργου, τα οποία είναι σύμφωνα με τα συμφέροντα του Δήμου.

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

Οι ακάλυπτες επιταγές που έχουν εκδοθεί από μέλη διοίκησης οικονομικού φορέα επηρεάζουν την επαγγελματική διαγωγή και επαγγελματική αξιοπιστία του υποψηφίου, με αποτέλεσμα την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για αποκλεισμό του από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον δεν έχουν ληφθεί επαρκή επανορθωτικά μέτρα. Η προσφεύγουσα εσφαλμένως θεωρεί ότι οι εκδοθείσες από μέλος Διοικητικού Συμβουλίου της, ακάλυπτες επιταγές υπό την ιδιότητα νομίμου εκπροσώπου έτερου οικονομικού φορέα δεν επηρεάζουν την επαγγελματική διαγωγή και επαγγελματική αξιοπιστία της προσφεύγουσας και ως εκ τούτου αρνήθηκε να αναφέρει επανορθωτικά μέτρα σχετικά με την έκδοση ακάλυπτων επιταγών που είχε εκδώσει μέλος διοίκησης αυτής. Η Αναθέτουσα αρχή, εφόσον όρισε τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού στα έγγραφα της σύμβασης, αποκλείει υποχρεωτικά τον προσφέροντα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, τηρώντας την αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και δεν εξετάζει τον αποκλεισμό του ή μη σε αναλογία με την υπό ανάθεση σύμβαση ή άλλα στοιχεία».

14. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

15. Επειδή το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: [...] β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 και πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77, και, κατά περίπτωση, τους κανόνες και τα κριτήρια αμεροληψίας που αναφέρονται στο άρθρο 84.[...]».



16. Επειδή το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει 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: [...] θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του.5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β΄ της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β΄ της παρ. 4. [...] Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 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. [...]10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος[...].».

17. Επειδή το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. [...] 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. [...] 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105.[...]

18. Επειδή το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης:

α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ...4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών [...]

19. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης [...]

δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: I) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Συμπληρωμένο Έντυπο Τπεύθυνης Δήλωσης (ΣΕΤΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, 20 απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας... Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται.[...]

22.Α. Λόγοι αποκλεισμού Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων:[...]

22.A.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις [...]

(θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του.[...]

22.A.6. Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων

Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος<sup>73</sup>.

Σημειωση 73 Πρβλ. άρθρο 73 παρ. 10 ν. 4412/2016, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 107 περ. 9 του ν. 4497/2017. Επίσης, βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. 6271/30-11-2018 έγγραφο της Αρχής (ΑΔΑ ...) σχετικά με την απόφαση ΔΕΕ της 24 Οκτωβρίου 2018 στην υπόθεση C-124/2017 *Vossloh*, ιδίως σκέψεις 38-41, ΣΤΕ ΕΑ 40/2019. [...]

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.474 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. Σα 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

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, 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 στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 22.A.8. 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[...].

*Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής*

23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Συμπληρωμένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΣΕΤΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. [...]

23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.

Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας:

Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά [...] (ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού [...].».

20. 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. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε

ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 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, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

21. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC .... SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση .... κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC .... SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 ....., 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).

22. Επειδή, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας 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.

23. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. (ΑΕΠΠ 96/2017)

24. Επειδή όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία.

25. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του νέου Ν 4412/2016 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89) η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί



συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιος κατά τα ως άνω περίστασης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ.(ΑΕΠΠ 118/2017).

