

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 28^η Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχάλης Σειραδάκης-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.01.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/65/23.01.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... .. Ε.Π.Ε.», (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «... Α.Ε» [(... ΑΕ) εφεξής αναθέτων φορέας], νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ. 261/10-1-2020 απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου της ... ΑΕ και κάθε άλλης συναφούς πράξης και παράλειψης του αναθέτοντος φορέα που εκδόθηκε στο πλαίσιο της με αρ, ... διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, προς το σκοπό ανακήρυξης του ως αναδόχου αυτής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο (Φορέας ΑΕΠΠ), ύψους 1.500€ ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο

Αριθμός απόφασης: 263/2020

με κωδικό ..., την από 22.01.2020 ηλεκτρονική πληρωμή του ως άνω παραβόλου δια μέσω της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με αναφορά «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την με αριθμό ... Διακήρυξη η «... ΑΕ», προκήρυξε δημόσιο διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ, ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΝΟΣ (1) ΑΥΤΟΜΑΤΟΥ ΔΟΚΙΜΑΣΤΗΡΙΟΥ ΚΑΙ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΟΥ ...», προϋπολογισθείσας δαπάνης 300.000,00€, πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 04.03.2019 (βλ. άρθρο 1.6 της διακήρυξης), καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) ΑΔΑΜ: ... στις 06.03.2019 καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η ... ΑΕ, συνιστά αναθέτοντα φορέα βάσει των διατάξεων του Βιβλίου II του ως άνω νόμου και παράλληλα το αντικείμενο της προς σύναψης σύμβασης τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της κύριας δραστηριότητας της, από πλευράς δε προϋπολογισθείσας δαπάνης υπερβαίνει τα κατώτατα όρια που έχουν τεθεί με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, την 31.05.2019 η Ειδική Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας των δύο συμμετεχόντων οικονομικών φορέων: 1. ..., 2. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής η Ειδική Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε στο ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα

Αριθμός απόφασης: 263/2020

... ..., την ύπαρξη εκκρεμών υποθέσεων από διαγωνισμούς άλλων φορέων (... ...) αλλά και με την ... Α.Ε. Για τους ανωτέρω λόγους η Ειδική Επιτροπή με το υπ' αριθμ. 1957/14.06.2019 σημείωμά της ζήτησε τη γνώμη της Δ/σης Νομικών Υπηρεσιών για το αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα ΕΠΕ από την περαιτέρω διαδικασία του εν λόγω τρέχοντος διαγωνισμού. Την 14.08.019 η Ειδική Επιτροπή Διαγωνισμού κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας "Επικοινωνία" του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, αίτημα προς τον οικονομικό φορέα, ως εξής «Παρακαλούμε να γνωστοποιηθούν στην Επιτροπή μέχρι 30/8/2019 επίκαιρα στοιχεία αναφορικά με τη δήλωσή σας στο έντυπο ΕΕΕΣ και ειδικότερα τη θετική σας απάντηση στο τμήμα «Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» που αφορά στην καταγγελία σύμβασης της καθώς και τα μέτρα «αυτοκάθαρσης» που έχουν ληφθεί. Επίσης να γνωστοποιήσετε στην Επιτροπή τυχόν δικές σας ενέργειες που αφορούν στα μέτρα που έχουν ληφθεί για την απόδειξη της αξιοπιστίας της εταιρείας σας σε σχέση με τις Αποφάσεις υπ' αριθμ. 20249/24-04-2019 και 20319/05-06-209 του Δ.Σ. της ... ΑΕ». Ο ήδη προσφεύγων απάντησε στις 20.08.2019, ομοίως μέσω της επικοινωνίας, επισυνάπτοντας τα κάτωθι αρχεία: 1.1. ... -, 1.2. ..., 2.1., 2.2. ... -

Με το με αρ. 3211/10.10.2019 έγγραφο της προς τη Δ/ση Νομικών Υπηρεσιών, η Ειδική Επιτροπή Διαγωνισμού, γνωστοποίησε τα νεότερα στοιχεία που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας αναφορικά με τις διαγωνιστικές διαδικασίες της και της ... Α.Ε και ζήτησε συμπληρωματική γνωμοδότηση, για το αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, κατόπιν των παρεχόμενων διευκρινήσεων. Με το με αρ. 10500/24.10.2019 έγγραφο της, η Δ/ση Νομικών Υπηρεσιών γνωμοδότησε για τον ως άνω οικονομικό φορέα και ήδη προσφεύγοντα ότι «ενώ δεν τίθεται θέμα ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ της εν λόγω εταιρείας αναφορικά με τα περιστατικά που αφορούν την διακήρυξη ... της ... Α.Ε δεν συμβαίνει το ίδιο και στην περίπτωση της ...Χ, όπου είχε προηγηθεί πριν τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ τόσο η έκδοση απόφασης έκπτωσης από τη σύμβαση προμήθειας ... λόγω υπερημερίας στην παράδοσή τους όσο και η άσκηση ενδίκων

Αριθμός απόφασης: 263/2020

βοηθημάτων εναντίον της. Η μη, δήλωση δε αυτών ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΩΣ αν πληρούται ή όχι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, συνιστά περίπτωση ψευδούς ή ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016. Για το λόγο αυτό κατά -ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ- θα πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας και να καταπέσει η σχετική εγγυητική επιστολή συμμετοχής χωρίς να τεθεί ζήτημα εφαρμογής της διαδικασίας των παρ. 7-9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.»

Στις 29.10.2019 ο Πρόεδρος της Επιτροπής αξιολόγησης απέστειλε στον ήδη προσφεύγοντα το κάτωθι έγγραφο : «Παρακαλούμε, σύμφωνα με το άρθρο 310 του Ν4412, να γνωστοποιηθούν στην Επιτροπή μέχρι 6/11/2019, επίκαιρα στοιχεία αναφορικά με τη δήλωσή σας στο έντυπο ΕΕΕΣ της αρχικής Διακήρυξης Δ5889. Ειδικότερα ζητούνται στοιχεία για την μέχρι σήμερα εξέλιξη της υπόθεσης για την οποία αναφέρεστε στη δήλωση του ΕΕΕΣ του Δ5889, στην ενότητα Γ. και στο ερώτημα «Πρώρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» για την περίπτωση 2) της και για την υπ' αριθμ πρωτ 3910/7-6-2018 απόφαση του Προέδρου της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης – Αποχέτευσης Νήσου ..., με την οποία καταγγέλθηκε η υπ' αριθμ. πρωτ 1838/20-3-2017 σύμβαση. Επίσης παρακαλούμε να γνωστοποιήσετε στην Επιτροπή τυχόν δικές σας ενέργειες που αφορούν στα μέτρα που έχουν ληφθεί για την απόδειξη της αξιοπιστίας της εταιρείας σας (διαδικασία αυτοκάθαρσης) σε σχέση με την ανωτέρω απόφαση της μέχρι σήμερα, καθώς και την εξέλιξη αυτών» Αυθημερόν, ο ήδη προσφεύγων κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας "Επικοινωνία" του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, την απόφαση του Μον Πρωτ. Αθηνών για την αναστολή ισχύος και εκτέλεσης της Απόφασης της για καταγγελία της σύμβασης 1838/20.03.2017 καθώς και την υπ' αριθμ. 59/11.06.2019 Απόφαση της περί λύσης της σύμβασης 1838/20.03.2017 κοινή συναινέσει.

Στη συνέχεια στις 18.11.2019 η Ειδική Επιτροπή Διαγωνισμού αξιολογώντας τους (υπο)φακέλους «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» και των δύο οικονομικών φορέων καθώς και τη σχετική αλληλογραφία με τη Δ/νση Νομικών Υπηρεσιών, συνέταξε ενιαίο πρακτικό και αποφάσισε ότι «Για την προσφορά του οικονομικού φορέα, πληρούνται οι

Αριθμός απόφασης: 263/2020

απαιτήσεις της Διακήρυξης όσον αφορά τον (υπο)φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», η τεχνική προσφορά καλύπτει τις απαιτήσεις των Τεχνικών Προδιαγραφών και οι δοκιμές αξιολόγησης ήταν επιτυχείς. • Για τον οικονομικό φορέα, κατά τον έλεγχο του ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, δεν δηλώθηκε, ως όφειλε, η περίπτωση της έκπτωσης από την απόφαση 1838/20-03-2017 της ...X λόγω υπερημερίας και η αντίστοιχη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής καθώς και τα όποια μέτρα αυτοκάθαρσης ενδεχομένως είχε λάβει ο εν λόγω οικονομικός φορέας. Η υποχρέωση προκύπτει δεδομένου ότι είχε προηγηθεί της συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ (21-05-2019) τόσο η έκδοση της υπ' αριθμ. 3910/07-06-2018 απόφασης έκπτωσης από τη σύμβαση προμήθειας ... όσο και η άσκηση ενδίκων βοηθημάτων εναντίον της που έγινε την 05-03-2019, ενώ η ανάκληση της Απόφασης έκπτωσης εκδόθηκε από τη ...X την 11-06-2019 με την υπ' αριθμ 59 Απόφαση, σε μεταγενέστερο χρόνο δηλαδή από την 21-05-2019 που υποβλήθηκε το ΕΕΕΣ. Ως εκ τούτου απορρίπτει την προσφορά της εταιρείας».

Την 27.11.2019 η Ειδική Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών του ανωτέρω ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού και προχώρησε στην αξιολόγηση μόνο της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με προσφερόμενο τίμημα 289.850,00€ πλέον ΦΠΑ συντάσσοντας το πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών.

Με την με αρ. 261/10.01.2020 απόφαση του, εν προκειμένω προσβαλλόμενη, για την έκδοση της οποίας αναγράφεται ότι ελήφθη υπόψη η από 18.12.2019 εισήγηση της ειδικής επιτροπής διαγωνισμού, αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, λόγω ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ, η παρακράτηση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του έτερου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα.».

6. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 14.01.2020 δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) με τη χρήση του τυποποιημένου

Αριθμός απόφασης: 263/2020

εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στο διαγωνισμό του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε, θεμελιώνει προδήλως έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

8. Επειδή, στις 22.01.2020, ο αναθέτων φορέας προέβη στην κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο φορέα και απέστειλε στην ΑΕΠΠ εμπροθέσμως τις από 03.02.2020 απόψεις του, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτως ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και υποβάλλεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σε συνέχεια της με αρ. 85/23.01.2020 Πράξης του Προέδρου του. Αναφορικά με το αίτημα του προσφεύγοντος προς λήψη μέτρων προσωρινής προστασίας, κατέστη άνευ αντικειμένου καθόσον ο αναθέτων φορέας ανέστειλε αυτοβούλως την περαιτέρω διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας με το με αρ. 2121/30.01.2020 έγγραφο του, κοινοποιηθέν κατά το νόμο στους ενδιαφερομένους, έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ.

10. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη δια της οποίας απορρίφθηκε η προσφορά που υπέβαλε στον επίμαχο διαγωνισμό και «παρακρατήθηκε» (μάλλον εννοείται ότι αποφασίστηκε η κατάπτωση) της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του σε αυτόν, λόγω (δήθεν) ψευδούς δηλώσεώς του στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, πρέπει να ακυρωθεί. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι «**Ι ΙΣΤΟΡΙΚΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ**
Ο επίμαχος διαγωνισμός διεξήχθη στις 21-5-2019 και υποβλήθηκαν σε αυτόν δύο προσφορές: α) η δική μου και β) η προσφορά του οικονομικού φορέα «... ΙΚΕ». 2. Στο, από 21-5-2019 ΕΕΕΣ που υπέβαλα και συγκεκριμένα στο Κεφάλαιο Γ του Μέρους ΙΙΙ, ανέφερα μία περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης προγενεστερής δημόσιας σύμβασης, αν και κατά την άποψή μου, αλλά και όπως αποδείχθηκε στην συνέχεια (εκ της ανακλήσεώς της από την αρχή που την εξέδωσε), δεν συνιστά περίπτωση σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης

Αριθμός απόφασης: 263/2020

πλημμέλειας. Ειδικότερα ανέφερα, ότι με την υπ' αριθ 56/2018 απόφαση του ΔΣ της καταγγέλθηκε (χωρίς κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής) το υπ' αριθ 6/2018 συμφωνητικό, με βάση το οποίο είχα αναλάβει να προμηθεύσω τα εκεί αναφερόμενα υδρόμετρα (προϋπολογισμού 15.740 ευρώ). Ανέφερα όμως, επίσης, ότι θεωρώ την εν λόγω απόφαση παράνομη και αντισυμβατική και ότι για την ακύρωσή της άσκησα, νόμιμα και εμπρόθεσμα την υπ' αριθμόν καταθέσεως ΠΡ289/19-6-2018 προσφυγή μου, η οποία, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μου, δεν είχε ακόμα εκδικασθεί. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, με το υπ' αριθ. πρωτ. 1957/14-6-2019 υπηρεσιακό της σημείωμα, ζήτησε από την Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών της ..., να γνωμοδοτήσει περί του αν άλλη καταγγελία σύμβασής μου από την, η οποία δεν αναφέρθηκε στο ανωτέρω, από 21-5-2019, ΕΕΕΣ (για τους εν συνεχεία εκτιθέμενους βάσιμους λόγους) δύναται να στοιχειοθετήσει περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 2.2.3.4.στ. της διακήρυξης (σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης) και, σε καταφατική περίπτωση, αν μπορούν να προσκομισθούν στοιχεία σχετικά με την λήψη επανορθωτικών μέτρων. Στις 14-8-2019 η Επιτροπή Διαγωνισμού, μου κοινοποίησε αίτημα επικαιροποίησης των στοιχείων που είχα δηλώσει στο ΕΕΕΣ. Εμπρόθεσμα και συγκεκριμένα στις 20-8-2019, απάντησα στον ανωτέρω αίτημα. Μεταξύ άλλων ανέφερα ότι: α) Η αναφερόμενη στο ΕΕΕΣ μου καταγγελία σύμβασης ανακλήθηκε με την υπ' αριθ 75/16-7-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της, β) Και η μη αναφερόμενη στο ΕΕΕΣ μου καταγγελία σύμβασης από την, ανακλήθηκε με την υπ' αριθ 59/11-6-2019 απόφαση του Προέδρου της, γ) Ανέφερα, ρητώς, σχετικά με την περίπτωση της καταγγελίας από την, ότι κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς μου είχε εκδοθεί, στις 5-2-2019, η υπ' αριθ 882/2019 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, δια της οποίας ΑΝΕΣΤΑΛΗ, προσωρινά, όχι μόνο η εκτέλεση, αλλά ΚΑΙ Η ΙΣΧΥΣ της ανωτέρω απόφασης. Ανέφερα επίσης, ότι εν συνεχεία άσκησα και αγωγή ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, με αποτέλεσμα την διατήρηση της ισχύος της ως άνω απόφασης ασφαλιστικών μέτρων. Η Επιτροπή Διαγωνισμού απέστειλε νέο υπηρεσιακό σημείωμα προς την Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών και συγκεκριμένα το υπ' αριθ πρωτ

Αριθμός απόφασης: 263/2020

3211/10-10- 2019, δια του οποίου α) ανέφερε την ανάκληση της καταγγελίας από την και β) ζήτησε γνωμοδότηση περί άλλης καταγγελίας σύμβασης (προϋπολογισμού 23.394 ευρώ) στην οποία είχε προβεί η ίδια η ... στις 5-6-2019, μνημονεύοντας, ότι κατά της σχετικής απόφασης είχα ασκήσει προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. 7. Η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών συνέταξε το υπ' αριθ πρωτ 105000/24-10- 2019 υπηρεσιακό σημείωμα, δια του οποίου γίνεται δεκτό, ότι η μη αναφορά κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μου (21-5-2019), περί της καταγγελίας της συμβάσεώς μου με την ...Χ, συνιστά περίπτωση ψευδούς δηλώσεως στο ΕΕΕΣ, που συνεπάγεται τον, κατά δέσμια αρμοδιότητα, αποκλεισμό μου, κατ' άρθρο 103 παρ 3 Ν 4412/2016 (έστω και αν εν συνεχεία, η καταγγελία ανακλήθηκε). Είναι χαρακτηριστικό, και τονίζεται εκ προοιμίου, ότι στο εν λόγω υπηρεσιακό σημείωμα (βλ τελευταία σελίδα, στίχοι 1-6), μνημονεύεται η υπ' αριθ 882/2019 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών. Πλην όμως, παραδόξως, αναφέρεται ότι δια της εν λόγω αποφάσεως ανεστάλη μόνο η εκτέλεση της καταγγελίας, αποσιωπάται δηλαδή ότι ανεστάλη και η ισχύς της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, με το από 18-11-2019 Πρακτικό της, εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς μου για τον ανωτέρω λόγο (ψευδής δήλωση). Δέχθηκε συγκεκριμένα, ότι ναι μεν η απόφαση καταγγελίας ανακλήθηκε από την στις 11-6-2019, πλην όμως, κατά την υποβολή του από 21-5-2019 ΕΕΕΣ μου, εξακολουθούσε να ισχύει και ως εκ τούτου όφειλα να την αναφέρω. Στις 27-11-2019, η Επιτροπή Διαγωνισμού αποσφράγισε αμφότερες τις οικονομικές προσφορές. Με βάση το ανωτέρω, από 18-11-2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη, υπ' αριθ 261/10-12-2020, απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ..., δια της οποίας α) απορρίφθηκε η προσφορά μου, β) «παρακρατήθηκε» η εγγυητική μου επιστολή και γ) ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο έτερος διαγωνισθείς οικονομικός φορέας. Στις 13-1-2020, δηλαδή, μετά την έκδοση της ανωτέρω απόφασης, η Επιτροπή Διαγωνισμού εξέδωσε το προβλεπόμενο από το άρθρο 3.1.2. της διακήρυξης Πρακτικό, δια του οποίου εισηγήθηκε στον Διευθύνοντα Σύμβουλο να πράξει όσα είχε, ήδη, αποφασίσει.

II ΙΣΤΟΡΙΚΟ (ΔΗΘΕΝ) ΑΠΟΚΡΥΒΕΙΣΑΣ ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑΣ

Αριθμός απόφασης: 263/2020

Με την υπ' αριθ 3910/7-6-2018 απόφαση του Προέδρου της καταγγέλθηκε το υπ' αριθ 1838/20-3-2017 συμφωνητικό, με βάση το οποίο είχα αναλάβει να προμηθεύσω τα εκεί αναφερόμενα υδρόμετρα (προϋπολογισμού 59.900 ευρώ) και κατέπεσε η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης που είχε εκδώσει για λογαριασμό μου το ΤΜΕΔΕ. Ο λόγος της καταγγελίας ήταν η μη έγκαιρη παράδοση, παρόλο που διαρκούσε ακόμα η παράταση της προθεσμίας που μου είχε χορηγηθεί, τα δε υπό προμήθεια είδη είχαν ήδη φτάσει στην Χίο!!! Κατά της ανωτέρω (παράνομης) πράξης άσκησα την από 13-6-2018 ενδικοφανή προσφυγή ενώπιον του ΔΣ της, επί της οποίας δεν εκδόθηκε απόφαση. Παράλληλα, άσκησα ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών την από 14-6-2018 (Γενικός Αριθμός Κατάθεσης: 57453/2018) αίτησή μου, με την οποία ζητούσα να ανασταλεί η εκτέλεση και η ισχύς της ανωτέρω απόφασης και να απαγορευθεί στην ...Χ να ζητήσει την πληρωμή και στο ΤΜΕΔΕ να πληρώσει την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Με την από 18-6-2018 Προσωρινή Διαταγή της κας Προέδρου του Πρωτοδικείου Αθηνών, ανέσταλη μέχρι την συζήτηση της αιτήσεώς μου η εκτέλεση της ανωτέρω απόφασης. Η συζήτηση της αιτήσεώς μου έλαβε χώρα στις 23-7-2018, οπότε και διατηρήθηκε η ισχύς της ανωτέρω Προσωρινής Διαταγής μέχρι την έκδοση απόφασης. Τελικώς, εκδόθηκε η υπ' αριθ 882/2019 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, η οποία δημοσιεύθηκε στις 5-2-2019. Δια της αποφάσεως αυτής έγινε δεκτό ότι η καταγγελία της σύμβασης ήταν παράνομη και αντισυμβατική: α) διότι έλαβε χώρα ενώ ακόμα διαρκούσε η συμβατική προθεσμία παραδόσεως των υπό προμήθεια ..., αλλά και β) διότι εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο, ήτοι από τον Πρόεδρο της ...Χ και όχι, όπως θα έπρεπε, από το ΔΣ της. Κατόπιν τούτων: α) Ανεστάλη η εκτέλεση και η ισχύς της καταγγελίας, β) Απαγορεύτηκε η κατάπτωση και η πληρωμή της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, γ) Τάχθηκε προθεσμία 30 ημερών από της δημοσιεύσεως (ήτοι έως τις 7-3-2019) προκειμένου να ασκήσω αγωγή για την ακύρωση της επίμαχης απόφασης - καταγγελίας. Πράγματι, εντός της ταχθείσας προθεσμίας (και για την ακρίβεια, στις 6-3- 2019) άσκησα την αγωγή που απαιτείτο προκειμένου να διατηρηθεί η ισχύς των διαταχθέντων ασφαλιστικών μέτρων, και ιδία η αναστολή, όχι μόνο της εκτελέσεως, αλλά και

Αριθμός απόφασης: 263/2020

της ισχύος της καταγγελίας. Συγκεκριμένα, στις 6-3-2019 κατέθεσα στο Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών την από 5-3-2019 αγωγή μου (Γενικός Αριθμός Κατάθεσης: 21537, Ειδικός Αριθμός Κατάθεσης: 682/2019), δια της οποίας ζήτησα την ακύρωση της εν λόγω απόφασης, αλλά και την εύλογη ικανοποίηση της ηθικής βλάβης που υπέστην εξ αιτίας της. Η υπόψη αγωγή κοινοποιήθηκε στις 6-3-2019, τόσο στην ...Χ (συνταχθείσας της υπ' αριθ 2333 ΣΤ/6-3-2019 εκθέσεως επιδόσεως του δικαστικού επιμελητή στο Πρωτοδικείο ... Παντελή Τουρνή), όσο και στο ΤΜΕΔΕ (συνταχθείσας της υπ' αριθ 344 Β/6-3-2019 εκθέσεως επιδόσεως του δικαστικού επιμελητή στο Πρωτοδικείο Αθηνών Αριστείδη Ραυτόπουλου). Προ της βεβαίας ευδοκιμήσεως της ανωτέρω αγωγής μου και διαρκούσης της προθεσμίας των 100 ημερών από της καταθέσεώς της για την υποβολή προτάσεων, ο Πρόεδρος της ...Χ, με την υπ' αριθ πρωτ 3910/7-6-2018 απόφασή του, ανακάλεσε την παράνομη και αντισυμβατική καταγγελία της υπόψη συμβάσεως.

Ι ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

1. Θεωρώ αυτονόητο, ότι η αναστολή της ισχύος είναι ευρύτερη της, απλής, αναστολής της εκτέλεσης των πράξεων της αναθέτουσας αρχής. Η αναστολή, όχι μόνο της εκτελέσεως, αλλά και της ισχύος της πράξης, δεν συνεπάγεται, απλώς, την αδυναμία εκτελέσεώς της από την αναθέτουσα αρχή. Αντίθετα, η πράξη παύει (προσωρινώς) να ισχύει, ήτοι παύει να επιφέρει το οιοδήποτε έννομο αποτέλεσμα και την οιαδήποτε συνέπεια. Όπως, εγγράφως, αποδεικνύεται από το προπαρατεθέν ιστορικό (υπό II), κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μου (21-5-2019), είχε ήδη (από τις 5-2-2019, συνεπεία της δημοσιεύσεως της ανωτέρω Δικαστικής Αποφάσεως και της εν συνεχεία, εμπρόθεσμης, άσκησης της σχετικής αγωγής) παύσει (έστω και προσωρινώς) να ισχύει η επίμαχη καταγγελία και, γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο, δεν την ανέφερα στο ΕΕΕΣ μου, σε αντίθεση με την (επίσης παράνομη και ομοίως ανακληθείσα) έτερη καταγγελία εκ μέρους της, η οποία και ανεφέρθη. Παρά ταύτα, όλα τα εμπλεκόμενα όργανα, τα οποία έλαβαν υπόψη την προσκομισθείσα απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, την ανέγνωσαν ελλιπώς - εσφαλμένα (κατ' επιεική χαρακτηρισμό) και συνήγαγαν του συμπεράσμα, περί του ότι διατάσσει μόνο την αναστολή της εκτέλεσης της επίμαχης καταγγελίας, ότι δηλαδή, κατά τα λοιπά, αυτή εξακολουθούσε να

Αριθμός απόφασης: 263/2020

ισχύει και να παράγει έννομες συνέπειες, μεταξύ των οποίων και την (υποτιθέμενη) υποχρέωσή μου να την αναφέρω στο ΕΕΕΣ (βλ, ιδίως, τους στίχους 1-6 της τελευταίας σελίδας του από 24-10-2019 υπηρεσιακού σημειώματος της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, όπου αναφέρεται ότι «ανεστάλη η εκτέλεση της απόφασης του Προέδρου της ...Χ»). Αποδεικνύεται συνεπώς (εγγράφως) ότι η απόρριψη της προσφοράς μου ερείδεται επί, προδήλως, εσφαλμένης πραγματικής προϋποθέσεως, καθόσον δεν υφίστατο καν περίπτωση καταγγελίας προγενέστερης σύμβασης την οποία και να υποχρεούμαι να αναφέρω και ότι, προεχόντως για τον λόγο αυτό, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

2ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

Άλλως, ακόμα δηλαδή και αν υποθεθεί ότι όφειλα να δηλώσω την υπόψη (ανακληθείσα) καταγγελία η ισχύς της οποίας είχε, κατά τον κρίσιμο χρόνο, ανασταλεί, και πάλι η προσβαλλόμενη πράξη τυγχάνει παράνομη και ακυρωτέα, καθόσον η (δήθεν) αποκρυβείσα πληροφορία ήταν άνευ σημασίας και συγγνωστώς δεν αναφέρθηκε. 2. Αναφέρομαι εν προκειμένω στην (πρόσφατη) υπ' αριθ C-267/18 απόφαση του ΔΕΕ (η οποία, μάλιστα, με το υπ' αριθ πρωτ 108/2019 έγγραφο του κου Προέδρου της ΕΑΑΔΗΣΥ, κοινοποιήθηκε στον Διευθύνοντα Σύμβουλο της ..., χωρίς όμως, δυστυχώς, να ληφθεί υπόψη). Στις σχετικές προτάσεις του κου Γενικού Εισαγγελέα, και συγκεκριμένα στις σκέψεις 55 και 56, όπου αναλύεται το άρθρο 57 παρ 4 περ η' της Οδηγίας 2014/24 (περί αποκλεισμού λόγω ψευδούς δηλώσεως) διαλαμβάνονται τα ακόλουθα: «Θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι ιδιαίτερες περιστάσεις υπό τις οποίες έλαβε χώρα η απόκρυψη των πληροφοριών, καθώς και η βαρύτητα της συμπεριφοράς αυτής. Συγκεκριμένα, προκειμένου να εκτιμηθεί η σοβαρότητα των πληροφοριών που απεκρύβησαν δεν αρκεί η διαπίστωση ότι ο προσφέρων αποσιώπησε την συνδρομή λόγου αποκλεισμού. Είναι επιπλέον αναγκαίο να εξεταστεί η σημασία των λόγων που απεκρύβησαν υπό το πρίσμα της αρχής της αναλονικότητας». 3. Εν προκειμένω είναι προφανές, ότι η πληροφορία που (δήθεν) απέκρυψα, α) δεν ήταν σημαντική και β) η (υποτιθέμενη) απόκρυψή της δεν ήταν δόλια, αλλά συγγνωστή. Αναφέρω, επιγραμματικά, τα ακόλουθα: α) Η ισχύς της καταγγελίας είχε ανασταλεί με Δικαστική Απόφαση και ως εκ τούτου δικαιούμην να πιστεύω ότι

Αριθμός απόφασης: 263/2020

δεν είχα υποχρέωση να την αναφέρω, β) Η καταγγελία τελικώς ανακλήθηκε, και έπαυσε *ex tunc* να υφίσταται (για τα αποτελέσματα της ανάκλησης των παρανόμων διοικητικών πράξεων βλ, αντί πολλών, Ε Σπηλιωτόπουλο «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», έκδοση 13/2010, τόμος 1, σελ 190, αριθ 181, ενώ για τα αποτελέσματα της ανάκλησης καταγγελίας στο ιδιωτικό δίκαιο, βλ Εφ Δωδ 214/2006, Μον Πρωτ Θεσσαλ 5329/2000 κλπ). γ) Ανέφερα οικειοθελώς άλλη περίπτωση, εξίσου παράνομης και ομοίως ανακληθείσας καταγγελίας, γεγονός που καταδεικνύει ότι δεν είχα πρόθεση αποκρύψεως. δ) Ο αποκλεισμός μου και η κατάπτωση της εγγυητικής μου επιστολής, λόγω της, άνευ σημασίας, παράλειψης αναφοράς μίας (αποδεδειγμένα) παράνομης πράξης, που θα επιφέρει το, παράλογο, αποτέλεσμα της επελεύσεως δυσμενών συνεπειών εξ αιτίας παρανομίας που διαπράχθηκε σε βάρος μου (ήτοι, τελικά να τιμωρηθώ για κάτι που δεν διέπραξα) αντίκειται, προδήλως και ευθέως, στην αρχή της αναλογικότητας. 4. Επομένως, και για τον λόγο αυτό τυγχάνει παράνομη και ακυρωτέα η προσβαλλόμενη πράξη.

3ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

Άλλως, η προσβαλλόμενη απόφαση (που εκδόθηκε κατά την ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την αξιολόγηση της, υποτιθέμενης, απόκρυψης) είναι, οπωσδήποτε ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Ειδικότερα, είναι δεδομένο το ότι «δεν καλύπτει την παράλειψη ουσιώδους τύπου η μετά την έκδοση της πράξης διατύπωση γνωμοδότησης» (βλ, αντί πολλών, Ε Σπηλιωτόπουλο «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», έκδοση 13/2010, τόμος 2, σελ 128, αριθ 502). Στο άρθρο 3.1.2. της διακήρυξης ορίζεται ρητώς, ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί ανακηρύξεως προσωρινού αναδόχου εκδίδεται μετά από γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού. Πλην όμως, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε στις 10-1-2020, πριν δηλαδή την έκδοση, στις 13-1-2020 (βλ την ψηφιακή της υπογραφή, σε συνδυασμό με την έλλειψη έντυπης ή χειρόγραφης χρονολόγησης και αριθμού πρωτοκόλλου) της απαιτούμενης γνωμοδότησης».

11. Επειδή ο αναθέτων φορέας με τις οικείες απόψεις του (βλ. από 03.02.2020 έγγραφο της Ειδικής Επιτροπής Διαγωνισμού, σελ. 6-8, όπως

Αριθμός απόφασης: 263/2020

επικυρώθηκε με την με αρ. 294/03.02.2020 Απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου) προβαίνει σε «μερική ανάκληση» της προσβαλλόμενης απόφασης αναφορικά με τη νομική βάση απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος και ανακαλεί την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Ωστόσο, η νέα ως άνω πράξη του αναθέτοντος φορέα είναι συναφής προς την αρχικώς προσβαλλόμενη, θεωρείται δε συμπροσβαλλόμενη (βλ. κατ'αναλογία Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση Ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2^η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, παρ. 364), και μόνη παραδεκτώς προσβαλλόμενη πράξη, δεδομένου ότι σ'αυτήν, ενόψει του ουσιαστικού χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής, έχει ενσωματωθεί η προγενέστερη απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντος φορέα (ΔΕφ Αθ 312/2015, ΣτΕ 4146/2012, 2641/2011, ΕΑ ΣτΕ 477/2013, 373/2013, 233/2013, 106/2013, 289/2011, 1167/2010), εκδόθηκε βάσει των ίδιων πραγματικών δεδομένων, χωρίς να διαφοροποιείται η κρίση του περί της εκ μέρους του προσφεύγοντος υποβολής ψευδούς δήλωσης και χωρίς νέα κρίση επί των πραγματικών περιστατικών -εξου και αναφέρεται ότι προέβη «σε επανέλεγχο των διατυπώσεων» και μόνο, διαφοροποιείται συγκεκριμένα ως προς τη νομική βάση απόρριψης της προσφοράς του, και τούτο διότι οι ψευδείς ή ανακριβείς δηλώσεις του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 καταλαμβάνουν μόνο τον προσωρινό ανάδοχο, ήτοι δεν εφαρμόζονται στην προκείμενη περίπτωση, ως αρχικώς υπήγαγε ο αναθέτων φορέας την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, εξου και αναφέρεται σε αδόκιμη εφαρμογή του εν λόγω άρθρου, σε αντίθεση με τις ψευδείς δηλώσεις του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ του ν. 4412/2016 οι οποίες καταλαμβάνουν το σύνολο των συμμετεχόντων, ο δε προσφεύγων στρέφεται ρητά κατά κάθε άλλης συναφούς πράξης (ή παράλειψης). Επομένως, καίτοι η προσβαλλόμενη «ανακλήθηκε εν μέρει», διατηρείται ο αποκλεισμός για την ίδια αιτία με την ήδη κριθείσα με την προηγούμενη πράξη της (υποβολή ψευδούς δήλωσης), χωρίς νέα επανεξέταση της υπόθεσης, και χωρίς να περιλαμβάνει το πρώτον τυχόν νέους υφιστάμενους λόγους αποκλεισμού, (βλ. εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 409/2018 σκ.9) και θεωρείται, συμπροσβαλλόμενη με την αρχικώς προσβαλλόμενη, κατά τα ως άνω ειδικά εκτεθέντα.

Αριθμός απόφασης: 263/2020

Ειδικότερα, κατόπιν παράθεσης αναλυτικού ιστορικού, ο αναθέτων φορέας, επάγεται τα ακόλουθα:

« α. Ότι η με την υπ' αριθμ. 882/05.02.2019 απόφασης αναστολής του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών κατά της απόφασης της υπήρξε όχι μόνο άρση της εκτέλεσης της απόφασης καταγγελίας της σύμβασης αλλά και της ισχύος αυτής. Εξαιτίας της απόφασης αναστολής θεώρησε ο οικονομικός φορέας ότι παύει έστω και προσωρινά η ισχύς της απόφασης καταγγελίας της σύμβασης προμήθειας επομένως δεν όφειλε να το δηλώσει στο ΕΕΕΣ. β. Ακόμη και αν παρέλειψε να δηλώσει την εν λόγω πληροφορία αυτή δεν ήταν σημαντική και η παράλειψη δεν ήταν δόλια αλλά συγγνωστή. γ. Ότι η απόφαση 261/10.01.2020 της Α.Ε εκδόθηκε νωρίτερα από την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού που έφερε μόνο την ημερομηνία ψηφιακής υπογραφής κατά την ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ ήτοι 13.01.2020.

• Την 03-02-2020 η Δ/ση Νομικών Υπηρεσιών με το υπ' αριθμ. σημείωμά της (συν. 17) αναφέρει ότι «ενόψει της εξέτασης της με Γ.Α.Κ. Α.Ε.Π.Π. με αριθμό 65/23-01-2020 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα κατά της υπ' αριθμ. 261/10-01-2020 Απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας μας, και μετά από οίκοθεν επανέλεγχο των διατυπώσεων που έχουν περιληφθεί στην υπ' αριθμ. πρωτ. 105000/24-10-2019 γνωμοδότησή μας, χωρίς να υπάρχει περί τούτο σχετική αναφορά-μνεία και αντίκρουση από την προσφεύγουσα, συντρέχει λόγος εν μέρει ανάκλησης της προσβαλλόμενης απόφασης.» Ειδικότερα «μεταγενέστερα της διενέργειας του διαγωνισμού ο εν λόγω οικονομικός φορέας οίκοθεν γνωστοποίησε, τον Αύγουστο του 2019, την υπ' αριθμ. πρωτ. 3155/11-06-2019 απόφαση της περί ανάκλησης της απόφασης καταγγελίας της σύμβασης προμήθειας με την «... .. ΕΠΕ». Επομένως συντρέχει περίπτωση αποκλεισμού του ανωτέρω οικονομικού φορέα δυνάμει της συνδρομής της περίπτωσης ζ) της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.» Επίσης «η απόφαση αναστολής, που εκ των υστέρων προσκόμισε ο οικονομικός φορέας τον Οκτώβριο του 2019, αν και εν ισχύ κατά τον χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ, επ' ουδενί συνιστούσε λόγο απόκλισης από την υποχρέωση δήλωσης λόγου αποκλεισμού, αλλά μέτρο αυτοκάθαρσης, που εάν δηλωνόταν

Αριθμός απόφασης: 263/2020

μπορούσε να ανατρέψει τον λόγο αποκλεισμού περί σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας στο πλαίσιο εκτίμησης από την Α.Ε. των μέτρων αυτοκάθαρσης κατά τις παραγράφους 7-9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Η απόφαση ανάκλησης της έκπτωσης δε (που έθεσε τέλος στο ζήτημα αυτό) ήταν επιγενόμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού (11-06-2019).

Καταλήγοντας στο σκεπτικό της η Δ/ση Νομικών Υπηρεσιών αναφέρει ότι : II. Σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 317 του ν. 4412/2016: «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη».

III. Συμπεράσματα: Βάσει της υπό II. διάταξης και ενόψει της αδόκιμης εφαρμογής της διάταξης 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 αντί της ορθής (περίπτωση ζ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά την άποψή μας, να καταρτισθεί από την Επιτροπή του Διαγωνισμού Εισήγηση προς το αποφαινόμενο όργανο (ήτοι τον Διευθύνοντα Σύμβουλο της εταιρείας) περί μερικής ανάκλησης της υπ' αριθμ. 261/10.01.2020 Απόφασης αυτού για τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα «... .. ΕΠΕ» βάσει του άρθρου 73 παρ. 4 περίπτωση ζ) του ν. 4412/2016, ήτοι χωρίς την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής.

