

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13 Σεπτεμβρίου με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.08.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1113/05.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ..» (εφεξής ο «προσφεύγων»), κατοίκου ..., οδός, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Κατά του του ... (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), κατοίκου, οδός ..., αρ., που άσκησε παρέμβαση για την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. .../Δ.Σ..../2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη»).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 1.048,58 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»),

το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ ποσού 209.716,45€.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. .../18-5-2022 Διακήρυξης ΑΝΟΙΚΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΜΕΣΩ ΤΟΥ ΕΘΝΙΚΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ «Κατασκευή Γηπέδου Ποδοσφαίρου 5Χ5 στη θέση "...", Τ.Κ. ...» CPV: ...-... (Κατασκευαστικές εργασίες για αθλητικές εγκαταστάσεις) με εκτιμώμενη αξία σύμβασης ποσού χωρίς ΦΠΑ ποσού 209.716,45€, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 18.05.2022, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 05.08.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 27.07.2022. Μετ' εννόμου συμφέροντος δε ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, δοθέντος ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά της προσβαλλομένης και του προσωρινού αναδόχου – παρεμβαίνοντος, επιδιώκοντας ευλόγως όπως ανακηρυχθεί ο ίδιος ως προσωρινός ανάδοχος, ως καταταγείς δεύτερος στη σειρά μειοδοσίας.

5. Επειδή στις 08.08.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή προς τον παρεμβαίνοντα, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 1580/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή στις 10.08.2022 ο παρεμβαίνων κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την παρέμβασή του εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, επιδιώκοντας, ως αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος, την απόρριψη της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση του κύρους της προσβαλλομένης.

7. Επειδή στις 16.08.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α607/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η οποία απέρριψε το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

8. Επειδή στις 31.08.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αρ. πρωτ. 1185/30.08.2022 απόψεις της προς τους ενδιαφερόμενους και την ΕΑΔΗΣΥ.

9. Επειδή στις 02.09.2022 ο προσφεύγων κοινοποίησε το υπόμνημά του εμπροθέσμως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

10. Επειδή με την προσβαλλομένη με ΘΕΜΑ 3ο Η.Δ. : «Απόφαση έγκρισης Πρακτικού της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης ανοικτού διαγωνισμού για την Πράξη με τίτλο: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΓΗΠΕΔΟΥ ΠΟΔΟΣΦΑΙΡΟΥ 5Χ5 ΣΤΗ ΘΕΣΗ "...", Τ.Κ. ...» το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε την έγκριση του υπ' αρ. .../14-6-2022 Πρακτικού Νο 1 της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης ανοικτού διαγωνισμού, με την οποία η Επιτροπή ολοκλήρωσε τη διαδικασία

αξιολόγησης και εισηγήθηκε «την ανάθεση στον προσωρινό μειοδότη, τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «... ..» που κατέθεσε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, με ποσοστό έκπτωσης εικοσιένα και ογδόντα δύο εκατοστά (21,82%) επί του προϋπολογισμού της μελέτης του έργου, η προσφορά της οποίας αναλύεται ως εξής:

ΣΥΝΟΛΟ ΚΟΣΤΟΥΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ	105.847,26 €
ΓΕ & ΟΕ ΕΡΓΑΣΙΩΝ 18%	19.052,51 €
ΑΠΡΟΒΛΕΠΤΑ 15%	18.734,97 €
ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗ	2.872,71 €
Σύνολο Δαπάνης του Έργου	146.507,45 €
ΦΠΑ 24%	35.161,79 €
ΓΕΝΙΚΟ ΣΥΝΟΛΟ	181.669,24 €

».

11. Επειδή με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι μη νόμιμα η Επιτροπή Διαγωνισμού και συνακόλουθα το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής έκριναν πως ο παρεμβαίνων δεν έπρεπε να αποκλειστεί αλλά να γίνει δεκτή η συμμετοχή του και να καταταγεί ως προσωρινός ανάδοχος στον επίμαχο διαγωνισμό, ειδικότερα, παραθέτει το άρ. 73 του Ν. 4412/2016 και αναφέρει ότι οι εκεί παρατιθέμενοι λόγοι αποκλεισμού επαναλαμβάνονται και στη Διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού υπό το άρ. 22 Α και πως, εν προκειμένω, ο παρεμβαίνων υπέβαλε ΕΕΕΣ που στη σελ. 22 και στο ερώτημα «Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις/ Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;» επέλεξε την απάντηση ΟΧΙ, ωστόσο, υποστηρίζει πως η δήλωση αυτή ήταν αναληθής διότι, όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη με την προσφυγή του υπ' αρ. 334/6-8-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (ΑΔΑ ...- ...), ο ως άνω κηρύχθηκε έκπτωτος από το έργο «Ανακατασκευή οδών και τεχνικών έργων στις- ... 2017», του οποίου είχε αναδειχθεί

ανάδοχος και κατέπεσε η εγγυητική επιστολή που είχε καταθέσει, αναφέροντας πως ο εκάστοτε υποψήφιος κατά τη διαγωνιστική διαδικασία είναι υποχρεωμένος να δηλώνει την αλήθεια ως προς τα δεδομένα που αναφέρει στην αίτησή του, τυχόν παραβίαση δε της υποχρέωσης αυτής αποτελεί λόγο ευθέως και άμεσου αποκλεισμού του από τη συνέχιση της διαδικασίας και πως ο ως άνω αναληθώς δήλωσε ότι δεν έχει υποστεί ποτέ καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, επομένως υποστηρίζει ότι είναι υποχρεωτικός ο αποκλεισμός του από τη συνέχιση της διαδικασίας και πως η τυχόν λήψη επανορθωτικών μέτρων είναι αδιάφορη καθόσον απάντησε αναληθώς ότι δεν έχει υποστεί ποτέ πρόωρη καταγγελία και πως η κρίση εάν λήφθηκαν επανορθωτικά μέτρα ή όχι και η επάρκεια ή μη αυτών εξετάζεται στην περίπτωση που η απάντηση του υποψηφίου στο ερώτημα είναι θετική. Επί του λόγου αυτού με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι όπως προκύπτει από το γράμμα και το σκοπό της διάταξης του άρ. 73, παρ. 4 περ. στ' του Ν. 4412/2016, για τη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού απαιτείται μεταξύ άλλων η ύπαρξη συναφθείσας σύμβασης κατά την έννοια του Ν. 4412/2016 κατά τη διάρκεια της οποίας θα έχει λάβει χώρα σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης αυτής της προηγούμενης σύμβασης και πως η ύπαρξη σύμβασης αποτελεί αντικείμενο έρευνας, ενώ ο χαρακτηρισμός της πλημμέλειας ως «σοβαρής» ή της απαίτησης ως «ουσιώδους» δεν αποτελεί αντικειμενικό ζήτημα, αλλά αξιολογείται κατά περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, παραθέτει δε σχετική νομολογία, και πως τα ανωτέρω στοιχεία θα πρέπει να αναφέρονται στο σώμα της προδικαστικής προσφυγής με την οποία επιδιώκεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα κατ' επίκληση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, ώστε αυτή να είναι ορισμένη και σαφής, αναφέρει δε ότι έγγραφο προσφυγής που δεν περιέχει τα βασικά στοιχεία που απαιτούνται για να χαρακτηριστεί ως ορισμένο δεν εξετάζεται, αλλά απορρίπτεται ως απαράδεκτο. Εν προκειμένω υποστηρίζει ότι δεν υφίστατο σύμβαση μεταξύ εκείνου και του δήμου ... για το έργο με τίτλο «Ανακατασκευή οδών και τεχνικών έργων στις ... - ...- ... 2017» και πως ακόμα και αν