26. Επειδή, έχει κριθεί (πρβλ. ΔΕΕ, C-124/17, ... ..... της 24.12.2018) ως προς τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού ότι «Μολονότι η παράγραφος 7 του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24 δεν διευκρινίζει περαιτέρω τη φύση του «σχετικού γεγονότος» ούτε, μεταξύ άλλων, το χρονικό σημείο επελεύσεως του γεγονότος αυτού, επισημαίνεται ότι η διάταξη αυτή προβλέπει, για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στην παράγραφο 1 του άρθρου αυτού και εφόσον η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, ότι η χρονική περίοδος των πέντε ετών πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της καταδίκης με την τελεσίδικη δικαστική απόφαση αυτή, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνία επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών λόγω των οποίων επιβλήθηκε η καταδίκη αυτή. Επομένως, όσον αφορά αυτούς τους λόγους αποκλεισμού, η εν λόγω χρονική περίοδος υπολογίζεται με αφετηρία μια ημερομηνία η οποία, σε ορισμένες περιπτώσεις, είναι μεταγενέστερη της επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το σχετικό ποινικό αδίκημα [...] Εν προκειμένω, για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού επιβλήθηκε κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου. Σε αυτή την περίπτωση, για λόγους συνοχής με τον τρόπο υπολογισμό της χρονικής περιόδου η οποία προβλέπεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά επίσης για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής».

27. Επειδή κατά πάγια νομολογία, κάθε ποινική καταδίκη του Προέδρου ή του Διευθύνοντος Συμβούλου ή των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου ανώνυμης εταιρείας, για αδίκημα σχετιζόμενο με την άσκηση από αυτούς επαγγελματικής δραστηριότητας, είναι ληπτέα υπόψη από την αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρείας από τα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού, έστω και εάν το αδίκημα έχει διαπραχθεί από τα προαναφερθέντα πρόσωπα σε χρόνο προγενέστερο της συστάσεως της εν λόγω ΑΕ. (βλ. ΕΑ ΣτΕ 260-261/2008, 977/2007, πρβλ. ΕΑ 428/2008, ΣτΕ 1259/1991).

28. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, οι καταδίκες που αφορούν τα αδικήματα της παραβάσεως του άρθρου 79 του ν. 5960/1933 «Περί Επιταγής αφορούν αδικήματα που, κατ' αρχήν, συναρτώνται με την φερεγγυότητα και την επαγγελματική αξιοπιστία του προσώπου εις βάρος του οποίου έχουν επιβληθεί (βλ. ΣτΕ 1026/2008).

29. Επειδή, στον όρο 22.4(θ) της διακήρυξης θεσπίζεται ως λόγος αποκλεισμού οικονομικού φορέα η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, στο δε όρο 22.5 της διακήρυξης προβλέπεται ότι εάν η περίοδος αποκλεισμού στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.Α.4 δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, η περίοδος αυτή ανέρχεται στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Επισημαίνεται ότι στον όρο 22.5 της διακήρυξης τίθεται υποσημείωση 73 στην οποία γίνεται ρητή αναφορά στην απόφαση του ΔΕΕ C-124/1, ... κατά ..... της 24.12.2018 και την εθνική νομολογία περί της ερμηνείας της σχετικής διάταξης και άρα είναι σαφές σε κάθε επιμελή και ευλόγως ενημερωμένο υποψήφιο ότι ο όρος 22.5 της διακήρυξης ισχύει, ως έχει ερμηνευθεί από τη σχετική νομολογία, ήτοι η περίοδος αποκλεισμού ανέρχεται στα τρία έτη από την ημερομηνία έκδοσης της καταδικαστικής απόφασης. Επομένως, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 26, αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία η περίοδος αποκλεισμού ανέρχεται στα τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος και όχι από την ημερομηνία της καταδικαστικής απόφασης. Περαιτέρω, η μη συνδρομή του λόγου

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

αποκλεισμού του όρου 22.4 (θ) της διακήρυξης αφενός μεν προαποδεικνύεται κατά τον όρο 23.1 της διακήρυξης από την δήλωση του διαγωνιζόμενου στα σχετικά πεδία του ΕΕΕΣ, αφετέρου, ως αναφέρεται στον όρο 23.2(ε) αποδεικνύεται από τον προσωρινό ανάδοχο δια της υποβολής με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης σχετικής υπεύθυνης δήλωσης. Ως δε προβλέπεται στον όρο 3.2 (δ) της διακήρυξης, σε περίπτωση που εκ των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του όρου 22 της διακήρυξης απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου.

30. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων απάντησε αρνητικά στο πεδίο του Τμήματος Γ του Μέρους ΙΙΙ του ΕΕΕΣ του περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Περαιτέρω, ο προσφεύγων υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την από 13.01.2021 υπεύθυνη δήλωση περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 22 της πρόσκλησης. Ωστόσο, στο υποβληθέν ποινικό μητρώο του Μέλους ΔΣ ... αναφέρονται τρεις καταδικαστικές αποφάσεις του Πλημμελειοδικείου ... για τις αξιόποινες πράξεις της έκδοσης ακάλυπτων επιταγών, εκδοθείσες στις 8.02.2017, 5.05.2017 και 14.12.2017, τις οποίες ο προσφεύγων ουδόλως αμφισβητεί. Σύμφωνα δε με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 27-28, οι εν λόγω καταδικαστικές αποφάσεις αφενός μεν εμπίπτουν στον λόγο αποκλεισμού του όρου 22.4 (θ) της διακήρυξης καθώς αφορούν αδικήματα που συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αφετέρου, ως προσωποπαγή αδικήματα, λαμβάνονται υπόψιν για την κρίση περί της συνδρομής στο πρόσωπο του προσφεύγοντος του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, ακόμη και αν διαπράχθηκαν το έτος 2010, ήτοι σε χρόνο που η κα ... ήταν μέλος έτερου νομικού προσώπου και ο προσφεύγων δεν είχε ακόμα συσταθεί, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Επίσης, δοθέντος ότι ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του υπό κρίση διαγωνισμού είχε οριστεί η 24.09.2019, προκύπτει ότι κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών δεν είχε παρέλθει η απαιτούμενη κατά τον όρο 22.5 της πρόσκλησης τριετία από την έκδοση των

## Αριθμός απόφασης: 1398 /2021

επίμαχων καταδικαστικών αποφάσεων προκειμένου να μη συντρέχει στο πρόσωπο του προσφεύγοντος ο λόγος αποκλεισμού του όρου 22.4 (θ), ενώ οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος ερειδόμενες στην παρέλευση δεκαετίας από την τέλεση των αξιόποινων πράξεων, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, τυγχάνουν απορριπτές ως αβάσιμες. Επομένως, βάσει και των αναφερόμενων υπό σκέψη 24, ο προσφεύγων όφειλε να απαντήσει θετικά στο πεδίο του υποβληθέντος ΤΕΥΔ του περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και να δηλώσει τυχόν ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, το οποίο όμως ουδόλως έπραξε. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω ανακριβούς δήλωσης του ΤΕΥΔ περί μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του όρου 22.4 (θ) της πρόσκλησης. Εντούτοις, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 10, η Επιτροπή Διαγωνισμού αιτήθηκε από τον προσφεύγοντα την παροχή διευκρινίσεων ως προς το χρόνο και την ιδιότητα με την οποία η κα Κουρτίδου εξέδωσε τις επίδικες επιταγές καθώς και αιτιολόγηση περί της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του όρου 22.4 (θ) της διακήρυξης με μνεία τυχόν ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης. Εν τέλει όμως, κατόπιν αποδοχής γνωμοδοτήσεων της Νομικής Υπηρεσίας, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε και η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του όρου 22.4 (θ) της διακήρυξης και σχετικής ανακριβούς δήλωσης στο ΤΕΥΔ του. Όπως δε έχει νομολογιακώς κριθεί, εάν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, αλλά εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη κατά το συγκεκριμένο τμήμα του διατακτικού της με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988), καθόσον η πράξη κρίνεται ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος»). Επομένως, αν και εν μέρει με πλημμελή αιτιολογία, καθόσον η Επιτροπή Διαγωνισμού εσφαλμένως αιτήθηκε την παροχή διευκρινίσεων από τον προσφεύγοντα, ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του και η προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως αβάσιμη.

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

**Αριθμός απόφασης: 1398 /2021**

32. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

33. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 24 Αυγούστου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ**

**α/α**

**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**