Γ. Ανάλυση και αιτιολόγηση των προτεινόμενων ενεργειών:

Η Ειδική Επιτροπή Διαγωνισμού αξιολογώντας τους (υπο)φακέλους «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» και των δύο οικονομικών φορέων, καθώς και τη σχετική αλληλογραφία με τη Δ/ση Νομικών Υπηρεσιών, διαπίστωσε ότι :

α. Για τους επικαλούμενους λόγους ακύρωσης I & II στην προσφυγή του οικονομικού φορέα, κατά τον έλεγχο του ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 73 παρ. 4 περίπτωση ζ) του ν. 4412/2016, δεν δηλώθηκαν, ως όφειλε, η περίπτωση της έκπτωσης του από τη (Αρ. Απόφασης 1838/20.03.2017)

Αριθμός απόφασης: 263/2020

καθώς και τα όποια μέτρα αυτοκάθαρσης ενδεχομένως είχε λάβει ο εν λόγω οικονομικός φορέας. Η υποχρέωση προκύπτει από το γεγονός, ότι είχε προηγηθεί της συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ (21.05.2019) τόσο η έκδοση της υπ' αριθμ. 3910/07.06.2018 απόφασης έκπτωσης του από τη όσο και η άσκηση ενδίκων βοηθημάτων εναντίον της. Η απόφαση αναστολής επίσης, που εκ των υστέρων προσκόμισε ο οικονομικός φορέας τον Οκτώβριο του 2019, αν και εν ισχύ κατά τον χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ, επ' ουδενί συνιστούσε λόγο απόκλισης από την υποχρέωση δήλωσης λόγου αποκλεισμού, αλλά μέτρο αυτοκάθαρσης, που εάν δηλωνόταν μπορούσε να ανατρέψει τον λόγο αποκλεισμού περί σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας στο πλαίσιο εκτίμησης από την Α.Ε. των μέτρων αυτοκάθαρσης κατά τις παραγράφους 7-9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Η απόφαση ανάκλησης της έκπτωσης δε (που έθεσε τέλος στο ζήτημα αυτό) ήταν μεταγενέστερη (11.06.2019) της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού της Α.Ε.. β. Για τον επικαλούμενο 3ο λόγο ακύρωσης (III), η εισήγηση της Επιτροπής, όπως φαίνεται και στην Απόφαση του Δντος Συμβούλου της Α.Ε. στην οποία γίνεται αναφορά, υπογράφηκε την 18.12.2019 ενώ επικουρικά διαθέτει και τις υπογραφές με τις ανάλογες ημερομηνίες των υπηρεσιακών παραγόντων που κατέθεσαν τις απόψεις τους και οι οποίες προηγούνται κατά πολύ της ημερομηνίας απόφασης του Δντος Συμβούλου 10.01.2020, ως εκ τούτου η απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδόθηκε κατόπιν της σχετικής εισήγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού. Κατόπιν αυτών η Ειδική Επιτροπή Διαγωνισμού : > απορρίπτει την προσφορά της εταιρείας εισηγούμενη την μερική ανάκληση της υπ. Αριθμ. 261/10.01.2020 Απόφασης της Α.Ε. για τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα «... .. ΕΠΕ» βάσει όμως του άρθρου 73 παρ. 4 περίπτωση ζ) του ν. 4412/2016, ήτοι χωρίς την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. > προτείνει την ανάδειξη του οικονομικού φορέα ως προσωρινού αναδόχου αφού διαπίστωσε ότι πληρούνται οι απαιτήσεις της Διακήρυξης, καλύπτονται οι τεχνικές προδιαγραφές και οι δοκιμές αξιολόγησης ήταν επιτυχείς, και ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ ΕΙΣΗΓΟΥΜΑΣΤΕ 1. Την μερική ανάκληση της υπ. Αριθμ. 261/10.01.2020 Απόφασης της Α.Ε. για τον αποκλεισμό του

Αριθμός απόφασης: 263/2020

οικονομικού φορέα «... .. ΕΠΕ» βάσει του άρθρου 73 παρ. 4 περίπτωση ζ) του ν. 4412/2016, ήτοι χωρίς την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. 2. Την ανάδειξη του οικονομικού φορέα «... ..», ως προσωρινού αναδόχου με τίμημα 289.850,00€ πλέον ΦΠΑ». Περαιτέρω με την με αρ. 294/03.02.2020 Απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου αποφασίσθηκε βάσει της ως άνω εισήγησης η μερική ανάκληση της προσβαλλόμενης χωρίς την κατάπτωση της εγγυητικής και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του έτερου προσφέροντος, κατά την εισήγηση.

12. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 253 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. [...]».

13. Επειδή, στο άρθρο 315 («Ειδικό κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών) πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα».

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 305 «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι

Αριθμός απόφασης: 263/2020

αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας, σε συνοπτικό διαγωνισμό ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. 2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών.» [...]

15. Επειδή σύμφωνα με τις παρ. 4 και επόμενες του άρθρου 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται 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: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 σοβαρών ψευδών 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 (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης

Αριθμός απόφασης: 263/2020

σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία.

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.

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 ζημίες 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. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της

Αριθμός απόφασης: 263/2020

παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.

8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή.

9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.....».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από 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 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν

Αριθμός απόφασης: 263/2020

να αποκλεισθούν, ...Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή.5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας».

17. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, άμεσης εφαρμογής για τα κράτη -μέλη, καθιερώνεται το τυποποιημένο έντυπο για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (Επίσημη Εφημ. ΕΕ L3/16 της 6-1- 2016). Περαιτέρω, όπως αναφέρεται στο Προοίμιο του Εκτελεστικού Κανονισμού: «(1) [...]. Κατά συνέπεια, το τυποποιημένο έντυπο για το ΕΕΕΠ θα πρέπει να καταρτιστεί κατά τρόπο ώστε να παρακαμφθεί η ανάγκη προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής. Όπως προβλέπεται στο άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, πρόκειται για μια τυπική δήλωση του οικονομικού φορέα ότι δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις λόγω της οποίας οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν... Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί από κάθε προσφέροντα, ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλει όλα ή ορισμένα από τα απαιτούμενα πιστοποιητικά και δικαιολογητικά, όποτε αυτό είναι απαραίτητο για να διασφαλιστεί η ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας [...] Περαιτέρω στο ΕΕΕΣ, στο Μέρος ΙΙΙ Λόγοι αποκλεισμού, Τμήμα Γ. «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα», οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να απαντήσουν, μεταξύ άλλων, στα κάτωθι ερωτήματα «Πρώωρη καταγγελία αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή...ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη

Αριθμός απόφασης: 263/2020

σύμβαση ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΝΑΙ ΟΧΙ» Αν ναι Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες Σε περίπτωση καταδίκης ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (αυτοκάθαρση) ; Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν». ... Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών... Ο οικονομικός φορέας: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την ικανοποίηση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) δεν ήταν σε θέση, χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα απαιτούμενα από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα δικαιολογητικά δ) έχει επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση;

18. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται «2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών 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 23 της παρούσας, (η) εάν επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να

Αριθμός απόφασης: 263/2020

αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιαστικά τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. [...] 2.2.3.5. Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις 2.2.3.6. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 2.2.3.2 υποπαρ. (γ) και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής ... 2.2.3.7. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 305 και στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η Α.Ε. αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά

Αριθμός απόφασης: 263/2020

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 που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 -2.2.8 αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η Α.Ε. μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της Α.Ε. η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ε.Ε.Ε.Σ., είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας

Αριθμός απόφασης: 263/2020

ενημέρωσης της Α.Ε. για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ε.Ε.Ε.Σ., ότι πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της Α.Ε. η εγγύηση συμμετοχής του. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υποβάλλει αληθή ή ακριβή δήλωση ή δεν προσκομίσει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 -2.2.8 της παρούσας διακήρυξης, η διαδικασία ματαιώνεται.

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

Αριθμός απόφασης: 263/2020

Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

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

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

22. Επειδή, περαιτέρω, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η

Αριθμός απόφασης: 263/2020

νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 816/2007, 26/2007). Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η συνυποβολή της υπεύθυνης δήλωσης στο σταθερό χρονικό σημείο της υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων με το προβλεπόμενο σε αυτές περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή παράλειψη συνυποβολής με την προσφορά, της δήλωσης αυτής ή υποβολής ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, καθιστά την υποβληθείσα προσφορά του απαράδεκτη (βλ. Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 1319, 668, 422,133/2009).

23. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επομένως, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή

Αριθμός απόφασης: 263/2020

δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37). Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

24. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επίσης, μια άλλη πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΑΕΠΠ 117/2017).

25. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και

οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

26. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

27. Επειδή διακριτική ευχέρεια υπάρχει όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου, αλλά του αφήνουν ελευθερία δράσης να επιλέξει, μεταξύ άλλων, μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών παρέχοντάς του τη δυνατότητα, όταν πρόκειται να εκδώσει ατομικές διοικητικές πράξεις, να καθορίσει το ακριβές περιεχόμενο μιας πραγματικής αξιολογικής έννοιας είτε να θέσει τους όρους εφαρμογής της διάταξης με τους οποίους κατά την κρίση του εξυπηρετείται καλύτερα το δημόσιο συμφέρον είτε να επιμετρήσει το ύψος της διοικητικής κύρωσης που πρέπει να επιβληθεί. Εάν η έννοια την οποία δεν καθορίζει ακριβώς η σχετική διάταξη, είναι νομική, δεν υπάρχει θέμα διακριτικής ευχέρειας αλλά ζήτημα ερμηνείας της διάταξης και νομικού χαρακτηρισμού των πραγματικών περιστατικών από το διοικητικό όργανο (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, αρ. 149, σελ 139).

28. Επειδή η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού διέπει την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων η οποία διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό), οικονομικών φορέων. Περαιτέρω, η εξασφάλιση του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού προκειμένου περί δημοσίων διαγωνισμών εξυπηρετεί το συμφέρον της

Αριθμός απόφασης: 263/2020

Ένωσης στον τομέα της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (βλ., επ' αυτού, απόφαση CoNISMa, C- 305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37). Εντούτοις, κάποιου βαθμού περιορισμός μπορεί να δικαιολογείται, στο μέτρο κατά το οποίο επιδιώκει θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος και εφόσον είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας, δηλαδή είναι κατάλληλος για την επίτευξη του σκοπού αυτού και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού (βλ., επ' αυτού, απόφαση Serrantoni και Consorzio stabile edili, C- 376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 44).

29. Επειδή, στις αιτιολογικές σκέψεις 101-102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι *«(101) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.*

Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες

Αριθμός απόφασης: 263/2020

δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του. (102) Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας.....».

Εν προκειμένω, και στις αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ ορίζεται ότι «(106) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή

Αριθμός απόφασης: 263/2020

κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Λαμβάνοντας υπόψη ότι ο αναθέτων φορέας είναι υπεύθυνος για τις συνέπειες ενδεχόμενης εσφαλμένης του απόφασης, οι αναθέτοντες φορείς θα πρέπει επίσης να έχουν την ευχέρεια να εκτιμούν ότι σημειώθηκε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν μπορούν να αποδείξουν με κατάλληλο τρόπο, πριν από την έκδοση οριστικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, ότι ο οικονομικός φορέας παραβίασε τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων υποχρεώσεων σχετικά με την πληρωμή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός αν προβλέπεται διαφορετικά στο εθνικό δίκαιο. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις με άλλους αναθέτοντες φορείς παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία προμήθειας ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο προϊόν ή την υπηρεσία που παρασχέθηκε με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Κατά την εφαρμογή προαιρετικών λόγων αποκλεισμού πρέπει να λαμβάνεται ιδιαίτερως υπόψη η αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις θα πρέπει ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Σε περίπτωση όμως επανειλημμένων ελάχιστων παρατυπιών, ενδέχεται να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό του. (107) Όταν οι αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται ή επιλέγουν να εφαρμόσουν τα

Αριθμός απόφασης: 263/2020

προαναφερθέντα κριτήρια αποκλεισμού, πρέπει να εφαρμόζουν την οδηγία 2014/24/ΕΕ ως προς τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να λαμβάνουν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο τη διόρθωση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη περαιτέρω περιπτώσεων παράνομης συμπεριφοράς».

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

31. Επειδή, ειδικότερα κατά τα κριθέντα από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής το Δικαστήριο) υπό το προηγούμενο καθεστώς (απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, C-465/11, Forposta SA, σκέψεις 29 έως 31) «η μη τήρηση από οικονομικό φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων μπορεί κατ' αρχήν να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα. Σε κάθε περίπτωση, το “σοβαρό παράπτωμα” υποδηλώνει συνήθως συμπεριφορά του οικείου οικονομικού φορέα που ενέχει πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή αμέλεια ορισμένου βαθμού. Έτσι οποιαδήποτε εσφαλμένη ανακριβής ή πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρό παράπτωμα. Περαιτέρω, για τη διαπίστωση της υπάρξεως “σοβαρού παραπτώματος” απαιτείται, κατ' αρχήν να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα».

32. Επειδή, περαιτέρω, ομοίως υπό το προηγούμενο καθεστώς και συγκεκριμένα υπό τους όρους της Οδηγίας 2004/18 ΕΚ, έχει γίνει δεκτό από το Δικαστήριο (απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016, C-171/15, Connexxion Taxi Services BV), ότι η σχετική ρύθμιση της παρ. 2 του άρθρου 45 αυτής, δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή των διαλαμβανομένων σε αυτό λόγων αποκλεισμού, στο μέτρο

Αριθμός απόφασης: 263/2020

κατά το οποίο τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο. Στο πλαίσιο αυτό, τα κράτη μέλη έχουν την εξουσία να καθιστούν ελαστικότερα ή ηπιότερα τα κριτήρια που προβλέπει η διάταξη αυτή (απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 36 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), ειδικότερα δε να προβλέψουν ρύθμιση, η οποία υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να εξετάζει, κατ' εφαρμογήν της αρχής της αναλογικότητας, αν επιβάλλεται πράγματι ο αποκλεισμός, από δημόσια σύμβαση, υποψηφίου ο οποίος έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Αντιθέτως, αποκλείεται, υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, καθώς και της συνακόλουθης υποχρεώσεως διαφάνειας, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να αποφασίζει την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως σε προσφέροντα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα για τον λόγο ότι ο αποκλεισμός του εν λόγω προσφέροντος από τη διαδικασία του διαγωνισμού προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας, όταν, σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού αυτού, προσφέρων που έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αποκλείεται οπωσδήποτε χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας της κυρώσεως αυτής. (βλ. ΔεφΑθ 133/2014, ΔΕφΘεσ (ΑΣΦ) 8/2018, ΔΕφΛαρ. 6/2016, πρβλ. Σ.Τ.Ε. ΕΑ 961, 803/2008, 196/2009). Σημειώνεται ότι η εν λόγω νομολογία ενσωματώθηκε στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 73 του ν. 4412/2016.