υφίστατο, το οποίο αρνείται, η πλημμέλεια που του αποδόθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... δεν είναι ούτε σοβαρή, ούτε επαναλαμβανόμενη, ούτε αφορά σε εκτέλεση κάποιας ουσιώδους απαίτησης μιας δήθεν συναφθείσας σύμβασης και πως ο προσφεύγων δεν προβάλλει καν το αντίθετο. Εν συνεχεία, ισχυρίζεται πως με την υπ' αρ. 334/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του δήμου ... αποφασίστηκε η κήρυξή του ως εκπτώτου από τον προαναφερθέντα διαγωνισμό με το σκεπτικό ότι, καίτοι είχε αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης, δεν προσκόμισε επικαιροποιημένα δικαιολογητικά μέχρι τις 12-06-2019, όπως του ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή με μήνυμα που του εστάλη μέσω ΕΣΗΔΗΣ και πως δεν υπήρξε ποτέ συναφθείσα σύμβαση μεταξύ εκείνου και του δήμου ... διότι ουδέποτε έλαβε χώρα οριστική κατακύρωση του διαγωνιστικού αποτελέσματος υπέρ του σύμφωνα με το νόμο, όπως ειδικότερα αναφέρει στην παρέμβασή του, διότι ουδέποτε καταρτίσθηκε σύμβαση κατά την έννοια του νόμου μεταξύ εκείνου και του δήμου ..., όπως ειδικότερα αναφέρει στην παρέμβασή του και διότι η δήθεν πλημμέλειά του έλαβε χώρα σε χρόνο που δεν είχε καμία απολύτως δέσμευση έναντι της αναθέτουσας αρχής, όπως ειδικότερα αναφέρει στην παρέμβασή του. Συναφώς, υποστηρίζει ότι για να ενεργοποιηθεί η υποχρέωση του οικονομικού φορέα να απαντήσει θετικά στο κρίσιμο ερώτημα του ΕΕΕΣ, θα πρέπει να έχει λάβει χώρα σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια και μάλιστα κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης προηγούμενης σύμβασης, ώστε να προκύπτει ότι η πλημμέλεια επηρεάζει την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητα του υποψηφίου αναδόχου, εντούτοις, υποστηρίζει ότι εν προκειμένω δεν έχει συμβεί τίποτα από τα παραπάνω διότι με την υπ' αρ. 334/2019 απόφαση του επιβλήθηκε συγκεκριμένη κύρωση απλώς και μόνο διότι, καίτοι είχε αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης, δεν προσκόμισε επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης και πως η μοναδική σχετική κύρωση που υφίσταται σύμφωνα με τη νομοθεσία είναι η απόρριψη της προσφοράς και η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής και όχι η κήρυξή του ως εκπτώτου, όπως εσφαλμένα του επιβλήθηκε από τον Δήμο ..., δηλαδή ισχυρίζεται πως, ακόμα και από το επίπεδο της κύρωσης που προβλέπει ο νόμος σε περίπτωση μη

προσκόμισης επικαιροποιημένων δικαιολογητικών προκύπτει ότι η σχετική πλημμέλεια δεν είναι επ' ουδενί σοβαρή και δεν συνδέεται με κάποια ουσιώδη απαίτηση κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, αφού η επιβαλλόμενη κύρωση είναι χαμηλής έντασης, αναφέρει δε ότι δεν είχε συντελεστεί η σύναψη της σύμβασης και πως κατά την ημερομηνία που του τάχθηκε να προσκομίσει τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά η προσφορά του δεν ήταν σε ισχύ. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι ο προσφεύγων δεν ισχυρίζεται καν ότι συντρέχει μια τέτοια περίπτωση σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας και μάλιστα κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης προηγούμενης σύμβασης, αφού δεν αναπτύσσει κανέναν απολύτως σχετικό ισχυρισμό με την προσφυγή του και πως θεωρεί την οποιαδήποτε επιβολή κυρώσεων εξ αντικειμένου ως σοβαρή και αφορώσα σε ουσιώδη απαίτηση προηγούμενης σύμβασης. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι η επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα υπ' αρ. 334/2019 απόφαση αναμένεται να ανακληθεί άμεσα και αναδρομικά κατόπιν εισήγησης που έχει λάβει χώρα εκ μέρους της αρμόδιας νομικής υπηρεσίας. Επί του λόγου αυτού της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αναφέρει ότι *«Ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ότι ο οικονομικός φορέας «... ...» στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε και συγκεκριμένα στο ερώτημα «Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις/Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση» απάντησε αρνητικά και η σχετική απάντησή του είναι αναληθής. Προς υποστήριξη του ισχυρισμού του επικαλείται και προσκομίζει την υπ' αριθμ. 334/6-8-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με την οποία ο ως άνω οικονομικός φορέας κηρύχθηκε έκπτωτος από το έργο «Ανακατασκευή οδών και τεχνικών έργων στις ... – ... – ... 2017» του οποίου είχε αναδειχθεί ανάδοχος και κατέπεσε η εγγυητική επιστολή που είχε καταθέσει. Ως προς τον ισχυρισμό αυτό αναφέρουμε τα ακόλουθα: Στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ) του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «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..». Καταρχάς δέον όπως αναφέρουμε ότι το ... ως αναθέτουσα αρχή δεν γνωρίζει και δεν μπορεί να γνωρίζει την όποια προγενέστερη πλημμέλεια αναδόχου κατά την εκτέλεση έτερης δημόσιας σύμβασης, εφόσον αυτή υφίσταται. Οι συμμετέχοντες συμπληρώνουν το ΕΕΕΣ με αποκλειστικά δική τους ευθύνη και προσκομίζουν τα απαραίτητα έγγραφα. Ωστόσο, από τη διατύπωση της ως άνω διάταξης γίνεται σαφές ότι οι αναθέτουσες αρχές «μπορούν», δηλαδή δύνανται, κατά την κρίση τους να αποκλείουν από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα, εφόσον πληρούνται οι σχετικές προϋποθέσεις. Περαιτέρω, σύμφωνα με το εδάφιο στ) της παρ. 4 θα πρέπει ο οικονομικός φορέας να 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. Αντίστοιχα η διακήρυξη για το συγκεκριμένο έργο προβλέπει στο άρθρο 22.Α.4. τον αποκλεισμό από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέροντος: «(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,» Στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ και στο ερώτημα Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα και συγκεκριμένα αναφορικά με

«Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;» Ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «... ...» απάντησε όχι. Στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι υπήρξε πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης. Ο οικονομικός φορέας «... ...», όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. 334/6-8-2019 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου ..., κηρύχθηκε ανάδοχος του έργου και κλήθηκε να υποβάλει εκτός των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Ωστόσο δεν υπέβαλε την εγγύηση καλής εκτέλεσης, δεν προσκόμισε επικαιροποιημένα δικαιολογητικά και δεν υπεγράφη το σχετικό ιδιωτικό συμφωνητικό. Για τον λόγο αυτό η εγγυητική επιστολή συμμετοχής κατέπεσε υπέρ του Δήμου Γίνεται λοιπόν αντιληπτό ότι δεν επρόκειτο για επίδειξη σοβαρής πλημμέλειας κατά την εκτέλεση απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης αφού αυτή δεν είχε καν υπογραφεί. Ουδεμία δημόσια σύμβαση είχε συναφθεί και η όποια πλημμέλεια μπορούσε να καταλογιστεί στον οικονομικό φορέα, ανάγεται σε προγενέστερο στάδιο από αυτό της σύναψης της σύμβασης. Ακόμα όμως και στην περίπτωση που ήθελε γίνει δεκτό ότι είχε συναφθεί δημόσια σύμβαση, τότε η μη καταβολή της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης δεν θα μπορούσε να συνιστά σοβαρή πλημμέλεια καθώς ο ανάδοχος δεν είχε καν προχωρήσει στην εκτέλεση της συμβάσεως. Συνεπώς θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αρνητική απάντηση του οικονομικού φορέα είναι ορθή στο συγκεκριμένο ερώτημα καθώς ο οικονομικός φορέας κηρύχθηκε έκπτωτος λόγω της μη υποβολής εγγυητικής συμμετοχής και δεν πρόκειται για περίπτωση καταγγελίας δημόσιας σύμβασης, καθώς η υπογραφή σύμβασης αποτελεί το τελευταίο στάδιο μίας διαγωνιστικής διαδικασίας.». Με το υπόμνημά του ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι, δεδομένου πως τόσο ο παρεμβαίνων όσο και η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλούνται και δεν αποδεικνύουν ότι η υπ' αρ. 34/6-8-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με την οποία

κηρύχθηκε έκπτωτος έχει ακυρωθεί ή ανακληθεί νομίμως και πως κάθε ισχυρισμός που έρχεται σε αντίθεση με τα πορίσματα της απόφασης ή αναιρεί ή αμφισβητεί αυτήν, τη νομιμότητά της αλλά και το περιεχόμενό της δεν πρέπει να ληφθεί υπόψη αλλά αντιθέτως να απορριφθεί ως μη νόμιμος και πως όσα αναφέρονται στην απόφαση, έχουσα ισχύ δημοσίου εγγράφου και θεωρούνται πλήρως αποδεδειγμένα. Επί δε του ισχυρισμού περί μη κατακύρωσης του διαγωνισμού και μη σύναψης σύμβασης μεταξύ εκείνου και του Δήμου ..., αναφέρει ότι το αρ. 105 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά την επίμαχη περίοδο, δηλαδή μετά την 01.04.2019 και δη κατά την 06.08.2019, όταν εκδόθηκε η απόφαση περί έκπτωσης του παρεμβαίνοντος, οριζόταν ρητώς ότι η σύναψη της σύμβασης νοείται ως έννομο αποτέλεσμα της απόφασης περί κατακύρωσης, μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου και την κατάθεση των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών και πως στην προκειμένη περίπτωση, από την επισκόπηση της ως άνω απόφασης, προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων είχε ήδη προβεί σε σειρά ενεργειών, σε αιτιολόγηση της προσφοράς και σε αποστολή δικαιολογητικών αναδόχου και είχε ήδη εκδοθεί η υπ' αρ. 88/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος και πως μετά όλα τα παραπάνω κλήθηκε για υπογραφή της σύμβασης, καθώς το μόνο έγγραφο που δεν προσκόμισε δεν ήταν τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά αλλά η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, επομένως υποστηρίζει ότι κατά το χρόνο που κλήθηκε να υπογράψει τη σύμβαση είχε ήδη εκδοθεί η απόφαση κατακύρωσης, η οποία του είχε κοινοποιηθεί και είχε κληθεί να παραδώσει την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, ώστε η απόφαση κατακύρωσης παρήγαγε κανονικά τα έννομα αποτελέσματά της, μεταξύ των οποίων και η σύναψη της σύμβασης. Εν συνεχεία, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι κατά τη ρητή αναφορά του αρ. 105 του Ν. 4412/2016, η υπογραφή του συμφωνητικού έχει αποδεικτικό και όχι συστατικό χαρακτήρα και πως για το λόγο αυτό επεβλήθη η κύρωση της έκπτωσης στον παρεμβαίνοντα, διότι είχε αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος και όφειλε να εμφανιστεί σε δήλη ημέρα για να υπογράψει τη σύμβαση, επομένως υπήρχε προγενέστερη έκπτωση του ως άνω από έργο, την οποία δεν ανέφερε στο σχετικό πεδίο ΕΕΕΣ. Επί του ισχυρισμού