33. Επειδή, ακόμη και σε περίπτωση Διαγωνισμού κατά τον οποίο προβλεπόταν από τη Διακήρυξη ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συνιστά λόγο αποκλεισμού, κρίθηκε ότι μόνη η διάπραξη του αδικήματος (εν προκειμένω, τελεσίδικη δικαστική απόφαση για το αδίκημα της παρακώλυσης συγκοινωνιών), δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού (πρβλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), εφόσον δεν κριθεί

Αριθμός απόφασης: 263/2020

αιτιολογημένα κατά πόσον αυτός ο λόγος επηρεάζει τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία του διαγωνιζομένου (ΕΑ ΣΤΕ 428/2011).

34. Επειδή, ειδικότερα, με την περ. στ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, περίπτωση που αποτελεί νέο λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν προβλεπόταν ρητώς στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Οδηγία 2004/18/ΕΚ και π.δ. 60/2007), ωστόσο καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα”, όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007 (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ). Σε κάθε περίπτωση η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια ρητά συνδέεται με ζητήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε “επαναλαμβανόμενες” ή “σοβαρές” κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης αυτών. «Πάντως, ακόμα και αν η εν λόγω πλημμελής συμπεριφορά κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων δεν είχε ως αποτέλεσμα την καταγγελία ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί ο υπό εξέταση λόγος αποκλεισμού της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εξετάσει κατά πόσο η εν λόγω πλημμελής εκτέλεση μπορεί να υπαχθεί στην πιο γενική έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα” ώστε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, όπως αναλυτικά αναφέρεται κατωτέρω (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ).

35.Επειδή, εν προκειμένω, ο ενωσιακός νομοθέτης προέβλεψε στο ισχύον καθεστώς δημοσίων συμβάσεων δύο διαφορετικές περιπτώσεις στ' και θ' για τη σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια αφενός και αφετέρου για το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Από τη γραμματική δε διατύπωση των οικείων διατάξεων, ευχερώς προκύπτει ότι η περίπτωση στ' αφορά

Αριθμός απόφασης: 263/2020

συγκεκριμένα στην εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης το οποίο ρητά ορίζεται σε αντίθεση με την περίπτωση θ' που ουδόλως τίθεται αυτή η προϋπόθεση. Επίσης, ομοίως ρητά ορίζεται ότι για να εφαρμοσθεί η περίπτωση στ', απαιτείται η οικεία συμπεριφορά να είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, γεγονός που ουδόλως προβλέπεται στην περ. θ'. Επομένως, ο ενωσιακός, και στη συνέχεια, ο εθνικός νομοθέτης γνωρίζοντας ότι είναι δυνατόν να δημιουργούνται σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα του οποίου οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, παρείχε ρητά στις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς τη δυνατότητα να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικό φορέα που εμπίπτει στην εν λόγω περίπτωση (βλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), προσδιορίζοντας ωστόσο τις περιπτώσεις που χωρεί εφαρμογή της -ήτοι πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις- και προβλέποντας την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατά τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής.

36. Επειδή καταρχήν η διάταξη της περ. στ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 απαιτεί η πλημμέλεια να είναι σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη, δηλαδή η οικεία πλήρωση είναι διαζευκτική και όχι σωρευτική. Επομένως, κατά τη γραμματική ερμηνεία της εν λόγω διάταξης, ο οικονομικός φορέας δύναται να εμπίπτει στον οικείο λόγο αποκλεισμού, εφόσον επέδειξε «σοβαρή» πλημμέλεια ή εφόσον διέπραξε πέραν της μία ελάχιστον παρατυπία (βλ. αιτιολογική σκέψη με αρ. 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

37. Επειδή οποιαδήποτε εσφαλμένη ανακριβής ή πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρό παράπτωμα ή με σοβαρή

Αριθμός απόφασης: 263/2020

πλημμέλεια, δηλαδή δεν προεξοφλείται ότι η έκπτωση επηρεάζει τη φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα (βλ. Απόφαση 188/2018 ΑΕΠΠ). Ειδικότερα, για τη διαπίστωση της υπάρξεως “σοβαρής πλημμέλειας” απαιτείται, κατ’ αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα, η δε εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής οφείλει να διέπεται από την αρχή της αναλογικότητας (βλ. ομοίως αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), και η όποια απόφαση θα πρέπει να ληφθεί αιτιολογημένα, ήτοι δηλαδή κατά πόσον αποτελεί σοβαρή πλημμέλεια και κατά πόσο αυτός ο λόγος επηρεάζει τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία του διαγωνιζομένου. Σημειώνεται δε ότι σε περιπτώσεις, όπως εν προκειμένω, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και οι περιστάσεις υπό τις οποίες εχώρησε η έκπτωση όσο και οι τυχόν ενέργειες ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής που έλαβε την απόφαση για την κήρυξη έκπτωσης για τη δημιουργία της οικείας καταστάσεως (βλ. κατ’ αναλογία σκ. 133 T-42/96, Eyckeler & Malt AG, σκ. 133). Επομένως, εκ των ανωτέρω, εναργώς συναγεται ότι η τελική εκτίμηση της «σοβαρότητας» της πλημμέλειας εναπόκειται βάσει του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, στην κρίση της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα (Βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 776/2018 σκ. 51 πρώην 1^ο Κλιμάκιο Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

38. Επειδή με την Απόφαση C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. κατά Województwo Łódzkie, της 4ης Μαΐου 2017, στο ερώτημα εάν «το άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο ζ’, της οδηγίας 2004/18, το οποίο επιτρέπει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, στην περίπτωση, μεταξύ άλλων, όπου αυτός είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των ζητούμενων από την αναθέτουσα αρχή πληροφοριών, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι μπορεί να εφαρμοστεί όταν πρόκειται για πληροφορίες ικανές να επηρεάσουν την έκβαση του διαγωνισμού, ανεξαρτήτως αν ο οικονομικός αυτός φορέας ενήργησε με δόλο» κρίθηκε ότι. «Πρώτον, ότι το γράμμα του άρθρου 45, παράγραφος 2, στοιχείο ζ’, της οδηγίας 2004/18 δεν περιέχει καμία αναφορά σε δόλο του οικονομικού φορέα. Ως εκ τούτου, η διαπίστωση της υπάρξεως δόλου δεν μπορεί να θεωρηθεί αναγκαίο στοιχείο για τον αποκλεισμό του

Αριθμός απόφασης: 263/2020

οικείου οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση. Αντιθέτως, για να γίνει δεκτό ότι ο υποψήφιος είναι «ένοχος» κατά την έννοια της διατάξεως αυτής και για να αποκλειστεί, κατ' επέκταση, από δημόσια σύμβαση, αρκεί να έχει επιδείξει αρκετά βαριά αμέλεια, ήτοι αμέλεια ικανή να έχει καθοριστική επιρροή στις αποφάσεις αποκλεισμού, επιλογής ή αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή, για να αποκλείσει οικονομικό φορέα που υπέβαλε ψευδείς δηλώσεις από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, δεν οφείλει να αποδείξει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας ενήργησε με δόλο» (σκ. 70 και 71). Κατόπιν των ανωτέρω, στο έκτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2004/18, το οποίο επιτρέπει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, στην περίπτωση, μεταξύ άλλων, όπου αυτός είναι «ένοχος» σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των ζητούμενων από την αναθέτουσα αρχή πληροφοριών, έχει την έννοια ότι μπορεί να εφαρμοστεί όταν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει αρκετά βαριά αμέλεια, δηλαδή αμέλεια που μπορεί να έχει καθοριστική επιρροή στις αποφάσεις αποκλεισμού, επιλογής ή αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως, χωρίς να χρειάζεται να διαπιστωθεί ότι ενήργησε με δόλο (σκ.78 της εν λόγω απόφασης).

39. Επειδή, ειδικότερα, το εθνικό δίκαιο αναγνωρίζει δύο είδη υπαιτιότητας: το δόλο και την αμέλεια (ά. 27-28 Π.Κ.). Η αμέλεια διακρίνεται σε ενσυνείδητη και σε άνευ συνειδήσεως αμέλεια (ασυνείδητη). Ο δόλος/πρόθεση διακρίνεται σε τρία είδη - διαβαθμίσεις: στον άμεσο δόλο 1ου βαθμού – επιδίωξη, στον άμεσο δόλο 2ου βαθμού – αποδοχή και στον ενδεχόμενο δόλο (*dolus eventualis*). Δισεπίλυτο και διαρκές παραμένει ακόμα στο χώρο του ποινικού δικαίου το ζήτημα της διακρίσεως ανάμεσα σε ενδεχόμενο δόλο και ενσυνείδητη αμέλεια, και των ουσιαστικών – κρίσιμων συνεπειών που μπορεί να λάβει σε μία *ad hoc* περίπτωση εάν καταφαθεί η μία ή η έτερη μορφή υπαιτιότητας. Κατά την άποψη του Μυλωνόπουλου, ο δόλος και η αμέλεια σαν μορφές εσωτερικής συμμετοχής, συγκροτούν μία συνεχώς μεταλλασσόμενη αλληλουχία συμπεριφορών. Η μεταβολή αυτή δε

Αριθμός απόφασης: 263/2020

συντελείται απότομα, αλλά βαθμιαία, σταδιακά και ανεπαίσθητα (Μυλωνόπουλος, Χρίστος Χ., Ποινικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος Ι και ΙΙ, Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας Αθήνα 2007, σελ.253 και Απόφαση ΑΕΠΠ 99/2020 του 7ου Κλιμακίου Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

40. Επειδή όπως προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕΕ C-267/18, 3 Οκτωβρίου 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compañia Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, σκ. 26-29 «Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ΄, της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 29 και 30). Η εμπέδωση σχέσεως εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου προϋποθέτει, επομένως, ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να είναι σε θέση να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των λόγων προαιρετικού αποκλεισμού (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 30 και 32). Η αρχή αυτή επιτάσσει πράγματι να εξετάζει και να εκτιμά η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά. Συναφώς, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 32 των προτάσεών του, από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ΄, της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η παρατυπία που διέπραξε ο προσφέρων πρέπει να ήταν αρκούντως σοβαρή ώστε να δικαιολογείται, υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, η καταγγελία της συμβάσεως. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί αυτομάτως να συναγάγει από την απόφαση άλλης αναθέτουσας αρχής να καταγγείλει προγενέστερη δημόσια σύμβαση για τον λόγο ότι ο ανάδοχος ανέθεσε σε υπεργολάβο τμήμα των εργασιών χωρίς την προηγούμενη έγκρισή της ότι ο εν λόγω ανάδοχος διέπραξε σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη

Αριθμός απόφασης: 263/2020

πλημμέλεια, κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρεώσεως σχετικής με την εν λόγω δημόσια σύμβαση». Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα για τον οποίο είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως. Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της αποφάσεως περί καταγγελίας, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή της, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρεώσεως την οποία υπείχε στο πλαίσιο της εν λόγω συμβάσεως, δεδομένου ότι η εν λόγω πλημμέλεια είναι ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα».

41. Επειδή, όπως ομοίως προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕΕ απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 40-42 «Πράγματι, η εν λόγω οδηγία εισάγει καινοτομία, ιδίως, καθιερώνοντας, στο άρθρο 57, παράγραφος 6, τον μηχανισμό διορθωτικών μέτρων (self-cleaning). Η εν λόγω ρύθμιση, η οποία έχει εφαρμογή επί των οικονομικών φορέων που δεν έχουν αποκλειστεί με τελεσίδικη απόφαση, κατατείνει στο να παρακινήσει έναν οικονομικό φορέα που βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις περί των οποίων γίνεται λόγος στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας να παράσχει αποδεικτικά στοιχεία προκειμένου να βεβαιώσει ότι τα μέτρα που έχει λάβει είναι επαρκή για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή συναφούς προαιρετικού λόγου αποκλεισμού. Εάν τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία κριθούν επαρκή, ο οικείος οικονομικός φορέας δεν πρέπει να αποκλειστεί από τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή 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, συνεργαζόμενος ενεργά με τις ερευνητικές αρχές, και ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα

Αριθμός απόφασης: 263/2020

σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Συναφώς, τα διορθωτικά μέτρα υπογραμμίζουν, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 44 των προτάσεών του, τη σημασία που αποδίδεται στην αξιοπιστία του οικονομικού φορέα, λαμβανομένου υπόψη ότι το εν λόγω στοιχείο διαπνέει τους λόγους αποκλεισμού που σχετίζονται με τις προϋποθέσεις που αφορούν το πρόσωπο του υποψηφίου. Κατόπιν των ανωτέρω, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει, επομένως, να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ' και ζ', της οδηγίας 2014/24 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αντιτίθεται σε εθνική ρύθμιση σύμφωνα με την οποία η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί λύσεως δημόσιας συμβάσεως που ελήφθη από αναθέτουσα αρχή λόγω σοβαρών πλημμελειών που επιδείχθηκαν κατά την εκτέλεσή της εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση».

42. Επειδή «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει οικονομικό φορέα, εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, πρόκειται για δυνητικό λόγο αποκλεισμού που προβλεπόταν και στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (άρθρο 43 παρ. 2 περ. ζ' του π.δ. 60/2007), με στόχο να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παρέχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς ή /και αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Κατά μείζονα δε λόγο σήμερα, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Ε.Σ. για τις συμβάσεις άνω των ορίων και του Τ.Ε.Υ.Δ. για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), κρίνεται ιδιαίτερως σημαντική η

Αριθμός απόφασης: 263/2020

διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν σε αυτά. Στον υπό εξέταση λόγο αποκλεισμού, δεν καθορίζονται με σαφήνεια οι περιπτώσεις ή /και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν “σοβαρές” οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή. Αυτές κρίνονται ad hoc (κατά περίπτωση), λαμβάνοντας υπόψη τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς (καθ’ υποτροπή). Παράδειγμα: Για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεν θα αρκούσε, για τη στοιχειοθέτηση του υπό εξέταση λόγου αποκλεισμού, η διαπίστωση μίας και μόνης περίπτωσης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων από αυτόν κατά την παροχή πληροφοριών σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (Βλ. ο.π. Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 20).

43. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας δεν δύναται να κρίνει τη σοβαρότητα της πλημμέλειας εάν ο ίδιος ο οικονομικός φορέας δεν παράσχει τη σχετική πληροφορία περί έκπτωσης στο ειδικό προς τούτο πεδίο του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ. Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αρ. 102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ρητά αναφέρεται ότι «οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας» (βλ. ο.π ΑΕΠΠ 776/2018 σκ.52). Τα δε μέτρα συμμόρφωσης συνίστανται

44. Επειδή, ειδικότερα, ο ίδιος ο ευνοϊκός υπέρ και των οικονομικών φορέων θεσμός της προκαταρκτικής απόδειξης, πλήττεται καίρια και ματαιώνεται ως προς τον σκοπό του, εκθέτοντας την αναθέτουσα και τρίτους συνδιαγωνιζομένους σε κινδύνους, προσβάλλει δε τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και, επομένως, και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, σε περίπτωση εκούσιας ή μη, ανακρίβειας, αποσιώπησης ή παράλειψης πληροφοριών ή και αναλήθειας εκ μέρους των δηλούντων δια του ΕΕΕΣ/ ΤΕΥΔ οικονομικών φορέων. Τούτο, ιδίως όταν οι οικείες αποκρυφθείσες, παραληφθείσες ή αναληθώς δηλούμενες πληροφορίες

Αριθμός απόφασης: 263/2020

σχετίζονται με περίπτωση η οποία αν ήταν γνωστή θα δύνατο να οδηγήσει σε αποκλεισμό του φορέα από τη σύναψη της σύμβασης δια πληρώσεως λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 του Ν. 4412/2016, αφού ειδικώς σε αυτές τις περιπτώσεις διακινδυνεύεται η σύναψη σύμβασης, και δη εις βάρος κατάλληλων και νομίμως μετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης άλλων φορέων. Ως εκ τούτου, η εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα αναληθής δήλωση, αλλά και απόκρυψη σχετικών πληροφοριών, οι οποίες δύνανται ή ενδέχεται να στοιχειοθετήσουν, καταλήξουν ή να ερμηνευτούν από την αναθέτουσα ως λόγοι αποκλεισμού, συνιστούν αυτοτελείς λόγους κήρυξης της συνολικής προσφοράς ως απαραδέκτου και αποκλεισμού του δηλούντος δια του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ οικονομικού φορέα (βλ. ΑΕΠΠ 118/2017, ο.π 776/2018 σκ. 54, κατ' αναλογία ΣτΕ ΕΑ 526/2010 σκ.6 και 117/2019'σκ.14).

45. Επειδή εν προκειμένω σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (βλ. άρθρο 2.2.3) ορίζεται ότι *«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών 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 (η) εάν επιχείρησενα παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία».*

Αριθμός απόφασης: 263/2020

46. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου κατά την εκτέλεση της με αριθμ. 18175429-2 σύμβασης μεταξύ του αναθέτοντος φορέα και του ήδη προσφεύγοντος, ο τελευταίος δεν προέβη εγκαίρως στην προμήθεια του συμφωνηθέντος υλικού παρότι του χορηγήθηκαν οι προβλεπόμενες χρονικές παρατάσεις, χωρίς εν τέλει να παραδοθεί εντός αυτών το συμφωνηθέν υλικό. Ακολούθως το Δ.Σ. της ... με την υπ' αριθμ. 20249/24-04-2019 απόφασή του, αφού έλαβε υπόψιν του την από 19-04-2019 εισήγηση της Επιτροπής Παραλαβής Υλικών του ανωτέρω διαγωνισμού (...), αποφάσισε ομόφωνα α) την απόρριψη αιτημάτων χρονικής παράτασης της εταιρείας «... ... ΕΠΕ», β) την κήρυξη αυτής ως έκπτωτης λόγω αθέτησης των όρων της υπ' αριθμ. 18175429-2 σύμβασης και εν προκειμένω λόγω λήξης του συμβατικού αντικειμένου. Εν συνεχεία η «... ... ΕΠΕ» άσκησε την με αριθμό καταχ. ΠΡ859/01-08-2019 προσφυγή του άρθρου 205Α του ν. 4412/2016 κατά της υπ' αριθμ. 20319/05-06-2019 απόφασής του Δ.Σ. της Α.Ε., ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία κατά τα στοιχεία του φακέλου δεν έχει ακόμη προσδιορισθεί. Σχετικά, δε, στο πλαίσιο προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά της ίδιας απόφασης Δ.Σ. της ... ΑΕ ο προσφεύγων άσκησε την με αριθμ. καταχ, ΑΝ88/01-08-2019 αίτηση αναστολής, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Επί της τελευταίας εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 97/2019 Απόφαση του 8ου Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (σε Συμβούλιο) με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής, καθώς κρίθηκε ότι δεν συντρέχει πρόδηλη βασιμότητα της ανωτέρω ΠΡ859/01-08-2019 προσφυγής ούτε ζήτημα ανεπανόρθωτης βλάβης της αιτούσας.

Περαιτέρω, στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε ο προσφεύγων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, στις 21.05.2019, στο πεδίο που αφορά στην πρόωρη καταγγελία σύμβασης ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ο προσφεύγων ανέφερε την καταγγελία της σύμβασης με την με την με αρ. 56/2018 απόφαση της, ως μέτρα που λήφθηκαν αναφέρει την από 19.06.2018 προσφυγή του ενώπιον του ΔΕΦΠειραιά η εκδίκαση της οποίας εκκρεμεί και με την οποία ζητά την ακύρωση της ως άνω απόφασης της, αναφορικά με την έκπτωση του από τη σύμβαση. Στις 28-06-2019 η εταιρεία «... ... ΕΠΕ» υπέβαλλε την παραίτηση της από το δικόγραφο της με αριθμ. καταχ.

Αριθμός απόφασης: 263/2020

ΠΡ289/19-06- 2018 προσφυγής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά και βάσει της παραίτησης αυτής ακολούθησε η υπ' αριθμ. 75/16-07-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της σύμφωνα με την οποία πρώτον ανακαλείται η υπ' αριθμ. 56/02-05-2018 απόφαση του Δ.Σ. της ...Σ με την οποία έγινε η καταγγελία της από 08-03-2018 σύμβασης προμήθειας ... με την «... .. ΕΠΕ» -ήδη προσφεύγοντος στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία- και δεύτερον εγκρίθηκε η λύση της σύμβασης αυτής.

Στις 14.08.2019 ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στον προσφεύγοντα έγγραφο με το κάτωθι περιεχόμενο *«Παρακαλούμε να γνωστοποιηθούν στην Επιτροπή μέχρι 30/8/2019 επίκαιρα στοιχεία αναφορικά με τη δήλωσή σας στο έντυπο ΕΕΕΣ και ειδικότερα τη θετική σας απάντηση στο τμήμα «Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» που αφορά στην καταγγελία σύμβασης της καθώς και τα μέτρα «αυτοκάθαρσης» που έχουν ληφθεί. Επίσης να γνωστοποιήσετε στην Επιτροπή τυχόν δικές σας ενέργειες που αφορούν στα μέτρα που έχουν ληφθεί για την απόδειξη της αξιοπιστίας της εταιρείας σας σε σχέση με τις Αποφάσεις υπ' αριθμ. 20249/24-04-2019 και 20319/05-06-209 του Δ.Σ. της Α.Ε».* Ο προσφεύγων απάντησε εμπροθέσμως και ήδη από τις 20.08.2019, καταθέτοντας στην «επικοινωνία» τα κάτωθι έγγραφα: 1.1. ... -, 1.2. - ΑΝΑΚΛΗΣΗ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, 2.1. 2.2. ... -

Στις 29.10.2019 ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στον προσφεύγοντα έγγραφο με το κάτωθι περιεχόμενο: *«Παρακαλούμε, σύμφωνα με το άρθρο 310 του Ν4412, να γνωστοποιηθούν στην Επιτροπή μέχρι 6/11/2019, επίκαιρα στοιχεία αναφορικά με τη δήλωσή σας στο έντυπο ΕΕΕΣ της αρχικής Διακήρυξης Δ5889. Ειδικότερα ζητούνται στοιχεία για την μέχρι σήμερα εξέλιξη της υπόθεσης για την οποία αναφέρεστε στη δήλωση του ΕΕΕΣ του Δ5889, στην ενότητα Γ. και στο ερώτημα «Πρώρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» για την περίπτωση 2) της και για την υπ' αριθμ πρωτ 3910/7-6-2018 απόφαση του Προέδρου της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης – Αποχέτευσης Νήσου ..., με την οποία καταγγέλθηκε η υπ' αριθμ. πρωτ 1838/20-3-2017 σύμβαση. Επίσης παρακαλούμε να γνωστοποιήσετε στην Επιτροπή τυχόν δικές σας ενέργειες που αφορούν στα μέτρα που έχουν*

Αριθμός απόφασης: 263/2020

ληφθεί για την απόδειξη της αξιοπιστίας της εταιρείας σας (διαδικασία αυτοκάθαρσης) σε σχέση με την ανωτέρω απόφαση της μέχρι σήμερα, καθώς και την εξέλιξη αυτών», στο οποίο ο ήδη προσφεύγων ανταποκρίθηκε αυθημερόν καταθέτοντας τα κάτωθι: «ΛΥΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΚΟΙΝΗ ΣΥΝΑΙΝΕΣΕΙ» Περιγραφή : Αναφορικά με τη σύμβαση μεταξύ της εταιρείας μας ... Ε.Π.Ε. και της, υπήρξε λύση κοινή συναινέσει κατόπιν διαφόρων ενεργειών που πραγματοποιήθηκαν». Και ΑΠΟΦΑΣΗ ΓΙΑ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ - ... ΠΡΟΣ ...Χ (05-02-2019) Περιγραφή: ΜΕ ΤΗΝ ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΩΝ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ (05-02-2019) ΔΕΝ ΑΝΑΣΤΑΛΟΘΗΚΕ ΜΟΝΟ Η ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΗΣ ...Χ, ΑΝΤΙΘΕΤΩΣ ΑΝΑΣΤΑΛΟΘΗΚΕ ΚΑΙ Η ΙΣΧΥΣ ΤΗΣ, ΔΗΛΑΔΗ Η ΑΠΟΦΑΣΗ ΗΤΑΝ ΣΑΝ ΝΑ ΜΗΝ ΕΚΔΟΘΗΚΕ ΠΟΤΕ.

Περαιτέρω, στην εισήγηση της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού προς τον Διευθύνοντα Σύμβουλο προς έκδοση της προσβαλλόμενης, αναφέρεται ότι δεν τίθεται θέμα ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ του ήδη προσφεύγοντος αναφορικά με τα περιστατικά που αφορούν τη διακήρυξη ... της ... Α.Ε (βλ. 1^η παρ. της παρούσας σκέψης), για τους εκεί αναφερόμενους λόγους, ωστόσο δεν συμβαίνει το ίδιο και στην περίπτωση της, όπου είχε προηγηθεί πριν τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ τόσο η έκδοση απόφασης έκπτωσης από τη σύμβαση προμήθειας ... λόγω υπερημερίας στην παράδοσή τους όσο και η κατ' αυτής άσκηση ενδίκων βοηθημάτων. Επίσης, αναφέρεται ότι η μη δήλωση αυτών ανεξαρτήτως αν πληρούται ή όχι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, συνιστά περίπτωση ψευδούς ή ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 που άγει σε απόρριψη της προσφοράς του ήδη προσφεύγοντος, κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα, και σε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του κατ' άρθρο 103 του ν. 4412. Επίσης, αναφέρεται και η υπ' αριθμ. 59/11.06.2019 Απόφαση της περί λύσης της σύμβασης 1838/20.03.2017 κοινή συναινέσει και καταλήγει στο γεγονός ότι η προτεινόμενη στο πρακτικό απόρριψη του φορέα, συναρτάται με τη συμπλήρωση και υποβολή ψευδούς ΕΕΕΣ που έγινε σε χρόνο προγενέστερο της οριστικής Απόφασης της Το ως άνω προκύπτει από την από

Αριθμός απόφασης: 263/2020

24.10.2019 γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας του αναθέτοντος φορέα στην οποία απευθύνθηκε η Επιτροπή, θέτοντας υπόψη της συγκεκριμένα ερωτήματα.

47. Επειδή **ο προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι η απόρριψη της προσφοράς του ερείδεται επί, προδήλως, εσφαλμένης πραγματικής προϋποθέσεως, καθόσον δεν υφίστατο καν περίπτωση καταγγελίας προγενέστερης σύμβασης την οποία υποχρεούτο να αναφέρει και ότι, προεχόντως για τον λόγο αυτό, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση. Άλλως, ακόμα δηλαδή και αν υποτεθεί ότι όφειλε να δηλώσει την υπόψη (ανακληθείσα) καταγγελία η ισχύς της οποίας είχε, κατά τον κρίσιμο χρόνο, ανασταλεί, και πάλι η προσβαλλόμενη πράξη τυγχάνει παράνομη και ακυρωτέα, καθόσον η (δήθεν) αποκρυβείσα πληροφορία ήταν άνευ σημασίας και συγγνωστώς δεν αναφέρθηκε.

Ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται εν τέλει με την συμπληρωματική αιτιολογία του με την οποία συμπληρώθηκε η αιτιολογία της προσβαλλόμενης και εν μέρει ανακλήθηκε η τελευταία ότι, η αιτιολογική βάση της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος είναι η περ. ζ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 44112/2016 και όχι το άρθρο 103 του ίδιου νόμου και ότι δεν πρέπει να καταπέσει η εγγυητική επιστολή του. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η απόφαση αναστολής του Μον. Πρωτ. Αθηνών (882/5.2.2019), που εκ των υστέρων προσκόμισε ο οικονομικός φορέας τον Οκτώβριο του 2019, αν και εν ισχύ κατά τον χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ, επ' ουδενί δεν συνιστούσε λόγο απόκλισης από την υποχρέωση δήλωσης λόγου αποκλεισμού, αλλά μέτρο αυτοκάθαρσης, που εάν δηλωνόταν μπορούσε να ανατρέψει τον λόγο αποκλεισμού περί σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας στο πλαίσιο εκτίμησης από την Α.Ε. των μέτρων αυτοκάθαρσης κατά τις παραγράφους 7-9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Η απόφαση ανάκλησης της έκπτωσης (που έθεσε τέλος στο ζήτημα αυτό) ήταν μεταγενέστερη (11.06.2019) της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού της Α.Ε και σχετικής δήλωσης του προσφεύγοντος.

Αριθμός απόφασης: 263/2020

Περαιτέρω, ο προσφεύγων με το από 06.02.2020 εμπροθέσμως υποβληθέν Υπόμνημα του, ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας «αντιλαμβάνεται τον παράνομο χαρακτήρα της προσβαλλόμενης πράξης και δηλώνει την πρόθεσή να την ανακαλέσει, τουλάχιστον κατά το σκέλος της που αφορά στην κατάπτωση της εγγυητικής μου επιστολής. Δυστυχώς, η ανωτέρω προσπάθεια παραμένει ημιτελής. Η αναθέτουσα αρχή αποπειράται να σώσει τα προσχήματα, με την διόρθωση ενός σφάλματος δια της διαπράξεως ενός άλλου, εξίσου σοβαρού. 2. Ειδικότερα, ενώ, και πάλι, γίνεται αναφορά στην υπ' αριθ 882/2019 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, εξακολουθεί να αποσιωπάται (από παράδοξα έως και προκλητικά) το γεγονός ότι δια της αποφάσεως αυτής ανεστάλη, όχι μόνο η εκτέλεση αλλά και η ισχύς της (τελικώς ανακληθείσας) απόφασης της, δια της οποίας (παρανόμως) καταγγέλλθηκε η σε αυτή αναφερόμενη σύμβαση. Παραγνωρίζεται δηλαδή το (αδιαμφισβήτητο) δεδομένο ότι κατά τον χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ μου δεν υπήρχε εν ισχύ απόφαση καταγγελίας συμβάσεώς μου, έτσι ώστε να υποχρεούμαι να την αναφέρω. 3. Περαιτέρω, στις εν λόγω απόψεις διαλαμβάνεται, ότι η ανωτέρω απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, συνιστά μέτρο αυτοκάθαρσης, το οποίο και υποχρεούμαι να δηλώσω, έτσι ώστε να ελεγχθεί από την αναθέτουσα αρχή η επάρκειά του. Πέραν της κοινής λογικής αναφέρομαι, αντί πολλών, στα διαλαμβανόμενα στην 10η σκέψη (18η σελίδα) της υπ' αριθμόν 1255/2019 απόφασης του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ: «Θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι δικαστικές προσφυγές και ενέργειες τις οποίες τυχόν επικαλείται ο προσφέρων κατά του κύρους των πρόωρων καταγγελιών προγενεστέρων συμβάσεων του δεν συνιστούν, επ' ουδενί, επανορθωτικά μέτρα, αλλά αντιθέτως κατατείνουν ευθέως σε αμφισβήτηση της ανάγκης λήψεως τέτοιων μέτρων, προς επίρρωση δε τούτου, εννοιολογικώς, τα επανορθωτικά μέτρα, καλούμενα και ως μέτρα αυτοκάθαρσης, προϋποθέτουν την λήψη αυτών από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα και όχι την επιβολή τους από δικαιοδοτικά ή δικαστικά όργανα». 4. Σε κάθε περίπτωση, επικαλούμαι για μία ακόμα φορά τις αρχές της αναλογικότητας και της κοινής λογικής: Είναι δυνατόν μία δημόσια επιχείρηση να επιμένει (προς βλάβη της ίδιας και του δημοσίου συμφέροντος) στην εκμηδένιση του ανταγωνισμού, δια του αποκλεισμού του ενός εκ των δύο

Αριθμός απόφασης: 263/2020

υποψηφίων επειδή αυτός δεν δήλωσε ότι είχε διαπραχθεί παρανομία σε βάρος του, η οποία, αποδεδειγμένα, διαπιστώθηκε δικαστικώς και ανακλήθηκε διοικητικώς; 5. Κατόπιν τούτων θεωρώ ότι δεν υφίσταται περίπτωση απόκρυψης οιασδήποτε πληροφορίας, δια της μη δηλώσεως απόφασης καταγγελίας η οποία δεν υφίστατο κατά τον κρίσιμο χρόνο. Άλλωστε η διάταξη του άρθρου 73 παρ 4 περ ζ' Ν 4412/2016, την οποία, πλέον, επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, δεν αρκείται σε οιαδήποτε ψευδή δήλωση, αλλά προσαπαιτεί η ψευδής δήλωση να είναι σοβαρή. Ακόμα δηλαδή και αν υποτεθεί ότι υποχρεούμην να δηλώσω την καταγγελία η ισχύς της οποίας είχε ανασταλεί δικαστικώς (quod non), η υποτιθέμενη ψευδής δήλωσή μου δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί (και δεν χαρακτηρίζεται από την αναθέτουσα αρχή) ως σοβαρή, δεδομένου του ότι η εν λόγω καταγγελία ήταν, προδήλως, παράνομη και, τελικώς, ανακλήθηκε. Επομένως, η δήθεν παράλειψή μου ουδέν αποτέλεσμα ηδύνατο να επιφέρει και ουδέν αποτέλεσμα επέφερε στην εκτίμηση της φερεγγυότητάς μου».

Ο αναθέτων φορέας κατέθεσε στις 26.02.2020 Συμπληρωματική αιτιολογία επί της υπό εξέταση προσφυγής η οποία δεν λαμβάνεται υπόψη ως εκπροθέσμως κατατεθείσα και εν προκειμένω δύο ημέρες προ της συζήτησης και όχι έως δέκα, ως ρητά ορίζεται στο άρθρο 365 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. [...]. Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.» (βλ. και ΣτΕ 780/2019).

Αριθμός απόφασης: 263/2020

48. Επειδή, κατά την έννοια των λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, στην περίπτωση κατά την οποία υποβάλλεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ με το οποίο ο οικονομικός φορέας δηλώνει έκπτωση του από προγενέστερη δημόσια σύμβαση, να μεν αυτός δεν αποκλείεται αυτόματα, όπως θα συνέβαινε εάν ενέπιπτε στην παρ. 1 του άρθρου 73 του εν λόγω νόμου, είναι, όμως, δυνατόν να αποκλεισθεί εφόσον η αναθέτουσα αρχή κρίνει αιτιολογημένα ότι η ως άνω έκπτωση επηρεάζει τη φερεγγυότητα ή την επαγγελματική αξιοπιστία του (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 260/2008 σκ.7).

49.Επειδή, περαιτέρω, οποιαδήποτε πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρή πλημμέλεια, δηλαδή δεν προεξοφλείται ότι η έκπτωση επηρεάζει τη φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας οφείλει να προβαίνει στη δική του αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα για τον οποίον είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως. Συναφώς, οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της αποφάσεως περί καταγγελίας, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή του, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρεώσεως την οποία υπείχε στο πλαίσιο της εν λόγω συμβάσεως, δεδομένου ότι η εν λόγω πλημμέλεια είναι ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα κατά την εκτέλεσή της ούτε βέβαια εμποδίζεται ο αναθέτων φορέας που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση στην περίπτωση άσκησης δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί έκπτωσης ή λύσεως δημόσιας συμβάσεως. Η δε παροχή έννομης προστασίας ουδόλως αποτελεί επανορθωτικό μέτρο «αυτοκάθαρσης» όπως βασίμως ισχυρίζεται ο

Αριθμός απόφασης: 263/2020

προσφεύγων τα οποία συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης.

50. 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 δημόσιων συμβάσεων (βλ. Α. Σπυριδωνος, «*Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις*», ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. 537 επόμε.). 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 Σάκουλα, 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 κάποιας περίπτωσης 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..(ο.π ΑΕΠΠ 776/2018). Τουναντίον, ως παρεπόμενη συνέπεια της μη δήλωσης εκ μέρους του οικονομικού φορέα, των περιπτώσεων πρόωρης καταγγελίας προηγούμενης δημόσιας σύμβασης ή άλλων ανάλογων

Αριθμός απόφασης: 263/2020

κυρώσεων είναι δυνατόν να επέλθει η υπαγωγή του στην περίπτωση η) ή/και ζ) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

51. Επειδή αναφορικά με τη σοβαρότητα της πλημμέλειας, διευκρινίζεται ότι προκειμένου να επιβληθούν ποινικές ρήτρες, ή/και πρόωρη λήξη σύμβασης, ή /και να κηρυχθεί ανάδοχος έκπτωτος από την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης ή να επιβληθούν παρόμοιες κυρώσεις, πρέπει να υφίσταται κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα πλημμελής εκτέλεση αυτής ή μέρους αυτής και εν γένει παράβαση συμβατικών υποχρεώσεων.

Εν προκειμένω, η απόφαση περί έκπτωσης του προσφεύγοντος από σύμβαση της ανακλήθηκε, δεν υφίσταται στο νομικό κόσμο όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ωστόσο σε χρόνο μεταγενέστερο του εκ μέρους του υπογραφέντος ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986, και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν δύναται να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά αλλά αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι, όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣτΕ 781/2010). Επομένως, αφενός οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπευθύνως γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντας τα, τα οποία και ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των οριζόμενων στη διακήρυξη εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής (βλ. άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, Μέρος VI Τελικές Δηλώσεις του ΕΕΣ/ΤΕΥΔ, Απόφαση ΑΕΠΠ του 7^{ου} Κλιμακίου με αρ. 119/2020 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη σκ.30).

52. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, ως επιμελής υποψήφιος, ο προσφεύγων θα έπρεπε, να γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή το γεγονός της έκπτωσης του συνοδευόμενο από την απόφαση αναστολής του Μον. Πρωτ. Αθηνών, ή έστω να υποβάλει ερώτημα διευκρινίσεων στην αναθέτουσα αρχή για την αληθή έννοια της επίμαχης ερώτησης. Ωστόσο δεν το έπραξε (βλ. κατ' αναλογία ΑΕΠΠ 365/2018 σκ.72 αλλά και ΣτΕ ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 263/2020

117/2019) παρότι δεν είχε εκδοθεί κατά το χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ του (21.05.2019) η ανάκληση της απόφασης μη τήρησης των όρων της σύμβασης 1838/2018 η οποία έλαβε χώρα στις 11.06.2019, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, και τούτο ανεξαρτήτως της δικής του νομικής εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών (βλ. κατ' αναλογία απόφαση ΑΕΠΠ 776/2018) καθόσον το γεγονός αναστολής, με δικαστική απόφαση, της εκτέλεσης και ισχύος της με αρ.3910/07.06.2018 απόφασης της, ουδόλως εξαφανίζει αυτή από το νομικό κόσμο, ούτε βέβαια η αναστολή συνεπάγεται ακύρωση, η δε ανάκληση της με αρ. 3910/07.06.208 Απόφασης της επήλθε σε μεταγενέστερο χρόνο των εκ μέρους του υπευθύνως δηλούμενων στο ΕΕΕΣ (βλ. και σκέψη 51 της παρούσας).

53. Επειδή, ως παρεπόμενη συνέπεια της μη δήλωσης εκ μέρους του οικονομικού φορέα, των περιπτώσεων πρόωρης καταγγελίας προηγούμενης δημόσιας σύμβασης ή άλλων ανάλογων κυρώσεων, είναι δυνατόν να επέλθει η υπαγωγή του στην περίπτωση η) ή/και ζ) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (βλ. σκέψη 50 της παρούσας), επαναλαμβανόμενες δε πλημμέλειες οι οποίες ακόμη και εάν δεν οδήγησαν στην έκπτωση ενδέχεται να στοιχειοθετήσουν υπαγωγή στην περίπτωση θ. Εν προκειμένω, σύμφωνα με την αιτιολογία της προσβαλλόμενης ο αναθέτων φορέας υπαγάγει, εν τέλει, την επίμαχη μη δήλωση του προσφεύγοντος στην περίπτωση ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 που προϋποθέτει την ύπαρξη σοβαρών ψευδών δηλώσεων που εφαρμόζεται όταν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει δόλο ή αρκετά βαριά αμέλεια (βλ. σκ. 38 και 42 της παρούσας).