περί μη ύπαρξης προσφοράς εν ισχύ, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι είναι παντελώς αβάσιμος διότι η προσφορά του υπεβλήθη στις 5-9-2019 και είχε διάρκεια 310 ημέρες, επομένως η προσφορά του έληγε 15-07-2019, δηλαδή σε χρόνο μεταγενέστερο του χρόνου κατά τον οποίο τον προσκάλεσε η αναθέτουσα αρχή να υπογράψει τη σύμβαση και πως ο παρεμβαίνων είχε ήδη παραβεί την υποχρέωσή του να εμφανιστεί και να υπογράψει το συμφωνητικό ανάθεσης του έργου, σε χρόνο προγενέστερο και δη από τις 12-4-2019 ότε και προσκλήθηκε για πρώτη φορά από την αναθέτουσα αρχή, μετά την κατακύρωση του έργου και πως, σε κάθε περίπτωση, η απόφαση περί έκπτωσης εξακολουθεί να ισχύει και να παράγει έννομα αποτελέσματα, ακόμα και εάν έκρινε εσφαλμένα την ουσία της υπόθεσης. Επί του ισχυρισμού ότι δεν αποτελεί σοβαρή παράβαση η μη προσκόμιση επικαιροποιημένων δικαιολογητικών και ότι δεν επισύρει ποινή έκπτωσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται πως ορθά κηρύχθηκε έκπτωτος καθώς αυτή είναι η συνέπεια που προβλέπεται σε περίπτωση που εξεδόθη απόφαση ανακήρυξης και ο ανακηρυχθείς ανάδοχος δεν συνεργάζεται με την αναθέτουσα αρχή και τις υπηρεσίες της και πως έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να κρίνει την σοβαρότητα της πλημμέλειας εάν ο ίδιος ο οικονομικός φορέας δεν παράσχει τη σχετική πληροφορία περί έκπτωσης στο ειδικό προς τούτο πεδίο του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, επισημαίνει δε πως οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρ. 73 του Ν. 4412/2016 εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη Διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

12. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι σε κάθε περίπτωση η Επιτροπή Διαγωνισμού και συνακόλουθα το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής έσφαλαν κρίνοντας ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι τυπικά δεκτή, καθώς θα έπρεπε να προχωρήσουν σε αποκλεισμού αυτού διότι υποστηρίζει ότι ο οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί με τελεσίδικη απόφαση από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας παροχής εξηγήσεων και έκθεσης τυχόν επανορθωτικών μέτρων κατά την περίοδο αποκλεισμού του και ότι εάν η

απόφαση κήρυξης εκπτώτου ενός αναδόχου δεν έχει ορίσει περίοδο αποκλεισμού από διαγωνιστικές διαδικασίες, τότε η περίοδος ανέρχεται σε τρία έτη από την ημερομηνία έκδοσης της πράξης που βεβαίωσε το σχετικό γεγονός. Εν προκειμένω, ισχυρίζεται πως από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι η απόφαση κήρυξής του ως εκπτώτου δεν κατέστη οριστική, επομένως παράγει κανονικά έννομα αποτελέσματα και πως, σε κάθε περίπτωση, εφόσον η απόφαση περί κήρυξης αυτού ως εκπτώτου δεν όριζε συγκεκριμένο χρόνο κατά τον οποίο αποκλειόταν από τη συμμετοχή του σε διαγωνισμούς, ίσχυε η διάταξη του άρ. 73 του Ν. 4412/2016, ήτοι αφενός ο αποκλεισμός του επί τριετία από την έκδοση της απόφασης αποκλεισμού, αφετέρου η απαγόρευση παροχής εξηγήσεων και έκθεσης τυχόν επανορθωτικών μέτρων. Επί του λόγου αυτού ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι ο οριζόντιος αποκλεισμός οικονομικού φορέα από μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες επιβάλλεται μόνο με ρητό τρόπο και όχι σιωπηρά και μάλιστα τηρουμένης της διαδικασίας του άρ. 74 του Ν. 4412/2016 και πως η επιβολή μιας τέτοιας κύρωσης δεν ισοδυναμεί με την έκδοση μιας απόφασης κήρυξης έκπτώτου στο πλαίσιο συγκεκριμένου διαγωνισμού και πως η αναφορά του άρ. 73, παρ. 10 του Ν. 4412/2016 σε τριετία αναφέρεται στο χρονικό διάστημα κατά το οποίο οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να προβαίνουν σε δηλώσεις περί συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό τους και δεν έχουν λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι στην προκειμένη περίπτωση, όχι μόνο δεν έχει επιβληθεί σε βάρος του καμία απόφαση που να συγκροτεί το λόγο αποκλεισμού του άρ. 73, παρ. 4 περ. στ' του Ν. 4412/2016, αλλά πολύ περισσότερο δεν έχει επιβληθεί σε βάρος του καμία απόφαση οριζόντιου αποκλεισμού από καμία αναθέτουσα αρχή, πολλώ δε μάλλον με την τήρηση της διαδικασίας του άρ. 74 του Ν. 4412/2016 και πως τέτοια απόφαση δεν συνιστά η υπ' αρ. 334/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του δήμου Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι *«Συμπληρωματικά με τα ανωτέρω αναφέρουμε ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 καθώς δεν είχε υπογραφεί δημόσια σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση όπως και ο ίδιος ο προσφεύγων αναφέρει στην υπό κρίση*

προσφυγή του οι αναφερόμενοι στο άρθρο 73 λόγοι αποκλεισμού είναι δυνητικοί και ουχί αναγκαστικού δικαίου. Περαιτέρω όμως δεν έχει εκδοθεί καμία απόφαση οριζόντιου αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες με την οποία να ορίζεται συγχρόνως περίοδος αποκλεισμού του εν λόγω οικονομικού φορέα και τούτο διότι δεν πληρούνται οι σχετικές προϋποθέσεις του νόμου. Μια τέτοια απόφαση θα πρέπει να είναι ρητή και να έχει τηρηθεί η διαδικασία του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016. Η κήρυξη οικονομικού φορέα έκπτωτου σε καμία περίπτωση δεν συνεπάγεται και τον οριζόντιο αποκλεισμό του από μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες. Άλλωστε ουδεμία κύρωση προβλέπεται στην υπ' αριθμ. 334/6-8-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Εν όψει των ανωτέρω, απορριπτέος τυγχάνει και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.». Επί των ως άνω ισχυρισμών, ο προσφεύγων με το υπόμνημά του αναφέρει ότι εφόσον στην απόφαση έκπτωσης δεν ορίστηκε ρητά ο χρόνος αποκλεισμού του, ισχύει η τριετία από την κήρυξη της έκπτωσης, η οποία καταλάμβανε και τον επίμαχο διαγωνισμό και πως σε κάθε περίπτωση ο παρεμβαίνων με το επιχείρημά του ότι η τριετία δεν είναι περίοδος αποκλεισμού αλλά είναι ο χρόνος κατά τον οποίο πρέπει οι υποψήφιοι να αναφέρουν στο ΕΕΕΣ την έκπτωση, θεμελιώνει τον πρώτο λόγο της προσφυγής του.

13. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι σε κάθε περίπτωση η Επιτροπή του Διαγωνισμού και συνακόλουθα το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής έκριναν πως ο παρεμβαίνων πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τον ανακήρυξαν ως προσωρινό ανάδοχο, ενώ θα έπρεπε να αποκλείσουν αυτόν λόγω ελλείψεων στα υποβληθέντα έγγραφα και το υποβληθέν ΕΕΕΣ, ειδικότερα, αναφέρει ότι ο υποψήφιος οφείλει να δηλώσει προκαταρκτικά ότι είναι κατάλληλος για την άσκηση της σχετικής επαγγελματικής δραστηριότητας, έχει οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τη δέουσα τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και πως ο υποψήφιος έχει το δικαίωμα να διευκρινίζει τις δηλώσεις και τις πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ, συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι θα έπρεπε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ ή σε

συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση την κατοχή επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας κατάλληλης για τον διαγωνισμό του έργου, όπως αυτή αναφέρεται στα άρθρα 22Β και 22Δ της Διακήρυξης και πως, επιπλέον, παραθέτει το άρθρο 22Γ της Διακήρυξης σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ισχυρίζεται δε ότι θα έπρεπε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ ή σε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση την εκπλήρωση των προαναφερθεισών διατάξεων της Διακήρυξης, ήτοι τη μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008. Εν προκειμένω, υποστηρίζει ότι, από την επισκόπηση του ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος δεν προκύπτει ότι διαθέτει τα ανωτέρω προσόντα και ιδιότητες (επαγγελματική δραστηριότητα, οικονομική επάρκεια, τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) και πως δεν υπάρχει καμία σχετική δήλωση επί του υποβληθέντος ΕΕΕΣ και πως ο παρεμβαίνων δεν συνόδευσε το ΕΕΕΣ με κανένα άλλο έγγραφο ή υπεύθυνη δήλωση με την οποία να δηλώνει ότι έχει τις ανωτέρω ιδιότητες και προσόντα. Επί του λόγου αυτού ο παρεμβαίνων παραθέτει τα άρθρα 24.2 και 24.5 της Διακήρυξης και πως η αναθέτουσα αρχή δεν παραπέμπει προς συμπλήρωση του ΕΕΕΣ σε κάποιο άλλο υπόδειγμα ή πρότυπο, αλλά, κάνοντας χρήση των προβλέψεων του άρθρου 24.5 της Διακήρυξης, ανήρτησε στον ιστότοπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ υπόδειγμα ΕΕΕΣ, διαμορφωμένο με συγκεκριμένο τρόπο προς συμπλήρωση από όλους τους διαγωνιζομένους, στο οποίο περιέχεται Μέρος IV που αφορά στα ζητούμενα κριτήρια επιλογής, στο οποίο αναφέρει ότι υφίσταται μόνο ένα ερώτημα, το οποίο είναι δεκτικό θετικής ή αρνητικής απάντησης. Συναφώς, υποστηρίζει ότι εφόσον στο εν λόγω έντυπο δεν προβλέφθηκε η δήλωση περί μη υπέρβασης ανώτατου επιτρεπτού ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων εκ μέρους της αναθέτουσας, αλλά η απλή απάντηση στη γενική ερώτηση, δεν προκύπτει υποχρέωση των διαγωνιζομένων για τη δήλωση αυτή, και μάλιστα επί ποινή απόρριψης του φακέλου των δικαιολογητικών τους. Εν συνεχεία, ο παρεμβαίνων επικουρικά προβάλλει ισχυρισμό περί ασάφειας της διακήρυξης ως προς τον ενδεδειγμένο τρόπο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ και για τον λόγο αυτό δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί λόγος αποκλεισμού του. Επί του τρίτου λόγου της

υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι «Σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στην υπ' αριθ. 56902/215 ΥΑ - ΦΕΚ1924/Β/02.06.2017 και στην υπ' αριθ. 117384 ΚΥΑ ΦΕΚ 3821/Β/31.10.2017 ορίζεται ότι «οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με 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 των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούνται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά. Στο άρθρο 23.1 της Διακήρυξης που αφορά στο ΕΕΕΣ αναφέρεται ότι: «Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό

Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με 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: β) Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Το ΕΕΕΣ φέρει υπογραφή με ημερομηνία εντός του χρονικού διαστήματος, κατά το οποίο μπορούν να υποβάλλονται προσφορές. Αν στο διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ της ημερομηνίας υπογραφής του ΕΕΕΣ και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έχουν επέλθει μεταβολές στα δηλωθέντα στοιχεία, εκ μέρους του, στο ΕΕΕΣ, ο οικονομικός φορέας αποσύρει την προσφορά του, χωρίς να απαιτείται απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Στη συνέχεια μπορεί να την υποβάλει εκ νέου με επίκαιρο ΕΕΕΣ. Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ.» Στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής του ΕΕΕΣ που δόθηκε προς συμπλήρωση στους συμμετέχοντες, ζητείται να απαντήσουν μονολεκτικά ότι πληρούν όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής που σημαίνει ότι τα αποδεικτικά μέσα για τα ζητούμενα κριτήρια επιλογής του άρθρου (22.Β. – 22.Δ.) θα κατατεθούν από τον προσωρινό ανάδοχο σύμφωνα με το άρθρο 4.2 της Διακήρυξης. Σύμφωνα με τα παραπάνω και τις απαιτήσεις του ζητούμενου ΕΕΕΣ ο συμμετέχων απάντησε θετικά, καλύπτοντας με αυτόν τον τρόπο τις ανάγκες της υπηρεσίας στο παρόν στάδιο της διαδικασίας του διαγωνισμού. Ακόμα και εάν ζητούνταν αναλυτικά από το ΕΕΕΣ τα κριτήρια επιλογής, ο συμμετέχων θα μπορούσε να αναγράψει όλες τις ζητούμενες πληροφορίες επί του ΕΕΕΣ χωρίς να υποβάλλει συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση. Αυτό άλλωστε προβλέπεται στην

Διακήρυξη, στο άρθρο 23.1. και συγκεκριμένα ότι «Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ.». Η υποβολή συνοδευτικής δήλωσης ΔΕΝ είναι υποχρεωτική. Το γεγονός ότι συμμετέχων φορέας κατέθεσε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση δεν συνεπάγεται αντίστοιχη υποχρέωση και για τους υπόλοιπους συμμετέχοντες, πόσο μάλλον τον αποκλεισμό αυτών σε αντίθετη περίπτωση. Σε κάθε δε περίπτωση η ακριβής και αληθής συμπλήρωση του ΕΕΕΣ ανήκει στην αποκλειστική ευθύνη του οικονομικού φορέα που τη φέρει με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75) και η Αναθέτουσα Αρχή δεν φέρει ουδεμία ευθύνη ως προς την μη ορθή ή αναληθή συμπλήρωσή του.». Ο προσφεύγων με το υπόμνημά του, ως προς το θέμα της πληρότητας του ΕΕΕΣ και του φακέλου που κατέθεσε και δη περί της μη υποβολής Υπεύθυνης Δήλωσης ως προς το ανεκτέλεστο υπόλοιπο, υποστηρίζει ότι σε κανένα σημείο δεν αναφέρεται το ζήτημα ύπαρξης ανεκτέλεστου υπολοίπου και πως η Διακήρυξη του διαγωνισμού ρητώς κάνει λόγο σε δυνατότητα κατάθεσης υπεύθυνης δήλωσης καθώς και σε δυνατότητα συμπλήρωσης ή διευκρίνισης των δηλώσεων που έγιναν στο ΕΕΕΣ με άλλα μέσα και πως στη σελίδα 38 αναφέρεται ρητώς πως οι υποψήφιοι πρέπει να δηλώσουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ.

14. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από

τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως δε παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

15. Επειδή, ως προς τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 74 «Λόγοι αποκλεισμού - Εξουσιοδοτική διάταξη (άρθρο 57 παρ. 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν. 4412/2016 «1... 2... 3... 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... 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) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται 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, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης,» 5... 6... 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.». Σύμφωνα με το άρ. 22.Α.4 της Διακήρυξης «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων 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) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται 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, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, καθώς και του άρθρου 23 της παρούσας,...». Ο παρεμβαίνων στο οικείο πεδίο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ του έχει δηλώσει «Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση; Απάντηση: ~~Ναι~~/ Όχι» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΕΕΕΣ_signed.pdf», σελ. 22/24). Με την προσφυγή του ο προσφεύγων προσκομίζει την υπ' αρ. 334/06.08.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (σελ. 18/22 προσφυγής) στην οποία αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι «Με την απόφαση 12/2019 της Ο.Ε. κλήθηκε η Εργοληπτική Επιχείρηση: «... .. του/...» να υποβάλλει τα δικαιολογητικά του και με την απόφαση 88/2019 της Ο.Ε. εγκρίθηκε το 2ο πρακτικό του

Διαγωνισμού και κατακυρώθηκε η εκτέλεση του έργου στην Εργοληπτική Επιχείρηση: «... .. του Κων/νου» ..., η οποία νομιμοποιήθηκε με την υπ' αριθμ..../20-3-2019 εγκριτική απόφαση της Αποκεντρωμένης Με την ΑΑΥ Β/216/2019 απόφαση ψηφίσθηκε η πίστωση για το έτος 2019 με ΚΑΕ: 30-7323.00023, από πιστώσεις ΙΔΙΟΙ ΠΟΡΟΙ (ΧΡΗΜΑΤΙΚΟ ΥΠΟΛΟΙΠΟ ΤΑΜΕΙΟΥ – ΕΛΕΓΧΟΜΕΝΗ ΣΤΑΘΜΕΥΣΗ). Με την υπ' αριθ. 04/2019 πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου συντελέστηκε ο προσυμβατικός έλεγχος του έργου. Ο κ. του .../... συμμετείχε στον διαγωνισμό με ηλεκτρονικό αριθμόκαι για το λόγο αυτό κατέθεσε την ανωτέρω εγγυητική επιστολή συμμετοχής ΤΜΕΔΕ.... Μετά την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την με αρ. 88/2019 απόφαση κατακύρωσης της Οικονομικής Επιτροπής, κηρύχθηκε ανάδοχος του έργου και κλήθηκε να υποβάλλει, εκτός των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών, την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης του έργου. Πιο συγκεκριμένα, ειδοποιήθηκε με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 12/4/2019 και εγγράφως από τη Δ/νουσα Υπηρεσία στις 15/4/2019 (αρ. πρωτ.26173/Ε1256/2019). Μετά την άκαρπη πάροδο του προβλεπόμενου χρόνου και τις ενδιάμεσες τηλεφωνικές οχλήσεις, ειδοποιήθηκε με νέο ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 4/6/2019 και με φαξ (αρ. πρωτ.35395/Ε1916/2019), θέτοντας ως τελική ημερομηνία προσκόμισης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης την 12/6/2019, πράγμα που δεν έπραξε. Σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία άρθρο 105 του ν. 4412/2016 «(...) Εάν ο Ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα σε προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται σύμφωνα με την περίπτωση δ' της παρ. 2 του άρθρου 106 (...)», καθώς και με το άρθρο 72 του ν.4412/2016 «η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα

προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης». ...Κατόπιν των ανωτέρω και σύμφωνα με τα άρθρα 72 και 105 του Ν.4412/2016, η Οικονομική Επιτροπή, 1] Κηρύσσει έκπτωτο, κατά την παρ. 5 του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016, τον ανάδοχο του έργου: «Ανακατασκευή οδών και τεχνικών έργων στις Δ.Ε. ...- ...- ... 2017», «... ... του .../...». 2] Εγκρίνει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του οικονομικού φορέα «... ... του .../...»....». Ο λόγος αποκλεισμού περί ψευδών δηλώσεων ή απόκρυψης πληροφοριών, που προβλεπόταν και υπό το προηγούμενο καθεστώς, σκοπό έχει να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παρέχουν παραπλανητικές ή ανακριβείς ή αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, αποκτά δε ιδιαίτερη σημασία, μετά την εισαγωγή των κανόνων περί προκαταρκτικής απόδειξης και υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένων εντύπων (βλ. Β. Γκέρτσο, σε Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζο, Ι. Κίτσο, Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2019, σελ. 271). Σύμφωνα και με την υπ' αρ. 20 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, οι ψευδείς δηλώσεις, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή, κρίνονται «σοβαρές» *ad hoc*, λαμβάνοντας υπόψη το βαθμό υπαιτιότητας, τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς. Τον συγκεκριμένο λόγο επικαλείται οικονομικός φορέας σε περίπτωση που, ενώ για συνδιαγωνιζόμενό του συντρέχει κάποιος από τους λοιπούς λόγους αποκλεισμού, κατά παράλειψή του (ενν. του τελευταίου) δεν δηλώθηκε στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ του (βλ. Ε. Βλάχου σε Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο Σχετικές διατάξεις- Νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2018, Τόμος Ι, σελ. 688). Βάσει των ανωτέρω, συνάγεται ότι θα πρέπει να συνέχεται ο λόγος αυτός αποκλεισμού με τον σχετικό λόγο που απεκρύβη, δηλαδή, να μεν αποτελεί αυτοτελή βάση αποκλεισμού, ωστόσο δεν είναι ανεξάρτητη βάση αποκλεισμού, δεν μπορεί να συντρέξει χωρίς να συνέχεται άμεσα με κάποιο εκ των προβλεπομένων λόγων στη συγκεκριμένη

Διακήρυξη. Αναφορικά με τον λόγο αποκλεισμού που ο προσφεύγων επικαλείται, ήτοι τη συνδρομή σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας 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, προκειμένου για την εφαρμογή της σχετικής διάταξης απαιτείται η συνδρομή αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της πρόωρης καταγγελίας της προηγούμενης σύμβασης ή επιβολής αποζημίωσης ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής με την σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια του οικονομικού φορέα κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης της σύμβασης, η δε αναθέτουσα αρχή εκτιμά την συνδρομή των ως άνω προϋποθέσεων, σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας που κατήγγειλε τη σχετική σύμβαση, με σκοπό να αξιολογήσει τη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (βλ. *Ε. Βλάχου σε Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη*, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο Σχετικές διατάξεις- Νομολογία, Τόμος Ι, 2018, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 686-687). Το δε τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων και της δεσμευτικότητας των διαπλασθέντων με προηγούμενη ατομική διοικητική πράξη τυγχάνει εφαρμογής, δοθέντος ότι η διοικητική πράξη της προηγούμενης αναθέτουσας αρχής που κατήγγειλε τη σύμβαση παράγει τα έννομα αποτελέσματά της και δεσμεύει ως προς τούτο τα όργανα της αναθέτουσας αρχής, έχει δε κριθεί ότι δεν είναι δυνατός ο παρεμπόδιων έλεγχος, από τις αναθέτουσες αρχές, της νομιμότητας έκπτωσης από σύμβαση με άλλη αναθέτουσα αρχή, ούτε τέτοια αρμοδιότητα έχουν οι αναθέτουσα αρχή, συνεπώς δεν δύνανται να εξετασθούν αιτιάσεις περί της αμφισβήτησης της νομιμότητας ή της ορθότητας της πράξης έκπτωσης από την προηγούμενη σύμβαση (βλ. ΑΕΠΠ 119/2017, σκ. 8, 118/2017, σκ. 7). Εντούτοις, εν προκειμένω δεν πληρούται η αντικειμενική υπόσταση του σχετικού λόγου αποκλεισμού, όπως αυτός ειδικότερα ορίζεται στο άρ. 73, παρ. 4 περ. στ' του Ν. 4412/2016 και του άρ. 22.Α.4 περ. στ' της Διακήρυξης,

δοθέντος ότι αμφότερες οι διατάξεις αναφέρονται σε «*σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης...*», ήτοι απαιτείται αφενός να έχει συναφθεί και να εκτελείται η σχετική προηγούμενη σύμβαση, αφετέρου να έχει επιδειχθεί σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση απαίτησης αυτής. Ωστόσο, όπως αναφέρεται στην προσκομισθείσα υπ' αρ. 334/06.08.2019 απόφαση, ο παρεμβαίνων στην εκεί περίπτωση κηρύχθηκε έκπτωτος «*κατά την παρ. 5 του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016*», στο οποίο, όπως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης αυτής, οριζόταν ότι «*...Εάν ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα στην προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση, κηρύσσεται έκπτωτος, 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...*», δηλαδή, βάσει των ανωτέρω, σαφώς συνάγεται ότι ο παρεμβαίνων δεν κηρύχθηκε έκπτωτος κατά την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης, όπως στις ως άνω διατάξεις της Διακήρυξης και του νόμου απαιτείται. Επομένως, ουδόλως πληρούνται οι οριζόμενες προϋποθέσεις του σχετικού λόγου αποκλεισμού του άρ. 73, παρ. 4 περ. στ' του Ν. 4412/2016 και του άρ. 22.Α.4 περ. στ', ούτε, συναφώς, του άρ. 73, παρ. 4 περ. ζ' του Ν. 4412/2016 και του άρ. 22.Α.4 περ. ζ' της Διακήρυξης, άρα ουδεμία υποχρέωση είχε ο παρεμβαίνων όπως δηλώσει την ως άνω απόφαση του Δήμου ... στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του, ούτε προέβη σε αναληθείς περί αυτού δηλώσεις, συνεπώς απορρίπτεται ως αβάσιμος ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Χ. Ζαράρη «*Η περίπτωση μη κατάθεσης εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, έπεται, σε κάθε περίπτωση, της κοινοποίησης της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προς υπογραφή της σύμβασης, όπου η σύμβαση θεωρείται, έκτοτε, συναφθείσα, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Ωστόσο, στην προκειμένη περίπτωση, της κατάπτωσης της εγγύησης του παρεμβαίνοντος σε προγενέστερο διαγωνισμό, πέραν της μη κατάθεσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, ο παρεμβαίνων δεν κατέθεσε ούτε επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ούτως δεν επήλθαν τα*

έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης κατά την τότε ισχύουσα μορφή του αρ. 105 ν. 4412/2016 με αποτέλεσμα να μην δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι αφορά σε εκτέλεση δημόσιας σύμβασης ή σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ήτοι ότι εμπίπτει στον προβαλλόμενο λόγο αποκλεισμού. Σημειώνεται ότι η ΕΑΔΗΣΥ αποφαινεται επί των προσβαλλόμενων ισχυρισμών κατ' άρθρο 367 ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

16. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με το αρ. 73 «Λόγοι αποκλεισμού - Εξουσιοδοτική διάταξη (άρθρο 57 παρ. 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν. 4412/2016 *«1... 2... 3... 4... 5... 6... 7... 8... 9... 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παρ. 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παρ. 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία έκδοσης πράξης που βεβαιώνει το σχετικό γεγονός.»*. Ενόψει της απόρριψης του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, κατά τα κριθέντα στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, δοθέντος ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του αρ. 73, παρ. 4 περ. στ' του Ν. 4412/2016, ουδόλως πληρούται, συνακόλουθα, και η ως άνω διάταξη περί της σχετικής περιόδου αποκλεισμού των τριών (3) ετών από την ημερομηνία έκδοσης της υπ' αρ. 334/2019 πράξης του Δήμου Επομένως, απορρίπτεται και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ως αβάσιμος.

17. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη Κριτήρια επιλογής (22.Β-22.Δ) *«22.Β. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να*

ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019 ή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), από την έναρξη ισχύος του τελευταίου ή στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, στην κατηγορία έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. 22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Οι Οικονομικοί φορείς θα πρέπει κατά την υποβολή της προσφοράς να διαθέτουν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που ορίζεται στο άρθρο 100 του Ν 3669/2008 όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 του Ν4199/2013, σύμφωνα και με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ 4 του Ν 3669/2008 όπως ισχύει. Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. 22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει κατά την υποβολή της προσφοράς να περιλαμβάνουν στη βασική στελέχωση τεχνικούς σύμφωνα με το άρθρο 100 του Ν3669/2008 όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 του Ν4199/2013». Σύμφωνα δε με το αρ. 24 «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς» της Διακήρυξης «24.1... 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα υπό (α) και (β) στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Επίσης δύναται να περιλαμβάνει και συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, με την οποία ο οικονομικός φορέας μπορεί να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ. Η συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση υπογράφεται, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 79Α του ίδιου ν. 4412/2016. Για τις ανάγκες της παρούσας ως προς την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν μόνο το σημείο: «α. Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής», στην ενότητα IV «Κριτήρια επιλογής»....». Το αναρτηθέν από την αναθέτουσα αρχή έντυπο ΕΕΕΣ προς συμπλήρωση από τους προσφέροντες

οικονομικούς φορείς στο οικείο πεδίο ανέφερε *«Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής Όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής (ενότητα α ή ενότητες Α έως Δ του παρόντος μέρους), ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι: Πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής Απάντηση: Ναι»* (βλ. αρχείο με τίτλο «Ε.Ε.Ε.Σ Αρχείο.pdf», σελ. 22/23 που είναι αναρτημένο στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού). Ο παρεμβαίνων στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του δήλωσε *«Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής Όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής (ενότητα α ή ενότητες Α έως Δ του παρόντος μέρους), ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι: Πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής Απάντηση: Ναι»* (βλ. αρχείο με τίτλο «ΕΕΕΣ ... _signed.pdf», σελ. 23/24). Επομένως, σύμφωνα με τα ρητώς αναφερόμενα στο άρ. 24.2 α της Διακήρυξης, ορθά η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος, δοθέντος ότι δεν απαιτείτο καμία επιπλέον δήλωση επ' αυτού ή συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, διότι, βάσει αυτού *«Για τις ανάγκες της παρούσας ως προς την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν μόνο το σημείο: «α. Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής», στην ενότητα IV «Κριτήρια επιλογής».*». Δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή κατά τη διακριτική ευχέρειά της, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στην υπ' αρ. 23/24.01.2018 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα *«Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)»* (ΑΔΑ: ...-...) επέλεξε *«μόνο τη συμπλήρωση, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, της ενότητας α “Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής”»* (σελ. 23 Κατευθυντήριας Οδηγίας), διαμόρφωσε δε ανάλογα το αναρτηθέν ΕΕΕΣ, απαλείφοντας τις Ενότητες Α έως Δ του Μέρους IV (βλ. αρχείο με τίτλο «Ε.Ε.Ε.Σ Αρχείο.pdf» στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού). Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος που προβάλλει με το υπόμνημά του ότι *«στην ίδια σελίδα 38 αναφέρεται ρητώς πως οι υποψήφιοι πρέπει να δηλώσουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ»* απορρίπτεται ως αβάσιμος, διότι σύμφωνα με το υπ' αρ. 23.1 της Διακήρυξης (σελ. 38/50 της Διακήρυξης) *«...Τέλος, επισημαίνεται ότι*

οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις».», εντούτοις, ουδόλως στο αναρτηθέν από την αναθέτουσα αρχή ΕΕΕΣ περιλαμβανόταν τέτοιο πεδίο στο Μέρος IV, η δήλωση στο οποίο κάλυπτε το σύνολο των κριτηρίων επιλογής, κατά τα ως άνω. Ο δε επικουρικός ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι «η διακήρυξη είναι τουλάχιστον ασαφής ως προς τον ενδεδειγμένο τρόπο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ» απορρίπτεται ως απαράδεκτος, ήτοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενος, στρεφόμενος κατά των όρων της Διακήρυξης. Μειοψήφησε το μέλος, Χ. Ζαράρη και τούτο διότι, ακόμη και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι η διακήρυξη ήταν ασαφής, ως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, καθ' όσον από τη μία απαιτούσε ρητά τη δήλωση του από την άλλη η αναθέτουσα αρχή προσάρμοσε το ΕΕΕΣ απαλείφοντας το πεδίο στο οποίο η ίδια παρέπεμπε, ο μέσος επιμελής υποψήφιος μετά την τροποποίηση του αρ. 79 ν. 4412/2016 με το ν. 4782/2021, γνωρίζει ότι (βλ. παρ. 9 του εν λόγω άρθρου που καταλαμβάνει την επίμαχη διαδικασία) «δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ» καθόσον το ΕΕΕΣ δεν δύναται να αφίσταται από τα απαιτούμενα στη διακήρυξη. Επομένως, δοθέντος ότι η διακήρυξη απαιτούσε ρητά τη δήλωση του ανεκτέλεστου, ακόμη και εάν παρέπεμπε σε πεδίο που είχε απαλειφθεί από το ΕΕΕΣ, ο παρεμβαίνων, όφειλε να το δηλώσει κατά το χρόνο κατάθεσης της προσφοράς του, γεγονός που δεν έπραξε, με αποτέλεσμα να καταθέσει προσφορά ελλιπή σε ουσιώδη απαίτηση της.

Συνεπώς, απορρίπτεται ο τρίτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ως αβάσιμος.

18. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και το παράβολο να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13.09.2022 και εκδόθηκε στις 30.09.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