54. Επειδή, περαιτέρω όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, αν και η αιτιολογία έχει πλημμέλειες εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988) εφόσον ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, ήτοι και με την ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμε.).

55. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, οι δηλώσεις και οι πληροφορίες που υπέβαλε ο προσφεύγων κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ του (21.05.2019), δεν περιείχαν πληροφορίες που στοιχειοθετούν ή δύνανται να στοιχειοθετήσουν λόγους αποκλεισμού, οι οποίες αναζητήθηκαν στη συνέχεια από τον αναθέτοντα φορέα. Εν πάσει περιπτώσει, τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ. του προσφεύγοντος δεν ήταν ακριβή, αλλά ελλιπή, εάν δηλώνονταν μπορούσαν να επιφέρουν τον αποκλεισμό του λόγω επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση συμβάσεων του ν. 4412/2016. Ας υπομνησθεί δε, ότι ο προσφεύγων, είχε κηρυχθεί έκπτωτος ήδη προ μηνός της οικείας δηλώσεως του στο ΕΕΕΣ από τον ίδιο τον αναθέτοντα φορέα (... ΑΕ) και δύνατο ευχερώς να κατανοήσει, ως μέσος επιμελής υποψήφιος, ότι ακόμη και εάν είχε πετύχει την έκδοση απόφασης αναστολής επί της έκπτωσης του σε σύμβαση με τη, δεν είχε ήδη επέλθει η ακύρωση της, ούτε ήταν απολύτως βέβαιο ότι θα επέρχετο, ή ότι εντέλει η θα συναινούσε στην πρόταση του περί «φιλικής λύσης της διαφοράς», παράλληλα, υφίστατο, η έκπτωση του από τη την οποία και ορθά δήλωσε και εντέλει ανακλήθηκε επίσης σε μεταγενέστερο της συμπλήρωσης και υπογραφής του ΕΕΕΣ χρόνο, αλλά και η απόφαση έκπτωσης του από την ... ΑΕ. Επομένως, επουδενί δεν δύναται βασίμως να θεωρηθεί ότι η οικεία παράλειψη του άνευ σημασίας καθόσον θα στοιχειοθετούσε ενδεχομένως τον λόγο αποκλεισμού της περ. στ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, στην απόφαση αναστολής του Μον. Πρωτοδικείου Αθηνών αναγράφονταν τα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν στην έκπτωση (βλ. σκ. 40 της παρούσας) μεταξύ των οποίων και η επιβολή ποινικής ρήτρας λόγω εκπρόθεσμης παράδοσης, η οποία ουδόλως ανακλήθηκε, ούτε βέβαια αποδεικνύει τους ισχυρισμούς του ότι τα προς προμήθεια προϊόντα είχαν ήδη φτάσει στη Χίο, όπως επικαλείται στην προσφυγή του και μάλιστα στο σύνολό τους, στοιχείο που δεν αναφέρει. Επομένως, δεν δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι η οικεία παράλειψη ήταν συγγνωστή, εξάλλου ως μέσος επιμελής υποψήφιος εδύνατο ευχερώς έστω να υποβάλει ερώτημα διευκρινίσεων στον αναθέτοντα φορέα αρχή για την αληθή έννοια της επίμαχης ερώτησης, που ουδόλως έπραξε (βλ. σκέψη 52 της παρούσας και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Επομένως, οι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα περί υπαγωγής

Αριθμός απόφασης: 263/2020

του προσφεύγοντος στην περ. ζ' παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και της εννοιολογικά ταυτόσημης διάταξης της διακήρυξης, περί συνδρομής στο πρόσωπο του προσφεύγοντος της εν λόγω περίπτωσης, κρίνονται βάσιμοι, απορριπτόμενων του συνόλου των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Ομοίως, απορρίπτονται και οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί βλάβης του δημοσίου συμφέροντος, λόγω μείωσης του ανταγωνισμού δια της απόρριψης της προσφοράς του, καταρχήν ως προβαλλόμενοι εκ συμφέροντος τρίτου, κατά δεύτερο λόγο ως αβάσιμοι καθόσον η ανάθεση της σύμβασης πρέπει να γίνει σε νομίμως επιλεγθέντα υποψήφιο. Συνεπώς, ορθώς επήλθε ως έννομη συνέπεια η απόρριψη της προσφοράς του η οποία δεν συνδέεται κατ'ανάγκη κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων με τη θεμελίωση ή μη του λόγου αποκλεισμού (έκπτωση), στο πλαίσιο του οποίου τα εν λόγω στοιχεία παρασχέθηκαν ή αποκρύβησαν (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ ΕΑ 117/2019 σκ.14), μη δυνάμενης της ΑΕΠΠ να υποκαταστήσει τον αναθέτοντα φορέα και να κρίνει το πρώτον εάν εν τέλει συντρέχουν και οι προϋποθέσεις εφαρμογής έτερων περ. της παρ. 4 του ν. 4412 και οι ταυτόσημες της διακήρυξης, να καλέσει τον προσφεύγοντα προς διευκρίνηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχει τυχόν λάβει, τα οποία όπως πράγματι βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων δεν συνίστανται στην κατάθεση αιτήσεων αναστολής/ακύρωσης ενώπιον δικαστικών αρχών, και εν τέλει να κρίνει την επάρκεια τους (βλ. κατ' αναλογία ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Σε κάθε περίπτωση, όπως δέχεται παγίως και η νομολογία (βλ. και ΑΕΠΠ 761/2018) ο έλεγχος ουσίας που πραγματοποιείται στα πλαίσια της κρίσης επί μίας προσφυγής, όπως η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., εκ μόνου του λόγου ότι περιλαμβάνει πλήρη έλεγχο πραγμάτων και εξουσία ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης, δεν συνεπάγεται ότι είναι απεριοριστος ή ότι η επανεξέταση και επανεκτίμηση της υποθέσεως μπορεί να πραγματοποιηθεί εξ υπαρχής και πρωτοτύπως κατά λειτουργική υποκατάσταση της ενεργού διοικήσεως. Και τούτο διότι και ο ουσιαστικός έλεγχος είναι πάντως έλεγχος συγκεκριμένης πράξεως, ο οποίος οριοθετείται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, από το αντικείμενο και την πραγματική της βάση, καθώς και τους λόγους και τα αιτήματα της προσφυγής, και αφετέρου, από τους κανόνες

Αριθμός απόφασης: 263/2020

για το αντικείμενο και το βάρος της απόδειξης (βλ. κατ'αναλογία ΣΤΕ 166/2018, ΔΕφΑθ 637/2013, πρβλ. και ΣΤΕ 1879/2008, σκ. 5).

56. Επειδή, με τον τελευταίο λόγο της προσφυγής αναφορικά με την Εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού που αναρτήθηκε στην «Επικοινωνία» του διαγωνισμού στις 14.01.2020 και σε σχέση με την απουσία υπογραφών και ημερομηνίας προγενέστερης της προσβαλλόμενης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στοιχειοθετείται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας καθώς η ημερομηνία της ψηφιακής υπογραφής της Εισήγησης (13.01.2020) έπεται της ημερομηνίας της προσβαλλόμενης (10.01.2020).

Εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, στην προσβαλλόμενη η οποία φέρει χειρόγραφη ημερομηνία 10.01.2020, αναγράφεται ρητά ότι ελήφθη υπόψη η από 18.12.2019 εισήγηση της Ειδικής Επιτροπής, το δε επίμαχο έγγραφο της Εισήγησης αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» στις 14.01.2020 χωρίς ημερομηνία και χωρίς φυσικές υπογραφές των μελών της Επιτροπής αλλά με ψηφιακή υπογραφή του Προέδρου της Επιτροπής ημερομηνίας 13.01.2020, πράγματι μεταγενέστερη της προσβαλλόμενης, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Ωστόσο, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3.1.2 τόσο το ενιαίο πρακτικό όσο και το πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών διακινούνται ηλεκτρονικά ήτοι κοινοποιούνται από την Επιτροπή μόνο στον αναθέτοντα φορέα μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», ουδόλως όμως αναγράφεται στη διακήρυξη ότι ο εν λόγω τρόπος ηλεκτρονικής κοινοποίησης περιλαμβάνει και την επίμαχη εισήγηση η οποία προφανώς μπορεί να διακινηθεί νομίμως σε έγχαρτη μορφή. Επομένως, δεν δύναται άνευ αμφιβολίας να γίνει δεκτός ως βάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, περί της ως άνω επικαλούμενης παραβάσεως ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, καθόσον αφενός μνημονεύεται η οικεία εισήγηση στην προσβαλλόμενη, γεγονός που συνηγορεί στο ότι πράγματι είχε ακολουθηθεί ο ως άνω τύπος, εξάλλου, το περιεχόμενο της βασίζεται τόσο στο Ενιαίο Πρακτικό (18.11.2019), όσο και στο πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών (27.11.2019) και στη γνωμοδότηση της νομικής υπηρεσίας (24.10.2019) που ουδόλως αμφισβητήθηκε ότι έλαβαν χώρα σε χρόνο πολύ προγενέστερο της έκδοσης

Αριθμός απόφασης: 263/2020

της προσβαλλόμενης- αφετέρου δοθείσας της μη πρόβλεψης ηλεκτρονικής διακίνησης της Εισήγησης δια της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, που θα αποτελούσε απόδειξη βεβαίας ημεροχρονολογίας, ο προσφεύγων δεν απέδειξε ότι πράγματι, η προσβαλλόμενη εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και πάσχει ακυρότητας εξ αυτού του λόγου. Εν πάσει περιπτώσει, δοθέντος ότι στις οικείες απόψεις του ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι διαθέτει τις υπογραφές των υπηρεσιακών παραγόντων, η Εισηγήτρια, βάσει του άρθρου 12 παρ. 3 του π.δ 39/2017, αιτήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα, τάσσοντας μάλιστα ιδιαίτερως σύντομη προθεσμία (1ημέρας) τα κάτωθι αυτολεξεί «Sent: Wednesday, February 26, 2020 4:03 PM, To: ... Α.Ε. - Υπηρεσία Διαγωνισμών, Subject: ΓΑΚ 65/2020 ΠΡΟΣΦΥΓΗ ... ΕΠΕ ΕΠΕΙΓΟΥΣΑ ΚΛΗΣΗ ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑΣ Μέλους της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΕΝΤΟΣ 1 ημέρας) *«Παρακαλώ όπως μου αποστείλετε την από 18.12.2019 εισήγηση της Ειδικής Επιτροπής Διαγωνισμού, που μνημονεύεται στην προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. πρωτ. 261/2020, όπως ακριβώς τηρείται στο φάκελο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας»*. Ο αναθέτων φορέας απέστειλε ευθύς αμέσως το κάτωθι: ... Α.Ε. - Υπηρεσία Διαγωνισμών Παραλήπτης Χρυσάνθη Ζαράρη Κοινοποίηση ΚΟΥΤΣΟΥΜΠΛΗΣ ΛΕΩΝΙΔΑΣ Add contact, ΚΑΛΛΙΕΡΟΥ ΜΑΡΙΑ Add contact, ΜΟΥΤΖΟΥΡΙΔΗΣ ΙΩΑΝΝΗΣ Add contact, Ημερομηνία Σήμερα 16:45 Προτεραιότητα Μέγιστη δυνατή, Δ5889Ε ΕΙΣΗΓΗΣΗ 18-12-19.pdf, *«Σας αποστέλλουμε συνημμένα την από 18.12.2019 εισήγηση της Ειδικής Επιτροπής Διαγωνισμού, με τις φυσικές υπογραφές. Στην περίπτωση που κρίνετε ότι πρέπει να αναρτηθεί και στο ΕΣΗΔΗΣ και να κοινοποιηθεί στους συμμετέχοντες, παρακαλώ ενημερώστε μας για τις άμεσες ενέργειές μας. Με εκτίμηση,»*. Πράγματι, το σκαναρισμένο αντίγραφο του πρωτοτύπου της επίμαχης εισήγησης που απέστειλε ο αναθέτων φορέας φέρει το σύνολο των υπογραφών (οκτώ συγκεκριμένα, τρεις των μελών της Επιτροπής και 5 έτερων Υπηρεσιακών παραγόντων) σε χειρόγραφο μορφή και τις ημερομηνίες υπογραφής των υπηρεσιακών παραγόντων που άρχονται στις 19.12.2019, ήτοι την επομένη της φερόμενης ημερομηνίας της εισήγησης της Ειδικής Επιτροπής και περατώνονται στις 09.01.2020, ήτοι την προηγούμενη της φερόμενης ως υπογραφής της προσβαλλόμενης. Η δε ψηφιακή υπογραφή

Αριθμός απόφασης: 263/2020

του Προέδρου της Επιτροπής στο επίμαχο έγγραφο ημερομηνίας 13.01.2020, δύναται να τέθηκε προκειμένου να αναρτηθεί το έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και να κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους κατά τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 8 της ΥΑ ΕΣΗΔΗΣ. Επομένως, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ήτοι έκδοσης της προσβαλλόμενης χωρίς να έχει προηγηθεί η εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, κρίνονται απορριπτέοι κατά τα ως άνω.

57. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

58. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

59. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, ύψους 1.500€ ευρώ, πρέπει να καταπέσει βάσει των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 5 Μαρτίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη