

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.12.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 1956/22-12-2020 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει ...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «... (...)» (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

της Παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν, άλλως να τροποποιηθούν η υπ' αριθ. 20722 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... ληφθείσα κατά την 1390^η συνεδρίασή του, διενεργηθείσα την 09.12.2020, δυνάμει της οποίας αποφάσισε την ανάθεση της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα, και το μ' αυτήν εγκριθέν από 4.12.2020 Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού, με το οποίο κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της μετά από τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στην ως άνω προσωρινή ανάδοχο εταιρεία και κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά αυτής και κάθε άλλη σχετική πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας, να αποκλεισθεί η συμμετοχή της από το διαγωνισμό και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 ύψους 15.000,00 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., συνοδευόμενο από το αποδεικτικό εξόφλησης της με ημερομηνία 22/12/2020 και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου φαίνεται ως «δεσμευμένο») δεδομένου, ότι ο προϋπολογισμός του επίμαχου διαγωνισμού ανέρχεται στο ποσό των 34.200.000,00 €, άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή ανοικτός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου με τίτλο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ..., ..., ..., ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...-...», με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..., και ΑΔΑΜ ... 2020-06-24 με κριτήριο ανάθεσης σύμφωνα με το άρθρο 14 της Διακήρυξης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής (χαμηλότερη τιμή) και τη χρήση ηλεκτρονικού πλειστηριασμού. Αντικείμενο της σύμβασης του έργου είναι η κατασκευή των Έργων Αποχέτευσης Ακαθάρτων (κύριων και δευτερευόντων αγωγών βαρύτητας, των απαιτούμενων φρεατίων επίσκεψης, συμβολής ή και πτώσης στις περιοχές των οικισμών ..., ... και ..., ... του Δήμου ... - ... του Κεντρικού Συλλεκτηρίου ..., ο οποίος οδηγεί τα λύματα των παραπάνω περιοχών στον προβλεπόμενο ... (βασικό συλλεκτήρα ... που θα κατασκευάσει άλλη εργολαβία) και εν συνεχεία στο προβλεπόμενο ΚΕΛ Δήμων ... - ... και ... - ..., καθώς και των πέντε αντλιοστασίων ακαθάρτων (τεσσάρων αντλιοστασίων κατάθλιψης και ενός αντλιοστασίου ανύψωσης, με τον απαιτούμενο Η/Μ εξοπλισμό και τους αντίστοιχους δίδυμους καταθλιπτικούς αγωγούς) στην περιοχή του ..., Επιπλέον, στο έργο περιλαμβάνεται και η κατασκευή των εξωτερικών διακλαδώσεων για τη σύνδεση των ακινήτων με το δίκτυο αποχέτευσης ακαθάρτων. Η ημερομηνία προκήρυξης και δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ είναι η 24.06.2020.

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν ηλεκτρονικά προσφορές προσφεύγουσα, η εταιρεία με την επωνυμία «...», η ένωση

Αριθμός απόφασης: 266/2021

οικονομικών φορέων με την επωνυμία «... - ...», η εταιρεία με την επωνυμία «...», η παρεμβαίνουσα εταιρεία με την επωνυμία «...», η εταιρεία με την επωνυμία «...», η ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία «ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ... - ...» και η εταιρεία με την επωνυμία «...». Η προσφορά της προσφεύγουσας υποβλήθηκε ηλεκτρονικά στις 24.07.2020. Στις 31η Ιουλίου 2020 έγινε σύμφωνα με την παρ. 4.1. γ) του άρθρου 4 της Διακήρυξης η ηλεκτρονική αποσφράγιση των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και των υποφακέλων «Οικονομική Προσφορά» των προσφερόντων οικονομικών φορέων και, ακολούθως, αναρτήθηκε από την Επιτροπή του Διαγωνισμού ο κατάλογος μειοδοσίας, ο οποίος έχει ως εξής: Α/Α καταθ.

Επωνυμία Προσφέροντα Ποσοστό

1.	52,64%.
2.	51,30%.
3. - ...	50,59%.
4.	46,00%.
5. - ...	43,86%.
6.	37,01%.
7.	30,73%.
8.	1,00%

Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα κατετάγη 2^η στη σειρά μειοδοσίας, μετά την εταιρεία «...» (1η στη σειρά μειοδοσίας). Ακολούθως, σύμφωνα και με όσα αναφέρονται στο από 22.09.2020 Πρακτικό Ι αποσφράγισης ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών, η Επιτροπή χωρίς διακοπή της δημόσιας συνεδρίασης προέβη σε έλεγχο κατά σειρά μειοδοσίας για το παραδεκτό των προσφορών, την πληρότητα των ηλεκτρονικών υπογραφών, την ολόγραφη και αριθμητική αναγραφή των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης. Ακολούθησε ο έλεγχος των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά», των προσφερόντων οικονομικών φορέων όπου διαπιστώθηκε ότι ο 8ος κατά σειρά μειοδοσίας Οικονομικός Φορέας «...» δεν υπέβαλε εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Επίσης, ο ίδιος Οικονομικός Φορέας δεν υπέβαλε Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 266/2021

(ΕΕΕΣ). Κατά συνέπεια, ο Οικονομικός Φορέας «...» αποκλείεται, σύμφωνα με το άρθρο 24.2 της Διακήρυξης. Επίσης, διαπιστώθηκαν στο ΕΕΕΣ του 4^{ου} κατά σειρά μειοδοσίας Οικονομικού Φορέα «...», ασάφειες στη συμπλήρωση αυτού και δη αναφορικά με το Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όπου δεν διευκρινίζεται ο τρόπος πλήρωσης του κριτηρίου της πιστοληπτικής ικανότητας και το Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής Δ: Συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, Πιστοποιητικά από ανεξάρτητους οργανισμούς σχετικά με συστήματα ή πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, όπου δεν διευκρινίζεται εάν ο εν λόγω οικονομικός φορέας διαθέτει σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του Πιστοποιητικό OHSAS18001:2007 Συστήματος διαχείρισης υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία ή ισοδύναμο. Ταυτόχρονα, κατά την ίδια συνεδρία ελέγχθηκε η ορθότητα των αναγραφόμενων στις Εγγυητικές Επιστολές Συμμετοχής (σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 15 της Διακήρυξης), οπότε η Επιτροπή Διαγωνισμού επικοινωνήσε ηλεκτρονικά με τους φορείς έκδοσης προκειμένου να διαπιστωθεί η εγκυρότητα (παρ. 4.1.ζ του άρθρου 4 της Διακήρυξης), και κατόπιν της βεβαίωσής τους διαπίστωσε την εγκυρότητα των προσκομισθεισών εγγυητικών επιστολών των συμμετεχόντων που παρατίθενται σε Πίνακα στη σελ. 4 του Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού. Εν συνεχεία, σε επόμενες συνεδριάσεις που έλαβαν χώρα κατά την 09η.09.2020, η Επιτροπή του Διαγωνισμού, προκειμένου όπως αποσαφηνιστούν οι προαναφερθείσες ασάφειες που είχαν εντοπιστεί επί της προσφοράς της 4^{ης} κατά σειρά μειοδοσίας εταιρείας «...» την κάλεσε μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, όπως υποβάλλει εντός επτά εργάσιμων (7) ημερών από την ανάρτηση του εγγράφου της στο ΕΣΗΔΗΣ διευκρινήσεις σύμφωνα με το άρθρο 310 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 9 της Διακήρυξης, οι οποίες αναρτήθηκαν ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ στις 18.09.2020, πλην όμως από τις παρεχόμενες διευκρινίσεις δεν προκύπτει ότι διαθέτετε σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της Πιστοποιητικό OHSAS 18001:2007 Συστήματος διαχείρισης υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία κατά το άρθρο 22.Ε. της Διακήρυξης, δίχως να επικαλεστεί ή τεκμηριώσει έλλειψη υπαιτιότητάς της ως προς την έλλειψη των πιστοποιήσεων, οπότε και

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αποκλείστηκε λόγω μη πλήρωσης της απαιτήσεως του αρ. 22.Ε. της Διακήρυξης. Μετά τα παραπάνω, στις 22.09.2020 ολοκληρώθηκε η διαδικασία ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, οπότε η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε ότι οι υπόλοιπες έξι (6) προσφορές ήταν σύμφωνες με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και κρίθηκαν παραδεκτές, αποκλειστέοι δε κρίθηκαν ο 8^{ος} και ο 4^{ος} κατά σειρά μειοδοσίας Οικονομικός Φορέας. Κατά την αυτή συνεδρίαση η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινού της εν λόγω σύμβασης την εταιρείας ... με μέση προσφερόμενη έκπτωση 52,64% και προσφερόμενη τιμή 16.511.612,48€ (χωρίς ΦΠΑ) και 20.474.399,48 € (με ΦΠΑ). Κατόπιν τούτων, με την υπ' αριθμό 645/01.10.2020 Απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ..., η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ την 07.10.2020 με το υπ' αρ. πρωτ. ... 17903/07.10.2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το από 22.09.2020 Πρακτικό Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού, με το οποίο η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης του ανωτέρω έργου στην ... ως μειοδότρια, ανακηρύσσοντάς την «προσωρινή ανάδοχο», καθώς έκρινε ότι η προσφορά της είναι πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει τιμής, έχει δε συνολική δαπάνη 20.474.399,48 € (με ΦΠΑ), που αντιστοιχεί σε έκπτωση 52,64% επί του προϋπολογισμού. Στη συνέχεια, με την υπ' αρ. πρωτ. ... 19049/21.10.2020 πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής, ειδοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας «...» ως «προσωρινός ανάδοχος» του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ..., ..., ..., ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...-...», Εργολαβία: ..., Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..., να υποβάλει ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης, τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, σύμφωνα με τις παρ. 4.2. α) και 4.2. β) του άρθρου 4 της Διακήρυξης του έργου. Στις 30.10.2020 ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου, τα οποία υπέβαλε και σε έντυπη μορφή στο πρωτόκολλο της ... με το υπ' αρ. πρωτ. Γ.Γ....

Αριθμός απόφασης: 266/2021

27109/3.11.20 έγγραφο, ενώ στις 02.11.2020 και 3.1.2020 απέστειλε συμπληρωματικά δικαιολογητικά μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, καθώς όπως ανέφερε στην από 30.10.2020 Υπεύθυνη Δήλωσή του τα δικαιολογητικά αυτά δεν είχαν εκδοθεί από τις αρμόδιες υπηρεσίες κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Στη συνέχεια, η Επιτροπή συνήλθε, εξέτασε τα υποβληθέντα δικαιολογητικά και με το με ημερομηνία 26.11.2020 έγγραφο της Προέδρου αυτής κάλεσε τον οικονομικό φορέα «...» να υποβάλει διευκρινήσεις-συμπληρωματικά δικαιολογητικά, προσκομίζοντας τόσο ηλεκτρονικά (μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ) όσο και σε έντυπη μορφή, εντός επτά (7) εργάσιμων ημερών από την κοινοποίηση της επιστολής, τα κάτωθι στοιχεία: α) Έγγραφα που να αποδεικνύουν την ολοσχερή εξόφληση του προστίμου που του επιβλήθηκε με την υπ' αρ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προς απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων του άρθρου 79, παρ. 5 του Ν.4412/2016, β) επικαιροποιημένη βεβαίωση από την τράπεζα ... σχετικά με την πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με τα άρθρα 79 παρ.5 εδ.α αλλά και εδ. β. και γ. και 103 του Ν.4412/2016, το άρθρο ...-103 του ΤΚΠΥΣ, γ) να διευκρινίσει το συνολικό ποσό ανεκτέλεστου που αναγράφεται στον επικαιροποιημένο πίνακα και στην επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση, σύμφωνα με το άρθρο 79, παρ. 5, εδ. γ. του Ν.4412/2016, δ) να δώσει διευκρινίσεις ως προς το ότι σε υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις καθώς και στις ένορκες βεβαιώσεις γίνεται αναφορά στα άρθρα 18 παρ.2 και 24 του Ν.4412/2016, τα οποία περιλαμβάνονται στο βιβλίο I και αφορούν σε αναθέτουσες αρχές αντί των ορθών 253 παρ.2 και 262 του Ν.4412/2016 που αναφέρονται στη διακήρυξη και περιλαμβάνονται στο βιβλίο II αυτού και εφαρμόζονται επί των συμβάσεων των αναθετόντων φορέων (βλ. παρ. 22.Α.4 (α) και παρ. 22.Α.4 (δ) της Διακήρυξης), σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις και το άρθρο 79 παρ. 5 εδ. α και γ και το άρθρο 103 του Ν.4412/2016 (άρθρα 4.2, 23.1 της Διακήρυξης και ...-103 του ΤΚΠΥΣ) και ε) να υποβάλει και σε έντυπη μορφή το Ποινικό Μητρώο που υπέβαλε ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ στις 03-11-2020. Οι ανωτέρω διευκρινήσεις παρασχέθηκαν από την προσωρινή ανάδοχο ... στις

Αριθμός απόφασης: 266/2021

02.12.2020 μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε εκ νέου στις 04.12.2020, για τον τελικό έλεγχο των δικαιολογητικών του «προσωρινού αναδόχου» του έργου - οικονομικού φορέα «...», σύμφωνα με την παρ. 4.2 του άρθρου 4 της Διακήρυξης και διαπίστωσε την ακρίβεια και την αλήθεια των δηλωθέντων στοιχείων του ΕΕΕΣ και την εμπρόθεσμη προσκόμιση των απαιτούμενων δικαιολογητικών καθώς και την πληρότητα αυτών, καταλήγοντας ότι εξ αυτών αποδεικνύεται ότι πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της Διακήρυξης και ως εκ τούτου κατακύρωσε την σύμβαση του έργου με τίτλο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ..., ..., ..., ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...-...», Εργολαβία ..., Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..., στον «προσωρινό ανάδοχο» - οικονομικό φορέα «...» που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. Το ως άνω από 04.12.2020 Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού, εγκρίθηκε από το Δ.Σ. της ... με την υπ' αριθ. 20722/09.12.2020 απόφασή του, η οποία ελήφθη κατά την 1390η συνεδρίασή του. Στη συνέχεια την 11.12.2020 με το υπ' αρ. πρωτ. 22840 διαβιβαστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκε η ως άνω υπ' αριθ. 20722/09.12.2020 εγκριτική απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κατακυρώθηκε η σύμβαση του έργου στην ... και ταυτόχρονα δόθηκε πρόσβαση στους λοιπούς συμμετέχοντες επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υποβλήθηκαν από την προσωρινή ανάδοχο. Πλην όμως, όπως διαπιστώθηκε δεν είχε αναρτηθεί το σύνολο αυτών, εξ ου και την επομένη ημέρα, ήτοι την 12.12.2020 αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε η προσωρινή ανάδοχος ..., οπότε και η προσφεύγουσα δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας έλαβε πλήρη γνώση του ακριβούς περιεχομένου αυτών. Η προσφεύγουσα άσκησε στις 22.12.2020 με κατάθεση προς την ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, εμπροθέσμως, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες την 12.12.2020, η δε προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: 266/2021

4. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος από τον μόνο εναπομείναντα οικονομικό φορέα που έχει δύναμη της προσβαλλόμενης υποβάλλει παραδεκτή προσφορά, ο οποίος ευλόγως επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, βάσει της προσβαλλόμενης, και την ανάληψη της σύμβασης από τον ίδιο.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 22.12.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε όλους τους συμμετέχοντες, οι οποίοι ενδεχομένως θίγονται από την δυνητική αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβουν γνώση.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις 31/12/2020 απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την υπ' αριθμ. 832/2020 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου, με την οποία εγκρίθηκαν η από 31/12/2020 εισήγηση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού. Ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε όλα τα ανωτέρω έγγραφα την 31/12/2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σε όλους τους συμμετέχοντες.

8. Επειδή, στις 31/12/2020 η παρεμβαίνουσα υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την παρέμβασή της, την οποία κοινοποίησε προς την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η ίδια η παρεμβαίνουσα στις 31/12/2020. Η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της εμπροθέσμως, δεδομένου ότι η προσφυγή της κοινοποιήθηκε ως προεδιελήφθη στις 22/12/2020 και μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση η παρεμβαίνουσα ανακηρύχθηκε ανάδοχος του επίμαχου διαγωνισμού, με την, δε, υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Η παρέμβαση, περαιτέρω, είναι νομίμως υπογεγραμμένη και έχει ασκηθεί εν γένει παραδεκτως. Επισημαίνεται ότι ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε την παρέμβαση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» προς όλους τους συμμετέχοντες στις 31/12/2020.

9. Επειδή, στις 21/01/2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ υπόμνημα μετά συνημμένων εγγράφων προς αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα και της παρέμβασης. Το δε συναφές υπόμνημα της παρεμβαίνουσας δεν λαμβάνεται υπόψη ως απαραδέκτως ασκηθέν καθώς δεν προβλέπεται από το οικείο νομοθετικό πλαίσιο.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα, παραθέτοντας το ιστορικό της υπόθεσης, υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής. «Στην συγκεκριμένη περίπτωση προκύπτει ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που κατέθεσε η ανάδοχος είναι ελλιπή ως προς την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4 περ. ε της διακήρυξης (ήτοι σχετικά με τη μη συνδρομή μιας κατάστασης στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 280 του ν. 4412/2016, η οποία δεν μπορεί να θεραπευτεί με άλλα λιγότερο επεμβατικά μέσα), γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος μη νόμιμη. Και τούτο, διότι, σύμφωνα με το άρθρο 23.3 περίπτωση (ε) της διακήρυξης (σελ. 34), ο προσωρινός μειοδότης θα πρέπει προς απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.ε αυτής (σελίδα 28) να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση ότι δεν συντρέχει ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού. Στην εξεταζόμενη, όμως, περίπτωση, η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία αρκέστηκε στην προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης για τους λοιπούς λόγους αποκλεισμού, η οποία όμως, δεν αναπληρώνει την ελλείπουσα υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 23.3. περίπτωση ε της διακήρυξης και η έλλειψη αυτή καθιστά την προσφορά της απαράδεκτη. Πιο συγκεκριμένα, η προσκομισθείσα (με ημερομηνία έκδοσης και υπογραφής 30.10.2020) υπεύθυνη δήλωση με τίτλο «19 ΕΠΙΚΑΙΡ. Υ.Δ. ... ΓΙΑ 22.Α.4 - 23.3.ε.pdf.» φέρει το εξής περιεχόμενο: «Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις (3, που προβλέπονται από της διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986, δηλώνω ότι: η εταιρεία ... την οποία νόμιμα εκπροσωπώ και η οποία έχει προσκληθεί με την υπ' αριθ. 19049/21.10.2020 Πρόσκληση σας για την υποβολή δικαιολογητικών που αφορούν τον διαγωνισμό του έργου: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ..., ..., ..., ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... - ...», δηλώνω ότι

Αριθμός απόφασης: 266/2021

δεν συντρέχουν για αυτή οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα:

(α) Δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του Ν.4412/2016 (β) δεν τελεί υπό πτώχευση ή δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με δικαστική απόφαση ή δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή δεν έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές της δραστηριότητες ούτε βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις, (γ) δεν έχει βρεθεί σε καμία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 που να μη μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα, (δ) δεν 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 (ε) δεν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της διακήρυξης του έργου και δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές και είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της Διακήρυξης». Όμοιου περιεχομένου είναι και η προσκομισθείσα (με ημερομηνία έκδοσης και υπογραφής 26.07.2020) υπεύθυνη δήλωση η οποία φέρει το εξής περιεχόμενο: «Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις, που προβλέπονται από της διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986, δηλώνω ότι: η εταιρεία ... την οποία νόμιμα εκπροσωπώ, η οποία συμμετέχει στον διαγωνισμό του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ..., ..., ..., ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...- ...», δηλώνω ότι δεν συντρέχουν για αυτή οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα: (α) Δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του Ν.4412/2016 (β) δεν τελεί υπό πτώχευση ή δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης

ή δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με δικαστική απόφαση ή δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή δεν έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές της δραστηριότητες ούτε βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις, (γ) δεν έχει βρεθεί σε καμία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 που να μη μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα, (δ) δεν 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 (ε) δεν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της διακήρυξης του έργου και δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές και είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της Διακήρυξης». Από το περιεχόμενο, όμως, των από 26.07.2020 και από 30.10.2020 υπεύθυνων δηλώσεων της προσωρινής αναδόχου, στην οποία δεν γίνεται αναφορά του επίμαχου λόγου αποκλεισμού της παρ. Α.4. ε του άρθρου 22 αυτής προκύπτει ότι η προσφορά της ανωτέρω ήταν αναγκαστικά απορριπτέα κατ' εφαρμογή του όρου 4.2 περ. δ ii και iii της Διακήρυξης, αφενός λόγω μη προσκόμισης του προβλεπόμενου δικαιολογητικού για την απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό της του οικείου κωλύματος συμμετοχής στον διαγωνισμό, αφετέρου λόγω μη απόδειξης της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.α.4. (ε). Επομένως, η απόφαση του αναθέτοντος φορέα, με την οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε η εταιρία ..., παρότι ήταν ελλιπή, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα».

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προβάλλεται ότι «Συνεπώς, για να θεωρηθεί ορισμένο και επαρκές το περιεχόμενο των προσκομιζόμενων τραπεζικών βεβαιώσεων, απαιτείται, μεταξύ άλλων, να προκύπτει με σαφήνεια

Αριθμός απόφασης: 266/2021

και κατ' επίκληση συγκεκριμένων στοιχείων η διαβεβαίωση περί των ορίων χρηματοδότησης του διαγωνιζομένου, σε σχέση με την ενεστώσα περιουσιακή του κατάσταση, επ' ευκαιρία του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Σε εναρμόνιση με τα ανωτέρω, ο όρος της παραγράφου 23.5, με τον οποίο ζητείται από τους υποψήφιους αναδόχους να προσκομίσουν βεβαίωση τράπεζας σχετικά με τα όρια χρηματοδότησης τους, έχει την έννοια, ενόψει της διατύπωσής της, αλλά και του σκοπού της, ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να ικανοποιούν τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ. Η διαπίστωση δε της έλλειψης της απαιτούμενης εκ της διακήρυξης οικονομικής και χρηματοδοτικής ικανότητας του αναδόχου κατά το στάδιο της κατακύρωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συνεπάγεται τον αποκλεισμό του και τη μη κατακύρωση τους υπέρ του διαγωνιζόμενου αυτού. Στην συγκεκριμένη περίπτωση, η εταιρία ... στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε με τον φάκελο της προσφοράς της απάντησε πως καλύπτει τις απαιτήσεις της παρ. β του άρθρου 22.Γ. β και 23.5. (ii) σύμφωνα με σχετική τραπεζική βεβαίωση που διαθέτει. Την επίμαχη βεβαίωση προσκόμισε η ως άνω εταιρία το πρώτον με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σύμφωνα δε με το περιεχόμενο της, προκύπτει πως: «...2. Με βάση τη σημερινή οικονομική της κατάσταση μπορεί να πιστοδοτηθεί από την τράπεζα μας υπό συγκεκριμένους όρους και προϋποθέσεις μέχρι του ποσού των Ευρώ δώδεκα εκατομμυρίων (€12.000.00000) το οποίο μπορεί να χρησιμοποιηθεί: Για χρηματοδοτήσεις μέχρι του ποσού των Ευρώ δύο εκατομμυρίων (€2.000.000, 00) Για εγγυητικές επιστολές μέχρι του ποσού των Ευρώ δέκα εκατομμυρίων (€ 10.000.000,00). Σε περίπτωση που η εταιρία αναδειχθεί ανάδοχος του ως άνω έργου, η Τράπεζα προτίθεται να εξετάσει οποιοδήποτε συγκεκριμένο αίτημα πιστοδοτήσεων υποβληθεί για το έργο αυτό με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ. Η Τράπεζα δύναται, οποτεδήποτε μέχρι την τυχόν κατάρτιση της οικείας δανειακής συμβάσεως, να επαναξιολογεί τα οικονομικά στοιχεία της ως άνω επιχείρησης ή και των φορέων της, την πιστοληπτική ικανότητα και φερεγγυότητα της/του, τις απαιτούμενες εξασφαλίσεις, το αντικείμενο, το κόστος και το οριστικό χρηματοδοτικό σχήμα του έργου, σε συνδυασμό με την επικρατούσα κατάσταση της αγοράς του κλάδου δραστηριοποίησης της ως άνω επιχείρησης και της ευρύτερης οικονομίας το κόστος χρηματοδοτήσεως

Αριθμός απόφασης: 266/2021

και λοιπά οικονομικά δεδομένα, που άπτονται και δύναται να επηρεάσουν τα κριτήρια και την πολιτική πιστοδοτήσεων της Τραπέζης και ενδεχομένως να αναθεωρεί τους όρους του δανείου, ή να μην προβεί στην ως άνω περιγραφόμενη χρηματοδότηση». Ταυτόσημου περιεχομένου είναι και η από 01.12.2020 και με αρ. πρωτ. 479 βεβαίωση που προσκόμισε η προσωρινή ανάδοχος κατόπιν αιτήματος του αναθέτοντος φορέα. Ωστόσο, δυνάμει των ανωτέρω βεβαιώσεων (αλλά και της από 01.12.2020 - ταυτόσημου περιεχομένου επικαιροποιημένης βεβαίωσης) προκύπτει ότι η εταιρία ... δεν ικανοποιεί τις απαιτήσεις της οικονομικής και χρηματοδοτική ικανότητας του άρθρου 22.Γ, διότι δεν διαθέτει «πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ», υπό την έννοια της χρηματοδότησης (σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης). Και τούτο, διότι, με το έγγραφο αυτό, το οποίο χορηγήθηκε εν όψει του επίδικου διαγωνισμού, η Τράπεζα βεβαιώνει ότι έχει ήδη εγκρίνει υπέρ της αναδόχου όριο πιστοδότησης ΓΙΑ ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΕΙΣ 2.000.000.00 ευρώ, το οποίο υπολείπεται του ποσού 10% του προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ (10% του ποσού των 34.200.000,00 = 3.420.000, 00 €) που απαιτείται από τη διακήρυξη. Επισημαίνεται δε ότι στο ως άνω όριο χρηματοδότησεως, που έχει εγκριθεί από την Τράπεζα για την εταιρία ... δεν συνυπολογίζεται το επίσης εγκριθέν όριο εκδόσεως εγγυητικών επιστολών, το οποίο αναφέρεται στην προσκομισθείσα βεβαίωση, διότι, κατά το γράμμα της διακηρύξεως, η τραπεζική βεβαίωση πρέπει να αφορά σε χρηματοδότηση της εργοληπτικής επιχειρήσεως (βλ. όρο 23.5 όπου ορίζεται: Κρίνεται επαρκής απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο και θα εξετάσει αίτηση για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (με αναθεώρηση, χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος»), στην έννοια της οποίας δεν εμπίπτει και η έκδοση εγγυητικών επιστολών (βλ. ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 77/2008, με την οποία κρίθηκε ότι: Ειδικότερα, με την υπ' αριθμ. 156/2007 Πράξη του Κλιμακίου, κρίθηκε ότι είναι μη νόμιμη η κατακύρωση του αποτελέσματος του επίδικου διαγωνισμού στην ήδη αιτούσα κοινοπραξία, διότι δεν πρόεκυπτε δανειοληπτική ικανότητα ποσού ίσου με το 10% του προϋπολογισμού του έργου σε καμία από τις τρεις εργοληπτικές επιχειρήσεις

Αριθμός απόφασης: 266/2021

που την αποτελούν, ενώ έγινε επιπλέον δεκτό ότι συνέτρεχε και έτερος λόγος αποκλεισμού της προσφοράς της αιτούσας ως εκ του ότι η εγγυητική της επιστολή περιελάμβανε υπόσχεση καταβολής της εγγυήσεως σε τρεις (3) ημερολογιακές ημέρες και όχι σε πέντε (5), όπως όριζε η διακήρυξη. Περαιτέρω, σύμφωνα με το προσκομισθέν έγγραφο της ..., που αφορά την εταιρία «...», το όριο χρηματοδοτήσεως της εταιρίας αυτής έχει καθορισθεί από την ανωτέρω Τράπεζα στο ποσό του 1.200.000 ευρώ, που υπολείπεται, όμως, του απαιτούμενου από την διακήρυξη ποσού. Τέλος, δεν πιθανολογείται ως βάσιμος ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι στο ως άνω όριο χρηματοδοτήσεως, που έχει εγκριθεί από την ... για την εταιρία «...», θα πρέπει να συνυπολογισθεί το επίσης εγκριθέν όριο εκδόσεως εγγυητικών επιστολών, το οποίο ανεφέρετο στην προσκομισθείσα βεβαίωση, τούτο δε διότι, κατά το γράμμα της διακηρύξεως. η τραπεζική βεβαίωση πρέπει να αφορά σε χρηματοδότηση της εργοληπτικής επιχειρήσεως, στην έννοια της οποίας δεν εμπίπτει και η έκδοση εγγυητικών επιστολών. Εν όψει των ανωτέρω, δεν πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος ο λόγος, με τον οποίο προβάλλεται ότι, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία όρου της διακηρύξεως, αποκλείσθηκε η αιτούσα. Εφ' όσον δε ο αποκλεισμός της αιτούσας κοινοπραξίας ευρίσκει επαρκές έρεισμα στη έλλειψη δανειοληπτικής ικανότητας των μελών της παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα των λόγων που πλήττουν την ετέρα αυτοτελή αιτιολογική βάση αποκλεισμού της.». Περαιτέρω, η γενική αναφορά σε πρόθεση εξέτασης αιτήματος για εν γένει πιστοδοτήσεις δεν ικανοποιεί τις απαιτήσεις της διακήρυξης σχετικά με βεβαίωση της Τράπεζας και τούτο διότι η διακήρυξη ρητώς απαίτησε την προσκόμιση βεβαίωσης περί εξέτασης αίτησης «για ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10%». Συνεπώς, δια του προσκομισθέντος δικαιολογητικού όχι μόνο δεν βεβαιώνεται ότι θα εξετασθεί αίτημα χρηματοδότησης της εταιρία ... στο ύψος του οριζόμενου από τη Διακήρυξη ποσού, αλλά αντιθέτως βεβαιώνεται πως έχει ήδη εγκριθεί υπέρ της αναδόχου όριο πιστοδότησης για χρηματοδοτήσεις 2.000.000.00 ευρώ, το οποίο υπολείπεται του ποσού των 3.420.000. 00 € που απαιτείται από τη διακήρυξη. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι δεν διασφαλίζονται διά της προσκομισθείσας βεβαίωσης οι απαιτήσεις των παραγράφων 22.Γ και 23.5 της διακήρυξης και συνεπώς συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρίας ...

Αριθμός απόφασης: 266/2021

δυνάμει της παραγράφου 4.2. της διακήρυξης. λόγω μη απόδειξη δι' των προσκομισθέντων δικαιολογητικών των απαιτήσεων περί οικονομικής και χρηματοδοτικής επάρκειας (περ. iii), αλλά και λόγω διαπίστωσης ψευδών δηλώσεων στο ΕΕΕΣ περί δήθεν ικανοποίησης των ανωτέρω απαιτήσεων (περ. i). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε παρανόμως, παρότι συντρέχουν δυο αυτοτελείς, διακριτές και όλως επαρκείς από μόνες τους, βάσεις για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα. Σε κάθε περίπτωση και όλως επικουρικά, επισημαίνεται ότι η επίμαχη βεβαίωση είναι υπό κάθε εκδοχή μη νόμιμη. διότι αφενός δεν βεβαιώνει την πιστοληπτική ικανότητα του διαγωνιζομένου κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, εφόσον μ' αυτή δεν βεβαιώνεται η δυνατότητα χρηματοδότησης του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (εν προκειμένω της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό εταιρίας ...), κατά το συγκεκριμένο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού (η προσκομισθείσα βεβαίωση της Τράπεζας έχει εκδοθεί μόλις την 21-07-2020, ήτοι 7 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) (ΔΕφΠειρ. Ν1/2019), αφετέρου δεν είναι ανεπιφύλακτη (ως προκύπτει από το σημείο 5 όπου αναφέρεται ότι «5. Η Τράπεζα δύναται, οποτεδήποτε μέχρι την τυχόν κατάρτιση της οικείας δανειακής συμβάσεως, να επαναξιολογεί τα οικονομικά στοιχεία της ως άνω επιχείρησης ή και των φορέων της, την πιστοληπτική ικανότητα και φερεγγυότητα της/του, τις απαιτούμενες εξασφαλίσεις, το αντικείμενο, το κόστος και το οριστικό χρηματοδοτικό σχήμα του έργου, σε συνδυασμό με την επικρατούσα κατάσταση της αγοράς του κλάδου δραστηριοποίησης της ως άνω επιχείρησης και της ευρύτερης οικονομίας το κόστος χρηματοδότησεως και λοιπά οικονομικά δεδομένα, που άπτονται και δύναται να επηρεάσουν τα κριτήρια και την πολιτική πιστοδοτήσεων της Τραπέζης και ενδεχομένως να αναθεωρεί τους όρους του δανείου, ή να μην προβεί στην ως άνω περιγραφόμενη χρηματοδότηση»), ώστε δεν μπορεί να διαπιστωθεί με βεβαιότητα ότι η εταιρία ... πράγματι θα διαθέτει την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοδοτική επάρκεια που απαιτείται».

12. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής υποστηρίζεται, ότι «Σύμφωνα με την παράγραφο 23.8 του άρθρου 23 της επίμαχης διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 266/2021

με τίτλο «Σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου», «Σε περίπτωση νομικού προσώπου, υποβάλλονται ηλεκτρονικά στον φάκελο δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου τα νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νόμιμου εκπροσώπου και τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Εάν ο προσφέρων είναι Α.Ε. και Ε.Π.Ε. ...4. πρακτικό Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον αυτό προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού και ορίζεται συγκεκριμένο άτομο...5...». Στην παράγραφο 4.2 (του άρθρου 4) της διακήρυξης με τίτλο «4.2. πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/κατακύρωση/πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» προβλέπεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος καλείται να υποβάλει εντός ορισμένης προθεσμίας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων, και τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Στη δε περ. δ της ως άνω παραγράφου ορίζεται πως «αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω διαπιστωθεί ότι.... ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, η iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 21, 22 και 23 της παρούσας με την επιφύλαξη των παρ. 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (λήψη επανορθωτικών μέτρων) απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας». Εν προκειμένω, η εταιρία ... υπέβαλε στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, μεταξύ άλλων, ακριβές αντίγραφο του από 20-07-2020 πρακτικού συνεδρίασης του Δ.Σ. της, επικυρωμένο από τον Πρόεδρο της. Όπως όμως προκύπτει από το

Αριθμός απόφασης: 266/2021

καταστατικό της, «11.4. Τα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου υπογράφονται από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου και επικυρώνονται από τον Πρόεδρο ή τον Διευθύνοντα Σύμβουλο ή οποιοδήποτε εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου.». Πλην όμως, το υποβληθέν πρακτικό υπογράφει ψηφιακά μόνο ο Πρόεδρος του Δ.Σ. Αναγράφεται δε πως πρόκειται για «ακριβές αντίγραφο αυθημερόν» του από 20-07-2020 πρακτικού, πλην όμως ο επικυρών Πρόεδρος δεν το υπέγραψε αυθημερόν, αλλά 6 ημέρες μετά (ημερομηνία συνεδρίασης Δ.Σ.: Δευτέρα, 20.07.2020/ ημερομηνία ψηφιακής υπογραφής: Κυριακή, 26.07.2020). Περαιτέρω, από το εν λόγω αντίγραφο δεν προκύπτει πως τέθηκαν υπογραφές από όλα τα μέλη του Δ.Σ. Συγκεκριμένα, ναι μεν αναγράφονται τα ονόματα των λοιπών μελών του Δ.Σ. πλην όμως ούτε έχουν τεθεί οι υπογραφές αυτών, ούτε προκύπτει από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. που επικύρωσε το εν λόγω πρακτικό, έστω και περιγραφικά, πως “έχουν τεθεί υπογραφές” αυτών. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφορά της εταιρίας ... ήταν αναγκαστικά απορριπτέα, κατ’ εφαρμογή του όρου 4.2 περ. δ, διότι η υποβολή μη νόμιμου πρακτικού συμμετοχής εξομοιούται με μη υποβολή αυτού. Επομένως, η απόφαση του αναθέτοντος φορέα, με την οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε η εταιρία ... είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα. ΤΕΤΑΡΤΟΝ. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη κι αν ήθελε κριθεί ότι νομίμως υποβλήθηκε το εν λόγω πρακτικό, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρίας ... λόγω μη νόμιμου ΕΕΕΣ, διότι ο υπογράφων αυτού είχε εξουσιοδότηση περί υπογραφής του ΕΕΕΣ από κοινού με τα λοιπά μέλη του Δ.Σ. Η συμμετέχουσα εταιρία ... υπέβαλε στον εν λόγω διαγωνισμό το ΕΕΕΣ, υπογεγραμμένο αποκλειστικά και μόνο από τον ..., ο οποίος δήλωσε δια του ΕΕΕΣ -προαποδεικτικώς- ότι ενεργεί ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας. Κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η εταιρία ... προσκόμισε, μεταξύ άλλων, το από 20-07-2020 πρακτικό συνεδρίασης του Δ.Σ. της. Το εν λόγω πρακτικό υποβλήθηκε σύμφωνα με την παράγραφο 23.8 του άρθρου 23 της επίμαχης διακήρυξης με τίτλο «Σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου», στην οποία ορίζεται ότι υποβάλλεται «Εάν ο προσφέρων είναι Α.Ε. και Ε.Π.Ε.....4. πρακτικό Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον αυτό προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού και ορίζεται συγκεκριμένο άτομο...5...». Στο δε άρθρο 13ο του καταστατικού της εταιρείας ... ορίζεται ότι «Το Διοικητικό Συμβούλιο μπορεί με απόφασή του να αναθέτει απευθείας την εκπροσώπηση της εταιρείας για ορισμένες πράξεις σε άλλα μέλη του, ή σε υπαλλήλους της εταιρείας ή και σε τρίτα πρόσωπα». Εξάλλου, με τις διατάξεις του ν. 4548/2018 περί Ανωνύμων Εταιρειών (αντίστοιχου περιεχομένου με εκείνο των άρθρων 65, 67, 68 και 70 του Αστικού Κώδικα) ορίζεται στο άρθρο 77 παρ.1 ότι το Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.) της Α.Ε., ενεργώντας συλλογικά, την εκπροσωπεί δικαστικώς και εξωδίκως. Με το άρθρο 86 του ίδιου ν. 4548/2018 προβλέπεται ότι το Δ.Σ. είναι αρμόδιο να αποφασίζει για κάθε πράξη που αφορά τη διοίκηση της εταιρείας, τη διαχείριση της περιουσίας της και γενικώς την επιδίωξη του σκοπού της (παρ.1), καθώς και ότι το καταστατικό επιτρέπεται να ορίζει θέματα για τα οποία το Δ.Σ. μπορεί να αναθέτει τις εξουσίες του διαχείρισης και εκπροσώπησης σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα, μέλη του ή μη (άρθρο 87). Σύμφωνα με τα ανωτέρω, το Δ.Σ. της εταιρείας ... αποφάσισε με το ως άνω πρακτικό συμμετοχής ότι θα συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό και ότι «ορίζει νόμιμους εκπροσώπους της εταιρείας τον ... Πρόεδρο ΔΣ ή τον ..., Αντιπρόεδρο ΔΣ & Διευθύνων σύμβουλο, εξουσιοδοτημένο, όπως ο καθένας χωριστά καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας και μέχρι πέρατος αυτής εξουσιοδοτούνται να υπογράψουν κάθε απαιτούμενο δικαιολογητικό, υπεύθυνες δηλώσεις, ένορκες βεβαιώσεις, αιτήσεις, έγγραφα, εκθέσεις που αφορούν την εταιρεία καθώς και την οικονομική προσφορά και ειδικότερα, όπως από κοινού με όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου το ΕΕΕΣ και γενικά να πράξουν ότι χρειάζεται για την ολοκλήρωση της εντολής που τους δίνεται». Δια του ανωτέρω πρακτικού δηλαδή το Δ.Σ. της εταιρείας ... αποφάσισε πως για την συμμετοχή της εταιρείας στον επίμαχο διαγωνισμό θα μπορούν να δρουν ατομικά οι κ. ... και ... όσον αφορά στην υπογραφή των απαιτούμενων δικαιολογητικών που περιγράφονται ανωτέρω, πλην του απαιτούμενου εκ της διακηρύξεως ΕΕΕΣ. Για την υπογραφή του απαιτούμενου εκ της διακήρυξης ΕΕΕΣ δηλαδή το Δ.Σ. αποφάσισε πως τούτο θα υπογράφεται «από κοινού με όλα τα μέλη του

διοικητικού συμβουλίου το ΕΕΕΣ» Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι υφίστατο υποχρέωση ηλεκτρονικής υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ. όχι μόνον από τον Πρόεδρο του ΔΣ αλλά και από όλα τα μέλη αυτού. Παρότι ωστόσο σύμφωνα με τα ορισθέντα στο πρακτικό συμμετοχής της εταιρίας ... ειδικώς το ΕΕΕΣ έπρεπε να υπογράφεται από κοινού από όλα τα μέλη του Δ.Σ., το από 26.07.2020 ΕΕΕΣ της εταιρίας ... φέρει υπογραφή μόνο του Προέδρου του Δ.Σ.. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει πως λόγω της παράλειψης υπογραφής του ΕΕΕΣ από όλα τα μέλη του Δ.Σ. αυτής, έπρεπε η εταιρία ... να αποκλειστεί από τον διαγωνισμό λόγω παράβασης του άρθρου 23.1 της διακήρυξης. Έσφαλε επομένως η προσβαλλόμενη κρίνοντας τα αντίθετα».

13. Επειδή, επέκεινα, προβάλλεται από την προσφεύγουσα, ότι είναι μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση, διότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα είναι ελλιπή ως προς την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ειδικότερα, σημειώνεται ότι «σύμφωνα με τη παράγραφο 23.6 του άρθρου 23. «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των επαγγελματιών φορέων αποδεικνύεται (ii) για την απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων του 22.Δ.β) και για όλες τις περιπτώσεις οικονομικών φορέων στα προαναφερθέντα (α), (β), (γ) πρέπει να προσκομιστεί κατάλογος παρόμοιων, ποιοτικά με το δημοπρατούμενο, έργων εκτελεσμένων από το 2011 και έως την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης...Τα πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης των έργων, για όλες τις περιπτώσεις των οικονομικών φορέων, αναφέρουν τον προϋπολογισμό δημοπράτησης, την τελική αξία της σύμβασης, το χρόνο περαίωσης των έργων και διευκρινίζουν αν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκαν κανονικά» (σελ. 38). Η εταιρία ... προσκόμισε κατόπιν πρόσκλησης του αναθέτοντος φορέα την με αρ. πρωτ. ... βεβαίωση καλής εκτέλεσης του έργου «ΑΠΟΘΗΚΕΥΣΗ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ...». Στην ανωτέρω βεβαίωση ωστόσο, δεν μνημονεύονται τα κατ' ελάχιστον απαιτούμενα εκ της διακήρυξης στοιχεία. Ειδικότερα, δεν αναγράφεται ούτε η τελική αξία της σύμβασης, ούτε αν το έργο εκτελέστηκε «κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκε κανονικά». Από το περιεχόμενο της ανωτέρω βεβαίωσης προκύπτει ότι η προσφορά της ανωτέρω ήταν αναγκαστικά

απορριπτέα, κατ' εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας, διότι συντάχθηκε κατά παράβαση των όρων της παραγράφου 23.6 της διακήρυξης. Επομένως, η απόφαση του αναθέτοντος φορέα, με την οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε η εταιρία ... είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα».

14. Επειδή, εν συνεχεία, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ότι είναι μη νόμιμη η αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας ... λόγω μη εκκίνησης της διαδικασίας αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης και μη έκδοσης αυτοτελούς αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής περί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης κατόπιν προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας Επιτροπής αξιολόγησης της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 πριν την κατακύρωση του διαγωνισμού στην εν λόγω μειοδότη - παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας. Εν προκειμένω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι «σύμφωνα με την απόφαση 642/2017 της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 3104Β'/8-9-2017), μεταξύ άλλων η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία ... παραδέχθηκε τη συμμετοχή της σε οριζόντια 'καρτελική' σύμπραξη κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν.3959/2011 και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ, η εν λόγω δε απόφαση εξεδόθη κατόπιν οικειοθελούς υπαγωγής της εν λόγω εταιρείας σε διευθέτηση (άρθρο 25α του Ν. 3959/2011) και σε βάρος αυτής της επιβλήθηκε σχετικό διοικητικό πρόστιμο. Έτσι η Επιτροπή Ανταγωνισμού στο πλαίσιο της άσκησης της διακριτικής ευχέρειάς της για την υπαγωγή των συγκεκριμένων υποθέσεων σε διαδικασία διευθέτησης συνεκτίμησε, μεταξύ άλλων, ιδίως την ειλικρινή πρόθεση των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων να υπαχθούν στη Διαδικασία Διευθέτησης και έκρινε ότι οι υποβληθείσες προτάσεις Διευθέτησης Διαφοράς, που υποβλήθηκαν από τις εταιρίες αυτές, αποτελούσαν έκφραση της δέσμευσής τους να συνεργασθούν με την συγκεκριμένη ερευνητική αρχή και τους επέβαλε τα σχετικά πρόστιμα για τη συμμετοχή τους στη διαπιστωθείσα παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ και υποχρέωσε τις εταιρίες αυτές να παραλείπουν στο μέλλον τη διαπιστωθείσα ως άνω παράβαση. Με τον τρόπο αυτό οι ως άνω υπαχθείσες σε διευθέτηση εταιρίες, μεταξύ αυτών και η ... τιμωρήθηκαν για την ανωτέρω παραβατική συμπεριφορά τους. Η ως άνω κύρωση που επέβαλε η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν συνεπάγεται αυτομάτως

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αποκλεισμό από δημόσιες συμβάσεις, αλλά αποτελεί ένα στοιχείο που συνεκτιμάται κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής (ή κατόπιν σύμφωνης γνώμης των εκπροσώπων των συναρμοδίων Υπουργών) για να αχθούν σε κρίση περί της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων. Αυτό συνάγεται ευχερώς από το γεγονός ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν έχει αρμοδιότητα, στο πλαίσιο επιβολής κυρώσεων, να επιβάλλει την ποινή του αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, αρμοδιότητα η οποία ανήκει μόνο στους αρμόδιους προς γνωμοδότηση εκπροσώπους των συναρμοδίων Υπουργείων. Εναπόκειται, λοιπόν, σε κάθε οικονομικό φορέα να αποδείξει ότι έχει λάβει όλα τα αναγκαία και επαρκή επανορθωτικά μέτρα που διασφαλίζουν την άρση του λόγου αποκλεισμού, αφού εγγυώνται τη φερεγγυότητά του. Τα μέτρα αυτά είναι υποχρεωμένος ο οικονομικός φορέας να τα δηλώσει στο Ε.Ε.Ε.Σ. Η τελική κρίση περί επάρκειας των μέτρων ανήκει στην Αναθέτουσα Αρχή, με τη σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 (Α' 147). Ειδικότερα όπως προκύπτει από το υποβληθέν ΕΕΕΣ της ... στο οικείο ερώτημα εάν έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού στο Μέρος III.B. απάντησε ως εξής: Απάντηση: Ναι Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες: Σύμφωνα με τα αποτελέσματα της διαδικασίας διευθέτησης που διεξήχθη ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η τελευταία με την απόφαση υπ' αριθ. 642/2017 διαπίστωσε - κατόπιν οικειοθελούς υπαγωγής της ... σε διευθέτηση σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 25α του Ν.3959/2011 ως ισχύει - την συμμετοχή της σε μικρής χρονικής διάρκειας, αποσπασματική και περιφερειακή αντανταγωνιστική σύμπραξη διάρκειας 75 ημερών από 26.01.2012 έως 09.04.2012 σχετιζόμενη με μόλις δύο διαγωνισμούς και επέβαλε σχετικό διοικητικό πρόστιμο, το οποίο έχει ήδη εξοφληθεί. Η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε την 10-03-2017 και έχει δημοσιευθεί στο ΦΕΚ Β'3104/8-9-2017. Όπως προκύπτει από τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ της ... η ίδια συνομολόγησε ότι συντρέχει σε βάρος της ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 22.A.4. της Διακήρυξης, συ-νομολογώντας την υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 και σε συνέχεια της υπ' αρ. 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού δήλωσε ότι έχει λάβει μία σειρά μέτρων, δίχως να θέσει αποδεικτικά στοιχεία

αυτών υπόψη του αναθέτοντος φορέα, προκειμένου να διερευνηθεί η επάρκεια αυτών προς απόδειξη της αξιοπιστίας της για τη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό, όπως ορίζουν οι σχετικές διατάξεις. Όπως δε προεκτέθηκε κατά τη συνήθη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και κατ' επέκταση η απόφαση κατακύρωσης της σύμβασης λαμβάνει χώρα αφότου έχει ολοκληρωθεί η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων και έχει αποτυπωθεί στα πρακτικά του αρμόδιου οργάνου του διαγωνισμού η κρίση σχετικά με το εάν στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού και πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Εξ αυτού, γίνεται αντιληπτό ότι, στην κρινόμενη περίπτωση, κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης δεν είχε εκδοθεί ούτε η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας κατ' άρθρο 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 επιτροπής ούτε η επακόλουθη απόφαση του αναθέτοντα φορέα για την διαπίστωση της επάρκειας αυτών, κρίση η οποία, όπως αναδείχθηκε παραπάνω, συνδέεται αιτιωδώς με τον αποκλεισμό ή μη του διαγωνιζόμενου από την διαδικασία ανάθεσης όπως και με την περαιτέρω ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου της δημοπρατούμενης σύμβασης. Συνεπώς, εάν είχε ακολουθηθεί η οφειλόμενη ως άνω διοικητική διαδικασία, ο αναθέτων φορέας όφειλε να εξετάσει την επάρκεια των ληφθέντων από την ... μέτρων αυτοκάθαρσης, όπως αυτά περιγράφονται στη σελίδα 11 του ΕΕΕΣ της και εν συνεχεία να διαβιβάσει σχέδιο αιτιολογημένης αποφάσεως του αρμοδίου οργάνου του για την επάρκεια των δηλωθέντων μέτρων της ... στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ώστε η τελευταία με τη σειρά της να γνωμοδοτήσει επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων του ως άνω οικονομικού φορέα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του, εκφέροντας την τυχόν σύμφωνη γνώμη της επ' αυτών εντός της τασσόμενης εκ του νόμου αποκλειστικής προθεσμίας των τριάντα (30) ημερών. Ακολούθως ο αναθέτων φορέας όφειλε πριν την πράξη κατακύρωσης ή να έχει αποδεχθεί τη σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής περί της επάρκειας των μέτρων ή να αποστεί αιτιολογημένα απ' αυτή, άλλως σε περίπτωση απράκτου παρόδου της ως άνω προθεσμίας να προβεί στον αποκλεισμό της προσωρινής μειοδότης, όπως ορίζει ο νόμος. Κατόπιν τούτων, εφόσον κατά παράβαση των κείμενων διατάξεων η ... παρέλειψε το στάδιο εξέτασης των μέτρων

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αυτοκάθαρσης του ως άνω οικονομικού φορέα κατά την αξιολόγηση της προσφοράς αυτού και δη πριν την ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου και κατά λογική ακολουθία πριν την κατακύρωση σε αυτόν του δημοπρατούμενου έργου, προέβη σε παράβαση των κείμενων διατάξεων και ως εκ τούτου η υπ' αριθμ. 20722/09.12.2020 απόφασή του Δ.Σ. της ... είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Και τούτο διότι, η αναθέτουσα αρχή όχι μόνο παρέλειψε να εκδώσει αυτοτελή απόφαση περί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου του δημοπρατούμενου έργου οικονομικού φορέα αλλά ουσιαστικά παρέλειψε να θέσει σε εφαρμογή ένα ολόκληρο στάδιο της προβλεπόμενης διοικητικής διαδικασίας στην περίπτωση που συντρέχει λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, αυτό του ελέγχου λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης και αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης που, καίτοι είχε ρητή προς τούτο υποχρέωση. Η δε παράλειψη αυτή της ... παρίσταται ουσιώδης, καθότι στην κρινόμενη περίπτωση, όπου συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού, οπότε έπρεπε να εξεταστεί αν συντρέχει περίπτωση άρσης αυτού υπό την ρητή προϋπόθεση ότι είχαν ληφθεί μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία με τη σειρά τους έπρεπε να κριθούν ως επαρκή από την αναθέτουσα αρχή. Η εν λόγω παράβαση της αναθέτουσας αρχής συνέχεται άρρηκτα με τον αποκλεισμό ή μη της ... από την διαγωνιστική διαδικασία, καθώς ενώ συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο αυτής και εφόσον είχαν πράγματι ληφθεί μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία αναφέρει στο ΕΕΕΣ της, η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη σε αξιολόγηση τους, καίτοι το στάδιο αυτό της αξιολόγησης προηγείται της απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου πολλώ δε μάλλον της απόφασης κατακύρωσης της σύμβασης. Παρόλα αυτά, στην συγκεκριμένη περίπτωση, κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και εγκρίσεως των δικαιολογητικών κατακύρωσης η ... κατά παράβαση των ανωτέρω δεν προέβη, ως όφειλε στην αξιολόγηση μετά από σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας κατ' άρθρο 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 επιτροπής και κατ' επέκταση στη διατύπωση της κρίσης της αναφορικά με την επάρκεια των μέτρων αυτών που έλαβε η ..., η οποία, όπως αναδείχθηκε παραπάνω, συνδέεται αιτιωδώς με τον αποκλεισμό ή μη του διαγωνιζόμενου από την διαδικασία ανάθεσης όπως και με την περαιτέρω ανάδειξή του ως

Αριθμός απόφασης: 266/2021

προσωρινού αναδόχου της δημοπρατούμενης σύμβασης. Ειδικότερα, αυτό που προκύπτει από τα μνημονευόμενα στο Πρακτικό κατακύρωσης, δυνάμει του οποίου κατακυρώθηκε στην ... η επίμαχη σύμβαση ο αναθέτων φορέας μετά την εξέταση των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης απέστειλε πρόσκληση προς την προσωρινή ανάδοχο, προκειμένου όπως προσκομίσει μεταξύ άλλων και : «Έγγραφο που να αποδεικνύουν την ολοσχερή εξόφληση του προστίμου που του επιβλήθηκε με την υπ' αρ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προς απόδειξη (επιβεβαίωση) των δηλώσεων του στο ΕΕΕΣ σχετικά με το ότι έχει υπαχθεί στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 (ΕΕΕΣ, Μέρος ΙΙΙ: Λόγοι Αποκλεισμού, Εδάφιο Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, στην παράγραφο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», σελ.10 & 11), σύμφωνα με το άρθρο 79, παρ.5 του Ν.4412/2016.». Τουτέστιν, ο αναθέτων φορέας στην επίδικη περίπτωση όχι μόνο δεν προέβη, καίτοι είχε ρητή εκ του νόμου και της διακήρυξης υποχρέωση στην αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης της ... αλλά καθώς φαίνεται αρκέστηκε στην απλή από μέρους της προσκόμιση σχετικής απόδειξης περί εξόφλησης του επιβληθέντος προστίμου, ωσάν να αποτελούσε η απλή εξόφληση του όποιου διοικητικού προστίμου ικανή συνθήκη που να προεξοφλεί την όποια υποχρέωση απόδειξης της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης. Η θεώρηση αυτή του αναθέτοντος φορέα είναι όλως εσφαλμένη και παράνομη και τούτο διότι ο νόμος πριν την έκδοση απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατ' επέκταση πολύ πριν την λήψη της απόφασης κατακύρωσης απαιτεί να έχει προηγηθεί αυτοτελής απόφαση περί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης του υποψήφιου οικονομικού φορέα, υπό την αναγκαία προϋπόθεση ότι έχει προηγηθεί αξιολόγηση των μέτρων επάρκειας από την αρμόδια γνωμοδοτική επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/16, ώστε να επιβεβαιωθεί ότι αίρεται ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού. Σύμφωνα με τα παραπάνω, ο αναθέτων φορέας όφειλε προτού προβεί στην ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου να αποφανθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα του άρθρου 73 παρ. 7-9 του Ν. 4412/2016 εάν, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της ...,

Αριθμός απόφασης: 266/2021

συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος) ή εάν τα μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία η εταιρία δηλώνει ότι έλαβε κρίνονται επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας της (ΑΕΠΠ 1593/2020). Σε κάθε περίπτωση θα έπρεπε η ... προκειμένου να τύχει εφαρμογής η επιφύλαξη της παρ. 3 του άρθρου 44 του ν. 3959/11 σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 3β αυτού να έχει ελέγξει πέραν την εξόφλησης του επιβληθέντος προστίμου και ότι δεν συντρέχει σε βάρος της ... περίπτωση επανάληψης παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ε.Ε. κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην εν λόγω διάταξη, πράγμα που δεν έπραξε, σπεύδοντας να την αναδείξει προσωρινή ανάδοχο δίχως να προηγηθεί ο απαιτούμενος έλεγχος περί της επάρκειας των μέτρων και μη υποτροπής στην ίδια παράβαση. Δοθέντος, λοιπόν, ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση του Δ.Σ. της ... δεν εμπεριέχεται ουδεμία κρίση ως προς το εάν συντρέχει ο προαναφερθείς σχετικός λόγος αποκλεισμού, καθώς και ως προς το εάν τα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης επαρκούν για την απόδειξη της αξιοπιστίας του εν λόγω οικονομικού φορέα καθώς και ότι δεν έχει υποπέσει σε επανάληψη της παράβασης κατά τα ειδικότερα προαναφερθέντα, μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας ... και δεν είναι νόμιμη ούτε η ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της ... δυνάμει της οποίας αποφάσισε την κατακύρωση του δημοπρατούμενου έργου στην ... είναι μη νόμιμη και θα πρέπει να ακυρωθεί. Σε κάθε περίπτωση και όλως επικουρικά, η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που κατακυρώνει το δημοπρατούμενο έργο στην ... είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, άλλως μη νόμιμη βασιζόμενη σε πλημμελώς αιτιολογημένη πράξη. Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη απόφαση της ... είναι πλημμελώς αιτιολογημένη ως προς την κατακύρωση του δημοπρατούμενου έργου στην ως άνω εταιρεία, και τούτο διότι ουδεμία ειδική μνεία έγινε στα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε και αναφέρει στο ΕΕΕΣ της (σελ. 11 αυτού) η ..., πολλώ δε μάλλον περί της επάρκειας ή μη αυτών. Τουναντίον, η ... εξ όσων φαίνεται υπολαμβάνει ότι σε περίπτωση που συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού της στρέβλωσης του ανταγωνισμού στο πρόσωπο εντός οικονομικού φορέα, ο λόγος αυτός αίρεται εκ μόνου του γεγονός της αποπληρωμής του επιβληθέντος διοικητικού

Αριθμός απόφασης: 266/2021

προστίμου, γεγονός που συνεπάγεται αυτόθροα την αυτοκάθαρσή του, χωρίς να απαιτείται ουδεμία άλλη ενέργεια. Η θεώρηση αυτής ωστόσο της ... είναι πλήρως εσφαλμένη και αντιτιθέμενη με τις κείμενες διατάξεις, όπως εναργώς προεκτέθηκαν. Η μη ορθότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής δύναται να συναχθεί άλλωστε από το γεγονός ότι κατά την αξιολόγηση του ΕΕΕΣ της ..., δεν έδωσε καμία σημασία στο σημείο όπου περιγράφονται τα μέτρα αυτοκάθαρσης προς άρση του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, καθώς παρέλειψε να διαπιστώσει την ακρίβεια των δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης και κατ' επέκταση να εκφέρει κρίση ως προς την επάρκεια αυτών, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία κατά τα προαναφερθέντα, αλλά αρκέστηκε στο να ζητήσει μόνο την εξόφληση του επιβληθέντος διοικητικού προστίμου, παραβλέποντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας παραθέτει έτερα διορθωτικά μέτρα, με αποτέλεσμα να παρατηρείται το παράδοξο, ενώ ο ίδιος ο οικονομικός φορέας ομολογεί ότι το επιβληθέν εις βάρος του διοικητικό πρόστιμο δεν αποτελεί ικανή προϋπόθεση για την άρση του κρίσιμου λόγου αποκλεισμού εξ ου και κρίθηκε απαραίτητη η λήψη περαιτέρω επανορθωτικών μέτρων για την εξυγίανση αυτού και προς αποφυγή τυχόν μελλοντικών παραβάσεων και αποκατάσταση της αξιοπιστίας του, η ίδια η αναθέτουσα αρχή ποιεί σιγή αναφορικά με την επάρκεια των μέτρων αυτών και τον έλεγχο της αξιοπιστίας του. Ειδικότερα, το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και δη στην παρ. 7 αυτού ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι για να μην αποκλειστεί οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε έναν από τους λόγους αποκλεισμού, θα πρέπει «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού.». Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο

Αριθμός απόφασης: 266/2021

προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων η παραπτώματων. 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 παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.». Εκ της εν λόγω διατάξεως προκύπτει ότι προκειμένου να μην αποκλειστεί οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει λόγος αποκλεισμού πρέπει να αποδείξει ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω αδικημάτων ή παραπτώματων, τα οποία με τη σειρά τους πρέπει να αξιολογηθούν από τον αναθέτοντα φορέα σύμφωνα με την οριζόμενη διαδικασία της παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ήτοι κατόπιν έκδοσης αυτοτελούς απόφασης αξιολόγησης της επάρκειας των μέτρων αυτών, αφού προηγηθεί η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας επιτροπής. Κρίσιμο είναι να καταστεί σαφές ότι στα πλαίσια της αρχής της αυτοτέλειας της εκάστοτε διαγωνιστικής διαδικασίας η απόφαση επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης εκδίδεται αυτοτελώς στα πλαίσια εκάστοτε διαγωνισμού από την οικεία αναθέτουσα αρχή και συνεπώς η επικαλούμενη απόφαση επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της ... σε προγενέστερους διαγωνισμούς δεν δεσμεύει την ... Εξάλλου, η απλή έκδοση προηγούμενης σύμφωνης γνώμης επί προγενέστερου διαγωνισμού ή ακόμη και η επισύναψή της στο Πρακτικό και μάλιστα χωρίς αυτοτελή απόφαση και χωρίς το σχετικό σχέδιο απόφασης της ... δεν αρκεί για να καταστήσει πλήρη την αιτιολογία της πράξης εάν δεν υπάρχει, έστω κάποια ενδεικτική αναφορά της έκδοσης αυτής στο σώμα της πράξης (εν προκειμένω το Πρακτικό 2) και κατά συνέπεια η προσβαλλομένη πράξη είναι πλημμελώς αιτιολογημένη. Επομένως, στην επίδικη περίπτωση η ... όφειλε εν πρώτοις κατά την αξιολόγηση της προσφοράς της ... να εκκινήσει τη διαδικασία αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχει λάβει η

δεύτερη συντάσσοντας σχέδιο απόφασης, το οποίο εν συνεχεία θα έπρεπε να διαβιβαστεί στην αρμόδια επιτροπή για τη διατύπωση εντός 30 ημερών της σύμφωνης γνώμης αυτής και εν συνεχεία να εκδώσει τη σχετική απόφαση αυτής περί την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης, οπότε έχοντας επιβεβαιώσει ότι έχει αρθεί ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού θα νομιμοποιείτο να προβεί στην ανάθεση του έργου στην ως άνω μειοδότη (εφόσον δεν συνέτρεχαν οι λοιπές επί ποινή αποκλεισμού πλημμέλειες της προσφοράς της που αναφέρουμε ακολούθως). Περίπτωση που επ' ουδενί συντρέχει εν προκειμένω, καθώς όπως εκτενώς αναφέρθηκε ανωτέρω, η ... ουδέποτε προέβη στην εκκίνηση της διαδικασίας αξιολόγησης των δηλωθέντων με το ΕΕΕΣ μέτρων της ..., αρκούμενη απλώς στην απαίτηση της απόδειξης εξόφλησης του επιβληθέντος διοικητικού προστίμου, μην εκφέροντας ουδεμία κρίση επί των εν λόγω μέτρων και κατά πόσον είναι επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας της και ειδικότερα παρέλειψε να αιτιολογήσει εάν η ως άνω υποψήφια έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Η δε αναφορά στο ΕΕΕΣ του ως άνω οικονομικού φορέα ότι η επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε έχουν κριθεί σε έτερη διαγωνιστική διαδικασία ουδεμία επιρροή ασκεί εν προκειμένω λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών. Τέλος αξιοσημείωτο είναι ότι στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της η ... δεν δεσμεύτηκε να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που θα προκύψουν στο μέλλον, και κατά συνέπεια δεν τηρείται η σχετική προϋπόθεση που ορίζει η παρ. 7 του άρθρου 73. Σε αντίθεση με την ... η εταιρεία μας έχει δηλώσει ρητώς «Η δε εταιρεία δηλώνει ότι δεσμεύεται να σεβαστεί πλήρως την όποια οριστική, τελεσίδικη και αμετάκλητη απόφαση δικαστηρίου επιδικάσει, με βάση τις ισχύουσες διατάξεις, εις βάρος της αποζημίωση για τυχόν αποδειχθσόμενες τέτοιες ζημίες.». Τούτο παρέλειψε να το εξετάσει η ... και συνεπώς η απόφασή της είναι σε κάθε περίπτωση πλημμελώς αιτιολογημένη. Άλλωστε, ακόμη υπό την ερμηνευτική εκδοχή ότι αρκούσε, γεγονός που σαφώς αρνούμαστε, η προγενέστερη απόφαση έτερου αναθέτοντος φορέα και πάλι η προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης του δημοπρατούντος έργου είναι παράνομη λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, δοθέντος ότι ουδεμία κρίση

Αριθμός απόφασης: 266/2021

διαλαμβάνει για την εν γένει επάρκεια των επίμαχων μέτρων, τουναντίον όπως προκύπτει από το Πρακτικό II της Επιτροπής Διαγωνισμού με την από 26.11.2020 πρόσκληση της ... προς την ... προς παροχή διευκρινήσεων, η τελευταία κλήθηκε ως προς τα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης να προσκομίσει μόνο την απόδειξη εξόφλησης του διοικητικού προστίμου, χωρίς ουδεμία περαιτέρω απαίτηση όπως προσκομιστούν τα λοιπά μνημονευόμενα σχετικά μέτρα, ούτως ώστε να διατυπώσει κάποια κρίση επ' αυτών, ωσάν το πληρωθέν πρόστιμο να αίρει αυτομάτως το λόγο αποκλεισμού τόσο της περ. γ της παρ. 4 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016 όσο και της περ. 8 της ίδιας παρ., γεγονός που δεν ισχύει κατά τα αναλυτικώς προαναφερθέντα. Με βάση τα παραπάνω η παράλειψη διατύπωσης κρίσης επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης καθιστά την υπ' αρ. 20722/09.12.2020 απόφαση του ΔΣ της ... σε κάθε περίπτωση ακυρωτέα ελλείψει νόμιμης αιτιολογίας αναφορικά με την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης».

15. Επειδή, με τις απόψεις του ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει, ότι «Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω έχει λάβει χώρα παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον κρίσιμο διαγωνισμό, ως εκ της παράλειψης της προσωρινής αναδόχου εταιρείας να καταθέσει το απαιτούμενο από την διακήρυξη δικαιολογητικό για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4 περ. ε της διακήρυξης. Ο κατά τα άνω ισχυρισμός είναι μη νόμιμος και ακυρωτέος καθόσον σύμφωνα με το άρθρο 22.Α.4. περ. ε της διακήρυξης, «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:... (ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 280 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα». Σύμφωνα δε με το άρθρο 280 ν. 4412/2016, «εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές τον αναθέτοντα φορέα είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 278 ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, ο αναθέτων φορέας λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του

ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα». Περαιτέρω προς απόδειξη της συνδρομής της προϋπόθεσης αυτής, σύμφωνα με το άρθρο 23.3 «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.» «[...] (ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού». Επομένως η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού για τους οποίους δεν εκδίδεται αντίστοιχο πιστοποιητικό (μεταξύ των οποίων και η παραβίαση του διατάξεων του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης), αποδεικνύεται κατ' απαίτηση της διακήρυξης μόνο δια υποβαλλόμενης σχετικής υπεύθυνης δήλωσής, γενικού περιεχομένου, περί του ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Κατά γραμματική δε διατύπωση του σχετικού άρθρου, η διακήρυξη δεν απαιτεί να γίνεται με την υπεύθυνη δήλωση κατ' ιδίαν αναφορά σε έναν έκαστο των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22. Α.4. αρκούμενη, σε μία γενικόλογη βεβαίωση περί του ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού. Επιπλέον, σύμφωνα με την σχετική πρόβλεψη της διακήρυξης επί του άρθρου 23.3.ε. (παραπομπή υπό σημ. 34). «Επισημαίνεται ότι ο αναθέτων φορέας, εφόσον μπορέσει να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις αυτές, (για τις οποίες υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση) αποκλείει οποιονδήποτε οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης». Εν προκειμένω, η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία, με την υποβολή της προσφοράς της, δια σχετικής δήλωσής της στο Ε.Ε.Ε.Σ. ειδικά καθ' ο μέρος αφορά τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4. περ. (ε) είχε συμπληρώσει στο οικείο πεδίο υπό ερώτημα «Γνωρίζει ο οικονομικός φορέας την ύπαρξη τυχόν σύγκρουσης συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης;» και υπό τον τίτλο «Σύγκρουση συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» ότι δεν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, της προηγούμενης συμμετοχής του κατά την διαδικασία κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης. Περαιτέρω με τον υποβληθέντα φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση περί

Αριθμός απόφασης: 266/2021

του ότι δεν συντρέχουν για αυτή οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα προσκόμισε την από 30.10.2020 υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας. Στην άνω υπεύθυνη δήλωση, γίνεται πράγματι κατ'ιδίαν αναφορά σε λοιπούς προβλεπόμενους από την διακήρυξη λόγους αποκλεισμού μεταξύ των οποίων δεν υπάρχει ρητή αναφορά στην περίπτωση του λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4. περ. (ε). Η κατά τα άνω παράλειψη αναφοράς ωστόσο, ουδόλως μπορεί να επισύρει δυσμενείς για τον οικονομικό φορέα έννομες συνέπειες, ούτε να άγει σε κρίση περί ακυρότητας της με αριθμό 20722/9.12.2020 απόφασης της εταιρείας μας με την οποία κατακυρώθηκε το έργο στην προσωρινή μειοδότηρια εταιρεία, καθόσον: Επ' ουδενί επάγεται από την διακήρυξη ότι απαιτείται συγκεκριμένη αναφορά με την υπεύθυνη δήλωση σε ένα έκαστο λόγο αποκλεισμού. Η σχετική απαίτηση, περιορίζεται επί λέξει στην διατύπωση της δήλωσης ότι «εάν συντρέχουν στο πρόσωπο του (προσωρινού Αναδόχου) οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού» δήλωση που εν προκειμένω έχει περιληφθεί στην κρίσιμη υπεύθυνη δήλωση και κατά τούτο, έχει ικανοποιηθεί η σχετική απαίτηση, χωρίς κατά πάγια νομολογία, να μπορεί ο Αναθέτων Φορέας μας να απολήξει σε κρίση περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα, ως εκ παράλειψης του, να συμμορφωθεί σε μη ρητά διατυπωμένη απαίτηση της διακήρυξης. Αντιθέτως μάλιστα κρίση περί αποκλεισμού θα μπορούσε να διατυπωθεί μόνο υπό την (στη σημείωση 34) εκδοχή της διαπίστωσης εκ μέρους του Αναθέτοντος Φορέα μας ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, αποδεικνυόμενου μάλιστα τούτου με κατάλληλα μέσα. Τέτοια περίπτωση εν προκειμένω δεν συντρέχει όπως είναι σε θέση εξ'ιδίας γνώσεως να γνωρίζει ο Αναθέτων Φορέας μας. Ο κρίσιμος λόγος αποκλεισμού, αφορά στην περίπτωση συνδρομής κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, ως εκ της κατ'άρθρο 280 ν. 4412/2016, παροχής συμβουλών στον αναθέτοντα φορέα είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 278 ή προηγούμενης εμπλοκής με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, είναι δε γνωστό εξ'ιδίας αντιλήψεως της εταιρείας μας ότι, για το σύνολο της κρίσιμης διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας ουδείς εξωτερικός φορέας έχει αναμιχθεί ή συνδράμει ή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο συμμετάσχει στην προετοιμασία της διαδικασίας

ανάθεσης, ουδόλως συντρέχει και η σχετική περίπτωση αποκλεισμού. Λαμβανομένου μάλιστα ιδιαίτερα υπόψη ότι, το άρθρο 280 περιορίζει τον έλεγχο του σχετικού λόγου αποκλεισμού στον χρόνο που αφιερώνεται στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης ήτοι στον χρόνο που προηγείται της υποβολής των φακέλων προσφορών των διαγωνιζόμενων, δια της ρητά περιληφθείσας, στο υπέχον θέση υπεύθυνης δήλωσης Ε.Ε.Ε.Σ., βεβαίωσης απουσίας του σχετικού λόγου αποκλεισμού από την προσωρινή Ανάδοχο, έχει καλυφθεί η σχετική απαίτηση της διακήρυξης, αφού η σχετική έλλειψη αυτού του λόγου αποκλεισμού, δεν μπορεί πάρα να παραμένει αμετάβλητη για τον μετά την διενέργεια του διαγωνισμού χρόνο εφόσον, κατά τον χρόνο αυτό (μετά την διενέργεια του διαγωνισμού) δεν μπορεί να μεταβληθεί το σχετικό δεδομένο. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος προβαλλόμενος λόγος της προσφεύγουσας είναι αβάσιμος και απορριπτός, και θα πρέπει να απορριφθεί. Σε κάθε περίπτωση όλως επικουρικώς, και εις την περίπτωση ήθελε κριθεί ότι η παράλειψη ρητής αναφοράς του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού στην υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση συνιστά παράλειψη του διαγωνιζόμενου (παράλειψη η οποία εκ παραδρομής διέλαθε της προσοχής και της Επιτροπής Διαγωνισμού η οποία εκ παραδρομής δεν ζήτησε σχετικά παραδεκτή και δυνάμενη να συμπληρωθεί ως μη μεταβάλλουσα την προσφορά, διευκρίνιση επί του ζητήματος αυτού), λεκτέα και τα εξής : Το άρθρο 103 ν. 4412/2016 κατά την αρχική μορφή της κρίσιμης διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, όριζε πως εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει «ότι δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» ή «πως υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν», τότε οφείλει αυτή να παράσχει στον προσωρινό ανάδοχο, δια σχετικής έγγραφης ειδοποίησής του, αρχικά 5ήμερη προθεσμία (δυνάμενη να παραταθεί μάλιστα κατ' ανώτατο όριο για 15 επιπλέον ημέρες εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς) «προκειμένου να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει». Η επίμαχη διάταξη της παρ. 2, τροποποιήθηκε εν συνεχεία με το άρθρο 43 παρ. 12β Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α52) (το οποίο καταλαμβάνει την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία) ως έχει κριθεί δε προκύπτει ρητά πλέον, υπό το φως και πάλι σταθμίσεων επιείκειας που υιοθετεί ο διοικητικός νομοθέτης των δημοσίων συμβάσεων επιλέγοντας

Αριθμός απόφασης: 266/2021

κατά το διαγωνιστικό στάδιο αυτό την κάμψη της αρχής της τυπικότητας, ότι εφεξής εφόσον, αφενός υποβληθεί προς την Επιτροπή Διαγωνισμού «εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1», ήτοι εντός της 10ήμερης προθεσμίας περί υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αίτημα από τον προσωρινό ανάδοχο περί παράτασης της προθεσμίας αυτής, αφετέρου συνοδεύεται «με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί αυτός τη χορήγηση των δικαιολογητικών» τότε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να χορηγήσει την παράταση συνολικά για την υποβολή ολόκληρου του αντίστοιχου (υπο)φακέλου, μάλιστα δε κατά θέληση του νομοθέτη «για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές». Και ναι μεν στην επόμενη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 103, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 παρ. 21 Ν. 4497/2017 (ΦΕΚ Α 171), προβλέπεται ότι εφόσον «ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών» τότε «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και «καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72» (άρθρο 15 της Διακήρυξης) και «η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά», πλην όμως είναι σαφές ότι η εφαρμογή των νέων διατάξεων του άρθρου 103, και συγκεκριμένα της επίμαχης παρ. 2, ναι μεν έχει υπόψη της τη διαγωνιστική υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει κατά το κατακυρωτικό στάδιο τα αναγκαία δικαιολογητικά με ενδεχόμενη υποβολή αντίστοιχου αιτήματος κατά τα ως άνω, δεν απαγορεύει όμως την προηγούμενη ειδοποίηση του προσωρινού αναδόχου από τη διεξάγουσα την επίμαχη διαδικασία ανάθεσης Επιτροπή πως «έχει διαπιστώσει τη μη προσκόμιση συγκεκριμένου εκ των απαιτούμενων από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» (ή «κάποια έλλειψη σε ήδη υποβληθέν αντίστοιχο δικαιολογητικό»), έτσι ώστε να ακολουθήσει -όπως κυριαρχικά αποφάσισε ο ως άνω νομοθέτης- η ενεργοποίηση «του δικαιώματος του προσωρινού αναδόχου να υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παρ. 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο (αίτημα) συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα

από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών», δικαίωμα που εφόσον αποφασίσει πως θα ασκήσει αυτός τότε η αναθέτουσα αρχή οφείλει «να παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών» μάλιστα «για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές». Εν όψει των περιστάσεων αυτών, υπό την εκδοχή ότι ήθελε κριθεί ότι έχει παραληφθεί η υποβολή πιστοποιητικού, περίπτωση που ρητά και κατηγορηματικά αρνούμαστε, η, το πρώτον με την προδικαστική προσφυγή διαπίστωση της ύπαρξης της εν λόγω «έλλειψης», δεν μπορεί να κατατείνει σε κρίση περί αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, αλλά συνιστά περίπτωση συνδρομής των όρων εφαρμογής του άρθρου 317 παρ. 3 και επανάληψης του διαγωνισμού από το σημείο που επιλοχώρησε το σφάλμα με την πρόσκληση του προσωρινού Αναδόχου σε υποβολή του ελλείποντος δικαιολογητικού. Λαμβανομένου υπόψη όλων όσων εκτέθηκαν ανωτέρω και γίνονται δεκτά από την Αρχή σας, αναφορικά με την επικράτηση, κατά τη νομοθετική διαμόρφωση της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, τόσο αρχικά όσο και υπό την τωρινή μορφή της, σταθμίσεων επιείκειας από τον νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων οι οποίες συνεπάγονται κάμψη της αρχής της τυπικότητας, σε συνδυασμό με την διάταξη του άρθρου 79 παρ. 5 σύμφωνα με το οποίο «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 Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82», συνάγεται, ότι ο Αναθέτων φορέας μας, δύναται να καλέσει, τον προσωρινό ανάδοχο -ο οποίος είχε δηλώσει στο (περιλαμβανόμενο εντός του κατατεθέντος (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Προσφοράς») Ε.Ε.Ε.Σ. κατά τη συμπλήρωση του οικείου πεδίου ότι δεν συντρέχει ο κρίσιμος λόγος αποκλεισμού ώστε κατόπιν σχετικής πρόσκλησης να του παρασχεθεί η δυνατότητα ενεργοποίησης του δικαιώματός του «να υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παρ. 1 [του άρθρου 103] αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής. Κατόπιν αυτών, και στην απίθανη περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι εν

προκειμένω συνέτρεξε κατ αρχήν παραβίαση του άρθρου 103 παρ. 4 της διακήρυξης του διαγωνισμού, εξαιτίας της μη προσκόμισης, αναγκαίου δικαιολογητικού του προσωρινού αναδόχου, μπορεί ευθύς ως ενημερώνεται ο Αναθέτων Φορέας μας για την άνω παράλειψη να προβεί σε προηγούμενη πρόσκληση - ειδοποίησή για την άσκηση δικαιώματος μας στην υποβολή αιτήματος παράτασης, πρόσκληση που σύμφωνα με την νομολογία, θα μπορούσε να απευθυνθεί στον Προσωρινό Ανάδοχο σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο έγινε αντιληπτή η έλλειψη. Επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής: Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι δεν διασφαλίζονται διά της προσκομισθείσας βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας, οι απαιτήσεις των παραγράφων 22.Γ και 23.5 της διακήρυξης και συνεπώς συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρίας ... δυνάμει της παραγράφου 4.2. της διακήρυξης, λόγω μη απόδειξης δια των προσκομισθέντων δικαιολογητικών των απαιτήσεων περί οικονομικής και χρηματοδοτικής επάρκειας (περ.ii), αλλά και λόγω διαπίστωσης ψευδών δηλώσεων στο ΕΕΕΣ περί δήθεν ικανοποίησης των ανωτέρω απαιτήσεων (περ.i) ότι συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε παρανόμως, και ότι συντρέχουν δυο αυτοτελείς, διακριτές και όλως επαρκείς από μόνες τους, βάσεις για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα. Ο ισχυρισμός αυτός είναι νόμω και ουσία αβάσιμος, κατά τα κατωτέρω ειδικότερα αναφερόμενα: Σύμφωνα με τη παράγραφο 22.Γ υποπερίπτωση (B) του άρθρου 22 της Διακήρυξης με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», «Η αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης καθορίζεται ως εξής: Α)... Β) πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ..... Ακολούθως, σύμφωνα με την παράγραφο 23.5 υποπερίπτωση (ii) του άρθρου 23 της διακήρυξης με τίτλο: «Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22Γ» «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:...ii) για την απόδειξη της απαίτησης του 22.Γ.β) και για όλες τις περιπτώσεις οικονομικών φορέων (α), (β), (γ): από την βεβαίωση της τράπεζας για το μέγεθος της δανειοληπτικής ικανότητας του οικονομικού φορέα, ημεδαπής και αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με

Αριθμός απόφασης: 266/2021

υποψήφιο και θα εξετάσει αίτηση για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (με αναθεώρηση, χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος». Από τα παραπάνω άρθρα της Διακήρυξης, η οποία κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, 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, συνάγονται τα εξής: α) στα άρθρα αυτά τίθεται ως όρος για τη συμμετοχή στον επίμαχο διαγωνισμό ότι η συνολική πιστοληπτική ικανότητα του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα πρέπει να είναι τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ (ήτοι εν προκειμένω τουλάχιστον ίση με το ποσό των 3.420.000,00€), χωρίς περαιτέρω διάκριση αυτής σε δανειοληπτική/χρηματοδοτική ικανότητα κατά ορισμένο ποσοστό και σε πιστοληπτική ικανότητα κατά ένα άλλο ποσοστό, εφόσον σε μια τέτοια περίπτωση τα επιμέρους ποσοστά θα έπρεπε να προσδιορίζονται επακριβώς στη διακήρυξη, β) περαιτέρω, για την απόδειξη της χρηματοδοτικής και οικονομικής ικανότητας του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, απαιτείται η προσκόμιση από αυτόν βεβαίωσης της τράπεζας, ημεδαπής ή αλλοδαπής, για το μέγεθος της δανειοληπτικής ικανότητας του. Διευκρινίζεται, περαιτέρω ότι, κρίνεται επαρκής απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι: α) συνεργάζεται με υποψήφιο και β) θα εξετάσει αίτηση για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (με αναθεώρηση, χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. γ) Εκτός των ανωτέρω, στην υπό κρίση Διακήρυξη δεν προβλέπονται περαιτέρω προϋποθέσεις απόδειξης πιστοληπτικής ικανότητας, ούτε προσδιορίζεται συγκεκριμένος τύπος και περιεχόμενο που θα πρέπει να έχει η βεβαίωση αυτή πιστοληπτικής ικανότητας. Εν προκειμένω, με την υπ' αρ. πρωτ. ...: 19049/21-10-2020 πρόσκληση, ειδοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ η ανάδοχος εταιρεία «...» ως «προσωρινός ανάδοχος» του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ..., ..., ..., ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...- ...», Εργολαβία: ..., Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..., να υποβάλλει ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» εντός δέκα (10)

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης, τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, σύμφωνα με τις παρ. 4.2. α) και 4.2. β) του άρθρου 4 της Διακήρυξης του έργου. Ακολούθως, την 30/10/2020 υποβλήθηκε εμπρόθεσμα ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και σε έντυπη μορφή σε σφραγισμένο φάκελο εμπρόθεσμα στο πρωτόκολλο της ... με το υπ' αριθμ. Πρωτ. Γ.Γ.....: 27109/03-11-2020, μεταξύ άλλων δικαιολογητικών, και η αναφερόμενη στο ΕΕΕΣ (σελ. 14) με αριθ. πρωτ. ... βεβαίωση της τραπεζικής ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία: «:...», με το εξής περιεχόμενο: «Κύριοι, Σε συνέχεια του αιτήματος που μας υπέβαλε η εταιρία «...» με δ.τ. ..., η οποία θα συμμετέχει στον διαγωνισμό της ... (...) που πρόκειται να διενεργηθεί στις 27.7.2020 και των τυχόν επαναλήψεων αυτού σε περίπτωση αναβολής, για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ..., ..., ..., ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...-...», με κωδικό ... προϋπολογισμού €34.200.000 (πλέον ΦΠΑ) σας γνωρίζουμε τα εξής. Η άνω εταιρεία συνεργάζεται με την Τράπεζα μας και η μέχρι σήμερα συναλλακτική συμπεριφορά της κρίνεται ικανοποιητική. Με βάση τη σημερινή οικονομική της κατάσταση μπορεί να πιστοδοτηθεί από την τράπεζα μας υπό συγκεκριμένους όρους και προϋποθέσεις μέχρι του ποσού των Ευρώ δώδεκα εκατομμυρίων (€12.000.000,00) το οποίο μπορεί να χρησιμοποιηθεί: • Για χρηματοδοτήσεις μέχρι του ποσού των Ευρώ δύο εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00) • Για εγγυητικές επιστολές μέχρι του ποσού των Ευρώ δέκα εκατομμυρίων (€ 10.000.000,00). Σε περίπτωση που η εταιρία αναδειχθεί ανάδοχος του ως άνω έργου, η Τράπεζα προτίθεται να εξετάσει οποιοδήποτε συγκεκριμένο αίτημα πιστοδοτήσεων υποβληθεί για το έργο αυτό με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ. Η Τράπεζα, σε κάθε περίπτωση πιστοδοτήσεως, εξετάζει, με τραπεζικά κριτήρια, τους ειδικούς όρους και τις προϋποθέσεις πιστοδοτήσεων που εφαρμόζει, τους ισχύοντες νομισματικούς κανόνες και την οικονομική κατάσταση και τις προοπτικές της εταιρίας κατά τον χρόνο χρηματοδοτήσεως. Η Τράπεζα δύναται, οποτεδήποτε μέχρι την τυχόν κατάρτιση της οικείας δανειακής συμβάσεως, να επαναξιολογεί τα οικονομικά στοιχεία της ως άνω επιχείρησης

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ή και των φορέων της, την πιστοληπτική ικανότητα και φερεγγυότητα της/του, τις απαιτούμενες εξασφαλίσεις, το αντικείμενο, το κόστος και το οριστικό χρηματοδοτικό σχήμα του έργου, σε συνδυασμό με την επικρατούσα κατάσταση της αγοράς του κλάδου δραστηριοποίησης της ως άνω επιχείρησης και της ευρύτερης οικονομίας το κόστος χρηματοδότησεως και λοιπά οικονομικά δεδομένα, που άπτονται και δύναται να επηρεάσουν τα κριτήρια και την πολιτική πιστοδοτήσεων της Τραπέζης και ενδεχομένως να αναθεωρεί τους όρους του δανείου, ή να μην προβεί στην ως άνω περιγραφόμενη χρηματοδότηση. Η παρούσα δεν επέχει θέση εγγυητικής επιστολής ή συμβουλής ή συστάσεως κατά τη διάταξη του άρθρου 729 του Αστικού Κώδικα». Εν συνεχεία, με το με ημερομηνία 26-11-2020 έγγραφο η Επιτροπή Διαγωνισμού κάλεσε την ανάδοχο εταιρεία να υποβάλει διευκρινήσεις-συμπληρωματικά δικαιολογητικά, προσκομίζοντας τόσο ηλεκτρονικά (μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ) όσο και σε έντυπη μορφή, εντός επτά (7) εργάσιμων ημερών από την κοινοποίηση της επιστολής, μεταξύ άλλων, επικαιροποιημένη βεβαίωση από την τράπεζα ... σχετικά με την πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με τα άρθρα 79 παρ.5 εδ.α-αλλά και εδ.β και γ- και 103 του Ν.4412/2016, το άρθρο ...-103 του ΤΚΠΥΣ. Ακολούθως, η ανάδοχος εταιρεία προσκόμισε, μεταξύ άλλων, την με αριθ. πρωτ. 479/1.12.2020 βεβαίωση της παραπάνω τράπεζας με ακριβώς όμοιο περιεχόμενο με την παραπάνω. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της, η παραπάνω βεβαίωση της τράπεζας, η οποία έχει εκδοθεί από αναγνωρισμένη ημεδαπή τράπεζα, περιλαμβάνει όλα όσα απαιτούνται επί ποινή απαραδέκτου από τα παραπάνω άρθρα της υπό κρίση Διακήρυξης για να κριθεί το έγγραφο αυτό ως επαρκής απόδειξη της πιστοληπτικής ικανότητας της αναδόχου εταιρεία. Με άλλα λόγια, περιλαμβάνει δήλωση της τράπεζας ότι αφενός συνεργάζεται με την ανάδοχο εταιρεία και αφετέρου «σε περίπτωση που η εταιρία αναδειχθεί ανάδοχος του ως άνω έργου, η Τράπεζα προτίθεται να εξετάσει οποιοδήποτε συγκεκριμένο αίτημα πιστοδοτήσεων υποβληθεί για το έργο αυτό με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ». Περαιτέρω, προσδιορίζεται ακριβώς σε αυτήν μέχρι ποίου ποσού μπορεί να πιστοδοτηθεί από την τράπεζα η ανάδοχος εταιρεία και συγκεκριμένα μέχρι του ποσού των 12.000.000 ευρώ,

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ποσό το οποίο υπερκαλύπτει τον παραπάνω σχετικό όρο της διακήρυξης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό είναι μεγαλύτερο του ποσοστού 10% του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ (πρβλ. και ΕλΣυν./Τμ.6/1283/2009). Τα δε παραπάνω συντρέχουν τόσο κατά το καταληκτικό χρόνο υποβολής των προσφορών, ήτοι την 27.7.2020 (βλ. την παραπάνω με αριθ. πρωτ. ... βεβαίωση) όσο και πέντε μήνες μετά, κατά το χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. την παραπάνω με αριθ. πρωτ. 479/1.12.2020 βεβαίωση). Επιπροσθέτως, στην βεβαίωση αυτή, η οποία προφανώς αποτελεί προδιατυπωμένο γενικό κείμενο της εν λόγω τράπεζας για τη συμμετοχή των πελατών της σε διαγωνιστικές διαδικασίες, διευκρινίζεται, αν και δεν απαιτείται από τα παραπάνω άρθρα, ότι έχει εκδοθεί ενόψει της συμμετοχής της ανάδοχου εταιρείας στον επίδικο διαγωνισμό (ως απαιτείται από τη νομολογία πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 162/2010, ΕλΣυν 657/2010, Δ.Εφ.Αθ (αναστ) 363/2015 και ΑΕΠΠ 19/2019), περιλαμβάνει δε τον τίτλο του έργου και το ακριβές ποσό του προϋπολογισμού αυτού, επί του οποίου υπολογίζει το παραπάνω ποσοστό 10%. Εν κατακλείδι, το περιεχόμενο της παραπάνω βεβαίωσης, όπως προκύπτει από τα παραπάνω, είναι ορισμένο και επαρκές, καλύπτει όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης του διαγωνισμού, προκύπτει δε με σαφήνεια και κατ' επίκληση των απαιτούμενων εκ της Διακήρυξης συγκεκριμένων στοιχείων η πιστοληπτική ικανότητα της αναδόχου εταιρείας, η οποία βεβαιώνεται τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της όσο και κατά το χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συνεπώς, όπως προκύπτει από τα παραπάνω, με την προσκόμιση της παραπάνω βεβαίωσης διασφαλίζονται οι απαιτήσεις των παραγράφων 22.Γ και 23.5 της υπό κρίση διακήρυξης και αποδεικνύεται η οικονομική και χρηματοδοτική της επάρκεια της αναδόχου εταιρείας και δεν συντρέχει εν προκειμένω λόγος αποκλεισμού της δυνάμει της παραγράφου 4.2. αυτής, τα δε όσα σχετικά δηλώνει αυτή στο ΕΕΕΣ είναι αληθή. Επομένως, όσα περί του αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα είναι νόμω και ουσία αβάσιμα. Σημειωτέον δε ότι η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα και φερόμενη ως ad hoc με αριθ. 77/2008 απόφαση ΣτΕ ΕΑ, διαφοροποιείται ουσιωδώς από την κρίση περίπτωση, τόσο καθ' ο μέρος αφορά το περιεχόμενο της σχετικής απαίτησης πιστοληπτικής ικανότητας και του τρόπου απόδειξης αυτής ίδια

Αριθμός απόφασης: 266/2021

κατά το ότι η κρίσιμη εκεί διακήρυξη απαιτούσε την προσκόμιση βεβαίωσης στην οποία να αναφέρεται συγκεκριμένο ποσό χρηματοδότησης και συγκεκριμένα βεβαίωση περί χρηματοδότησεως με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς ΦΠΑ), περίπτωση που ουδόλως συντρέχει εν προκειμένω, ενώ επιπλέον η κρίσιμη στην υπόθεση αυτή και προσκομισθείσα βεβαίωση δεν ανέφερε μέχρι ποιου ποσοστού προτίθετο η Τράπεζα να εξετάσει αίτημα πιστοδοτήσεων. Και ως εκ τούτου πρέπει και αυτός ο λόγος της προσφυγής να απορριφθεί. Επί του τρίτου λόγου προσφυγής. Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η υπ' αριθ. 20722/09.12.2020 απόφαση του Δ.Σ. της ... περί κατακύρωσης του επίμαχου διαγωνισμού είναι μη νόμιμη διότι το απαιτούμενο εκ της διακήρυξης πρακτικό περί έγκρισης συμμετοχής της προσωρινής αναδόχου στον διαγωνισμό είναι, κατά τους ισχυρισμούς της, μη νόμιμο. Ειδικότερα, σύμφωνα με την προσφεύγουσα: «(...) 2. Εν προκειμένω, η εταιρεία ... υπέβαλε στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, μεταξύ άλλων, ακριβές αντίγραφο του από 20-07-2020 πρακτικού συνεδρίασης του Δ.Σ. της, επικυρωμένο από τον Πρόεδρό της. Όπως όμως προκύπτει από το καταστατικό της, '11.4. Τα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου υπογράφονται από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου και επικυρώνονται από τον Πρόεδρο ή τον Διευθύνοντα Σύμβουλο ή οποιοδήποτε εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου.'. Πλην όμως, το υποβληθέν πρακτικό υπογράφει ψηφιακά μόνο ο Πρόεδρος του ΔΣ. Αναγράφεται δε πως πρόκειται για 'ακριβές αντίγραφο αυθημερόν' του από 20-07-2020 πρακτικού, πλην όμως ο επικυρών Πρόεδρος δεν το υπέγραψε αυθημερόν, αλλά 6 ημέρες μετά (ημερομηνία συνεδρίασης ΔΣ: Δευτέρα, 20.07.2020 / ημερομηνία ψηφιακής υπογραφής: Κυριακή, 26.07.2020). Περαιτέρω, από το εν λόγω αντίγραφο δεν προκύπτει πως τέθηκαν υπογραφές από όλα τα μέλη του Δ.Σ. Συγκεκριμένα, ναι μεν αναγράφονται τα ονόματα των λοιπών μελών του Δ.Σ. πλην όμως ούτε έχουν τεθεί οι υπογραφές αυτών, ούτε προκύπτει από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. που επικύρωσε το εν λόγω πρακτικό, έστω και περιγραφικά, πως 'έχουν τεθεί υπογραφές' αυτών. 3. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφορά της εταιρίας ... ήταν αναγκαστικά απορριπτέα, κατ' εφαρμογή του όρου 4.2 περ. δ', διότι η υποβολή μη νόμιμου πρακτικού συμμετοχής εξομοιούται με μη υποβολή

αυτού. Επομένως, η απόφαση του αναθέτοντος φορέα, με την οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε η εταιρία ... είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα.». Οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, αόριστοι, νόμω και ουσία αβάσιμοι, είναι, δε, επιπλέον όλως παρελκυστικοί διότι αποσκοπούν στην δημιουργία εντυπώσεων περί την έλλειψη σύννομου ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου από την Επιτροπή Διαγωνισμού. Από τις προβλέψεις του νομοθετικού πλαισίου συνδυαστικά ερμηνευόμενες προκύπτει αφενός ότι στην διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού απαιτείται η υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο του πρακτικού του Διοικητικού Συμβουλίου (αφ' ης στιγμής πρόκειται για ανώνυμη εταιρεία) εκ του οποίου να προκύπτει η νομιμοποίηση για την συμμετοχή στον διαγωνισμό, χωρίς ωστόσο να ορίζονται περαιτέρω λεπτομερείς διατυπώσεις για τα τυπικά και ουσιαστικά χαρακτηριστικά που θα πρέπει να φέρει στο σώμα του το εν λόγω πρακτικό, όπως εν προκειμένω το αν θα πρέπει στο αντίγραφο που θα προσκομιστεί να υπάρχουν και οι υπογραφές των μελών του Δ.Σ. ή αρκεί μόνο η αναγραφή των ονομάτων αυτών και της ιδιότητάς τους στο τέλος του εγγράφου, τα οποία άλλωστε υποδηλώνουν και ότι το έγγραφο έχει υπογραφεί από τα αναγραφόμενα μέλη. Αφετέρου, προκύπτει ότι, επί του ζητήματος τούτου, εφαρμογής τυγχάνουν οι διατάξεις του άρθρου 11 του καταστατικού της προσωρινής αναδόχου αλλά και οι διατάξεις του άρθρου 93 του νόμου 4548/2018 περί ανωνύμων εταιρειών, ο οποίος σε κάθε περίπτωση εφαρμόζεται. Συγκεκριμένα, το αντίγραφο του πρακτικού του Δ.Σ. που υποβλήθηκε έχει εκδοθεί από τον Πρόεδρο του Δ.Σ., όπως προβλέπεται στο καταστατικό και το νόμο. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με το άρθρο 93 του ανωτέρω νόμου δεν απαιτείται οιαδήποτε άλλη υπογραφή. Αντιθέτως, στην έκδοση του αντιγράφου που γίνεται από τον Πρόεδρο τεκμαίρεται ότι ενέχεται και βεβαίωση της υπογραφής του πρωτότυπου πρακτικού από όλα τα μέλη του Δ.Σ. χωρίς να απαιτούνται περαιτέρω διατυπώσεις. Εξάλλου, το ίδιο συμβαίνει και στην περίπτωση καταχώρησης αποφάσεων και πρακτικών Διοικητικών Συμβουλίων ή καταστατικών εταιρειών στο ΓΕΜΗ. Τα κείμενα που αναρτώνται στην ηλεκτρονική μερίδα κάθε εταιρείας δεν φέρουν ιδιόχειρες ή ψηφιακές

Αριθμός απόφασης: 266/2021

υπογραφές παρά μόνο τα ονόματα και την ιδιότητά των υπογραφότων. Τέλος, όσον αφορά στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί της ημερομηνίας υπογραφής του αντιγράφου του πρακτικού προφανώς η λέξη «αυθημερόν» αναφέρεται στην ημερομηνία της ψηφιακής υπογραφής του αντιγράφου από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. η οποία τίθεται αυτομάτως από το ψηφιακό πιστοποιητικό που χρησιμοποιείται για να υπογραφεί ηλεκτρονικά το έγγραφο και όχι στην ημερομηνία της συνεδρίασης και έκδοσης του πρακτικού. Άλλωστε, για το νόμο (άρθρο 93 παρ. 2 εδ. δ' ν. 4548/2018) αυτό που έχει σημασία είναι οι αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου να έχουν λάβει χώρα την ημερομηνία και ώρα που αναγράφεται στο βιβλίο πρακτικών και όχι το πότε θα επικυρωθούν τα αντίγραφα των σχετικών πρακτικών. Συνεπώς, η Επιτροπή έκανε αποδεκτό το υποβληθέν αντίγραφο τεκμαίροντας ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις της νόμιμης και νομότυπης έκδοσης και υποβολής του εν λόγω πρακτικού, αφού αυτό είναι επικυρωμένο από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. και σύμφωνα με την μνημονευθείσα νομοθεσία η επικύρωση αυτή είναι το μόνο που απαιτείται για την έγκυρη έκδοση του αντιγράφου. Σε κάθε περίπτωση με την έκδοση από τον Πρόεδρο Δ.Σ. αντιγράφου του Πρακτικού έχει υλοποιηθεί ο, υπό τον νόμο και το καταστατικό αλλά και από την διακήρυξη ως προς τους τρίτους, απαιτούμενος τύπος αναφορικά με τις αναγκαίες υπογραφές, που καθ' ο μέρος αφορά τα αντίγραφα, περιορίζονται σε αυτή του Προέδρου . Το εάν το πρωτότυπο Πρακτικό του Δ.Σ. έχει πράγματι υπογραφεί από όλα τα μέλη του Δ.Σ. ή όχι, οπότε στην τελευταία αυτή περίπτωση ενδεχομένως ανακύπτει βλάβη του νομικού προσώπου από την επικύρωση ανυπόστατης απόφασης του συλλογικού οργάνου διοίκησής του, είναι ζήτημα που μόνο το νομικό πρόσωπο της εταιρείας είναι σε αρμόδιο να επικαλεστεί, ο δε σχετικός ισχυρισμός απαραδέκτως προβάλλεται από την προσφεύγουσα, ως εκ συμφέροντος τρίτου και σε κάθε περίπτωση δεν δύνανται να θεμελιώσουν το έννομο συμφέρον της. Και ως εκ τούτου πρέπει και αυτός ο λόγος της προσφυγής να απορριφθεί. Επί του τέταρτου λόγου προσφυγής. Στον τέταρτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται ότι: «Σε κάθε περίπτωση, ακόμα κι αν ήθελε κριθεί ότι νομίμως υποβλήθηκε το εν λόγω πρακτικό, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρίας ... λόγω μη νόμιμου ΕΕΕΣ, διότι ο υπογράφων

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αυτού είχε εξουσιοδότηση περί υπογραφής του ΕΕΕΣ από κοινού με τα λοιπά μέλη του Δ.Σ. Η συμμετέχουσα εταιρία ... υπέβαλε στον εν λόγω διαγωνισμό το ΕΕΕΣ, υπογεγραμμένο αποκλειστικά και μόνο από τον ..., ο οποίος δήλωσε δια του ΕΕΕΣ -προαποδεικτικώς- ότι ενεργεί ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας. Κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η εταιρία ... προσκόμισε, μεταξύ άλλων, το από 20-07-2020 πρακτικό συνεδρίασης του Δ.Σ. της. Το εν λόγω πρακτικό υποβλήθηκε σύμφωνα με την παράγραφο 23.8 του άρθρου 23 της επίμαχης διακήρυξης με τίτλο 'Σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου', στην οποία ορίζεται ότι υποβάλλεται 'Εάν ο προσφέρων είναι Α.Ε., Ε.Π.Ε. ... 4. Πρακτικό Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον αυτό προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού και ορίζεται συγκεκριμένο άτομο...5...'. Στο δε άρθρο 13ο του καταστατικού της εταιρίας ... ορίζεται ότι 'Το Διοικητικό Συμβούλιο μπορεί με απόφασή του να αναθέτει απευθείας την εκπροσώπηση της εταιρείας για ορισμένες πράξεις σε άλλα μέλη του ή σε υπαλλήλους της εταιρείας ή και σε τρίτα πρόσωπα '. Εξάλλου, με τις διατάξεις του ν. 4548/2018 περί Ανωνύμων Εταιρειών (αντίστοιχου περιεχομένου με εκείνο των άρθρων 65, 67, 68 και 70 του Αστικού Κώδικα) ορίζεται στο άρθρο 77 παρ. 1 ότι το Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.) της Α.Ε., ενεργώντας συλλογικά, την εκπροσωπεί δικαστικώς και εξωδίκως. Με το άρθρο 86 του ίδιου ν. 4548/2018 προβλέπεται ότι το Δ.Σ. είναι αρμόδιο να αποφασίζει για κάθε πράξη που αφορά τη διοίκηση της εταιρείας, τη διαχείριση της περιουσίας της και γενικώς την επιδίωξη του σκοπού της (παρ. 1), καθώς και ότι το καταστατικό επιτρέπεται να ορίζει θέματα για τα οποία το Δ.Σ. μπορεί να αναθέτει τις εξουσίες του διαχείρισης και εκπροσώπησης σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα, μέλη του ή μη (άρθρο 87). Σύμφωνα με τα ανωτέρω, το Δ.Σ. της εταιρίας ... αποφάσισε με το ως άνω πρακτικό συμμετοχής ότι θα συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό και ότι 'ορίζει νόμιμους εκπροσώπους της εταιρείας τον ... Πρόεδρο ΔΣ ή τον ..., Αντιπρόεδρο ΔΣ & Διευθύνων σύμβουλο, εξουσιοδοτημένο, όπως ο καθένας χωριστά καθ' όλη τη διάρκεια

Αριθμός απόφασης: 266/2021

της διαδικασίας και μέχρι πέρατος αυτής εξουσιοδοτούνται να υπογράψουν κάθε απαιτούμενο δικαιολογητικό, υπεύθυνες δηλώσεις, ένορκες βεβαιώσεις, αιτήσεις, έγγραφα, εκθέσεις που αφορούν την εταιρεία καθώς και την οικονομική προσφορά και ειδικότερα, όπως από κοινού με όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου το ΕΕΕΣ και γενικά να πράξουν ότι χρειάζεται για την ολοκλήρωση της εντολής που τους δίνεται'. Δια του ανωτέρω πρακτικού δηλαδή το Δ.Σ. της εταιρίας ... αποφάσισε πως για την συμμετοχή της εταιρίας στον επίμαχο διαγωνισμό θα μπορούν να δρουν ατομικά οι κ. ... και ... όσον αφορά στην υπογραφή των απαιτούμενων δικαιολογητικών που περιγράφονται ανωτέρω, πλην του απαιτούμενου εκ της διακήρυξης ΕΕΕΣ. Για την υπογραφή του απαιτούμενου εκ της διακήρυξης ΕΕΕΣ δηλαδή το Δ.Σ. αποφάσισε πως τούτο θα υπογράφεται 'από κοινού με όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου το ΕΕΕΣ'. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι υφίστατο υποχρέωση ηλεκτρονικής υπογραφής του ΕΕΕΣ όχι μόνον από τον Πρόεδρο του ΔΣ αλλά και από όλα τα μέλη αυτού. Παρότι ωστόσο σύμφωνα με τα ορισθέντα στο πρακτικό συμμετοχής της εταιρίας ... ειδικώς το ΕΕΕΣ έπρεπε να υπογράφεται από κοινού από όλα τα μέλη του Δ.Σ. το από 26.07.2020 ΕΕΕΣ της εταιρίας ... φέρει υπογραφή μόνο του Προέδρου του Δ.Σ. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει πως λόγω της παράλειψης υπογραφής του ΕΕΕΣ από όλα τα μέλη του Δ.Σ. αυτής, έπρεπε η εταιρία ... να αποκλειστεί από τον διαγωνισμό λόγω παράβασης του άρθρου 23.1 της διακήρυξης. Έσφαλε επομένως η προσβαλλόμενη κρίνοντας τα αντίθετα.». Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί υποβολή μη νόμιμου ΕΕΕΣ από την προσωρινό ανάδοχο είναι αβάσιμος αφού στηρίζεται σε φερόμενη παραβίαση του άρθρου 23.8 της διακήρυξη του διαγωνισμού αντί του πράγματι εφαρμοζόμενου άρθρου 23.1 της διακήρυξη अपαράδεκτοι διότι προβάλλεται ανεπίκαιρα το πρώτον στο παρόν στάδιο της διαδικασίας ανάθεσή και επ' αφορμής της προσβολή της υπ' αριθ. 20722/09.12.2020 απόφασης κατακύρωσης, και διότι προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος αλλά και όπως αναλύεται ευθύς κατωτέρω. Ο σχετικός λόγος προσφυγής είναι αβάσιμος διότι δεν υφίσταται παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης αντίθετα προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Σύμφωνα με το άρθρο 23.1 της διακήρυξης: «(..) Κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του

Αριθμός απόφασης: 266/2021

κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού (...). Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την εφαρμογή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 79 Α «Υπογραφή Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης» : «1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης». Τέλος σύμφωνα με το εν προκειμένω παρελκυστικά επικαλούμενο άρθρο 23.8 της διακήρυξης, «Σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου» ορίζεται ότι «υποβάλλεται Πρακτικό Δ.Σ περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον αυτό προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράψει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού και ορίζεται συγκεκριμένο άτομο». Στην εξεταζόμενη περίπτωση, το Ε.Ε.Ε.Σ. της Αναδόχου εταιρείας υπογράφεται πράγματι από το νόμιμο εκπρόσωπο αυτής, ..., Πρόεδρο του Δ.Σ. Το δικαίωμα νόμιμης εκπροσώπησης της εταιρείας ασκείται από το πρόσωπο αυτό δυνάμει του από 30.06.2017 Πρακτικού του Δ.Σ. της ..., όπως φαίνεται τόσο από το

Αριθμός απόφασης: 266/2021

επικαιροποιημένο Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ (αρ. πρωτ. ...) όσο και από την από 26.07.2020 Υπεύθυνη Δήλωση του ... περί υπογραφής της οικονομικής προσφοράς και των «υπόλοιπων εγγράφων τα οποία απαιτούνται για τον διαγωνισμό». Παράλληλα, δεν φαίνεται να προκύπτει από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά ότι έχει ανακληθεί η σχετική απόφαση του Δ.Σ. της ... περί εκπροσώπησης ή ότι έχει χορηγηθεί το γενικό δικαίωμα εκπροσώπησης και δέσμευσης της εταιρείας σε διαφορετικό ή διαφορετικά πρόσωπα. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω από τον συνδυασμό του άρθρου 23.1 της διακήρυξης και του όμοιου περιεχομένου άρθρο 79Α του Νόμου 4412/2016 συνάγεται ότι εφόσον από το από 30.06.2017 Πρακτικό του Δ.Σ., το οποίο ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως νόμιμος και μόνος εκπρόσωπος της εταιρείας παρίσταται ο Πρόεδρος του Δ.Σ. τότε νομίμως το ΕΕΕΣ υπογράφεται από εκείνον. Ως εκ τούτου, δε, δεν υφίσταται παραβίαση του άρθρου 23.1 της διακήρυξης ως προς την υπογραφή του υποβληθέντος ΕΕΕΣ. Η προσφεύγουσα, προς υποστήριξη των ισχυρισμών της, παραλείπει να αναφερθεί στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης που αφορά ειδικά την υπογραφή του ΕΕΕΣ από το νόμιμο εκπρόσωπο, και αναφέρεται αποκλειστικά στο άρθρο 23.8 της διακήρυξης, το οποίο εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα, περίπτωση μη συντρέχουσα εν προκειμένω καθώς τα έγγραφα υπογράφονται από τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας. Ως εκ των ανωτέρω ο σχετικός όρος της διακήρυξης είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα, προκειμένου να προτείνει παραδεκτά αιτιάσεις κατά των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής της προσωρινής αναδόχου, δηλαδή του ΕΕΕΣ και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, θα έπρεπε να είχε προσβάλει την απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου περί της ανάθεσης της σύμβασης, μέσω της άσκησης προδικαστικής προσφυγής εντός της νόμιμης προθεσμίας των 10 ημερών (εκτελεστή πράξη), κάτι που όμως δεν έπραξε. Συνεπώς, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής που αφορά το (δήθεν)» μη νόμιμο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της εταιρεία ... είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος λόγω ανεπίκαιρης προβολής του κατά το παρόν στάδιο της διαδικασίας. Πέραν όμως του μη παραδεκτού του επίμαχου ισχυρισμού της προσφεύγουσας λόγω ανεπίκαιρης

Αριθμός απόφασης: 266/2021

προβολής του, αυτός είναι επίσης απαράδεκτος διότι προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου και άρα άνευ προσωπικού εννόμου συμφέροντος της ίδιας της προσφεύγουσας. Επί του πέμπτου λόγου της προσφυγής: Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα με τον υπόψη λόγο προσφυγής, ότι τα δικαιολογητικά που κατέθεσε η ανάδοχος εταιρεία ... είναι ελλιπή ως προς την απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το ότι το προσκομισθέν πιστοποιητικό δεν πληρούσε το αναγκαίο περιεχόμενο που απαιτεί η διακήρυξη. Επί του ισχυρισμού αυτού, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ. της διακήρυξης «[...]β) Οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν κατασκευάσει από το 2011 και ως την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών ένα (1) τουλάχιστον υδραυλικό έργο δικτύου αποχέτευσης, με ελάχιστο προϋπολογισμό δημοπράτησης 8.500.000 € χωρίς ΦΠΑ». Περαιτέρω, πράγματι, σύμφωνα με το άρθρο 23.6 της Διακήρυξης: «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:.... (ii) για την απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων του 22.Δ.β) και για όλες τις περιπτώσεις οικονομικών φορέων στα προαναφερθέντα (α), (β), (γ) πρέπει να προσκομιστεί κατάλογος παρόμοιων, ποιοτικά και ποσοτικά με το δημοπρατούμενο, έργων εκτελεσμένων από το 2011 και έως την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσής τους, από τα οποία θα αποδεικνύεται ότι έχουν εκτελέσει (περαιώσει) κατά το προαναφερθέν χρονικό διάστημα τουλάχιστον ένα (1) υδραυλικό έργο δικτύου αποχέτευσης με ελάχιστο προϋπολογισμό δημοπράτησης 8.500.000 € χωρίς ΦΠΑ. Ο κατάλογος αυτός θα περιλαμβάνει αναλυτικά τα ακόλουθα: Τίτλος της σύμβασης - Ονομασία του Έργου – Τοποθεσία. Ονομασία Αναδόχου (μεμονωμένη επιχείρηση ή κοινοπραξία) της σύμβασης. Επιμερισμός των εργασιών κάθε επιχείρησης στην σύμβαση (Ποσοστό και είδος συμμετοχής σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας).

Εργοδότης.

Ημερομηνίες έναρξης και περαίωσης του έργου.

Προϋπολογισμός δημοπράτησης (χωρίς ΦΠΑ) και τελική αξία της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ).

Περιγραφή αντικειμένου της σύμβασης. Τα πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης των έργων, για όλες τις περιπτώσεις των οικονομικών φορέων, αναφέρουν τον

Αριθμός απόφασης: 266/2021

προϋπολογισμό δημοπράτησης, την τελική αξία της σύμβασης, το χρόνο περαίωσης των έργων και διευκρινίζουν αν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκαν κανονικά». Η απαίτηση επομένως της διακήρυξης αναφορικά με τα στοιχεία τα οποία πρέπει να αποδεικνύεται από την προσκομιζόμενη βεβαίωση καλής εκτέλεσης είναι τρία (3) και δη (α) εκτέλεση ενός τουλάχιστον (1) υδραυλικού έργου δικτύου αποχέτευσης (β) η περαίωση του εντός του χρονικού διαστήματος από το 2011 και έως την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών (γ) και ο προϋπολογισμός δημοπράτησης ποσού 8.500.000 € χωρίς ΦΠΑ κατ ελάχιστον. Σε εκτέλεση της σχετικής υποχρέωσής της η Ανάδοχος εταιρεία προσκόμισε : (α) τον από την διακήρυξη απαιτούμενο κατάλογο παρόμοιων ποσοτικά και ποιοτικά με το δημοπρατούμενο έργων, στον οποίο για το μνημονεύμενο έργο με τίτλο «Αποχέτευση Ακαθάρτων ...» αναφέρεται το σύνολο των απαιτούμενων από την διακήρυξη στοιχείων και δη ο τίτλος της σύμβασης, η ονομασία του Αναδόχου, ο Εργοδότης, οι ημερομηνίες έναρξης και περαίωσης του έργου, ο Προϋπολογισμός δημοπράτησης (χωρίς ΦΠΑ), η τελική αξία της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ) και η περιγραφή αντικειμένου της σύμβασης, κατάλογο τον οποίο υπογράφει ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας, (β) το από 22/11/2018 με αριθ. Πρωτ. 22379 έγγραφο προς την εταιρεία ... με θέμα «χορήγηση βεβαίωσης καλής εκτέλεσης έργου «Αποχέτευση Ακαθάρτων ...» από το οποίο αποδεικνύεται πλήρως η απαίτηση τεχνικής ικανότητας στο πρόσωπο της άνω εταιρείας, καθώς βεβαιώνεται ότι το έργο ολοκληρώθηκε την 15/8/2014 ήτοι εντός του χρονικού διαστήματος που απαιτεί η διακήρυξη και ότι ο προϋπολογισμός δημοπράτησης αυτού ανερχόταν σε ποσό 14.000.000,00 (με ΦΠΑ 23%) καλύπτοντας την σχετική απαίτηση της διακήρυξης. Προκύπτει επομένως άνευ ετέρου ότι η Ανάδοχος εταιρεία προσκόμισε πιστοποιητικό καλής εκτέλεσής, από το οποίο αποδεικνύονται πλήρως τα από την διακήρυξη τρία (3) ανωτέρω αναφερόμενα απαιτούμενα στοιχεία. Παραπονείται, όμως αβασίμως η προσφεύγουσα ότι, στην άνω βεβαίωση δεν μνημονεύονται τα εκ της διακήρυξης δήθεν ελάχιστα απαιτούμενα στοιχεία, συνιστάμενα κατ αυτήν, στην τελική αξία της σύμβασης, και στο εάν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της τέχνης και της επιστήμης και αν περατώθηκαν κανονικά. Προς τον

σκοπό δε της «ευπρόσωπης» παρουσίασης του παντελώς αβάσιμου ισχυρισμού της μνημονεύει, και μάλιστα όλως επιλεκτικά και αποσπασματικά, μόνο τα απαιτούμενα για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας δικαιολογητικά αλλά όχι την απαιτούμενη προς απόδειξη ικανότητα. Τα μνημονευόμενα από την προσφεύγουσα στοιχεία ωστόσο είτε δεν αποτελούν αναγκαίο κατά την διακήρυξη αποδεικτέο στοιχείο (τελική αξία σύμβασης) είτε έχουν αποδειχθεί κατά τρόπο νοηματικά ισοδύναμο με την διατύπωση της διακήρυξης (βεβαίωσης έντεχνης και έγκαιρης εκτέλεσης). Έτσι, η τελική αξία της σύμβασης επ' ουδενί συνιστά στοιχείο τεχνικής ικανότητας σύμφωνα με την διακήρυξη, η οποία εξαρτά τον έλεγχο της τεχνικής ικανότητας αποκλειστικά από τον προϋπολογισμό του έργου. Σε κάθε περίπτωση το σχετικό στοιχείο έχει περιληφθεί στον προσκομισθέντα κατάλογο έργων και δεν ζητήθηκε επιπλέον οποιαδήποτε διευκρίνιση, διότι το στοιχείο αυτό, δεν περιλαμβάνεται μεταξύ αυτών που κατά το οικείο άρθρο της διακήρυξης χρήζουν απόδειξης. Το γεγονός δε ότι δεν αναφέρεται στην προσκομισθείσα και εκδοθείσα το έτος 2018 βεβαίωση, επ' ουδενί επιδρά στην νομιμότητα και πληρότητα του εν λόγω πιστοποιητικού που κατά τα λοιπά φέρει το ελάχιστο αναγκαίο περιεχόμενο. Περαιτέρω από το άνω έγγραφο προκύπτει η απόδειξη της απαίτησης καλής εκτέλεσης του έργου, τόσο από τον τίτλο του εγγράφου «χορήγηση βεβαίωσης καλής εκτέλεσης έργου «Αποχέτευση Ακαθάρτων ...» όσο και από την μνεία στο περιεχόμενο του, περί του ότι «το έργο ολοκληρώθηκε εμπρόθεσμα και έντεχνα» της άνω βεβαίωσης ούσης νοηματικά ισοδύναμης με την μνεία στο οικείο άρθρο της διακήρυξης περί του ότι στις βεβαιώσεις πρέπει να διευκρινίζεται αν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκαν κανονικά. Κατά συνέπεια και ο λόγος αυτός της προσφυγής είναι αβάσιμος καταχρηστικός και απορριπτέος. Επί του έκτου λόγου της προσφυγής: Α. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, με την προσβαλλόμενη απόφαση παραβιάστηκε το άρθρο 22.Α.7 και 22.Α.8. της διακήρυξης και το άρθρο 73 παρ. 8 και 9 του ν. 4412/2016 κατά το ότι ο Αναθέτων Φορέας μας δεν ακολούθησε την νόμιμη διαδικασία αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης που κατά δήλωσή του έχει λάβει ο οικονομικός φορέας, ... όπως αυτά διαλαμβάνονται στη σελίδα 11 του ΕΕΕΣ της, «(σελ. 45 προσφυγής) κατά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ενέργειας, άλλως κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και τούτο διότι, ο αναθέτων φορέας, παρότι όφειλε να ακολουθήσει αυστηρώς την προδιαγραφόμενη στο νόμο διαδικασία, ήτοι προ της ανάδειξης της εν λόγω εταιρείας ως προσωρινού αναδόχου, υποχρεούτο να εκδώσει αυτοτελή απόφαση περί της επάρκειας ή μη των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης της, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία που προδιαγράφει ο νόμος και η ίδια η Διακήρυξη στο άρθρο 22.A.7 (γεγονός που προϋπόθετε ότι ο αναθέτων φορέας είχε εκκινήσει τη διαδικασία αξιολόγησης των κρίσιμων μέτρων διαβιβάζοντας το σχετικό σχέδιο απόφασης στην Επιτροπή), περίπτωση που επ' ουδενί έπραξε, ενεργώντας κατά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, άλλως παραβιάζοντας ουσιώδη τύπο της διαδικασίας». Στην παράβαση δε αυτή φέρεται να υπέπεσε η ... (υπό 12, σελ. 40 της προσφυγής), διότι ενώ η ανακηρυχθείσα προσωρινή Ανάδοχος στο ερώτημα «Εάν έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του Ανταγωνισμού στο Μέρος III. Β.» απάντησε ΝΑΙ, - παραθέτοντας ταυτόχρονα την με αριθμό 642/2017 απόφαση Επιτροπής Ανταγωνισμού, την οικειοθελή υπαγωγή της σε διαδικασία διευθέτησης, την εξόφληση του επιβληθέντος προστίμου και την σε κάθε περίπτωση μη στοιχειοθέτηση λόγου αποκλεισμού, ως εκ της παρόδου τριετίας από την τέλεση του συμβάντος-, η εταιρεία μας δήθεν παρέλειψε την υποτιθέμενη οφειλόμενη ενέργεια της αξιολόγησης των ληφθέντων από την ... λόγων αυτοκάθαρσης, της διαβίβασης σχεδίου αιτιολογημένης για την επάρκεια των δηλωθέντων μέτρων της ... στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, της αναμονής γνωμοδότησης της τελευταίας αναφορικά με την επάρκεια των μέτρων και ακολούθως της έκδοσης πράξης κατακύρωσης. Οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απολύτως αβάσιμοι και απορριπτέοι καθόσον: Σύμφωνα με την παράγραφο 22.A.4 υποπερίπτωση (γ) του άρθρου 22 της διακήρυξης του διαγωνισμού: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του

ανταγωνισμού, [...]» Σύμφωνα δε με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 22.A.6 του ως άνω άρθρου της διακήρυξης μας «Ο αναθέτων φορέας αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων», σύμφωνα, όμως, με το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου αυτής «Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.4. στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος». Τέλος, σύμφωνα με την παράγραφο 22.A.7 του παραπάνω άρθρου «Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.A.1., 22.A.2α και 22.A.4. μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση)». Περαιτέρω, σύμφωνα με την παρ. 4 υποπερίπτωση (γ) του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), όπως αυτή αντικαταστάθηκε ως άνω με την παρ.3 άρθρου 235 Ν.4635/2019 (ΦΕΚ Α 167/30.10.2019) και ισχύει «....4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού». Εν συνεχεία, σύμφωνα με την παρ. 7 του παραπάνω άρθρου «.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.» σύμφωνα, δε, με την παρ. 10 αυτού «...10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η

Αριθμός απόφασης: 266/2021

περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος». Σύμφωνα δε με την παρ. 1 του άρθρου 79 του παραπάνω νόμου «...Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών». Τέλος, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 44 («Ποινικές κυρώσεις και άλλες διοικητικές συνέπειες») του Ν. 3959/2011, όπως αυτή αντικαταστάθηκε με την παρ.1 του άρθρου 235 Ν.4635/2019, ΦΕΚ Α 167/30.10.2019 «...3α. Εφόσον συντρέχει: β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, εξαλείφεται το αξιόποινο του αδικήματος του πρώτου και τρίτου εδαφίου της παραγράφου 1 και των εγκλημάτων που συρρέουν κατ' ιδέαν με αυτό 3β. Εφόσον συντρέχει: β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Επανάληψη της παράβασης νοείται η έκδοση σχετικής διαπιστωτικής απόφασης εντός έξι (6) ετών από την προηγούμενη έκδοση άλλης διαπιστωτικής απόφασης. Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Επίσης, η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και για τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει εκδοθεί διαπιστωτική απόφαση παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου

101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δεν έχει ακόμα παρέλθει τριετία από την έκδοση αυτής.». Περαιτέρω όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση Ν.4635/2019 με το άρθρο 235 του οποίου, εισηχθήσαν κατά τροποποίηση του άρθρου 73 παρ. 4, και 79 ν. 4412/2016 και του άρθρου 44 παρ. 3 ν. 3959/2011, οι παραπάνω ρυθμίσεις, προκειμένου να παρασχεθούν κίνητρα για την υπαγωγή σε διαδικασίες επιείκειας και διευθέτησης. Κρίθηκε στο πλαίσιο αυτό απαραίτητο η οικειοθελής αναγνώριση της ευθύνης τους, να μην επισύρει σε βάρος τους άλλες δυσμενείς συνέπειες, τόσο ποινικές όσο και διοικητικές, αλλά και ο κολασμός της συμπεριφοράς τους να γίνεται αποκλειστικά με τα εργαλεία της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Αυτός ήταν ο σκοπός και η αληθής έννοια της διάταξης η οποία ψηφίσθηκε με το άρθρο 106 του Ν. 4389/2016. Ωστόσο, όπως γίνεται δεκτό με την αιτιολογική έκθεση, η ως άνω διάταξη αποδείχτηκε ότι γεννά κενά και ασάφειες λόγω της ελλειπτικής της διατύπωσης αναφορικά με το ακριβές εύρος των κινήτρων τα οποία παρέχει στους διευθετήσαντες. Οι ασάφειες αυτές, αφενός καθιστούσαν μη ελκυστικούς τους θεσμούς της επιείκειας και της διευθέτησης, αφετέρου γεννούσαν αμφισβητήσεις και δικαστικές διενέξεις στο πλαίσιο διαγωνιστικών διαδικασιών για δημόσιες συμβάσεις. Ακολούθως, σε συνέπεια και συμμόρφωση με την Ενωσιακή νομολογία απαιτήθηκε αποσαφήνιση της έννοιας της απαλλαγής από διοικητικές κυρώσεις και συνέπειες με τροποποίηση του άρθρου 44 παρ. 3 Ν. 3959/2011, ώστε τα κίνητρα για τους αιτούντες επιείκειας ή/και υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης να είναι σαφή και πλήρως ικανοποιητικά προς όφελος αντίστοιχα της καταπολέμησης παραβατικών συμπεριφορών από την αρμόδια Αρχή Ανταγωνισμού. Ταυτόχρονα, τέθηκαν αντίστοιχες προσθήκες και διευκρινήσεις στο πεδίο της ισχύουσας νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις και τις συμβάσεις παραχώρησης (νόμοι 4412/2016 και 4413/2016). Οι δε τροποποιήσεις κατέστησαν αναγκαίες ώστε να διασφαλισθεί το δημόσιο συμφέρον με την έγκαιρη περάτωση διαγωνιστικών διαδικασιών και με την απρόσκοπτη λειτουργία του εργοληπτικού κλάδου σε συνθήκες πραγματικού και υγιούς ανταγωνισμού. Όπως προκύπτει επομένως επαγωγικά από την ρητή και σαφώς διατυπωμένη βούληση του νομοθέτη που ειδικότερα αναλύεται και διευκρινίζεται στην αιτιολογική έκθεση του νόμου προκειμένου να αρθούν οι

ασάφειες που προέκυπταν κατά την εφαρμογή των οικείων διατάξεων από τα δικαστήρια, α) σε περίπτωση οικειοθελούς υπαγωγής στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και της ολοσχερούς εξόφλησης του προστίμου, ως απαλλαγή από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις νοείται και η μη θεμελίωση λόγου αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων ως εκ της σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. β) εφόσον η σύναψη συμφωνιών, δεν συνιστά υπό τις άνω προϋποθέσεις λόγο αποκλεισμού δεν νοείται και υποβολή προς αξιολόγηση μέτρων αυτοκάθαρσης, και τούτο διότι, γ) μέτρα αυτοκάθαρσης προτείνονται προκειμένου να αποδειχθεί ότι, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, η αξιοπιστία του φορέα έχει αποκατασταθεί ως εκ των ενεργειών και πρωτοβουλιών που ανέλαβε προς τον σκοπό αυτό (αρθ. 73 παρ 7). Εάν, κατ εφαρμογή της διάταξης του άρθρου παρ. 3 του άρθρου 44, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού δεν συντρέχει και λόγος προβολής μέτρων επανόρθωσης της κατ αρχήν επιβαλλόμενης κύρωσης του αποκλεισμού. δ) το γεγονός αυτό δεν αναιρεί την υποχρέωση καταφατικής δήλωσης στο οικείο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. του πραγματικού γεγονότος της τυχόν σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Πλην όμως, όπως έχει κριθεί (ΣτΕ 40/2019) δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος στο οικείο πεδίο, η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Ήδη, με την νομοθετική πρωτοβουλία που αποτυπώνει η διάταξη του άρθρου 235 3β του ν. 4635/2019 σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, το πραγματικό αυτό γεγονός, δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού εφόσον συντρέχει η προϋπόθεση είτε της τριετούς παραγραφής της παραγράφου 10 του άρθρου 73 είτε της εφαρμογής της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Η δε εν συνεχεία συμπλήρωση στο οικείο αναδυόμενο πεδίο της συνδρομής των άνω προϋποθέσεων, δεν συνιστά πλέον, υποκείμενο σε αξιολόγηση ως προς την πληρότητά του και υποκείμενο στην διαδικασία ελέγχου των παραγράφων 7 και 8 του άρθρου 73 μέτρο αυτοκάθαρσης, αλλά μνεία πραγματικού αντικειμενικού γεγονότος που αίρει τον λόγο αποκλεισμού. Εν κατακλείδι η

Αριθμός απόφασης: 266/2021

πρόβλεψη του άρθρου 235 3β του ν. 4635/2019 σύμφωνα με την οποία "Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης" είναι γενική και φαίνεται να αφορά κάθε λόγο αποκλεισμού που συνέχεται με την συμπεριφορά αυτή, που πρέπει μιν να δηλώνεται ως πραγματικό γεγονός αλλά κατ' επιτακτική νομοθετική επιταγή δεν ελέγχεται περαιτέρω εφόσον έχει εξοφληθεί το πρόστιμο και τούτο, προκειμένου, προστατεύοντας τις επιχειρήσεις από οποιαδήποτε άλλη δυσμενή συνέπεια και ιδία τον αποκλεισμό τους από διαγωνιστικές διαδικασίες, να ευνοηθεί η οικειοθελής υπαγωγή αυτών σε διαδικασίες επιείκειας και διευθέτησης. Υπερακοντίζει δε ξεκάθαρα τον σκοπό της ρύθμισης όπως ρητά διατυπώθηκε στην αιτιολογική έκθεση η τυχόν υπαγωγή της συμπεριφοράς που περιγράφεται στην οικεία ρύθμιση, σε άλλη περίπτωση αποκλεισμού και δη στην περίπτωση αποκλεισμού λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, τέτοια ερμηνεία δε, θα συνιστούσε, κατάφωρη παραβίαση των εισαχθεισών ρυθμίσεων, καθώς είναι σαφής η βούληση του νομοθέτη να καταργήσει στην περίπτωση στρέβλωσης του ανταγωνισμού κάθε τυχόν δυσμενή συνέπεια ως προς την ακώλυτη συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες των υπαγόμενων σε οικειοθελή διευθέτηση επιχειρήσεων. Εφόσον επομένως οι συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, δεν συνιστούν υπό προϋποθέσεις, λόγο αποκλεισμού, εξυπακούεται ότι η άνω συμπεριφορά δεν συνιστά, υπό τις ίδιες νομοθετικά προβλεπόμενες προϋποθέσεις άρσης του λόγου αποκλεισμού, ούτε επαγγελματικό παράπτωμα και τούτο κατά δέσμια σχετική αξιολόγηση του Αναθέτοντος Φορέα. Εν προκειμένω, καμία από τις μνημονευόμενες και επικαλούμενες από την προσφεύγουσα αποφάσεις ΑΕΠΠ και ΣτΕ δεν υποστηρίζουν τα περί του αντιθέτου επιχειρήματά της και ειδικότερα: Η επικαλούμενη δια της προσφυγής με αριθμό 549/2020 απόφασή σας, αναφέρεται σε ζήτημα διάφορο του υπό κρίση και συγκεκριμένα στην διερεύνηση της διάρθρωσης του λόγου αποκλεισμού της παρ. 2 περ. γ εδ. α του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 ή της παρ. 2 (γ) του άρθρου 73 του νόμου 4412/2016 με τον λόγο αποκλεισμού της παρ. 4 περίπτωση (α) του ίδιου

Αριθμός απόφασης: 266/2021

άρθρου 73 και την σχέση γενικού προς ειδικότερο λόγο αποκλεισμού, αξιολογώντας ότι, στην εκεί κρίσιμη περίπτωση η μη συνδρομή του ειδικού λόγου αποκλεισμού δεν αναιρούσε την συνδρομή του γενικού λόγου αποκλεισμού της αθέτησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, και κρίνοντας μη νόμιμη την εκεί αρνητική κρίσιμη δήλωση στο ΕΕΕΣ συνοδευόμενη μολαταύτα από μέτρα αυτοκάθαρσης που στην υπόθεση αυτή, ο αναθέτων φορέας παρέλειψε να αξιολογήσει. Η επικαλούμενη με την προσβαλλόμενη κρίση δεν επιβεβαιώνεται όμως από σειρά έτερων αποφάσεων της Αρχής σας, αναφερομένων ενδεικτικά των υπ αριθμ. Α.Ε.Π.Π.913/2019, 1454/2019 Α.Ε.Π.Π. με τις οποίες έγινε δεκτό ότι, «από τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με αυτές των άρθρων 18 παρ. 2 και 5 του ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2 περ. γ' εδαφ. α' του ν. 3863/2010 φαίνεται να προκύπτει ότι ειδικώς κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, όπως εν προκειμένω, οι πράξεις εν γένει επιβολής προστίμου, που εκδίδονται από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και οι οποίες, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ' εδαφ. α' του ν. 3863/2010, συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και, ως εκ τούτου, λόγο αποκλεισμού του υποψήφιου οικονομικού φορέα κατά την παρ. 2.2.3.4 περ. θ' της διακήρυξης, δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού του και κατ' εφαρμογή της παρ. 2.2.3.4 περ. α' αυτής (διακήρυξης), ήτοι λόγω παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας. Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα κατέληγε στο άτοπο να καταλείπει χωρίς λόγο ύπαρξης και χωρίς κανένα ρυθμιστικό περιεχόμενο τις διατάξεις της διακήρυξης περί αποκλεισμού λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αφού όλες οι παραβατικές συμπεριφορές των υποψήφιων αναδόχων στον τομέα του εργατικού δικαίου θα διέπονταν αποκλειστικά από την περ. α' της παρ. 2.2.3.4, θα αρκούσε δε η έκδοση έστω και μίας πράξης επιβολής προστίμου από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας, και ανεξαρτήτως της βαρύτητάς της, για να αποκλειστεί ο διαγωνιζόμενος». Στην αυτή κατεύθυνση οριοθετούνται άλλωστε και η με αριθμό 213, 214/2019 ΙΒ' Μον. Διοικ. Εφετείο Αθηνών αλλά και η με αριθμό 20/2020 Απόφαση της Ε.Α. του ΣΤΕ που επικύρωσε την με αριθμ. 1454/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ και στην οποία

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αναφέρεται ότι: «Περαιτέρω, κατά την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης της Α.Ε.Π.Π., από τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης φαίνεται να προκύπτει ότι ειδικώς κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, όπως εν προκειμένω, οι πράξεις εν γένει επιβολής προστίμου, που εκδίδονται από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και οι οποίες, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ' εδαφ. α' του ν. 3863/2010, συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και, ως εκ τούτου, λόγω αποκλεισμού του υποψήφιου οικονομικού φορέα κατά την παρ. 2.2.3.4 περ. θ' της διακήρυξης, δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού του και κατ' εφαρμογή της παρ. 2.2.3.4 περ. α' αυτής (διακήρυξης), ήτοι λόγω παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας. Ενόψει αυτών έκρινε η Α.Ε.Π.Π. ότι δεν στοιχειοθετείται νόμιμος λόγος αποκλεισμού της εταιρείας ... από τον επίδικο διαγωνισμό, αφού δεν συντρέχει περίπτωση αθέτησης εκ μέρους της των υποχρεώσεων της που απορρέουν από την εργατική νομοθεσία, αλλά ούτε και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ενώ, άλλωστε, με τις αρνητικές απαντήσεις της στα επίμαχα ερωτήματα του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εντύπου Σύμβασης η ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία δεν απέκρυψε πληροφορία, που απαιτούνταν για την εξακρίβωση της απουσίας νόμιμου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της, κατά παράβαση της παρ. 2.2.3.4 περ. ζ' της διακήρυξης. Δεδομένου δε ότι τα αναφερόμενα στο πιστοποιητικό του Σ.ΕΠ.Ε. πρόστιμα που επιβλήθηκαν εις βάρος της παρεμβαίνουσας δεν στοιχειοθετούν λόγο αποκλεισμού της ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, η σχετική διαπίστωση εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα δεν έχρηζε ειδικότερης αιτιολογίας, αλλά αρκούσε η αναφορά περί συμφωνίας της προσφοράς με τις διατάξεις του νόμου, απορριπτόμενων όλων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας. 14. Επειδή, η αιτιολογία αυτή της προσβαλλόμενης απόφασης της Α.Ε.Π.Π φαίνεται νόμιμη και επαρκής. Και τούτο, διότι οι προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης που διέπει την επίδικη διαδικασία προβλέπουν την αξιολόγηση των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας που διαπιστώνονται κατόπιν της υποβολής σχετικού ερωτήματος από τον αναθέτοντα φορέα προς το Σ.ΕΠ.Ε στο πλαίσιο των ειδικών λόγων αποκλεισμού που προβλέπονται στην

Αριθμός απόφασης: 266/2021

παρ.2.2.3.2 περ. γ' και στην παρ. 2.2.3.4 περ. α' και περ. θ' ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, εφόσον πληρούνται οι ειδικότεροι όροι της Διακήρυξης και του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' του ν. 3863/2010, στο οποίο γίνεται ρητή παραπομπή, κατά περίπτωση. Σύμφωνα δε με την ειδική ρύθμιση του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. β' του ν. 3863/2010 και την αντίστοιχη πρόνοια της Διακήρυξης (βλ. προαναφερθείσα επισήμανση μετά την περ. θ' της παρ. 2.2.3.4) τις απαραίτητες πληροφορίες προκειμένου να ελεγχθεί η συνδρομή των συγκεκριμένων λόγων αποκλεισμού αναζητεί οίκοθεν ο αναθέτων φορέας αμέσως μετά την υποβολή των προσφορών, ούτως ώστε να διαπιστώσει αν συντρέχει στο πρόσωπο οιοδήποτε υποψηφίου αναδόχου κάποιος από τους επίμαχους λόγους αποκλεισμού. Κατ' ακολουθία, αφού στην κρινόμενη υπόθεση ο αναθέτων φορέας κατόπιν συνεκτίμησης του προαναφερθέντος απαντητικού εγγράφου του Σ.ΕΠ.Ε δεν διαπίστωσε τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού εκ των προβλεπόμενων στην παρ. 2.2.3.2 περ. γ' και στην παρ. 2.2.3.4 περ. α' και περ. θ' ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, διαπίστωσε άλλωστε που δεν αμφισβητείται από την αιτούσα, δεν συντρέχει ούτε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας σύμφωνα με την περ. ζ' της παρ. 2.2.3.4 περί απόκρυψης πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση απουσίας λόγων αποκλεισμού. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθούν διότι δεν πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμοι όλοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αιτούσας, η οποία προβάλλει ότι η Α.Ε.Π.Π. εσφαλμένως ερμήνευσε τις επίμαχες διατάξεις της διακήρυξης, διαστρεβλώνοντας και ουσιαστικά εξομοιώνοντας την έννοια του λόγου αποκλεισμού της παρ.2.2.3.4 περ. θ' περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, με την έννοια του λόγου αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 περ. α' περί παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας, καθώς και ότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία ... απέκρυψε πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού κατά παράβαση του όρου 2.2.3.4 περ. ζ' της Διακήρυξης, παράβαση που αποτελεί αυτοτελή λόγο αποκλεισμού από την διαγωνιστική διαδικασία.». Για την ταυτότητα δε του λόγου και στην κρίσιμη περίπτωση ουδείς λόγος για την υποβολή και αξιολόγηση μέτρων αυτοκάθαρσης συντρέχει, αφού ο Αναθέτων Φορέας μας, συνεκτιμώντας την θετική απόκριση του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αναφορικά με την συνδρομή του πραγματικού γεγονότος της συνομολογημένης σύναψης συμφωνίας προς τον σκοπό της στρέβλωσης του ανταγωνισμού, με την ταυτόχρονη δήλωση της συνδρομής των γεγονότων που κατά νόμο αίρουν ως προς την συμπεριφορά αυτή την κύρωση του αποκλεισμού, ορθώς διαπίστωσε την συνδρομή της περίπτωσης άρσης του λόγου αποκλεισμού. Για την διαπίστωση αυτή, δεν απαιτείτο αξιολόγηση στοιχείων από τα οποία να προκύπτει ότι ελήφθησαν μέτρα για την απόδειξη της αξιοπιστίας του φορέα, διότι τούτο απαιτείται μόνο όταν συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού, και όχι όταν κατά νομοθετική επιταγή αίρεται ο λόγος αποκλεισμού ως εν προκειμένω, χωρίς κατά λογική ακολουθία να απαιτείται για τον σκοπό αυτό, ούτε και η απόδειξη από τον οικονομικό φορέα ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, χωρίς να απαιτείται αξιολόγηση ληφθέντων μέτρων και χωρίς εν κατακλείδι να απαιτείται σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ν. 4412/2016. Εξάλλου η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα απόφαση 672,673/2020 ΑΕΠΠ δεν είναι πρόσφορη για συναγωγή συμπερασμάτων αναφορικά με το κρίσιμο ζήτημα διότι δεν γίνεται με αυτή καμία επίκληση και αξιολόγηση της εν προκειμένω εφαρμοζόμενης ρύθμισης του άρθρου 235 3β του ν. 4635/2019 ενώ η επί αυτής εκδοθείσα με αριθμό 245/2020 απόφαση Διοικητικού Εφετείου Αθηνών ουδέν διέλαβε επί του κρίσιμου ζητήματος. Τέλος ούτε και η επικαλούμενη με αριθ. 753/2020 απόφαση το Συμβούλιο της Επικρατείας η οποία διαλαμβάνει (βλ. σκέψη 16) ότι: «Ανεξαρτήτως, όμως, του αν οι ανωτέρω νεότερες ρυθμίσεις που εισήχθησαν με το άρθρο 235 του ν. 4635/2019, για την τροποποίηση των διατάξεων σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού που αφορά τη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, μπορεί να θεωρηθεί ότι καταλαμβάνουν και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, πάντως οι διατάξεις αυτές, σύμφωνα και με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 12 για το προ της επίμαχης τροποποιήσεως νομοθετικό καθεστώς, αφορούν τη συνδρομή ή μη του λόγου αποκλεισμού λόγω σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και δεν καταργούν την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να δηλώσει ενώπιον του αναθέτοντος φορέα τα σχετικά πραγματικά γεγονότα. Τούτο, άλλωστε, ρητώς

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019. Συνεπώς, οι νεότερες αυτές διατάξεις δεν επηρεάζουν τη στοιχειοθέτηση του αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού που συνίσταται στην υποβολή ανακριβούς δηλώσεως, σε περίπτωση κατά την οποία, όπως εν προκειμένω, τα σχετικά στοιχεία δεν δηλώνονται από τον διαγωνιζόμενο κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό» είναι πρόσφορη για την υποστήριξη των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Η απόφαση αυτή αφορούσε πράγματι σε περίπτωση εταιρείας που είχε και αυτή υπαχθεί στην διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25 α με την ίδια ως άνω με αριθ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αλλά σε διαγωνισμό που είχε διεξαχθεί υπό το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε προ της εφαρμογής του άρθρου 235 ν. 4635/2019 και αναφέρεται αποκλειστικά στο ζήτημα της πάγιας νομολογιακής θέσης του Δικαστηρίου ως προς την υποχρέωση των οικονομικών φορέων για την δήλωση και μη απόκρυψη των πραγματικών γεγονότων από τις Αναθέτουσες Αρχές, ανεξαρτήτως των συνεπειών που αποδίδονται σε αυτά, υποχρέωση η οποία ωστόσο δεν έχει παραβιαστεί εν προκειμένω. Θα πρέπει ωστόσο επικουρικά να λεχθεί και ότι, υπό την όλως υποθετική και μη συνομολογούμενη από μέρους μας εκδοχή ότι για την δηλωθείσα συνδρομή των λόγων άρσης του αποκλεισμού και των περιστατικών που την αποδεικνύουν όφειλε να έχει ακολουθηθεί η διαδικασία των παρ. 7 και 8 του άρθρου 73 του νόμου 4412/2016, τότε και πάλι δεν στοιχειοθετείται λόγος αποκλεισμού της προσωρινής αναδόχου εταιρείας αλλά νέα κρίση της προσφοράς αυτής, κατ εφαρμογή του άρθρου 317 παρ. 3 σύμφωνα με το οποίο «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 αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη». Επισημαίνεται δε στο σημείο αυτό ότι, παρελκυστικά και εκτός πλαισίου γίνεται μνεία της αναφοράς από την προσφεύγουσα, του χωρίου της με αριθμό 549/2020 Απόφασής σας, σύμφωνα με το οποίο «...Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός, μη νοούμενης ωστόσο εν προκειμένω της

δυνατότητας του αναθέτοντος φορέα, όπως κατόπιν αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης προβεί σε νέα κρίση επί της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δεδομένου ότι σε κάθε περίπτωση η προσφορά της έπρεπε να είχε κριθεί απορριπτικά [...]]» καθώς τεχνηέντως παραλείπει να αναφερθεί στον τρόπο που ολοκληρώνεται η κρίσιμη πρόταση και συγκεκριμένα στην φράση «[...] ως εκτενώς αναφέρεται στις σκέψεις 51 έως 56», σκέψεις οι οποίες αφορούν την αποδοχή του πρώτου λόγου αποκλεισμού της εκεί προσφεύγουσας ο οποίος είχε κριθεί αποδεκτός και εξαιτίας της αποδοχής του οποίου θα ήταν αλυσιτελής η αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης. Επιπλέον, ο οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.A.1., 22.A.2α και 22.A.4. (πρβλ. και ως άνω παρ. 7 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016) 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). Η δε περίοδος αποκλεισμού ανέρχεται στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.4. του άρθρου 22 της διακήρυξης στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος (πρβλ. και ως άνω παρ. 10 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016). Ο όρος αυτός του «σχετικού γεγονότος» ερμηνεύτηκε και προσδιορίστηκε με την απόφαση του Δ.Ε.Ε. της 24.10.2018 επί της υποθέσεως C-124/17 “Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH”, με την οποία κρίθηκε, μεταξύ άλλων ότι «το άρθρο 57, παράγραφος 7, της Οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι,..... η μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρχής αυτής» (βλ. και ΣΤΕ 753/2020 σκέψη 13, αλλά και με αριθ. 6271/30.11.2018 διευκρινιστικό έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ). Εν προκειμένω και σύμφωνα με τα όσα δήλωσε στο υποβληθέν από αυτόν ΕΕΕΣ, η ανάδοχος εταιρεία ..., υπέβαλε προς την αρμόδια Επιτροπή Ανταγωνισμού, με την οποία συνεργάσθηκε στενά, στο πλαίσιο του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 την από Αυγούστου 2016 Αίτηση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για Υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης, παρέχοντας στοιχεία και πληροφορίες στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, συμμετέχοντας σε διμερείς συσκέψεις με την Επιτροπή και υποβάλλοντας εν συνεχεία την από Δεκεμβρίου 2016 Πρόταση Διευθέτησης Διαφορών και σε συνέχεια των ανωτέρω η Επιτροπή εξέδωσε την υπ’ αρ.

Αριθμός απόφασης: 266/2021

642/2017 απόφαση, με την οποία της επιβλήθηκε πρόστιμο, το οποίο, όπως εξοφλήθηκε ολοσχερώς. Επίσης, δήλωσε, μεταξύ άλλων, ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, με την υπαγωγή στο άρθρο 25α και την εξόφληση εκ μέρους του επιβληθέντος διοικητικού προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις, στις οποίες (διοικητικές κυρώσεις) περιλαμβάνεται και ο αποκλεισμός από διαγωνιστικές διαδικασίες, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 του ν.4412/2016 και ότι η ρύθμιση της παρ. 10 του άρθρου 73 του ως άνω νόμου καθορίζει την περίοδο εντός της οποίας εξετάζεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού, στις περιπτώσεις της παρ. 4 σε «τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος» και συνεπώς δεν στοιχειοθετείται λόγος αποκλεισμού κατ' άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ του ν. 4412/2016, στον υπό κρίση διαγωνισμό, δοθέντος ότι η τέλεση των πράξεων παράβασης του ανταγωνισμού για την εταιρεία ..., όπως κρίθηκε με την 642/2017 απόφαση της ΕΑ έπαυσαν να υφίστανται από τις 09.04.2012, το δε πρόστιμο επεβλήθη στο πλαίσιο διαδικασίας διευθέτησης. Πράγματι, όπως επικαλείται και η ανάδοχος εταιρεία στο ΕΕΕΣ, στη συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχει η περίπτωση της παραγραφής του άρθρου 73 παρ. 10, δεδομένου ότι είχε ήδη παρέλθει η μέγιστη διάρκεια της τριετούς περιόδου αποκλεισμού, η οποία υπολογίζεται, σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση του Δ.Ε.Ε. (αλλά και του ΣΤΕ), κατά την εκτίμηση του αναθέτοντος Φορέα μας (και ανεξαρτήτως της δήλωσης της Αναδόχου εταιρείας,) με αφετηρία την ημερομηνία έκδοσης της με αριθ. 642/2017 αποφάσεως της αρχής αυτής, η οποία εκδόθηκε την 10.3.2017 (βλ σώμα αυτής, δημοσιεύτηκε δε στο ΦΕΚ την 8.9.2017 στο τεύχος Β και με αρ. 3104). Επομένως, κατά την ημερομηνία λήξης της υποβολής των προσφορών, ήτοι την 27.7.2020, είχε παρέλθει η διάρκεια της τριετούς περιόδου αποκλεισμού (σε κάθε δε περίπτωση, κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την Επιτροπή Διαγωνισμού είχε παρέλθει τριετία τόσο από την έκδοση της παραπάνω απόφασης της αρχής όσο και από τη δημοσίευση της στο ΦΕΚ). Συνεπώς, μετά την πάροδο της μέγιστης αυτής διάρκειας της περιόδου αποκλεισμού από την ημερομηνία έκδοσης της παραπάνω απόφασης, δεν συντρέχει πλέον κατά νόμο λόγος αποκλεισμού της αναδόχου εταιρείας ως εκ της διαπιστωθείσης με την παραπάνω απόφαση

Αριθμός απόφασης: 266/2021

της Αρχής, συμμετοχής της σε αθέμιτες πρακτικές (συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού) και ως τούτου δεν μπορεί η ανάδοχος εταιρεία πλέον να αποκλειστεί για την παραπάνω διαπιστωθείσα παραβίαση των κανόνων περί ανταγωνισμού από την διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, δεδομένου ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση και σύμφωνα με τα παραπάνω, δεν συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού της αναδόχου εταιρεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν ήταν πλέον εκ του νόμου υποχρεωμένη να την καλέσει προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα, που έλαβε προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία της (αυτοκάθαρση) και να εκκινήσει τη διαδικασία ελέγχου των μέτρων αυτοκάθαρσης. Σε αντίθετη περίπτωση, η τυχόν εκκίνηση από την Επιτροπή Διαγωνισμού της διαδικασίας ελέγχου των μέτρων αυτοκάθαρσης, ενώ δεν συνέτρεχε η εκ του νόμου απαιτούμενη προϋπόθεση της συνδρομής λόγου αποκλεισμού λόγω παρόδου τριετίας, θα αποτελούσε καταστρατήγηση των παραπάνω διατάξεων και κατάφωρη παραβίαση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και ειδικότερα των αρχών της νομιμότητας, της ασφάλειας δικαίου και της αναλογικότητας. Για το λόγο αυτό, η Επιτροπή Διαγωνισμού κάλεσε με το από 26.11.2020 έγγραφό της την ανάδοχο εταιρεία να προσκομίσει αποκλειστικά, τα έγγραφα που αποδεικνύουν την συνδρομή των νόμιμων προϋποθέσεων άρσης του λόγου αποκλεισμού και συγκεκριμένα την απόδειξη ολοσχερούς εξόφλησης του προστίμου, που της επιβλήθηκε με την παραπάνω υπ' αρ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προς απόδειξη (επιβεβαίωση) των δηλώσεών της στο ΕΕΕΣ σχετικά με το ότι έχει υπαχθεί στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 (ΕΕΕΣ, Μέρος III: Λόγοι Αποκλεισμού, Εδάφιο Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, στην παράγραφο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», σελ.10 & 11), σύμφωνα με το άρθρο 79, παρ.5 του Ν.4412/2016. Ακολούθως, η ανάδοχος εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα την 2.12.2020 ηλεκτρονικά και σε έντυπη μορφή τα έγγραφα μέσω της Υπηρεσίας TAXISNET της που αποδεικνύουν την ολοσχερή εξόφληση του προστίμου, που της είχε επιβληθεί, όπως φαίνεται στο ΦΕΚ 3104/08.09.2017 (σελ.36929) αποδεικνύοντας (επιβεβαιώνοντας) τα όσα δήλωσε αυτή στο ΕΕΕΣ και κυρίως ως προς τη συνδρομή των προϋποθέσεων

Αριθμός απόφασης: 266/2021

της παρ. 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011 (εξάλειψη του αξιοποίνου, απαλλαγή από διοικητικές κυρώσεις, μη θεμελίωση λόγου αποκλεισμού). Κατόπιν τούτου και δεδομένου ότι, όπως προκύπτει από τα παραπάνω, δεν συντρέχει στη συγκεκριμένη περίπτωση λόγος αποκλεισμού της αναδόχου εταιρείας, πολλώ δε μάλλον λόγος για την εκκίνηση της διαδικασίας ελέγχου των μέτρων αυτοκάθαρσης, η Επιτροπή Διαγωνισμού ορθώς και νομίμως προέβη στην κατακύρωση του έργου στην ανάδοχο εταιρεία. Και ως εκ τούτου ο παραπάνω λόγος της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Τέλος και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι η παράλειψη διατύπωσης κρίσης επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης καθιστά την υπ' αρ. 20722/09.12.2020 απόφαση του ΔΣ της ... σε κάθε περίπτωση ακυρωτέα ελλείπει νόμιμης αιτιολογίας αναφορικά με την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης, πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος, δεδομένου ότι, όπως προαναφέρθηκε, λόγω και της παρόδου της τριετούς περιόδου αποκλεισμού δεν συνέτρεχε και εξ αυτού του λόγου περίπτωση αποκλεισμού της αναδόχου εταιρείας και ως εκ τούτου εξέλειπε και η υποχρέωση της Επιτροπής Διαγωνισμού, αφενός να εκκινήσει τη διαδικασία ελέγχου των μέτρων αυτοκάθαρσης και αφετέρου να διατυπώσει κρίση επί της επάρκειας αυτοκάθαρσης για τους παραπάνω λόγους».

17. Επειδή, η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της αντιστοίχως υποστηρίζει τα εξής. «1. Έλλειψη λυσιτέλειας της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας. Η αιτούσα, προβάλλει λόγους οι οποίοι στο σύνολό τους είναι αβάσιμοι, όπως λεπτομερώς θα εκτεθεί κατωτέρω. Ερειδόμενη στους μη νόμιμους και απαράδεκτους λόγους που προβάλλει, αιτείται η αντίδικος, αφενός να κριθεί ότι μη νόμιμα έγινε αποδεκτή η προσφορά μας αφετέρου να αποκλεισθεί η προσφορά της εταιρείας μας και να αποκλεισθεί η συμμετοχή μας από το διαγωνισμό. Ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι απαραδέκτως αιτείται η αντίδικος την απόρριψη της προσφοράς μας και τον αποκλεισμό μας με την προδικαστική προσφυγή της, οι λόγοι που προβάλλει - ακόμη και στην απίθανη περίπτωση που κριθούν βάσιμοι, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε- δεν άγουν σε αποκλεισμό μας, αλλά αφενός στην κατ' άρθρο 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, αφ' ετέρου στην κατ' άρθρο 79 παρ. 5 περιπτ. γ του Ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 266/2021

και την κατ' άρθρο 310 του Ν. 4412/2016 εκ νέου πρόσκληση προς συμπλήρωση και διευκρίνιση παραληφθέντων δικαιολογητικών (πρβλ. ΑΕΠΠ 1473/2020 - σελίδα 6-7, ΕΑ ΣΤΕ 17/2020 - σκέψη 9 - σχετ. αρ. 1) και στην εκ νέου αποδοχή της προσφοράς μας και την κατακύρωση του έργου σε εμάς. Με απλά λόγια η αντίδικος, ουδόλως ισχυρίζεται ότι δεν πληρούμε κάποια απαίτηση της διακήρυξης. Ουδόλως ισχυρίζεται ότι προβήκαμε σε οιαδήποτε ανακριβή δήλωση στο έντυπο ΕΕΕΣ ή ότι μας ελλείπει οιοδήποτε προσόν. Ισχυρίζεται ότι στα υποβληθέντα δικαιολογητικά που έχει παραλάβει η αναθέτουσα αρχή, όπως αυτά έχουν διευκρινιστεί και συμπληρωθεί με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, υφίστανται φερόμενες ελλείψεις, οι οποίες αφενός δήθεν διέλαθαν την προσοχής της αναθέτουσας αρχής, όταν αιτήθηκε διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, αφετέρου ότι δήθεν η αναθέτουσα αρχή, ακολούθησε εσφαλμένη διαδικασία, παραλείποντας να εκκινήσει την διαδικασία αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης και να διαβιβάσει σχέδιο απόφασης στην αρμόδια Επιτροπή. Ακόμη και βάσιμες να υποτεθούν οι αιτιάσεις της, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε, τούτου δεν άγει σε αποκλεισμό μας, ούτε φυσικά σε τροποποίηση της σειράς μειοδοσίας, πολλώ δε μάλλον δεν άγει σε κατακύρωση του έργου στην ίδια. Αντίθετα, και βάσιμοι να υποτεθούν οι ισχυρισμοί της αιτούσας, τούτο άγει σε κατ' άρθρο 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 μερική ακύρωση της διαδικασίας και επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα. Ήτοι, αν το σφάλμα έγκειται δήθεν στην παράλειψη πρόσκλησης σε υποβολή των μέτρων αυτοκάθαρσης και εκκίνησης της διαδικασίας ελέγχου, τότε η αναθέτουσα αρχή θα μας καλούσε να υποβάλλουμε τα μέτρα και θα ακολουθούσε τη διαδικασία, για εκφορά γνώμης περί της επάρκειάς τους. Δεν θα μας απέκλειε. Ομοίως, αν κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή, όταν μας κάλεσε, κατ' άρθρο 79 παρ. 5 περιπτ. γ του Ν. 4412/2016, παρέλειψε να μας καλέσει για διευκρινίσεις- συμπληρώσεις επί των εγγράφων που παραπονείται η αιτούσα, και πάλι δεν θα αποκλειόμασταν. Απλά θα ακυρωνόταν μερικώς η διαδικασία και θα επαναλαμβάνετο από το σημείο όπου μας καλούσε εκ νέου στην παροχή διευκρινίσεων- συμπληρώσεων. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί με την υπ' αρ. ΕΑ ΣΤΕ 17/2020 απόφαση «Υπό τα δεδομένα αυτά, πιθανολογείται ότι, μετά την ακύρωση της αποφάσεως περί οριστικής κατακυρώσεως των αποτελεσμάτων του

Αριθμός απόφασης: 266/2021

διαγωνισμού, η οποία στηρίχθηκε στην διαπίστωση, αφ' ενός μεν, των πλημμελειών της κλήσεως που απευθύνθηκε στην αιτούσα για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. αφετέρου δε. της υποβολής προς έλεγχο εκ μέρους την αιτούσης του συνόλου των απαιτούμενων δικαιολογητικών. ο διαγωνισμός επανέρχεται στο στάδιο, το οποίο προηγείται της οριστικοποιήσεων την κατακυρώσεων και τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής υποχρεούνται να αποκαταστήσουν τις, σύμφωνα με τα κριθέντα με την απόφαση του Δικαστηρίου, διαπιστωθείσες πλημμέλειες της διαδικασίας που ανάγονται σε δικές τους πράξεις ή παραλείψεις. Η ερμηνεία αυτή είναι σύμφωνη με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπουν τους διαγωνισμούς, υπό την έννοια ότι η ανάδειξη του αναδόχου δεν είναι δυνατόν να επηρεάζεται από ενέργειες την αναθέτουσας αρχήν οι οποίες δεν είναι σύμφωνες με τους όρους που διέπουν τη διαδικασία του διαγωνισμού. Πιθανολογείται, επομένως, ότι στην προκειμένη περίπτωση τα αρμόδια όργανα του καθ' ου Οργανισμού. όφειλαν μετά την ακύρωση της αποφάσεως περί οριστικής κατακυρώσεως. να απευθύνουν νέα κλήση στην αιτούσα για προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που δεν είχαν ζητηθεί με το σχετικό έγγραφο. Τούτο δε εν όψει των προαναφερθεισών ειδικών συνθηκών της συγκεκριμένης περιπτώσεως, προς αποκατάσταση των πλημμελειών της αρχικής κλήσεως, μολονότι στη διακήρυξη δεν προ βλέπεται, κατ' αρχήν, η δυνατότητα συμπληρώσεως ελλιπών δικαιολογητικών κατόπιν προσκλήσεως της αναθέτουσας αρχής.» Εν προκειμένω, οι πλημμέλειες που επικαλείται η αντίδικος, περιορίζονται σε πλημμέλειές της - κατά τις απόψεις της αιτούσας - διαδικασίας εξέτασης των μέτρων αυτοκάθαρσης που δήθεν δεν ακολούθησε η αναθέτουσα αρχή πριν την έκδοση της απόφασης κατακύρωσης (6ος λόγος της υπό κρίση προσφυγής που καταλαμβάνει και τη μεγαλύτερη έκταση), ως και φερόμενες ελλείψεις δικαιολογητικών που δεν περιλήφθηκαν ωστόσο, ούτε στην υπ' αρ. πρωτ. 19049/21.10.2020 πρόσκληση ούτε στο από 26.11.2020 έγγραφο υποβολής διευκρινίσεων - συμπληρώσεων δικαιολογητικών της αναθέτουσας αρχής. Πλην όμως, ακόμη κι αν πιθανολογούνταν βάσιμες οι αιτιάσεις της καθής, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε, τούτο θα είχε ως συνέπεια την ακύρωση των ως άνω παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής και είτε την

εκκίνηση της διαδικασίας αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης (αν υποτεθεί ότι όφειλε να ακολουθηθεί αυτή η διαδικασία, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε), είτε την εκ νέου πρόσκληση σε παροχή διευκρινίσεων-συμπληρώσεων παραληφθέντων δικαιολογητικών, κατ' άρθρο 79 παρ. 5 εδαφ. γ. του Ν. 4412/2016. Σε καμία περίπτωση δεν θα είχε ως αποτέλεσμα την κατακύρωση του έργου στην αντίδικο. Ως εκ τούτου, η προδικαστική προσφυγή ασκείται αλυσιτελώς και περιέχει απαράδεκτο αίτημα απόρριψης της προσφοράς μας. 2. Ως προς την δήθεν ελλιπή κατάθεση δικαιολογητικών για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4 περ. ε της διακήρυξης. Προ πάσης άλλης αναφοράς, επισημαίνουμε ότι το άρθρο 23 της διακήρυξης, δεν προβλέπει την προσκόμιση κανενός συγκεκριμένου και ειδικού δικαιολογητικού για την κάλυψη της περίπτωσης ε της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22 της διακήρυξης. Αντίθετα, το άρθρο 23.3 με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α» προβλέπει ως δικαιολογητικό την προσκόμιση μίας γενικής υπεύθυνης δήλωσης περί του ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντος οι οριζόμενοι στη διακήρυξη λόγοι αποκλεισμού. Και μάλιστα, σύμφωνα με την υποσημείωση 34 της διακήρυξης, για να επέλθει αποκλεισμός για τις περιπτώσεις του άρθρου 22.Α.4. για τις οποίες δεν υφίσταται δικαιολογητικό και προσκομίζεται μόνο υπεύθυνη δήλωση, το βάρος απόδειξης έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία πρέπει να αποδείξει με κατάλληλα μέσα ότι συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις αυτές. Άλλως αποκλεισμός δεν μπορεί να επέλθει. Ήτοι, κατά ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης, για την περίπτωση (ε) του άρθρου 22.Α.4 της διακήρυξης καθώς και για όσες άλλες δεν προβλέπεται συγκεκριμένο δικαιολογητικό, προβλέπεται ρητά αναστροφή του βάρους απόδειξης για να επέλθει αποκλεισμός του προσφέροντος. Ήτοι, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να αποδείξει ότι ο προσφέρων εμπίπτει στην κατάσταση του άρθρου 22.Α4 (ε) της διακήρυξης και έχει εμπλακεί στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 280 του ν. 4412/2016. Και τούτο, είναι απολύτως εύλογο, διότι μόνο η αναθέτουσα αρχή, έχει γνώση για την περίπτωση ε του άρθρου 22.Α.4 της διακήρυξης, ποιοι συμμετείχαν προδημοπρασιακά στην διαδικασία σύναψης σύμβασης, και αν υφίσταται στρέβλωση εξ' αυτού του λόγου στο πρόσωπο του

προσφέροντος, όπως θα εκτεθεί λεπτομερώς και κατωτέρω. Ειδικότερα, αυτολεξεί προβλέπει η διακήρυξη στη σελίδα 34 του άρθρου 23.3 περιπτ. (ε) «Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού». Η δε παραπομπή με αριθμό 34, στην σελ. 46 της διακήρυξης ορίζει αυτολεξεί «Επισημαίνεται ότι ο αναθέτων φορέας, εφόσον μπορέσει να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις αυτές, αποκλείει οποιονδήποτε οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης» Εν προκειμένω η εταιρεία μας, αφενός είχε απαντήσει ευθαρσώς ΟΧΙ στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ, που σημειωτέων υπέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και δεν αμφισβητήθηκε η ορθότητα του από οιονδήποτε, της προσφεύγουσας περιλαμβανομένης, και συγκεκριμένα είχε απαντήσει αρνητικά στη σελίδα 11-12 του ΕΕΕΣ, στο ερώτημα «Γνωρίζει ο οικονομικός φορέας την ύπαρξη τυχόν σύγκρουσης συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης;» που υπήρχε υπό τον τίτλο «Σύγκρουση συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» αφετέρου, προσκόμισε για την κάλυψη της περίπτωσης (ε) του άρθρου 23.3 της σελίδας 34 της διακήρυξης δύο υπεύθυνες δηλώσεις του Ν. 1599/1986, υπογεγραμμένες την 26.07.2020 και την 30.10.2020 αντιστοίχως, στις οποίες δήλωνε ευθαρσώς ο νόμιμος εκπρόσωπος ότι [στην με ημεροχρονολογία 26.07.2020 Υ.Δ.]. «Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας της κυρώσεις, η εταιρία ... την οποία νόμιμα εκπροσωπώ, η οποία συμμετέχει στο διαγωνισμό του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΔΗΜΟΥ ... - ...», δηλώνω ότι δεν συντρέχουν για αυτή οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα». Ομοίως στην από 30.10.2020 Υ.Δ και πάλι ο νόμιμος εκπρόσωπος δήλωνε ευθαρσώς «Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας της κυρώσεις η εταιρία ... την οποία νόμιμα εκπροσωπώ και η οποία έχει προσκληθεί με την υπ' αρ. 19049/21.10.2020 Πρόσκληση σας για την υποβολή δικαιολογητικών, που αφορούν στο διαγωνισμό του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΩΝ ΔΗΜΟΥ ... - ...», δηλώνω ότι δεν συντρέχουν για αυτή οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα». Με αυτό το περιεχόμενο, η εταιρεία μας, κατέθεσε όταν προσκλήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, σε συνέχεια της σχετικής δήλωσης

που είχε κάνει στο ΕΕΕΣ, η οποία υπέχει θέση Τ.Δ., την απαιτούμενη από το άρθρο 23.3 περιπτ. (ε) της διακήρυξης Υπεύθυνη Δήλωση, η οποία ουδόλως απαιτείται να είναι ειδική, καλύπτοντας έτσι όλες τκ απαιτήσεις του άρθρου 22.Α.4 για τις οποίες δεν υφίστανται και δεν απαιτούνται ειδικά δικαιολογητικά και δηλώνονται ότι πληροί όλες τκ απαιτήσεις της διακήρυξης. Η αντίδικος προσφεύγουσα, προφανώς υπολαμβάνει ότι στις συγκεκριμένες Υ,Δ,. έπρεπε να γίνεται ρητή αναφορά στην περίπτωση 22.Α.4 περιπτ (ε), επειδή στην ΥΔ αναφέροντας εκ περισσού, ονομαστικά κάποιες από τις περιπτώσεις. Τέτοια απαίτηση, ωστόσο, δεν υφίσταται από τη διακήρυξη, η οποία πουθενά δεν αναφέρει ότι η Υ.Δ. του άρθρου 23.3 περιπτ. Γ πρέπει να αναφέρει μία προς μία όλες τις περιπτώσεις. Επιπλέον δε, για τις περιπτώσεις για τις οποίες δεν υφίσταται συγκεκριμένο και ειδικό δικαιολογητικά. αλλά προσκομίζεται Υπεύθυνη Δήλωση, δεν δύναται να χωρέσει αποκλεισμός προσφεύγοντος. παρά μόνο στην περίπτωση που μπορεί η αναθέτουσα αρχή να αποδείξει ότι υπήρχε στρέβλωσή του ανταγωνισμού, όπως ρητά ορίζει διακήρυξη. Συνεπώς, αφενός δεν υπήρχε έλλειψη του συγκεκριμένου δικαιολογητικού - Υπεύθυνης Δήλωσης διότι είχε δηλωθεί ορθά και στο ΕΕΕΣ, που αποτελεί Υ.Δ. που δεν αμφισβητήθηκε από κανένα, αφετέρου περιλήφθηκε αναφορά στην από 26.07.2020 και 30.10.2020 Υ.Δ. που καλύπτει όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή, που είχε το βάρος απόδειξης, και γνώριζε ποιοι είχαν εμπλοκή στην διαδικασία σύναψης σύμβασης, δεν είχε το παραμικρό στοιχείο για να αποδείξει σύγκρουση συμφερόντων για το πρόσωπο της εταιρείας μας. Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος που προβάλλει η αντίδικος, είναι κατασκευασμένος, προβάλλεται κατά παρερμηνεία και στρέβλωση τόσο του νοήματος των Υπεύθυνων Δηλώσεων που υποβάλλαμε, όσο και των απαιτήσεων της διακήρυξης, και του βάρους απόδειξης της αναθέτουσας αρχής. Σε καμία περίπτωση, η αίτηση αυτή δεν μπορεί να επιφέρει αποκλεισμό μας. Περαιτέρω, ωστόσο, ο ισχυρισμός της αντιδίκου, είναι αβάσιμος και για ένα επιπρόσθετο λόγο. Όπως ρητά ορίζει το άρθρο 23.2 εδάφια δ-ε της διακήρυξης «Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία. αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε

Αριθμός απόφασης: 266/2021

εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά. όταν ο αναθέτων φορέας διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά». Την ίδια πρόβλεψη έχει και το άρθρο 79 παρ. 6 του Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, αφενός (i) η εταιρεία μας είχε δηλώσει στο ΕΕΕΣ που είχε υποβάλλει στο διαγωνισμό και επέχει θέση Υπεύθυνης Δήλωση«, αδιαμφισβήτητης από όλους, ειδικά για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.4(ε) ότι δεν υπάρχει στο πρόσωπό της στρέβλωση του ανταγωνισμού από πρότερη συμμετοχή στην προετοιμασία της διαδικασίας, (ii) η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη στα χέρια της αυτή την υπεύθυνη δήλωση-ΕΕΕΣ που την είχε κρίνει επαρκή, (iii) η αναθέτουσα αρχή είχε πλήρη στοιχεία και τη συναφή πληροφορία για το ποιοι είχαν πριν το διαγωνισμό συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία και στην, κατ' άρθρο 280 του Ν. 4412/2016, παροχή πάσης φύσεως συμβουλών στον αναθέτοντα φορέα, καθώς η ίδια η αναθέτουσα αρχή είχε μεριμνήσει για τη σύνταξη των τευχών αφετέρου, το βάρος απόδειξης της συρροής περίπτωσης του άρθρου 22.Α.4.(ε) έχει μόνο η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αποκλείσει οικονομικό φορέα. Εκ περισσού, δε η αναθέτουσα αρχή είχε και τις πρόσθετες Υπεύθυνες δηλώσεις του Ν. 1599/1986, ότι πληρούνται όλοι οι όροι της διακήρυξης. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, είχε όλα τα δικαιολογητικά και όλες τις πληροφορίες καταρχήν έννοια του άρθρου 23.2 της διακήρυξης, και δεν χρειαζόταν η προσκόμιση της παραμικρής πρόσθετης και ειδικής νέας δήλωσης με πανηγυρικό περιεχόμενο περί της μη συρροής κατάστασης του άρθρου 22.Α.4. περιπτ. (ε) της διακήρυξης. Για το λόγο αυτό, απολύτως ορθά και νόμιμα και η αναθέτουσα αρχή, όταν μας κάλεσε με την από 26-11-2020 έγγραφη Πρόσκλησή της σε υποβολή διευκρινίσεων και συμπληρωματικών εγγράφων (αλλά και με την αρχική πρόσκλησή της ακόμη), ουδέν διέλαβε για προσκόμιση Υπεύθυνης Δήλωσης περί μη συρροής κατάστασης του άρθρου 22.Α.4 περιπτ. (ε) της διακήρυξης. Διότι και σχετική δήλωση διέθετε - εις τριπλούν [ΕΕΕΣ, από 26.07.2020 Υ.Δ. και από 30.10.2020 Υ.Δ.] και ήταν η μόνη που είχε και την πληροφορία συνολικά και το βάρος απόδειξης. Κατόπιν

των ανωτέρω, ο πρώτος προβαλλόμενος λόγος της αντιδίκου προσφεύγουσας είναι απολύτως αβάσιμος και απορριπτός, δεν μπορούσε δε σε καμία περίπτωση να άγει σε αποκλεισμό μας Άλλωστε, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι υπήρχε η παραμικρή έλλειψη στις υποβληθείσες Υ.Δ., όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε, αυτό σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να άγει σε αποκλεισμό μας. Τούτο διότι κατ' άρθρο 79 παρ. 5 εδάφ. Γ της διακήρυξης «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82». Ομοίως, το άρθρο 9 της διακήρυξης ορίζει ρητά, με ταυτόχρονη επίκληση των άρθρων 310 του Ν. 4412/2016 και ...-103 του Τ.Κ.Π.Υ.Σ. ότι μπορεί να ζητηθεί ανά πάσα στιγμή της αξιολόγησης μιας προσφοράς, διευκρίνιση ή συμπλήρωση δικαιολογητικών. Όπως δε έχει κριθεί με την υπ' αρ. ΑΕΠΠ 1473/2020 απόφαση (σελ. 6) το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 (όμοιου περιεχομένου με το άρθρο 310 του Ν. 4412/2016) εφαρμόζεται ακόμη και επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συνεπώς, κι αν θεωρηθεί ότι υφίσταται έλλειψη, η αναθέτουσα αρχή, είχε υποχρέωση να μας καλέσει να συμπληρώσουμε-διευκρινίσουμε τις υποβληθείσες Υπεύθυνες Δηλώσεις. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της αντιδίκου προβάλλεται αλυσιτελώς σε κάθε περίπτωση. 3. Ως προς τον ισχυρισμό περί της δήθεν μη ικανοποίησης της απαίτησης περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ. Η προσφεύγουσα αντίδικος, προκειμένου να επιχειρήσει να υποστηρίξει τον απολύτως κατασκευασμένο ισχυρισμό της, ότι δήθεν δεν διαθέτουμε την απαιτούμενη από το άρθρο 22.Γ. περιπτ. β πιστοληπτική ικανότητα και δεν προσκομίσαμε δήθεν έγγραφο τράπεζας που να αποδεικνύει την πιστοληπτική μας ικανότητα σύμφωνα με το άρθρο 23.5.(ii) της διακήρυξης, όχι μόνο παρερμηνεύει καταφανώς τους όρους της διακήρυξης, αλλά επιχειρεί να διαστρεβλώσει πλήρως και το περιεχόμενο και το νόημα των υπ' αρ. 368/21.07.2020 και 479/01.12.2020 βεβαιώσεων της Τράπεζας Προ πάσης άλλης αναφοράς ξεκαθαρίζουμε ότι οι ως άνω βεβαιώσεις δηλώνουν ευθαρσώς (και οι δύο) δύο γεγονότα, τα οποία υπερκαλύπτουν- το καθένα ξεχωριστά- τις απαιτήσεις της διακήρυξης Α) ότι η εταιρεία μας σήμερα - και ανεξαρτήτως του αν θα αναλάβει το συγκεκριμένο έργο - έχει ήδη εγκεκριμένη και υφιστάμενη πιστοληπτική ικανότητα (δηλαδή

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ικανότητα να πιστοδοτηθεί), όπως απαιτεί το άρθρο 22.Γ (β) της διακήρυξης ποσού 12.000.000.00 ευρώ. Αυτή είναι η ήδη εγκεκριμένη πιστοληπτική ικανότητα της εταιρείας μας. η οποία δηλώνεται ευθαρσώς ως ποσό στις υποβληθείσες τραπεζικές βεβαιώσεις. Β) ότι πέραν της ήδη εγκεκριμένης πιστοληπτικής ικανότητας, αν η εταιρεία μας αναδειχθεί ανάδοχος στο συγκεκριμένο έργο, η Τράπεζα προτίθεται να εξετάσει και οποιοδήποτε αίτημα υποβληθεί για το συγκεκριμένο έργο με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου. Δηλαδή, επιπλέον των ήδη εγκεκριμένων 12.000.000 ευρώ, αν η εταιρεία μας αναλάβει το εγκεκριμένο έργο, η πιστοληπτική της ικανότητα θα αυξηθεί κατ' ελάχιστον για ακόμη 3.450.000 ευρώ. υπερβαίνοντας τα 15.420.000 ευρώ. Σημειώνεται δε ότι κατά την απαίτηση της διακήρυξης, δεν ζητείται καν ως επαρκής απόδειξη η προσκόμιση τραπεζικού εγγράφου στο οποίο να δηλώνεται ήδη εγκεκριμένη πιστοληπτική ικανότητα, δεν ζητείται καν έγγραφο στο οποίο να δηλώνεται ήδη εγκεκριμένη χρηματοδότηση (και δη όπως αβάσιμα μάλιστα χρησιμοποιεί την έννοια χρηματοδότηση η προσφεύγουσα) αλλά απλή δήλωση της τράπεζας ότι θα εξετάσει στο μέλλον αίτηση για χρηματοδότηση σε ποσοστό τουλάχιστον 10%. Εν προκειμένω δε, η εταιρεία μας, προσκόμισε βεβαίωση, που όχι μόνο περιλαμβάνει τη σχετική δήλωση της Τράπεζας για εξέταση του αιτήματος, αν αναλάβουμε το έργο, αλλά δηλώνει ότι ήδη έχει εγκεκριμένο όριο πιστοδότησης ποσού 12.000.000 ευρώ, ήτοι ήδη τετραπλάσιου του μελλοντικώς ζητούμενου από τη διακήρυξη. Η αιτούσα, παραγνωρίζοντας τα ανωτέρω, προβαίνει στην κυριολεξία σε «παιχνίδι λέξεων». Εν ολίγοις: Το άρθρο 22.Γ της διακήρυξης αυτολεξεί αναφέρει στην περίπτωση β «Πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ». Ομοίως, το άρθρο 23.5 περιπτ. [ii] της διακήρυξης ορίζει «για την απόδειξη της πλήρωσης του άρθρου 22.Γ.β) και για όλες τις περιπτώσεις οικονομικών φορέων στα προαναφερόμενα (α), (β), (γ). Από τη βεβαίωση τράπεζας για το μέγεθος της δανειοληπτικής ικανότητας του οικονομικού φορέα, ημεδαπής και αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας έγγραφο της τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο και θα εξετάσει αίτηση για χρηματοδότηση, με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% του προϋπολογισμού του έργου (με

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αναθεώρηση και ΦΠΑ], αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος». Από τις ως άνω ρήτρες της διακήρυξης, πουθενά δεν γίνεται λόγος και διαχωρισμός εννοιών, όπως αυτός που επιχειρεί απολύτως κακόπιστα να κάνει η προσφεύγουσα. Πουθενά δεν απαιτεί η διακήρυξη, ούτε διακρίνει την έννοια της πιστοληπτικής ικανότητας από την έννοια της χρηματοδότησης, και των εγγυητικών επιστολών. Δεν απαιτεί καν η διακήρυξη ήδη εγκεκριμένη πιστοδοτική ικανότητα ή έστω «χρηματοδότηση», όπως αυτή που αποδεικνύεται ότι έχουμε. Δεν απαιτεί καν η διακήρυξη δήλωση της τράπεζας, στην οποία να γίνεται διάκριση, με τον τρόπο που η προσφεύγουσα αντίδικος ερμηνεύει. Επίσης, όπως είναι γνωστό, όταν έχει ήδη εγκεκριμένα όρια πιστοδότησης 12.000.000 ευρώ η Τράπεζα για την εταιρεία μας, χωρίς καν ανάληψη ενός έργου, τα όρια αυτά προφανέστατα και θα αυξηθούν. Το αυτό δηλώνει και η Τράπεζα. Ότι τα όρια θα αυξηθούν τουλάχιστον για ποσό 10% του προϋπολογισμού του έργου, οποτεδήποτε υποβάλλουμε αίτημα. Αυτό που αντιλαμβανόμαστε εμείς, το ίδιο το Τραπεζικό ίδρυμα, αυτό αντιλήφθηκε και η ίδια η αναθέτουσα αρχή, η οποία έθεσε τους όρους της διακήρυξης, και γνωρίζει πρωτοτύπως το νόημά τους και τι ακριβώς επιθυμούσε και εννοούσε. Η αναθέτουσα αρχή, έλαβε την 368/21.07.2020 βεβαίωση της τράπεζας, την θεώρησε επαρκέστατη, ζήτησε με την από 26-11-2020 επικαιροποίησή της, έλαβε νέα βεβαίωση της τράπεζας με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο, και την θεώρησε εκ νέου επαρκέστατη. Οι παρερμηνείες στις οποίες προβαίνει η αντίδικος προσφεύγουσα, συνιστούν δική της - απολύτως ασαφή - θεώρηση των απαιτήσεων της διακήρυξης. Σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσαμε να αποκλειστούμε με το σκεπτικό της αντιδίκου, και με τις ερμηνείες που αυτή δίδει. Όχι μόνο διότι αυτές δεν υιοθετούνται ως τέτοιες από την αναθέτουσα αρχή-..., και δεν απαντιούνται ούτε ερμηνεύονται έτσι ποτέ υπό το φώς των όμοιων όρων των διακηρύξεων των πρότυπων τευχών, αλλά, στην απίθανη περίπτωση που υποτεθεί ότι αυτό επιθυμούσε κάποια αναθέτουσα αρχή, τότε όφειλε να αναγράψει ευθαρσώς και διακριτά το περιεχόμενο της δήλωσης προθέσεως που θα παράσχει έκαστο τραπεζικό ίδρυμα. Το να προσκομίζουμε βεβαίωση στην οποία δηλώνεται υφιστάμενη πιστοληπτική ικανότητας 12.000.000, ήδη εγκεκριμένη χρηματοδότησης 2.000.000 ευρώ (χωρίς καν να ενδιαφέρει την τράπεζα να έχουμε αναλάβει ή όχι ή αν θα αναλάβουμε στο

μέλλον το συγκεκριμένο έργο) ως και ταυτόχρονη δήλωση της Τράπεζας, ότι εφόσον αναλάβουμε το έργο, προτίθεται να αυξήσει τα όριά μας κατά επιπλέον 3.450.000 ευρώ (10% του προϋπολογισμού) εξετάζοντας σχετική αίτησή μας, και να διατείνεται η αντίδικος προσφεύγουσα ότι δεν πληρούμε τις απαιτήσεις της διακήρυξης, συνιστά πρόδηλα καταχρηστική ενέργεια. Δεν μπορεί με παρερμηνεία ή φερόμενη χρήση ασαφών όρων (όπως διατείνεται ότι τους αντιλαμβάνεται η προσφεύγουσα) να υποστηρίξει οιοσδήποτε ότι μπορεί να επέλθει αποκλεισμός μας. Πολλώ δε μάλλον ότι υποβάλλαμε ψευδή δήλωση, όπως διατείνεται η προσφεύγουσα αντίδικος, περί του ότι δεν έχουμε δήθεν την απαιτούμενη από τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Επιπρόσθετα, ο ισχυρισμός στη σελίδα 25, παραγρ. 5 της προδικαστικής προσφυγής της αντιδίκου προσφεύγουσας, περί δήθεν έλλειψης νομιμότητας της επίμαχης βεβαίωσης, επειδή δήθεν η πρώτη βεβαίωση της τράπεζας εκδόθηκε την 21-7-2020, και δήθεν δεν βεβαιώνεται δυνατότητα χρηματοδότησης την ημέρα του διαγωνισμού, υπολαμβάνοντας η αντίδικος απολύτως αβάσιμα ότι η τραπεζική βεβαίωση έπρεπε να είχε εκδοθεί αυθημερόν, είναι απολύτως αβάσιμος. Τέτοια απαίτηση, όχι μόνο δεν προβλέπεται στη διακήρυξη, αλλά έρχεται και αντίθετα στο πνεύμα αυτής. Όπως ορίζει το άρθρο 23.2 για τα δικαιολογητικά (βλ. σελ. 32), αλλά και προβλέπεται και σε συγκεκριμένες περιπτώσεις του άρθρου 23.3, 23.4, 23.4, 23.7 κλπ, όπου απαιτείται να έχουν εκδοθεί εντός συγκεκριμένης διάρκειας έγγραφα, τούτο ορίζεται στη διακήρυξη. Το άρθρο 23.5 της διακήρυξης δεν περιλαμβάνει καμία πρόβλεψη για αυθημερόν έκδοση τραπεζικής βεβαίωσης από τραπεζικό ίδρυμα, ούτε θέτει κάποιον χρονικό περιορισμό, ως σαν αυτόν που υπολαμβάνει η αντίδικος. Αντίθετα, παγίως γίνονται δεκτά δικαιολογητικά που έχουν εκδοθεί από 3 μήνες έως 30 ημέρες από της υποβολής τους στο διαγωνισμό. Επιπλέον, και σημαντικότερο όλων, η διακήρυξη, απαιτεί μία απλή βεβαίωση της τράπεζας περί της πρόθεσής της να εξέταση μία αίτηση του οικονομικού φορέα για ποσό τουλάχιστον 10% του προϋπολογισμού του έργου, η οποία θα υποβληθεί στο μέλλον. Αυτή η βεβαίωση, αφενός δεν λήγει, ούτε αναγράφεται στο σώμα της υπ' αρ. ... βεβαίωσης, ότι διαρκεί 5ημέρες. Πολλώ δε μάλλον η συνεχής ισχύς της τραπεζικής αυτής βεβαίωσης, επικυρώθηκε από την εκ νέου έκδοση της υπ' αρ. 479/01.12.2020 τραπεζικής

βεβαίωσης, όπου με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο, επανεπιβεβαιώνεται η δέσμευση της τράπεζας να εξετάσει οιοδήποτε αίτημά μας για ποσό που αντιστοιχεί τουλάχιστον στο 10% του προϋπολογισμού. Συνεπώς, ο ισχυρισμός της αντιδίκου, δεν συνάδει ούτε με τις προβλέψεις της διακήρυξης, ούτε με το περιεχόμενο των τραπεζικών βεβαιώσεων, με τις οποίες δήλωση η τράπεζα την δέσμευσή της να εξετάσει αίτημά μας. Έτι δε περαιτέρω, πουθενά στο άρθρο 23.5 της διακήρυξης, ή αλλού, δεν χρησιμοποιείται η φράση «ανεπιφύλακτη», αναφορικά με τη βεβαίωση και το σχετικό λεκτικό που θα χρησιμοποιήσουν τα τραπεζικά ιδρύματα στη βεβαίωση που θα παράσχουν. Τούτο, είναι ομοίως αυθαίρετος ισχυρισμός της αντιδίκου. Αν η αναθέτουσα αρχή ήθελε τη χρήση συγκεκριμένου λεκτικού (και φυσικά όχι αυτού που υποδεικνύει με παρερμηνείες η αντίδικος) θα είχε παράσχει υπόδειγμα τραπεζικής βεβαίωσης με συγκεκριμένο φραστικό. Το δε περιεχόμενο των τραπεζικών βεβαιώσεων που μας χορήγησε η ... εμπεριέχει το απολύτως σύνηθες λεκτικό το οποίο παρέχουν τα τραπεζικά ιδρύματα (του συγκεκριμένου περιλαμβανομένου) στις συνεργαζόμενες εταιρείες και χρησιμοποιείται κατά κόρον σε δημόσιους διαγωνισμούς, και παγίως γίνεται αποδεκτό. Προς τούτο δε έγινε απολύτως αποδεικτό και από την αναθέτουσα αρχή, η οποία αν θεωρούσε ότι έχρηζε κάποιας περαιτέρω διευκρίνισης θα την αναζητούσε. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, δεν περιλαμβάνονται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, και αποτελούν δικής της εμπνεύσεως «απαιτήσεις». Προκειμένου, δε να καταδείξουμε το απολύτως έωλο των επιχειρημάτων και παρερμηνειών της αντιδίκου προσφεύγουσας προσκομίζουμε τραπεζικές βεβαιώσεις που έχουν έτεροι οικονομικοί φορείς σε έτερους διαγωνισμούς (σχετ. αρ. 2-3), από τις οποίες προκύπτει, ότι το λεκτικό της τραπεζικής βεβαίωσης που προσκομίσαμε είναι αυτό που παγίως χρησιμοποιείται από τα τραπεζικά ιδρύματα σε όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς έργων. Τέλος, δε η επίκληση απόφασης της υπ' αρ. 77/2008 απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, που εκδόθηκε προ δωδεκαετίας, σε διαγωνισμό που διενεργήθηκε την 29.11.2006, ήτοι προ 14ετίας, υπό διαφορετικό νομοθετικό πλαίσιο, διαφορετικούς όρους, διαφορετικά τεύχη διακηρύξεων, και μάλιστα σε διακήρυξη που χρησιμοποιούσε διαφορετική φρασεολογία («δανειοληπτική» ικανότητα,

Αριθμός απόφασης: 266/2021

«επαρκή απόδειξη δανειοληπτικής ικανότητας») και εκδόθηκε επ' ευκαιρία και μετά έκδοση σειράς αποφάσεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου (αντίθετων στην ίδια υπόθεση), όπως προκύπτει από το σώμα της απόφασης του ΣτΕ, είναι τουλάχιστον ατυχής. Επίσης, κατά τη ρητή αναφορά στην υπ' αρ. 77/2008, απόφαση, προκύπτει ότι έγγραφο που προσκομίστηκε (από μία εκ των διαγωνιζόμενων κοινοπρακτούντων εταιρειών τις οποίες αφορά η απόφαση) και στο οποίο διευκρινίζετο ότι η πιστοληπτική ικανότητα της εταιρείας ... υπερβαίνει το απαιτούμενο από τη διακήρυξη όριο, θα μπορούσε να συμπληρώσει την αρχική προσκομισθείσα βεβαίωση, πλην όμως είχε προσκομιστεί απαραδέκτως μετά την διενέργεια του διαγωνισμού (κατά το τότε νομοθετικό πλαίσιο) και δεν μπορούσε να ληφθεί παραδεκτά υπόψη, Κατ' αντιδιαστολή, αν είχε προσκομισθεί έγγραφο από την εταιρεία ..., το οποίο βεβαίωνε πιστοληπτική ικανότητα 3.000.000 ευρώ εξ' αρχής, τούτο θα ήταν αποδεκτό. Επίσης και για να είναι απολύτως ξεκάθαρη η απολύτως διακριτή, από την υπό κρίση, περίπτωση που πραγματεύεται η υπ' αρ. 77/2008 απόφαση, προσκομίζουμε - ως σχετικό 4 αντίγραφο του από 20-11-2006 εγγράφου της ..., που αφορά την εταιρεία «...», το οποίο μνημονεύεται στην ως άνω απόφαση του ΣτΕ και το οποίο κρίθηκε ως μη αποδεκτό. Όπως προκύπτει από το σώμα αυτού: (α) δεν περιλαμβάνει καμία δήλωση της τράπεζας να εξετάσει και να εγκρίνει οποιοδήποτε αίτημα (όπως αντίθετα περιλαμβάνει η δική μας βεβαίωση) - διότι δεν απαιτούσε κάτι τέτοιο η διακήρυξη του 2006, (β) Το συγκεκριμένο έγγραφο δεν περιλαμβάνει ενιαίο εγκεκριμένο όριο πιστοδότησης, όπως περιλαμβάνει η δική μας βεβαίωση (γ) το συγκεκριμένο έγγραφο περιλαμβάνει μόνο δήλωση δύο διακριτών εγκρίσεων μία για χρηματοδότηση και μία για εγγυητικές επιστολές. Κατόπιν τούτου, καθίσταται σαφές σε κάθε αντικειμενικό τρίτο κριτή, ότι τα πραγματικά και νομικά περιστατικά της υπ' αρ. ΕΑ ΣτΕ 77/2008 απόφασης δεν έχουν την παραμικρή σχέση με την υπό κρίση υπόθεση. Σημειώνεται δε, ότι ακόμη κι αν η βούληση της αναθέτουσας αρχής δια των όρων της διακήρυξης, ήταν η προσκόμιση εγγράφου με φερόμενο περιεχόμενο ως σαν αυτό που (παρ)ερμηνεύει η αντίδικος προσφεύγουσα, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε (και καταδείχθηκε πανηγυρικά από τη στάση της αναθέτουσας αρχής), τότε εφόσον αυτή η βούληση δεν έχει αποτυπωθεί σαφώς και ευθαρσώς στους

όρους της διακήρυξης, δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να άγει σε αποκλεισμό μας ένεκα εννοιολογικής παρερμηνείας όρων της διακήρυξης. Τούτο διότι, όπως παγίως γίνεται δεκτό, τυχόν ασάφεια όρου της διακήρυξης ερμηνεύεται υπέρ του παραδεκτού της προσφοράς. Ως εκ τούτου, ανεξαρτήτως του αβασίμου, προβάλλεται και αλυσιτελώς από την αντίδικο ο συγκεκριμένος ισχυρισμός. Τούτο, διότι αν αυτή ήταν η φερόμενη βούληση της αναθέτουσας αρχής, ιδία αφού δεν προέκυπτε από κανένα στοιχείο της διακήρυξης, όφειλε να μας απευθύνει συγκεκριμένη ερώτηση για παροχή διευκρίνισης επί των παραληφθεισών τραπεζικών βεβαιώσεων και σε καμία περίπτωση δεν θα μας απέκλειε, όπως διατείνεται η αντίδικος προσφεύγουσα. Όπως είναι άλλωστε γνωστό, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της διακήρυξης (αν υποθεθεί ότι υπάρχουν τέτοιες κατά το νόημα που επιχειρεί να παράσχει η προσφεύγουσα) δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011).4. Ως προς τον ισχυρισμό περί της έλλειψης νομιμότητας του πρακτικού της εταιρείας Η εταιρεία μας, προσκόμισε νόμιμα ακριβές αντίγραφο του από 20.07.2020 Πρακτικού Δ.Σ. με το οποίο αποφασίστηκε η συμμετοχή στον υπόψη διαγωνισμό, το οποίο εκδόθηκε επίσημα από τον Πρόεδρό του Δ.Σ. της εταιρείας και φέρει επίσημη πρωτότυπη ηλεκτρονική υπογραφή αυτού, όπως ρητά ορίζει ο νόμος και το καταστατικό. Ήτοι, το προσκομισθέν ακριβές αντίγραφο επέχει Θέση πλήρους απόδειξης της ύπαρξης έγκρισης για συμμετοχή στο διαγωνισμό και δεν επιτρέπεται ανταπόδειξη, εκτός κι αν προσβληθεί ως πλαστό. Ειδικότερα, το άρθρο 93 παρ. 2 εδαφ. β του Ν. 4548/2018 ορίζει ότι «Αντίγραφα των πρακτικών εκδίδονται επίσημα από τον πρόεδρο ή άλλο πρόσωπο που ορίζεται προς τούτο από το καταστατικό ή από το διοικητικό συμβούλιο, χωρίς να απαιτείται άλλη επικύρωσή τους. Η εταιρεία φέρει το βάρος απόδειξης ότι οι αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου έλαβαν χώρα την ημερομηνία και ώρα που αναγράφεται στο βιβλίο πρακτικών». Ομοίως το καταστατικό ορίζει στο μεν άρθρο 11.4 ότι τα πρακτικά του διοικητικού συμβουλίου επικυρώνονται από

Αριθμός απόφασης: 266/2021

τον πρόεδρο , στο δε άρθρο 16 ότι «Για κάθε περίπτωση που δεν προβλέπεται και ρυθμίζεται από το παρόν καταστατικό έχουν εφαρμογής οι διατάξεις του νόμου 4548/2018 περί αναμόρφωσής του δικαίου των ανωνύμων εταιρειών, όπως εκάστοτε ισχύει». Ούτε ο νόμος, ούτε η διακήρυξη απαιτούν προσκόμιση επικυρωμένου Πρακτικού, υπό την έννοια που υπολαμβάνει η αντίδικος. Απαιτούν Πρακτικό Δ.Σ., υπό την έννοια του νόμου 4548/2018, ήτοι την προσκόμιση αντιγράφου Πρακτικού, όπως ορίζει το άρθρο 93 παρ. 2 εδαφ. β από τον Πρόεδρο του Δ.Σ., όπως αυτό ακριβώς που υποβάλλαμε στο διαγωνισμό, και ίδιο ακριβώς με αυτό που υπέβαλλε και η αντίδικος στο διαγωνισμό, (βλέπε ως σχετ. αρ. 5, το από 14.07.2020 Πρακτικό Δ.Σ. της ..., που ούτε υπογραφές των μελών του Δ.Σ. έχει, ούτε αναγράφει το παραμικρό περί επικύρωσής του από τον Δ/νοντα Σύμβουλο Π. Σουρέτη έχει, και φέρει μόνο ηλεκτρονική υπογραφή από αυτόν}. Περαιτέρω, πουθενά το καταστατικό της εταιρείας μας, δεν ορίζει ή απαγορεύει στον Πρόεδρο του Δ.Σ. να εκδίδει επίσημο αντίγραφο Πρακτικών σύμφωνα με το διάταξη του άρθρου 93 παρ. 2 εδαφ. β του Ν. 4548/2018 , τουναντίον ρητά παραπέμπει στις διατάξεις του νόμου αυτού. Ως εκ τούτου, το επίσημο αντίγραφο του από 20.07.2020 Πρακτικού με το οποίο αποφασίστηκε η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό, εκδόθηκε σύμφωνα με το νόμιμο τύπο που ορίζει το άρθρο 93 παρ. 2 εδαφ. β του Ν. 4548/2018, και συνιστά πλήρη απόδειξη, κατά την του άρθρου 445ΚΠολΔ. Με τον ίδιο τρόπο, συντάχθηκε και το από 14.07.2020 Πρακτικό της ..., το οποίο ούτε υπογραφές των μελών του ΔΣ φέρει, ούτε επικύρωση, υπό την έννοια που υπολαμβάνει η αντίδικος προσφεύγουσα. Σημειούται δε επίσης, ότι ουδεμία αξία έχει ο ισχυρισμός της αντιδίκου περί της ψηφιακής υπογραφής του Προέδρου του Δ.Σ. την 26.07.2020. Ο Πρόεδρος του Δ.Σ. ως έχει εκ του νόμου δικαίωμα, εξέδωσε την 26.07.2020 επίσημο αντίγραφο του Πρακτικού του ΔΣ της 20.07.2020, όπως απεικονίζεται στο βιβλίο Πρακτικών της εταιρείας, απ' όπου και εκδίδονται τα αντίγραφα των πρακτικών. Δεν χρειαζόταν τις υπογραφές των μελών του ΔΣ χρειαζόταν το προσκομισθέν επίσημο αντίγραφο. Η αντίδικος, ουδόλως ισχυρίζεται ότι το Πρακτικό είναι πλαστό ή ανύπαρκτο και συνεπώς ο ισχυρισμός της προβάλλεται εκτός από νομικά αβάσιμα, και αλυσιτελώς. 5. Ως προς τον ισχυρισμό περί δήθεν μη νομίμου ΕΕΕΣ ένεκα υπογραφής του από μη εξουσιοδοτημένο πρόσωπο (4°

Αριθμός απόφασης: 266/2021

λόγος προσφυγής). Ισχυρίζεται η αντίδικος ότι δήθεν υπήρχε λόγος αποκλεισμού μας εξαιτίας υποβολής μη νομίμου ΕΕΕΣ το οποίο υπογραφόταν μόνο από το νόμιμο εκπρόσωπό μας και όχι από όλα τα μέλη του Δ.Σ. της εταιρείας. Στηρίζει τον ισχυρισμό αυτό, αποκλειστικά και μόνο σε περικομμένο απόσπασμα του Πρακτικού του ΔΣ, αγνοώντας ουσιαστικές διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης. Αγνοεί δηλαδή η αντίδικος και αποσιωπά το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης. Κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου 23.1 της διακήρυξης [σελ. 31-32) παρέχεται ρητά δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να υπογραφθεί το ΕΕΕΣ μόνο από το νόμιμο εκπρόσωπό του και κανένα άλλο. Την ίδια ακριβώς πρόβλεψη περιλαμβάνει και το άρθρο 79Α του Ν. 4412/2016 της διακήρυξης. Συμμορφούμενη με το νόμο και με τη διακήρυξη η εταιρεία μας υπέβαλλε το ΕΕΕΣ υπογεγραμμένο από τον Πρόεδρο του ΔΣ, ο οποίος σύμφωνα με το υποβληθέν στο διαγωνισμό, από το 22-10-2020 Πιστοποιητικό εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ και τη συνημμένη σε αυτό από 19-7-2017 ανακοίνωση του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης, με την οποία δημοσιεύθηκε η παροχή εξουσίας στον Πρόεδρο του Δ.Σ. να εκπροσωπεί και να δεσμεύει την εταιρεία, είχε ευθέως εκ του νόμου και της διακήρυξης δικαίωμα υπογραφής του ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, το άρθρο 23.1 της διακήρυξης ορίζει «Κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22.Α.1 της παρούσας. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την υπογραφή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό και το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για τις διαδικασίες σύναξης συμβάσεων για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης». Συναφώς, το άρθρο 79 Α του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό, το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτηση α συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης

σύμβασης.». Όπως προκύπτει ευθαρσώς από το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, είναι απολύτως δυνατή η υπογραφή του ΕΕΕΣ από το νόμιμο εκπρόσωπό της εταιρείας. Τούτο όχι μόνο είναι ξεκάθαρο με το παρόν κανονιστικό πλαίσιο (μετά την εισαγωγή του άρθρου 79Α του Ν. 4412/2016) αλλά είχε κριθεί δικαστικά ότι ισχύει ακόμη και σε διαγωνισμούς που είχαν διενεργηθεί με το προϊσχύσαν διαγωνιστικό πλαίσιο). Η αντίδικος, παραγνωρίζοντας ολόκληρο το ανωτέρω διαγωνιστικό πλαίσιο, αποσιωπά το άρθρο 23.1 της διακήρυξης που αφορά ειδικά την υπογραφή του ΕΕΕΣ από το νόμιμο εκπρόσωπο, και επικαλείται αποκλειστικά και μόνο απόσπασμα του άρθρου 23.8 της διακήρυξης, το οποίο τυγχάνει εφαρμογής - σύμφωνα με τη ρητή ρήτρα της διακήρυξης, μόνο στην περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα. Περίπτωση που δεν συντρέχει μάλιστα εν προκειμένω, διότι όλα τα έγγραφα της προσφοράς, υπογράφονται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του Δ.Σ. ..., και ως εκ τούτου δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω η διάταξη του άρθρου 23.8 ούτως ή άλλως. Συγκεκριμένα αυτολεξεί αναφέρει το άρθρο 23.8 «Πρακτικό Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον αυτό προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού και ορίζεται συγκεκριμένο άτομο». Εν προκειμένω, όλα τα έγγραφα του διαγωνισμού υπογράφονται από τον ... και δεν υπήρχε καμία ανάγκη χρήσης της δυνατότητας [και όχι υποχρέωσης] για εξουσιοδότηση προς υπογραφή όλων των μελών του Δ.Σ. στο ΕΕΕΣ. Επιπλέον, ίδιος ο νόμος στο άρθρο 79Α του Ν. 4412/2016 και η διακήρυξη στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης προβλέπει σαφώς διαζευκτικά τη δυνατότητα υπογραφής του ΕΕΕΣ από διαφορετικά πρόσωπα, προτάσσοντας πάντα το πρόσωπο του νομίμου εκπροσώπου. Ομοίως το άρθρο 23.8 προβλέπει μόνο ως δυνατότητα της παροχή εξουσιοδότησης σε άλλα πρόσωπα, μόνο αν η προσφορά δεν υπογράφεται και δεν υποβάλλεται από το νόμιμο εκπρόσωπο. Εν προκειμένω, όλα τα έγγραφα υπογράφονται από το νόμιμο εκπρόσωπο και δεν τίθεται κανένα απολύτως ζήτημα υπογραφής του ΕΕΕΣ από όλα τα μέλη του Δ.Σ., ούτε

Αριθμός απόφασης: 266/2021

δύνатаι να τύχει εφαρμογής το δυνητικό σκέλος του Πρακτικού του Δ.Σ., το οποίο κατά το άρθρο 23.8 της διακήρυξης θα τύγχανε ισχύς, μόνο σε περίπτωση μη υπογραφής του ΕΕΕΣ από το νόμιμο εκπρόσωπο. Επιπλέον θέτουμε υπόψη σας, ότι κατά τη διάταξη του άρθρου 79 παρ. 6 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «6. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υπονοούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικό ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικό ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιαδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν σε εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό. Ακριβώς την ίδια πρόβλεψη έχει και το άρθρο 23.2 εδαφ. Δ της διακήρυξης. Ήτοι, από την ως άνω ρητή διάταξη νόμου και της διακήρυξης, προκύπτει, ότι όταν υπάρχει ελεύθερη πρόσβαση της αναθέτουσας αρχής στα δικαιολογητικά, δεν έχει καν υποχρέωση ο ανάδοχος να τα προσκομίζει αυτά ή να δηλώνει άλλα στοιχεία. Τα στοιχεία εκπροσώπησης της εταιρείας μας, όπως είναι γνωστό, ως και ο νόμιμος εκπρόσωπός της, είναι αναρτημένα, δημοσιευμένα και ελευθέρως προσβάσιμα στην εθνική βάση δεδομένων του ΓΕΜΗ στο πεδίο δημοσιότητα. Εκεί είναι αναρτημένα και τα στοιχεία που ούτως ή άλλως - εκ περισσού - υποβλήθηκαν στην αναθέτουσα αρχή, ήτοι μεταξύ άλλων το Καταστατικό, η ανακοίνωση εκπροσώπησης η απόφαση παροχής εξουσίας εκπροσώπησης στον Πρόεδρο του ΔΣ της εταιρείας μας κλπ, δυνάμει των οποίων εκδίδεται το Πιστοποιητικό εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ. Ήτοι η αναθέτουσα αρχή είχε ευθέως πρόσβαση στα στοιχεία του ΓΕΜΗ και γνώριζε (πέραν του γεγονότος ότι υποβλήθηκαν και ως δικαιολογητικά) ποιος είναι ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας (βλ. ΑΕΠΠ 988, 989/2020). Για το λόγο αυτό, η εταιρεία μας δια της συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ στο μέρος vi: Τελικές Δηλώσεις παρείχε εξουσιοδότηση στην αναθέτουσα αρχή να λάβει κάθε πληροφορία και στοιχείο που είναι δημοσιευμένο σε εθνική βάση δεδομένων. Ομοίως, η εταιρεία μας στη σελίδα 5 του ΕΕΕΣ δήλωσε ότι ο κ. ... είναι νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας, παρέπεμψε στο σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ με αρ. πρωτ. ... το οποίο μνημόνευσε ρητά. Επίσης και στη σελίδα 3 του ΕΕΕΣ ανέφερε ότι νόμιμος εκπρόσωπος είναι ο κ. ..., παραπέμποντας και στην

ηλεκτρονική ιστοσελίδα ... όπου εκ του νόμου είναι υποχρεωτικώς δημοσιευμένα τα στοιχεία της εταιρείας, ως εισηγμένης στο Χρηματιστήριο Αξιών Αθηνών (ΧΑΑ), οι οικονομικές καταστάσεις, οι αποφάσεις των Γενικών Συνελεύσεων και τα μέλη της διοίκησης. Δυνάμει των ανωτέρω, αφενός η αναθέτουσα αρχή - αλλά και η αντίδικος προσφεύγουσα- είχε ελεύθερη πρόσβαση σε όλα τα οικονομικά στοιχεία μας, από την ελεύθερα προσβάσιμη βάση του Γενικού Εμπορικού Μητρώου (Γ.Ε.ΜΗ.) του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων (Βλ....), όπου στα στοιχεία δημοσιότητας της επιχείρησής μας, με απλή αναζήτηση με το ΑΦΜ και το διακριτικό τίτλο της εταιρείας μας παρέχεται ελεύθερη πρόσβαση σε όλα τα στοιχεία εκπροσώπησης της εταιρείας μας. Συνεπώς, όχι μόνο είχαν προσκομιστεί τα συγκεκριμένα στοιχεία που αποδείκνυαν ότι ο νόμιμος εκπρόσωπός μας ήταν ο κ. ..., ο οποίος εκ του νόμου και της διακήρυξης έχει τη δυνατότητα μόνος του να υπογράψει το ΕΕΕΣ, αλλά αυτά τα στοιχεία ήταν ελεύθερα προσβάσιμα στην αντίδικο προσφεύγουσα, ήδη από το προηγούμενο στάδιο. Έτσι, ο λόγος περί της έλλειψης νομιμότητας της υπογραφής του ΕΕΕΣ, πέραν από αβάσιμος, προβάλλεται και απαραδέκτως και εκπροθέσμως στο παρόν στάδιο. Τούτο διότι η αντίδικος, την υπογραφή του ΕΕΕΣ από το νόμιμο εκπρόσωπό μας, την γνώριζε από το προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού, όπως και το γεγονός ότι αυτός είναι ο νόμιμος εκπρόσωπος που υπογράφει μόνος του. Αν συνεπώς, είχε οιοδήποτε παράπονο, όφειλε να το προβάλλει επικαίρως, κατά της ανάδειξής μας ως προσωρινού μειοδότη, όταν εκδόθηκε η υπ' αρ. 645/01.10.2020 απόφαση του Δ/νοντος Συμβούλου, την οποία αποδέχθηκε και δεν πρόσβαλλε. Συνεπώς, ορθότατα, η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι πληρούμε όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης και ο σχετικός ισχυρισμός της αντιδίκου προσφεύγουσας, προβάλλεται αβάσιμα, απαραδέκτα και εκπρόθεσμα. Ως προς την φερόμενη έλλειψη των δικαιολογητικών περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (5^{ος} λόγος προσφυγής). Η αντίδικος, κατ' επίκληση του άρθρου 23.6 της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι δήθεν η υπ' αρ. ... βεβαίωση καλής εκτέλεσης του έργου «ΑΠΟΧΕΥΤΕΥΣΗ ΑΚΑΡΑΡΤΩΝ ...» δεν μνημονεύει την αξία της σύμβασης και την έντεχνη εκτέλεσή του («κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκε κανονικά» όπως αυτολεξεί ισχυρίζεται η αντίδικος στην προσφυγή της}. Ο ισχυρισμός της

αντιδίκου, είναι απολύτως παρελκυστικός. Όπως και η ίδια δηλώνει, ο τίτλος του δημόσιου εγγράφου με αρ. πρωτ. ... του Δήμου ... που προσκομίστηκε έχει ως θέμα: «Χορήγηση Βεβαίωσης Καλής Εκτέλεσης του έργου ΑΠΟΧΕΥΤΕΥΣΗ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ...». Με αυτή τη βεβαίωση, ο αρμόδιος δημόσιος φορέας, βεβαιώνει, μεταξύ άλλων, όπως αυτολεξεί αναφέρει στο σημείο 2 «Η κατασκευή του έργου "ΑΠΟΧΕΥΤΕΥΣΗ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ..." ξεκίνησε, με την υπογραφή της εργολαβικής σύμβασης, την 31.07.2012 και ολοκληρώθηκε εμπρόθεσμα και έντεχνα την 15.08.2014». Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της αντιδίκου, ότι το δημόσιο έγγραφο δήθεν δεν βεβαιώνει την εκτέλεση του έργου «κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκε κανονικά» είναι παρελκυστικός και αβάσιμος. Υπολαμβάνει αβάσιμα δε η αντίδικος ότι η βεβαίωση καλής εκτέλεσης, δηλαδή το δημόσιο έγγραφο, θα έπρεπε να «αντιγράφει» το λεκτικό της διακήρυξης, και δεν μπορούσε να δηλώνει την έντεχνη και εμπρόθεσμη περαίωσή του με άλλο λεκτικό; Τούτο δεν στηρίζεται ούτε σε όρο της διακήρυξης, αλλά ούτε σε ερμηνεία κατά την κοινή λογική. Όπως είναι γνωστό κάθε δημόσια υπηρεσία χορηγεί βεβαίωσης καλής εκτέλεσης, σύμφωνα με το δικό της λεκτικό. Ούτε φυσικά είναι αναμενόμενο, σε κάθε διαγωνισμό, να απαιτείται από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές να εκδίδουν βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, κατά φραστική αντιγραφή του λεκτικού κάθε διακήρυξης. Ούτε φυσικά η διακήρυξη απαιτεί κάτι τέτοιο. Επιπλέον επισημαίνουμε το εξής: Η αντίδικος προσφεύγουσα σκόπιμα προβαίνει σε αποσπασματική επίκληση του άρθρου 23.6 (ii) της διακήρυξης, προκειμένου να υποστηρίξει τον ισχυρισμό της περί του τι πρέπει να αποδειχθεί. Συγκεκριμένα: Το άρθρο 22.Δ της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζει στην περίπτωση (β) «Οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν κατασκευάσει από το 2011 και ως την ημερομηνία λήξης της υποβολής των προσφορών ένα (1) τουλάχιστον υδραυλικό έργο δικτύου αποχέτευσης, με ελάχιστο προϋπολογισμό δημοπράτησης 8.500.000€ χωρίς ΦΠΑ». Το δε άρθρο 23.8 της διακήρυξης ορίζει στην περίπτωση ii) «για την απόδειξη της πλήρωσης των απαιτήσεων του 22.Δ.Β) και για όλες τις περιπτώσεις οικονομικών φορέων στα προαναφερθέντα (α), (β), (γ) πρέπει να προσκομιστεί κατάλογος παρόμοιων, ποιοτικά και ποσοτικά με το δημοπρατούμενο, έργων εκτελεσμένων από το 2011 και έως την ημερομηνία

Αριθμός απόφασης: 266/2021

λήξης υποβολής των προσφορών, συνοδευόμενος από τα πιστοποιητικά καλής εκτέλεσής τους, από τα οποία θα αποδεικνύεται ότι έχουν εκτελέσει (περαιώσει) κατά το προαναφερθέν χρονικό διάστημα τουλάχιστον ένα (1) υδραυλικό έργο δικτύου αποχέτευσης με ελάχιστο προϋπολογισμό δημοπράτησης 8.500.000€ νωρίς ΦΠΑ». Σημειώνεται ότι η ανωτέρω υπογραμμισμένη και εμφανιζόμενη με έντονη γραφή, πρόβλεψη της διακήρυξης, έχει αποσιωπηθεί από την προσφεύγουσα. Ήτοι από την προσφεύγουσα, αποσιωπάται, τι πρέπει να έχει ως τεχνική ικανότητα ο συμμετέχων και τι πρέπει να αποδειχθεί από τη βεβαίωση καλής εκτέλεσης. Πρέπει να αποδειχθεί η καλή εκτέλεση/περαίωση έργου προϋπολογισμού δημοπράτησης 8.500.000 ευρώ. Δεν έχει καμία σημασία ούτε η λεκτική παράθεση της καλής εκτέλεσης/περαίωσης του έργου στο πιστοποιητικό καλής εκτέλεσης, ούτε η τελική αξία της σύμβασης. Αν αποδεικνύεται από το προσκομισθέν πιστοποιητικό ότι έχει εκτελεσθεί καλώς και έχει περαιωθεί έργο προϋπολογισμού δημοπράτησης ύψους 8.500.000 χωρίς ΦΠΑ, έχουν εκπληρωθεί οι απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της διακήρυξης. Η υπ' αρ. ... Βεβαίωση καλής εκτέλεσης του Δήμου ..., βεβαιώνει την έντεχνη και εμπρόθεσμη περαίωση συγκεκριμένου έργου την 15.08.2014, δηλώνοντας ότι ο προϋπολογισμός δημοπράτησης ανήλθε σε 14.000.000,00€ με ΦΠΑ και ότι το έργο εκτελέστηκε από την 31.07.2012, δυνάμει της υπ' αρ. πρωτ. ... Δημόσιας Εργολαβικής Σύμβασης. Δηλαδή το συγκεκριμένο δημόσιο έγγραφο, κατ' άρθρο 438ΚΠολΔ, συντεταγμένο από δημόσιο λειτουργό και δη από το διευθυντή της διευθύνουσας υπηρεσίας του Δήμου ..., συνιστά πλήρη απόδειξη για τα δηλούμενα σε αυτό, αποδεικνύοντας πλήρως ότι καλύπτονται οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ(Β) και του άρθρου 23.6(ii) της διακήρυξης. Δεν απαιτεί δε η διακήρυξη καν την απόδειξη της τελικής αξίας της σύμβασης, την οποία δεν θεώρησε καν κρίσιμη για την τεχνική επάρκεια η αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε περίπτωση, στο δημόσιο έγγραφο, μνημονεύεται και ο αριθμός (...) και η ημερομηνία υπογραφής της δημόσιας σύμβασής (31.07.2012) και ως δημόσια σύμβαση τηρούμενη σε δημόσια υπηρεσία, είναι ελεύθερα προσβάσιμη στην αναθέτουσα αρχή, μολονότι δεν απαιτείται η απόδειξη της τελικής αξίας της σύμβασης. Επιπλέον δε σημειώνεται ότι τόσο η τελική αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, όσο και ο προϋπολογισμός δημοπράτησης χωρίς

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ΦΠΑ, περιλαμβάνονται στον πίνακα παρόμοιων έργων που υποβλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή, όπου εμφανίζεται η αξία του προϋπολογισμού δημοπράτησης χωρίς ΦΠΑ (11.382.113,82€) και η τελική αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ(10.246.343,54€). Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο ισχυρισμός της αντιδίκου είναι απολύτως αβάσιμος. Ερείδεται δε σε αποσπασματική ανάγνωση των απαιτήσεων της διακήρυξης και δη της απαιτούμενης και προς απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας. Σε καμία δε περίπτωση, οποιαδήποτε λεκτική απόκλιση ή έλλειψη μη απαιτούμενου προς απόδειξη στοιχείου, από δημόσιο έγγραφο, δεν θα μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό μας, όπως διατείνεται η αντίδικος. Ακόμη κι αν υποτεθεί ότι έχρηζε διευκρίνισης το δημόσιο έγγραφο που προσκομίστηκε, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε, καθόσον αποδεικνυε πλήρως τα προς απόδειξη τιθέμενα από τη διακήρυξη στοιχεία, τότε κατ' άρθρο 79 παρ. 5 περιπτ. γ, και κατά άρθρο 310 του Ν. 4412/2016, και 9 της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή όφειλε με την πρόσκληση σε διευκρινίσεις που μας είχε αποστείλει, να ζητήσει διευκρινίσεις και επ' αυτού. Ως εκ τούτο, οι αιτιάσεις της αντιδίκου προσφεύγουσας δεν ευσταθούν. 7. Ως προς τον ισχυρισμό της αντιδίκου περί φερόμενης παράβασης των άρθρων 22.Α.7 και 22.Α.8 της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 8 και 9 του ν. 4412/2016 περί μη νόμιμης αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας μας, ένεκα παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να εκκινήσει της διαδικασία αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης και περί μη δήθεν έκδοσης αυτοτελούς απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης μετά από προηγούμενη γνώμη της Επιτροπής αξιολόγησης του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 πριν την κατακύρωση του διαγωνισμού (6ος; λόγος προδικαστικής προσφυγής). Ο συγκεκριμένος ισχυρισμός της αντιδίκου προσφεύγουσας είναι νομικά αβάσιμος, ερείδεται σε εσφαλμένη, άλλως ανύπαρκτη προϋπόθεση και προβάλλεται αλυσιτελώς, καθόσον ακόμη κι αν έχει λάβει χώρα φερόμενη παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής, τούτο δεν θα οδηγούσε σε κατακύρωση του έργου σε αυτή, αλλά σε μερική ακύρωση της διαδικασίας και επανάληψη από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα. Ήτοι θα καλούμασταν - αν υποτεθεί ότι απαιτείτο, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε- εκ νέου, να υποβάλλουμε τα μέτρα αυτοκάθαρσης και να ληφθεί γνώμη της Επιτροπής αξιολόγησης της

Αριθμός απόφασης: 266/2021

επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, η οποία ωστόσο έχει ήδη αποφανθεί πολλάκις για την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης μας, με σειρά αποφάσεών της, όπως ρητώς έχει δηλωθεί στη σελίδα 11 του ΕΕΕΣ μας, όπου παρατίθενται και οι σχετικές αποφάσεις της. Μάλιστα, κατά την άποψή μας, ο συγκεκριμένος προβαλλόμενος από την αντίδικο λόγος, αν υποτίθετο βάσιμος, θα έπρεπε να εξετασθεί κατά προτεραιότητα, καθόσον αν η απόφαση κατακύρωσης ερείδεται σε παράλειψη προηγούμενης φερόμενης ως οφειλόμενης, πριν την κατακύρωση, διαδικασίας, όπως διατείνεται η αντίδικος προσφεύγουσα, τότε θα παρήλκε η εξέταση όλων των άλλων λόγων, καθόσον θα πρέπει πρώτα να διαγνωσθεί αν έχει εμφιλοχωρήσει εξ' αρχής σφάλμα παράλειψης λήψης γνώμης από έτερο όργανο. Η αντίδικος γνωρίζοντας ωστόσο το αβάσιμο του σχετικού ισχυρισμού της, τον παραθέτει τελευταίο, μολονότι καταλαμβάνει το μεγαλύτερο μέρος της προδικαστικής προσφυγής της. Ειδικότερα: Το άρθρο 22.Α.4 γράφει αυτολεξεί τα εξής: «22.Α.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες διαδικασίες: [...] (γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας σύνηψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» Ομοίως το άρθρο 73 παρ. 4 περίπτ. γ, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 235 παρ. 3 του Ν. 4635/2019, και ισχύει στον υπό κρίση διαγωνισμό, ορίζει ότι «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] «γ] εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,». Το άρθρο 44 παρ. 3β του Ν. 3959/2011, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 235 παρ. 1 του Ν. 4635/2019 και ισχύει στον υπό κρίση διαγωνισμό, ορίζει ότι «3β. Εφόσον συντρέχει: α] υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με

Αριθμός απόφασης: 266/2021

επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ... Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Επίσης, η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και για τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει εκδοθεί διαπιστωτική απόφαση παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δεν έχει ακόμα παρέλθει τριετία από την έκδοση αυτής.». Από τα ανωτέρω προκύπτει ευθαρσώς, ότι ο κατ' άρθρο 22.Α.4 περιπτ. (γ) και 73 παρ. 4 περιπτ. γ αποκλεισμός καθώς και οι προβλέψεις των άρθρων 22.Α.7 και 22.Α.8 της διακήρυξης περί προσκόμισης, ελέγχου και απόδειξης των μέτρων αυτοκάθαρσης, δεν εφαρμόζονται σε όσους έχουν διευθετήσει τη διαφορά σύμφωνα με το άρθρο 25° του Ν. 3959/2011 και έχουν εξοφλήσει ολοσχερώς το πρόστιμο. Για αυτούς επέρχεται απαλλαγή από κάθε κύρωση και απαγορεύεται ο αποκλεισμός τους. Τούτο ορίζει ρητά και ο νόμος και η διακήρυξη, οι διατάξεις των οποίων ρητά μνημονεύουν ότι τυγχάνουν εφαρμογής, υπό την επιφύλαξη της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Ήτοι, η κύρωση της, κατ' άρθρο 22.Α.7 της διακήρυξης, προσκόμισης στοιχείων και της διαδικασίας κρίσης της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης προκειμένου να διαγνωσθεί αν έχουν ληφθεί επαρκή μέτρα, η οποία άγει σε αποκλεισμό, στην περίπτωση που κριθεί ότι δεν έχουν ληφθεί τέτοιου είδους μέτρα. είναι ανενεργή και δεν ισχύει για όσους οικονομικούς φορείς έχουν διευθετήσει τη διαφορά με την Επιτροπή Ανταγωνισμού και έχουν εξοφλήσει ολοσχερώς το επιβληθέν πρόστιμο. Διαφορετική ανάγνωση, όχι μόνο θα καθιστούσε γράμμα κενό την ρητή και ειδική πρόβλεψη της παραγράφου 3β. του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011 που απαγορεύει τον αποκλεισμό και την πλήρη άρση του λόγου αποκλεισμού, αλλά θα αντέβαινε σε ειδική διάταξη νόμου και ειδική πρόβλεψη της διακήρυξης, που ως ειδικότερη υπερισχύει κάθε έτερης γενικής διάταξης. Συνοπτικά ο ισχυρισμός και η ερμηνεία που επιχειρεί να δώσει η αντίδικος, αντιβαίνει ευθέως στη διάταξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011, την οποία ορίζει ως εφαρμοστέα τόσο η διακήρυξη, όσο και το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016. Η εταιρεία μας, ως ενταχθείσα πλήρως στην περίπτωση του 25 «του Ν. 3959/2011 και έχοντας εξοφλήσει ολοσχερώς το πρόστιμο δεν μπορεί

Αριθμός απόφασης: 266/2021

να αποκλεισθεί. Η αντίδικος, επιχειρεί με παρερμηνεία του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου, να υποστηρίξει ότι μπορεί και να αποκλειστεί για το λόγο αυτό. Ο ισχυρισμός είναι αβάσιμος. Η εταιρεία μας, δήλωσε ευθαρσώς στη σελίδα 11 του ΕΕΕΣ, ότι υπήχθη στη διαδικασία του άρθρου 25 του Ν. 3959/2011, εκδόθηκε η υπ' αρ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και έχει εξοφλήσει ολοσχερώς το πρόστιμο. Τα επανορθωτικά μέτρα που μνημόνευσε στο ΕΕΕΣ και οι αποφάσεις της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9, αφορούσαν διαγωνιστικές διαδικασίες και μέτρα που είχαν ληφθεί πριν την 30.10.2019, όταν και κυρώθηκε το άρθρο 235 του Ν. 4635/2019 με το οποίο απαγορεύθηκε πλήρως ο αποκλεισμός οικονομικών φορέων που υπήχθησαν σε καθεστώς διευθέτησης και είχαν εξοφλήσει το πρόστιμο. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, νόμιμα και ορθά, η αναθέτουσα αρχή μας κάλεσε να προσκομίσουμε τα αποδεικτικά εξόφλησης του προστίμου, όπως είχαμε δηλώσει στο ΕΕΕΣ και ουχί να προσκομίσουμε τα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης προκειμένου να ακολουθήσει η διαδικασία των παραγράφων 7 & 8 και η εκφορά γνώμης από της επιτροπή της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της αντιδίκου προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι, διότι στην περίπτωση μας, δεν συντρέχει κανένας λόγος αποκλεισμού, διότι εντασσόμαστε στην περίπτωση της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011, συνεπεία της οποίας δεν θεμελιώνεται λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό μας για την παράβαση που περιγράφεται στο άρθρο 22.Α.4 (γ), και η διακήρυξη, ρητά ορίζει ότι το συγκεκριμένο άρθρο 22.Α.4(γ) εφαρμόζεται υπό τη ρητή επιφύλαξη της ως άνω παραγράφου του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011. Μάλιστα, το να υποστηρίζει τα ανωτέρω η αντίδικος, προβάλλεται προεχόντως αλυσιτελώς, διότι ακόμη και βάσιμος υποτιθέμενος ο ισχυρισμός της, θα κατέτεινε στο να κληθούμε εκ νέου σε προσκόμιση μέτρων αυτοκάθαρσης, και σε καμία περίπτωση στο να αποκλειστούμε όπως διατείνεται. Επιπρόσθετα, προς αποφυγή σύγχυσης που επιχειρεί με το συλλογισμό της να δημιουργήσει η αντίδικος, η εταιρεία μας δεν συνομολόγησε καμία σε βάρος μας συρροή λόγου αποκλεισμού. Απάντησε ευθαρσώς στα τιθέμενα στο ΕΕΕΣ ερωτήματα, δηλώνοντας μάλιστα ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό μας λόγος αποκλεισμού, κα και ανέφερε ότι ούτως ή άλλως την περίοδο 2017-2019, δηλαδή πριν την ψήφιση του άρθρου 235 του

N. 4635/30.10.2019, είχε λάβει επανορθωτικά μέτρα, τα οποία είχαν κριθεί επαρκέστατα κατ' επανάληψη από την αρμόδια Επιτροπή. Αυτό δεν συνιστά κανενός είδους ομολογία, συνιστά ειλικρινή απάντηση στα ερωτήματα του ΕΕΕΣ. Τέλος, επισημαίνουμε το εξής. Η αναθέτουσα αρχή, είχε ήδη στη διάθεσή της, στο πλαίσιο έτερου διαγωνισμού, που είχε διενεργηθεί πριν την θέση σε ισχύ του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019 (10/2019), όλα τα σχετικά στοιχεία και μέτρα αυτοκάθαρσης της εταιρείας μας, και δεν χρειαζόταν καν να τα ζητήσει. Συγκεκριμένα: με το από 27.02.2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής-... [σχετ. αρ. 6), στα πλαίσια του διαγωνισμού «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΔΗΜΟΥ ...»-Εργολαβία ... (α/α ΕΣΗΔΗΣ ...], η ... μας είχε ζητήσει όλα τα σχετικά στοιχεία, αποδεικτικά έγγραφα και διευκρινίσεις σχετικά με την απόδειξη της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης. Όπως αποδεικνύεται από την εκτύπωση μηνυμάτων και υποβληθέντων στοιχείων από τον ιστότοπο του Διαγωνισμού με αρ ... του ΕΣΗΔΗΣ [σχετ. αρ. 7), η εταιρεία μας (που συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό ως Ένωση ... - ...), υπέβαλλε την 06.03.2019 όλα τα σχετικά στοιχεία και έγγραφα, αποδεικνύοντας πλήρως την λήψη και επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσής, σύμφωνα με το προϊσχύον νομοθετικό πλαίσιο. Ως εκ τούτου, ακόμη και στην απίθανη περίπτωση που εκρίνετο βάσιμος ο ισχυρισμός της αντιδίκου προσφεύγουσας, ούτε η αναθέτουσα αρχή απαιτείτο να μας ζητήσει το παραμικρό στοιχείο, περί των μέτρων αυτοκάθαρσης διότι τα είχε ήδη, ούτε εμείς είχαμε υποχρέωση να της τα προσκομίσουμε εκ νέου. Τούτο διότι, κατά τη ρητή διάταξη του άρθρου 23.2 (σελ. 32] της διακήρυξης «Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά. όταν ο (αναθέτων φορέας διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά». Εν προκειμένω, συνεπώς, οι αιτιάσεις της αντιδίκου, προβάλλονται και απολύτως αβάσιμα, διότι γνωρίζει - ως συμμετέχουσα και στο διαγωνισμό ΕΣΗΔΗΣ με αρ ... (σε ένωση με την ...), ότι είχαν υποβληθεί από την εταιρεία μας τα δικαιολογητικά απόδειξης της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης και της ολοσχερούς εξόφλησης του προστίμου, και τα διαθέτει εις χείρας της η Συνεπώς, γνωρίζει η αντίδικος προσφεύγουσα ότι - ακόμη κι αν υποτεθεί ότι μας καταλαμβάνει η περίπτωση εισκόμισης μέτρων αυτοκάθαρσης, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε- ότι δεν είχαμε καμία υποχρέωση να

προσκομίσουμε το παραμικρό, διότι ο αναθέτων φορέας είχε όλα τα στοιχεία εις χείρας του από προηγούμενη διαδικασία ανάθεσης».

18. Επειδή, με υπόμνημα της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Επί του πρώτου λόγου της προσφυγής μας σχετικά με την παράλειψη υποβολής υπεύθυνης δήλωσης περί μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4 περ. ε της διακήρυξης.1. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μας ισχυριστήκαμε ότι η προσφορά της εταιρίας ... ήταν αναγκαστικά απορριπτέα, κατ' εφαρμογή του όρου 4.2 περ. δ' II και III της Διακήρυξης, αφενός λόγω μη προσκόμισης προβλεπόμενου δικαιολογητικού για την απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό της του οικείου κωλύματος συμμετοχής στον διαγωνισμό, αφετέρου λόγω μη απόδειξης της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.α.4. (ε). Επί του ανωτέρω ισχυρισμού προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή ότι η διακήρυξη δεν απαιτεί δήθεν να γίνεται με την υπεύθυνη δήλωση κατ' ιδίαν αναφορά σε έναν έκαστο των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22. Α.4. αρκούμενη, αλλά αρκούσε δήθεν «μία γενικόλογη βεβαίωση περί του ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού». Όμοιο κατά περιεχόμενο ισχυρισμό προβάλλει και η παρεμβαίνουσα εταιρία Ενόψει τούτου, παρότι όπως συνομολογεί, «Στην άνω υπεύθυνη δήλωση, γίνεται πράγματι κατ' ιδίαν αναφορά σε λοιπούς προβλεπόμενους από την διακήρυξη λόγους αποκλεισμού μεταξύ των οποίων δεν υπάρχει ρητή αναφορά στην περίπτωση του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4. περ. (ε)» ισχυρίζεται ότι δήθεν η κατά τα άνω παράλειψη αναφοράς δεν μπορεί να επισύρει δυσμενείς για τον οικονομικό φορέα έννομες συνέπειες. Η πεποίθηση της αναθέτουσας αρχής ωστόσο, ότι δηλαδή «η σχετική απαίτηση, περιορίζεται επί λέξει στην διατύπωση της δήλωσης ότι «δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του (προσωρινού Αναδόχου) οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού», δήλωση που εν προκειμένω έχει περιληφθεί στην κρίσιμη υπεύθυνη δήλωση», είναι εσφαλμένη. Τούτο διότι από τις διατάξεις των άρθρων 22.Α και 23.3 της διακήρυξης, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών, συνάγεται ότι για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του προσωρινού μειοδότη αναδόχου του άρθρου 22.Α. αυτής, για τις οποίες προβλέπεται η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης, θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια ότι ο ανάδοχος

Αριθμός απόφασης: 266/2021

δεσμεύεται ως προς τη μη συνδρομή ενός εκάστου λόγου αποκλεισμού της διακήρυξης είτε με αναφορά του οικείου όρου άρθρου της διακήρυξης που προβλέπει τον λόγο αποκλεισμού για την απόδειξη της μη συνδρομής του 3 οποίου απαιτείται η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης είτε με παράθεση (έστω και συνοπτικά) του περιεχόμενου του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης (ad hoc ΔΕφ Πατρ 57/2020). Επιπλέον, η υιοθετούμενη τόσο από την αναθέτουσα αρχή όσο και από την παρεμβαίνουσα θεώρηση ότι ως προς την πλήρωση των απαιτήσεων του αρ. 22.Α.4 αρκούσε «μια γενικόλογη βεβαίωση» περί της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού, χωρίς να απαιτείτο καμία ρητή αναφορά στη μη συνδρομή εκάστου λόγου αποκλεισμού έρχεται σε ευθεία αντίκρουση με τα πεπραγμένα αμφότερων αναθέτουσας αρχής και παρεμβαίνουσας. Τούτο διότι, εάν πράγματι αρκούσε αυτή η «γενικόλογη βεβαίωση» όπως την χαρακτηρίζουν αμφοτέρες, τότε πως εξηγείται το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή με την από 26.11.2020 επιστολή της κάλεσε την παρεμβαίνουσα όπως προβεί σε διευκρινήσεις/διορθώσεις σχετικά με την από 30.10.2020 και από 26/07/2020 Υπεύθυνη Δήλωση αυτής περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 253 και 263 του ν. 4412/2016 (αντί των άρθρων 18 παρ. 2 και 24 του ν. 4412/2016) και αντίστοιχα η παρεμβαίνουσα στις από 26/07/2020 και 30/10/2020 υπεύθυνες δηλώσεις της προέβη σε εξαντλητική παράθεση των λόγων αποκλεισμού των προαναφερθέντων άρθρων (όπως αντίστοιχα έπραξε και στην υποβληθείσα ένορκη βεβαίωση) δίχως να αρκασθούν σε «γενικόλογη βεβαίωση» περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Δ της Διακήρυξης; Η δε όλως επιλεκτική αναφορά της αναθέτουσας αρχής αλλά και της παρεμβαίνουσας στην υποχρέωση άλλοτε γενικόλογης και άλλοτε ειδικής βεβαίωσης της συνδρομής ή μη των λόγων αποκλεισμού είναι όλως αντιφατική και προβληματική, ενισχύοντας την ορθότητα των ισχυρισμών μας. Συνεπώς, λόγω της ανωτέρω παράλειψης, η οποία δεν δύναται να αρθεί μέσω των παρελκυστικών και αβάσιμων θέσεων της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, συντρέχει σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας των διαγωνιστικών διαδικασιών και της αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, λόγος αποκλεισμού της εταιρίας ..., και μάλιστα, ανεξάρτητα από το αν τούτο επισύρει δυσμενείς συνέπειες στην 2.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή (αλλά και η παρεμβαίνουσα) ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της διακήρυξης για απόδειξη της μη συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού ικανοποιήθηκε δήθεν δια της υποβολής της ΕΕΕΣ, στο οποίο υφίσταται σχετικό ερώτημα. Πράγματι το ΕΕΕΣ παρέχει πλήρη μεν προσωρινή δε απόδειξη ως προς την πλήρωση κριτηρίων επιλογής και τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και δη προς διευκόλυνση της καταρχήν υποβληθείσας προσφοράς, κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και πριν τον ορισμό προσωρινού αναδόχου. Με την ανακήρυξη του προσωρινού αναδόχου και ειδικώς όσον αφορά αυτόν ζητούνται από τον τελευταίο ως οριστική και πλήρη απόδειξη πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού σε βάρος του ως και για κάθε άλλο απαιτούμενο εκ της διακήρυξης προσόν που οριστικώς αποδεικνύεται με αποδείξεις κατά το στάδιο της κατακύρωσης, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Επομένως, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης απαιτείται η υποβολή των δικαιολογητικών εκείνων που παρίστανται ικανά να αποδείξουν τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ ούτως ώστε η αναθέτουσα αρχή να έχει τη δυνατότητα να διαπιστώσει μετά βεβαιότητας ότι πράγματι ο εν λόγω οικονομικός φορέας απέδειξε επαρκώς ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής και κατά τρία προαναφερθέντα κρίσιμα στάδια. Ως εκ τούτου, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής της εταιρίας ... στον επίδικο διαγωνισμό κρίνονται σε τρία χρονικά σημεία, ώστε, προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στον διαγωνισμό τούτο, η παρεμβαίνουσα όφειλε να προσκομίσει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης πιστοποιητικά που να αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, όσο και κατά την κατακύρωση (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 17/2018, 249/2018). Συνεπώς, για το παραδεκτό της συμμετοχής της η παρεμβαίνουσα οφείλει να αποδεικνύει την πλήρωση των κριτηρίων της διακήρυξης σε αμφότερα τα ως άνω χρονικά σημεία. Συνεπώς, η υποβολή εκ μέρους της εταιρίας ... του ΕΕΕΣ, το οποίο παρέχει προκαταρκτική απόδειξη ότι πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από την οικεία διακήρυξη και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της οι προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού, το οποίο αποσκοπεί στη διευκόλυνση της συμμετοχής των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων με την απαλλαγή τους από την υποχρέωση

συγκέντρωσης «σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών και άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τους λόγους αποκλεισμού και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής», σύμφωνα και με τις υπ' αριθμ. 8485 αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, δεν την απαλλάσσει από την υποχρέωση προσκόμισης των εγγράφων αυτών, και συγκεκριμένα, της υπεύθυνης δήλωσης περί μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, αλλά απλώς μεταθέτει χρονικά την εν λόγω υποχρέωση στο στάδιο της ανακήρυξης της ως προσωρινού αναδόχου, ο οποίος υποχρεούται να προσκομίσει όλα τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 292/2019, πρβλ. ΕΑ 204/2019 σκ. 16, 1154/2019 σκ. 14). Τούτο συνάγεται άλλωστε και από το ότι ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, διατηρεί την ευχέρεια να ζητά, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, πρόσθετα στοιχεία και δικαιολογητικά για την απόδειξη των περιεχομένων στο ως άνω έντυπο. Ως εκ τούτου, το γεγονός ότι έχει υποβληθεί προαποδεικτικά το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας δεν έχει την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή έχει στη διάθεσή της τα κρίσιμα δικαιολογητικά, με αποτέλεσμα να μπορεί να ανατρέξει σε αυτά, για να διαπιστώσει την πλήρωση ή μη των απαιτήσεων της διακήρυξης όπως απαραδέκτως υποστηρίζει η Τούτο διότι, η αποδοχή του ισχυρισμού αυτού θα είχε ως αποτέλεσμα να θεωρηθούν κενό γράμμα τόσο οι σχετικές διατάξεις της διακήρυξης περί των δικαιολογητικών απόδειξης (αρ. 23) όσο και του αρ. 80 του ν. 4412/2016. Ώστε, μη νομίμως προβάλλεται τόσο ο σχετικός ισχυρισμός της αναθέτουσας, όσο και ο αντίστοιχος ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι «κρίση περί αποκλεισμού θα μπορούσε να διατυπωθεί μόνο υπό την (στη σημείωση 34) εκδοχή της διαπίστωσης εκ μέρους του Αναθέτοντος Φορέα μας ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, αποδεικνυομένου μάλιστα τούτου με κατάλληλα μέσα». Τούτο υποστηρίζει δε και η παρεμβαίνουσα εταιρία, η οποία μάλιστα, υποστηρίζει πως συντρέχει δήθεν αντιστροφή του βάρους απόδειξης, υποστηρίζει δηλαδή ότι «για να επέλθει αποκλεισμός για τις περιπτώσεις του άρθρου 22.Α.4. για τις οποίες δεν υφίσταται δικαιολογητικό και προσκομίζεται μόνο υπεύθυνη δήλωση, το βάρος απόδειξης έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία πρέπει να αποδείξει με κατάλληλα μέσα ότι συντρέχει κάποια από τις

περιπτώσεις αυτές». Πλην όμως, τούτη η κρίση είναι πεπλανημένη και παντελώς νομικά εσφαλμένη, δεδομένου ότι καταστρατηγεί ευθέως το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Τούτο διότι στην παράγραφο 4.2 (του άρθρου 4) της διακήρυξης θεσπίζεται ρητός λόγος αποκλεισμού σε περίπτωση μη υποβολής των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης, τη δε ευθύνη για την προσκόμιση τους και την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων φέρει αποκλειστικά ο οικονομικός φορέας. Πιο συγκεκριμένα, στην εν λόγω παράγραφο με τίτλο «4.2. πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ κατακύρωση/ πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» προβλέπεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος καλείται να υποβάλει εντός ορισμένης προθεσμίας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων, και τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Στην δε περ. δ της ως άνω παραγράφου ορίζεται πως «αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω διαπιστωθεί ότι ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, η iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 21, 22 και 23 της παρούσας με την επιφύλαξη των παρ. 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (λήψη επανορθωτικών μέτρων) απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας». Ωστε, είναι σαφές πως τόσο η μη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εμπροθέσμως, όσο και η μη απόδειξη, των ζητούμενων, ήτοι των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού, είναι υποχρεώσεις του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και συνιστούν αυτοτελείς, διακριτές και όλως επαρκείς από μόνες τους, βάσεις για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα, αντίθετη δε ερμηνεία θα προσέκρουε στην αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ο όλως δε αυθαίρετος ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας σχετικά με το ότι δεν δύναται να χωρέσει αποκλεισμός οικονομικού φορέα για

περιστάσεις προς απόδειξη της συνδρομής ή μη των οποίων υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση «παρά μόνο στην περίπτωση που μπορεί η αναθέτουσα αρχή να αποδείξει ότι υπήρχε στρέβλωση του ανταγωνισμού» σύμφωνα με την προηγηθείσα ανάλυση ουδέν έρεισμα έχει στο νόμο και τη διακήρυξη, ενώ παράλληλα αντιστρατεύεται πλήρως την αρχή της διαφάνειας, της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων της, καθώς ουσιαστικά υποστηρίζεται ότι οι προσκομιζόμενες στην εκάστοτε περίπτωση υπεύθυνες δηλώσεις, και δη ως προβλεπόμενο στη διακήρυξη μέσο απόδειξης περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού, ακόμη και εάν φέρουν ελλείψεις, παρά το γεγονός ότι δεν αποδεικνύουν καταρχήν την απαίτηση περί μη συνδρομής των επί ποινή αποκλεισμού λόγων αποκλεισμού μένουν δήθεν στο απυρόβλητο. Μια τέτοια θεώρηση ωστόσο, είναι νομικά αβάσιμη και ως εκ τούτου χρήζει απορρίψεως από την Αρχή Σας. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι σε κάθε περίπτωση δεν συντρέχει δήθεν λόγος αποκλεισμού, ενόψει των άρθρων 317 του ν. 4412/2016 και 103 του ν. 4412/2016. Τούτα δε προβάλλει και η παρεμβαίνουσα, η οποία ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή έχει δήθεν διακριτική ευχέρεια να την καλέσει εκ νέου να υποβάλει τα μη νόμιμα και ελλιπή δικαιολογητικά κατακύρωσης που παρέλειψε να συμπεριλάβει στον φάκελο των δικαιολογητικών της, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 ή και να επαναλάβει την διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 317 του ν. 4412/2016. Ο ανωτέρω ισχυρισμός ωστόσο, είναι επίσης νομικά αβάσιμος και έρχεται σε αντίθεση με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 της διακήρυξης και στη διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, στη παράγραφο 4.2 (του άρθρου 4) της διακήρυξης με τίτλο «4.2. πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ κατακύρωση/ πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» προβλέπεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος καλείται να υποβάλει εντός ορισμένης προθεσμίας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων, και τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Στην δε περ. δ της ως άνω παραγράφου ορίζεται πως «αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω διαπιστωθεί ότι ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, η iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 21, 22 και 23 της παρούσας με την επιφύλαξη των παρ. 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (λήψη επανορθωτικών μέτρων) απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας». Περαιτέρω, η διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει σήμερα, ορίζει ότι: «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας....» Με την τροποποίηση που επέφερε το

Αριθμός απόφασης: 266/2021

άρθρο 43 παρ. 12 του ν. 4605/2019, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 εξορθολογίζεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης με τρόπο ώστε να μην αποτελεί υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωση, ει μη μόνον στις περιπτώσεις που δικαιολογείται αυτό, όταν δηλαδή ο προσωρινός ανάδοχος επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και αιτηθεί εγκαίρως την έκδοσή τους. Η δυνατότητα συμπλήρωσης και ο χρόνος παράτασης συνδέεται με τον χρόνο έκδοσης των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές, για λόγους δε διαφάνειας ορίζεται ότι, σε περίπτωση τήρησης της διαδικασίας συμπλήρωσης, θα πρέπει τούτο να αναφέρεται στο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 θεσπίζεται υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου, εάν δεν προσκομίσει τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις στα προσκομιζόμενα, να υποβάλει, εντός της ίδιας δεκαήμερης προθεσμίας, αίτημα παράτασης αυτής υπό τους συγκεκριμένους όρους της εν λόγω διάταξης. Η παρέλευση της ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας χωρίς να έχει υποβληθεί εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου αίτημα για παράταση αυτής υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 103 του ν.4412/2016, δημιουργεί αυτοδίκαια απώλεια του δικαιώματός του για υποβολή ελλειπόντων δικαιολογητικών. Ο εξορθολογισμός αυτός της διαδικασίας συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με μετακύλιση του βάρους και της ευθύνης προσκόμισής τους από την αναθέτουσα αρχή στον προσωρινό ανάδοχο, όχι μόνον δεν καταλείπει στάδιο διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή για πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση των ως άνω δικαιολογητικών αλλά, αντιθέτως, δημιουργεί σ' αυτήν την υποχρέωση να απορρίψει άνευ ετέρου την προσφορά του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος δεν τηρεί τις υποχρεώσεις του από τη διάταξη αυτή είτε εντός της αρχικής προθεσμίας, είτε κατόπιν παρατάσεως αυτής για προσκόμιση των δικαιολογητικών και με αυτόν τον τρόπο φέρει ο ίδιος τον κίνδυνο απόρριψης της προσφοράς του. Έτσι, αυστηροποιείται το σχετικό νομοθετικό πλαίσιο προς προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Αντίθετη, άλλωστε, ερμηνευτική εκδοχή θα κατέλυε αυτόν τον σκοπό της νέας διάταξης (βλ. ΔΕφΠατρ. 7/2020, ΔΕφΠατρ 58/2019, πρβλ. ΔΕφΠειρ 193/2019). Με δεδομένο ότι στην προκειμένη περίπτωση η

εταιρία ... παρέλειψε να υποβάλει αναγκαία και προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης και δεν υπέβαλε καμία αίτηση για την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη διακριτική ευχέρεια να την καλέσει προς υποβολή του απαιτούμενου δικαιολογητικού, αλλά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της. Ως εκ τούτου ο ανωτέρω ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής (καθώς και ο αντίστοιχος ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί δήθεν αλυσιτελών ισχυρισμών) θα πρέπει να απορριφθεί και θα πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή μας. Επομένως, εφόσον η σχετική Υ.Δ. δεν περιέλαβε ρητή αναφορά για τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του αρ. 22.Α.4.(ε), δεν επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή να αιτηθεί την παροχή διευκρινήσεων επ' αυτής, καθώς αυτό θα είχε ως αποτέλεσμα την μεταγενέστερη υποβολή εγγράφου από την παρεμβαίνουσα, ώστε να προκύπτει η συμμόρφωση αυτής με τους όρους της διακήρυξης. Συνεπώς, και ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος. II. Επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής μας περί υποβολής δικαιολογητικού από το οποίο προκύπτει ότι δεν ικανοποιούνται οι απαιτήσεις περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μας προβάλαμε ότι δεν διασφαλίζονται διά της προσκομισθείσας από την παρεμβαίνουσα βεβαίωσης οι απαιτήσεις των παραγράφων 22.Γ και 23.5 της διακήρυξης και συνεπώς, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρίας ... δυνάμει της παραγράφου 4.2. της διακήρυξης, λόγω μη απόδειξης δια των προσκομισθέντων δικαιολογητικών των απαιτήσεων περί οικονομικής και χρηματοδοτικής επάρκειας (περ. iii), αλλά και λόγω διαπίστωσης ψευδών δηλώσεων στο ΕΕΕΣ περί δήθεν ικανοποίησης των ανωτέρω απαιτήσεων (περ. i). Επί του ανωτέρω ισχυρισμού η αναθέτουσα αρχή επικαλείται τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα με τους οποίους για την απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας απαιτείται «έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι: α) συνεργάζεται με υποψήφιο και β) θα εξετάσει αίτηση για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (με αναθεώρηση, χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος». Ενόψει τούτου υποστηρίζει ότι δήθεν σύμφωνα με την διακήρυξη «συνολική πιστοληπτική

Αριθμός απόφασης: 266/2021

ικανότητα του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα πρέπει να είναι τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ (ήτοι εν προκειμένω τουλάχιστον ίση με το ποσό των 3.420.000,00€), χωρίς περαιτέρω διάκριση αυτής σε δανειοληπτική/χρηματοδοτική ικανότητα κατά ορισμένο ποσοστό και σε πιστοληπτική ικανότητα κατά ένα άλλο ποσοστό, εφόσον σε μια τέτοια περίπτωση τα επιμέρους ποσοστά θα έπρεπε να προσδιορίζονται επακριβώς στη διακήρυξη». Ωστόσο, ο ισχυρισμός περί δήθεν συνολικής πιστοληπτικής ικανότητας και δήθεν μη διάκρισης σε χρηματοδοτική ικανότητα είναι εσφαλμένος και μη νόμιμος δεδομένου ότι ο αναθέτων φορέας ρητά απέβλεψε δια των απαιτήσεων περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας στην ανάδειξη αναδόχων με πιστοληπτική ικανότητα, η οποία αφορά σε χρηματοδότηση, τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ. Πιο συγκεκριμένα, για την απόδειξη της σχετικής απαίτησης προσκομίζεται, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, «βεβαίωση τράπεζας για το μέγεθος της δανειοληπτικής ικανότητας του οικονομικού φορέα, ημεδαπής και αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο και θα εξετάσει αίτηση για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (με αναθεώρηση, χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος» (παράγραφος 23.5 του άρθρου 23, σελ. 37). Συνεπώς, για να θεωρηθεί ορισμένο και επαρκές το περιεχόμενο των προσκομιζόμενων τραπεζικών βεβαιώσεων, απαιτείται, μεταξύ άλλων, να προκύπτει με σαφήνεια και κατ' επίκληση συγκεκριμένων στοιχείων η διαβεβαίωση περί των ορίων χρηματοδότησης του διαγωνιζόμενου, σε σχέση με την ενεστώσα περιουσιακή του κατάσταση, επ' ευκαιρία του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Ωστε, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τον οποίο «προσδιορίζεται ακριβώς σε αυτήν μέχρι ποιου ποσού μπορεί να πιστοδοτηθεί από την τράπεζα η ανάδοχος εταιρεία και συγκεκριμένα μέχρι του ποσού των 12.000.000 ευρώ, ποσό το οποίο υπερκαλύπτει τον παραπάνω σχετικό όρο της διακήρυξης» είναι μη νόμιμος και εσφαλμένος διότι στηρίζεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η απαιτούμενη πιστοληπτική ικανότητα δεν αφορούσε δήθεν στα όρια χρηματοδότησης της τράπεζας. Στην

Αριθμός απόφασης: 266/2021

πραγματικότητα όμως, αυτό που προκύπτει παραχρήμα από την επισκόπηση της προσφοράς της εταιρίας ..., είναι πως η εταιρία ... δεν ικανοποιεί τις απαιτήσεις της οικονομικής και χρηματοδοτικής ικανότητας του άρθρου 22.Γ, διότι δεν διαθέτει «πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ», υπό την έννοια της χρηματοδότησης (σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης) και τούτο διότι στη βεβαίωση που προσκόμισε αναγράφεται ότι «...2. Με βάση τη σημερινή οικονομική της κατάσταση μπορεί να πιστοδοτηθεί από την τράπεζα μας υπό συγκεκριμένους όρους και προϋποθέσεις μέχρι του ποσού των Ευρώ δώδεκα εκατομμυρίων (€12.000.00000) το οποίο μπορεί να χρησιμοποιηθεί για χρηματοδοτήσεις μέχρι του ποσού των Ευρώ δύο εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00)». Επί του επίμαχου λόγου ωστόσο, η παρεμβαίνουσα επιχειρεί τεχνηέντως να παρερμηνεύσει το περιεχόμενο της υποβληθείσας από αυτήν δήλωσης. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι από την υποβληθείσα δήλωση που προσκόμισε προκύπτει δήθεν πως «επιπλέον των 12.000.000 €, αν η εταιρεία μας αναλάβει το συγκεκριμένο έργο, η πιστοληπτική της ικανότητα θα αυξηθεί κατ' ελάχιστον για ακόμη 3.450.000 ευρώ, υπερβαίνοντας τα 15.420.000 ευρώ». Βέβαια, με την κατασκευή αυτή και την απόπειρα σύγχυσης κατ' ουσίαν ομολογεί τον δικό μας ισχυρισμό σε αντίθεση με την ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής όπως αναλύθηκε ανωτέρω. Είναι όμως ταυτόχρονα, και παντελώς αβάσιμος ως ισχυρισμός αυτός της παρεμβαίνουσας. Τούτο διότι δυνάμει της υποβληθείσας βεβαίωσης (αλλά και της από 01.12.2020 ταυτόσημου περιεχομένου επικαιροποιημένης βεβαίωσης) προκύπτει ότι η Τράπεζα βεβαιώνει ότι έχει εγκρίνει υπέρ της αναδόχου όριο πιστοδότησης για χρηματοδοτήσεις 2.000.000,00 ευρώ, το οποίο υπολείπεται του ποσού 10% του προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ (10% του ποσού των 34.200.000, 00= 3.420.000, 00 €) που απαιτείται από τη διακήρυξη, προκύπτει δηλαδή, ότι η εταιρία ... δεν ικανοποιεί τις απαιτήσεις της οικονομικής και χρηματοδοτικής ικανότητας του άρθρου 22.Γ, διότι δεν διαθέτει «πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ», υπό την έννοια της χρηματοδότησης (σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης). Περαιτέρω, από κανένα σημείο της επίμαχης βεβαίωσης δεν προκύπτει πως «η πιστοληπτική της ικανότητα θα αυξηθεί κατ' ελάχιστον

Αριθμός απόφασης: 266/2021

για ακόμη 3.450.000 ευρώ, υπερβαίνοντας τα 15.420.000». Σε κάθε περίπτωση η εν λόγω θέση της παρεμβαίνουσας περί της αυξήσεως της πιστοληπτικής ικανότητας της κατά ακόμη 3.450.000 ευρώ τελεί υπό την αίρεση ότι θα της ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση και ως εκ τούτου αποτελεί γεγονός μέλλον, αβέβαιο και αναπόδεικτο, με αποτέλεσμα να μην δύναται να ληφθεί παραδεκτώς υπόψη. Άλλωστε, μη νομίμως και κατά παράβαση της αρχής της αυτοτέλειας γίνεται επίκληση από την παρεμβαίνουσα τραπεζικών βεβαιώσεων που έχουν υποβληθεί σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα επικαλείται ότι δήθεν σε κάθε περίπτωση δεν θα μπορούσε να αποκλειστεί από την εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία λόγω της δήθεν ασάφειας των σχετικών όρων. Ο εν λόγω ισχυρισμός προβάλλεται κατά πρώτον απαραδέκτως, δεδομένου ότι η εταιρία ... συμμετείχε ανεπιφυλάκτως στην σχετική διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να υποβάλει σχετικό ερώτημα διευκρινίσεων, ως όφειλε να πράξει αν πράγματι θεωρούσε πως συντρέχει ασάφεια στους όρους της διακήρυξης, αφετέρου δε και αβασίμως, δεδομένου ότι οι σχετικοί όροι είναι απολύτως σαφείς στο μέτρο που ρητώς κάνουν λόγο για χρηματοδότηση. Επιπλέον δε, η παρεμβαίνουσα σκοπίμως επιθυμεί να αλλοιώσει τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα εταιρεία μας σχετικά με την διάρκεια της προσκομισθείσας τραπεζικής βεβαίωσης. Ειδικότερα, αυτό που προβάλλεται με την προδικαστική μας προσφυγή για το επίμαχο ζήτημα είναι ότι εφόσον η βεβαίωση της τράπεζας δεν εξεδόθη κατά το συγκεκριμένο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού αλλά σε προγενέστερο χρόνο σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν δηλώνεται ανεπιφύλακτα και μετά βεβαιότητας ότι η Τράπεζα θα προβεί σε κάθε περίπτωση στην περιγραφόμενη χρηματοδότηση, γεννάται αμφιβολία εάν πράγματι η ... θα διαθέτει στο μέλλον την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοδοτική επάρκεια. Επομένως, η εταιρεία μας ορθώς προέβαλε το μη νόμιμο της προσκομισθείσας Τραπεζικής Βεβαίωσης λόγω των ανωτέρω πλημμελειών που συντρέχουν σωρευτικά και όχι διότι τάχα, όπως αναληθώς προβάλλει η παρεμβαίνουσα, είχε λήξει η ισχύς της. Ως εκ τούτου, και ο ισχυρισμός αυτός της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Επισημαίνεται μάλιστα, ότι εντελώς πεπλανημένα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή ότι η επικαλούμενη εκ μέρους μας ad hoc 77/2008 απόφαση

της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας διαφοροποιείται δήθεν ουσιωδώς από την επίμαχη περίπτωση, κατά το μέρος που αφορά στο περιεχόμενο της σχετικής απαίτησης πιστοληπτικής ικανότητας και του τρόπου απόδειξης αυτής. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των όρων της επίμαχης διακήρυξης και των όρων της διακήρυξης που τέθηκε στην κρίση του ΣτΕ (ως προκύπτουν από το περιεχόμενο της εν λόγω απόφασης), οι απαιτήσεις των δύο διακηρύξεων σχετικά με την οικονομική επάρκεια είναι ταυτόσημες. Ειδικότερα, στην εκεί διακήρυξη οριζόταν τα εξής: «Άρθρο 22. Κάθε εργοληπτική επιχείρηση που μετέχει στο διαγωνισμό μεμονωμένα ή ως μέλος Κοινοπραξίας οφείλει να διαθέτει τα παρακάτω επαγγελματικά προσόντα: 1. ... 6. Χρηματοδοτική και Οικονομική Ικανότητα. Να έχει πιστοληπτική (δανειοληπτική ικανότητα) από τράπεζα που λειτουργεί νόμιμα στην Ελλάδα ... το επόμενο άρθρο 23 ορίζεται ότι κάθε εργοληπτική επιχείρηση που συμμετέχει στη δημοπρασία, μεμονωμένα ή ως μέλος κοινοπραξίας, οφείλει να αποδείξει ότι διαθέτει την απαιτούμενη από το άρθρο 22 πιστοληπτική (δανειοληπτική ικανότητα) προσκομίζοντας σχετικώς τα εξής: «Βεβαίωση τράπεζας για τη δανειοληπτική ικανότητα της διαγωνιζόμενης εργοληπτικής επιχείρησης, ημεδαπής ή αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής ως απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο και θα εξετάσει αίτησή του για χρηματοδότηση, αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. Επαρκής θεωρείται η δανειοληπτική ικανότητα όταν ανέρχεται σε ποσοστό 10% του προϋπολογισμού του έργου. (χωρίς Φ.Π.Α.)». Ωστε, πράγματι η σχετική κρίση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, σύμφωνα με την οποία κρίθηκε ότι: «είναι μη νόμιμη η κατακύρωση του αποτελέσματος του επιδίκου διαγωνισμού στην ήδη αιτούσα κοινοπραξία, διότι δεν προέκυπτε δανειοληπτική ικανότητα ποσού ίσου με το 10% του προϋπολογισμού του έργου σε καμία από τις τρεις εργοληπτικές επιχειρήσεις που την αποτελούν, ενώ έγινε επιπλέον δεκτό ότι συνέτρεχε και έτερος λόγος αποκλεισμού της προσφοράς της αιτούσας ως εκ του ότι η εγγυητική της επιστολή περιελάμβανε υπόσχεση καταβολής της εγγυήσεως σε τρεις (3) ημερολογιακές ημέρες και όχι σε πέντε (5), όπως όριζε η διακήρυξη..... Περαιτέρω, σύμφωνα με το προσκομισθέν έγγραφο της ..., που αφορά την εταιρία «...», το όριο χρηματοδότησεως της εταιρίας αυτής έχει

καθορισθεί από την ανωτέρω Τράπεζα στο ποσό του 1.200.000 ευρώ, που υπολείπεται, όμως, του απαιτούμενου από την διακήρυξη ποσού. Τέλος, δεν πιθανολογείται ως βάσιμος ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι στο ως άνω όριο χρηματοδότησεως, που έχει εγκριθεί από την ... για την εταιρία «...», θα πρέπει να συνυπολογισθεί το επίσης εγκριθέν όριο εκδόσεως εγγυητικών επιστολών, το οποίο αναφέρετο στην προσκομισθείσα βεβαίωση, τούτο δε διότι, κατά το γράμμα της διακηρύξεως, η τραπεζική βεβαίωση πρέπει να αφορά σε χρηματοδότηση της εργοληπτικής επιχειρήσεως, στην έννοια της οποίας δεν εμπίπτει και η έκδοση εγγυητικών επιστολών. Εν όψει των ανωτέρω, δεν πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος ο λόγος, με τον οποίο προβάλλεται ότι, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία όρου της διακηρύξεως, αποκλείσθηκε η αιτούσα. Εφ' όσον δε ο αποκλεισμός της αιτούσας κοινοπραξίας ευρίσκει επαρκές έρεισμα στη έλλειψη δανειοληπτικής ικανότητας των μελών της παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα των λόγων που πλήττουν την ετέρα αυτοτελή αιτιολογική βάση αποκλεισμού της.», συνιστά πράγματι *ad hoc* κρίση. III. Επί του τρίτου λόγου της προσφυγής μας περί μη νόμιμου πρακτικού Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό 1. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής μας προβάλαμε ότι η προσφορά της εταιρίας ... ήταν αναγκαστικά απορριπτέα, κατ' εφαρμογή του όρου 4.2 περ. δ της διακήρυξης, διότι η υποβολή πρακτικού που δεν φέρει τις νόμιμες υπογραφές, ήτοι μη νόμιμου πρακτικού συμμετοχής, εξομοιούται με μη υποβολή αυτού. Επί του ανωτέρω ισχυρισμού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι στην διακήρυξη δεν υφίστανται λεπτομερείς αναφορές σχετικά με την νομιμότητα του απαιτούμενου πρακτικού, ώστε εφαρμόζεται ο ν. 4548/2018. Και ναι μεν το εν λόγω πρακτικό επικυρώθηκε από τον Πρόεδρο, ως προβλέπει ο ως άνω νόμος, πλην όμως η πλημμέλεια που προσάπτουμε σε βάρος της εταιρίας ... δεν αφορά στην επικύρωση του αντιγράφου από τον Πρόεδρο, αλλά στην έλλειψη υπογραφών από όλα τα μέλη του Δ.Σ., σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο καταστατικό της παρεμβαίνουσας (το οποίο ρητώς προβλέπει πως ο ν. 4548/2018 εφαρμόζεται για όσα ζητήματα δεν ρυθμίζονται ειδικώς στο καταστατικό του νόμου). Επομένως, ο εν λόγω ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής αλλά και της παρεμβαίνουσας αντίστοιχα είναι στο σύνολό του εσφαλμένος, ερειδόμενος επί εσφαλμένης ερμηνείας του προβαλλόμενου

λόγου μας. Ειδικότερα, το μείζον εν προκειμένω ζήτημα είναι το γεγονός εάν το πρωτότυπο και κατ' επέκταση προσκομισθέν αντίγραφο του προσκομισθέντος Πρακτικού ΔΣ έφερε εν τέλει ή όχι τις υπογραφές απάντων των μελών του ΔΣ (καθώς ελλείπει οιαδήποτε σχετική αναφορά) και όχι εάν ο Πρόεδρος του ΔΣ είχε ή όχι αρμοδιότητα να το επικυρώσει. Ωστε, αλυσιτελώς προβάλλονται οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής (αλλά και της παρεμβαίνουσας) που αφορούν στη νομιμότητα της έκδοσης αντιγράφου του πρακτικού Δ.Σ. από τον πρόεδρο του Δ.Σ., δεδομένου ότι η πλημμέλεια που προβάλλουμε δεν αφορά σε αυτό το ζήτημα. 2. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας πως «στην έκδοση του αντιγράφου που γίνεται από τον Πρόεδρο τεκμαίρεται ότι ενέχεται και βεβαίωση της υπογραφής του πρωτότυπου πρακτικού από όλα τα μέλη του ΔΣ χωρίς να απαιτούνται περαιτέρω διατυπώσεις» είναι εσφαλμένος, δεδομένων των ειδικών διατυπώσεων του καταστατικού της εταιρίας Ειδικότερα, πεπλανημένως αναφέρεται πως «με την έκδοση από τον Πρόεδρο Δ.Σ. αντιγράφου του Πρακτικού έχει υλοποιηθεί ο, υπό τον νόμο και το καταστατικό αλλά και από την διακήρυξη ως προς τους τρίτους, απαιτούμενος τύπος αναφορικά με τις αναγκαίες υπογραφές, που καθ' ο μέρος αφορά τα αντίγραφα, περιορίζονται σε αυτή του Προέδρου», δεδομένου ότι στο καταστατικό της εταιρίας ... ορίζεται πως «11.4. Τα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου υπογράφονται από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου και επικυρώνονται από τον Πρόεδρο ή τον Διευθύνοντα Σύμβουλο ή οποιοδήποτε εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου.», χωρίς διάκριση πρωτοτύπου και αντιγράφου. Επομένως, εφόσον στο επίμαχο Πρακτικό ΔΣ της ... δεν υφίστατο μετά την αναγραφή των ονομάτων των παριστάμενων μελών η μνεία ότι «ετέθησαν υπογραφές», ώστε να συνάγεται ότι πράγματι έφερε την απαιτούμενη νομιμοποίηση, η επικύρωση μη νομίμως υπογραφέντος Πρακτικού ΔΣ δεν αναπληρώνει την εν λόγω ουσιώδη έλλειψη και κατ' επέκταση το προσκομισθέν «αντίγραφο» Πρακτικού ΔΣ της ... είναι μη νόμιμο. Τούτο διότι, εάν είχαν όντως τεθεί οι υπογραφές έπρεπε το προσκομισθέν αντίγραφο να φέρει τη σχετική μνεία, χωρίς να απαιτείται περαιτέρω να αναπαραχθούν οι σχετικές υπογραφές. Η θέση αυτή δύναται να συναχθεί από την απλή αντιπαραβολή του προσκομισθέντος από την εταιρεία μας Πρακτικού ΔΣ και του επίμαχου Πρακτικού ΔΣ της ..., όπου στη δική μας περίπτωση

γίνεται ρητά μνεία, όπως ακριβώς στο πρωτότυπο ότι «... υπογράφεται νόμιμα από όλους τους παριστάμενους, όπως ακόλουθα: ...» και εν συνεχεία αναγράφονται τα ονόματα των παριστάμενων μελών που έθεσαν την υπογραφή τους. Αντίθετα, στο Πρακτικό ΔΣ της ... μετά τη δήλωση της λύσεως της συνεδρίασης αναγράφονται τα ονόματα των μελών, χωρίς καμία άλλη σχετική μνεία περί του εάν ετέθησαν υπογραφές. Συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι ο σκοπός του αντιγράφου είναι να αποτυπώνει το ακριβές περιεχόμενο του πρωτοτύπου, η έλλειψη σχετικής μνείας περί τη θέση ή μη υπογραφών, προφανώς συνηγορεί υπέρ του συμπεράσματος ότι το εν λόγω Πρακτικό ΔΣ στερείται νομιμοποίησης, ο δε αορίστως προβαλλόμενος ισχυρισμός περί του δήθεν τεκμηρίου ύπαρξης υπογραφών είναι όλως αβάσιμος και χρήζει απορρίψεως. Ενόψει τούτου άλλωστε αλυσιτελώς επικαλείται η αναθέτουσα αρχή τον τρόπο ανάρτησης των πρακτικών Δ.Σ. στο ΓΕΜΗ, δεδομένου ότι το καταστατικό της εταιρίας ... περιέχει ειδικές διατυπώσεις. Τέλος, επί του ισχυρισμού ότι «Το εάν το πρωτότυπο Πρακτικό του Δ.Σ. έχει πράγματι υπογραφεί από όλα τα μέλη του Δ.Σ. ή όχι, οπότε στην τελευταία αυτή περίπτωση ενδεχομένως ανακύπτει βλάβη του νομικού προσώπου από την επικύρωση ανυπόστατης απόφασης του συλλογικού οργάνου διοίκησής του, είναι ζήτημα που μόνο το νομικό πρόσωπο της εταιρείας είναι σε αρμόδιο να επικαλεστεί, ο δε σχετικός ισχυρισμός απαραδέκτως προβάλλεται από την προσφεύγουσα, ως εκ συμφέροντος τρίτου και σε κάθε περίπτωση δεν δύνανται να θεμελιώσουν το έννομο συμφέρον της» επισημαίνεται ότι αφής στιγμής η διακήρυξη απαιτούσε την υποβολή πρακτικού Δ.Σ. για την συμμετοχή του οικονομικού φορέα στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, παραδεκτώς αμφισβητούμε τη νομιμότητα και υπόσταση του, δεδομένου άλλωστε, ότι η έλλειψη νομιμότητας αυτού εξομοιώνεται με μη υποβολή απαιτούμενου – επί ποινή αποκλεισμού της διακήρυξης δικαιολογητικού κατακύρωσης. Συνεπώς, παραδεκτά και δη μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλεται ο εν λόγω ισχυρισμός, όσα δε προβάλλονται περί του αντιθέτου θα πρέπει να απορριφθούν. IV. Επί του τέταρτου λόγου της προσφυγής μας περί μη νόμιμου ΕΕΕΣ Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής μας προβάλαμε ότι υφίστατο υποχρέωση ηλεκτρονικής υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ. όχι μόνον από τον Πρόεδρο του ΔΣ αλλά και από

Αριθμός απόφασης: 266/2021

όλα τα μέλη αυτού, σύμφωνα με απόφαση του Δ.Σ. της παρεμβαίνουσας. Επί του ανωτέρω ισχυρισμού προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή πως προβάλλεται δήθεν απαραδέκτως, λόγω δήθεν παράβασης της αρχής του επικαίρου. Πλην όμως, από τους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι το πρακτικό του Δ.Σ. και το καταστατικό της εταιρίας ... έπρεπε να συμπεριληφθούν και ορθά συμπεριλήφθηκαν στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, η εταιρεία μας έλαβε γνώση και δυνατότητα πρόσβασης στα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας καθ' ο χρόνο εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 20722/09.12.2020 απόφαση του ΔΣ της ... με την οποία κατακυρώθηκε το εν θέματι έργο στην Συνεπώς, μόνο κατά το παρόν στάδιο είχε τη δυνατότητα η εταιρεία μας να εκτιμήσει τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά και να διαπιστώσει τυχόν αποκλίσεις μεταξύ αυτών και των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ και να τις αναδείξει με την ασκηθείσα προσφυγή της. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός περί δήθεν παράβασης της αρχής του επικαίρου είναι αβάσιμος διότι λαμβανομένου υπόψη ότι από τους ανωτέρω όρους τα επίμαχα έγγραφα από τα οποία προκύπτει η παρανομία του ΕΕΕΣ προβλέπονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης και άρα ορθά προβάλλεται ο ισχυρισμός μας στο παρόν στάδιο της διαδικασίας. 2. Περαιτέρω, ναι μεν στο άρθρο 23.1 προβλέπεται πως «Σύμφωνα με το άρθρο 23.1 της διακήρυξης: «(...) Κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού (...). Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την εφαρμογή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβαση», πλην όμως η ίδια διακήρυξη αναφέρεται σε «κατά περίπτωση εκπρόσωπο», όπως προκύπτει από τα νομιμοποιητικά έγγραφα του εκάστοτε οικονομικού φορέα. Εν προκειμένω ωστόσο, το Δ.Σ. της εταιρίας ... αποφάσισε με το από 20.07.2020 πρακτικό συμμετοχής της ότι θα συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό και ότι «ορίζει νόμιμους εκπροσώπους της εταιρείας τον ... Πρόεδρο ΔΣ ή τον ...,

Αριθμός απόφασης: 266/2021

Αντιπρόεδρο ΔΣ & Διευθύνων σύμβουλο, εξουσιοδοτημένο, όπως ο καθένας χωριστά καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας και μέχρι πέρατος αυτής εξουσιοδοτούνται να υπογράψουν κάθε απαιτούμενο δικαιολογητικό, υπεύθυνες δηλώσεις, ένορκες βεβαιώσεις, αιτήσεις, έγγραφα, εκθέσεις που αφορούν την εταιρεία καθώς και την οικονομική προσφορά και ειδικότερα, όπως από κοινού με όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου το ΕΕΕΣ και γενικά να πράξουν ότι χρειάζεται για την ολοκλήρωση της εντολής που τους δίνεται». Επομένως, από την συνδυασμό των ανωτέρω συνάγεται ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη (αρ. 23.1) το ΕΕΕΣ υπογράφεται από τον «κατά περίπτωση εκπρόσωπο του οικονομικού φορέα», ήτοι όχι υποχρεωτικά από τον εν γένει νόμιμο εκπρόσωπο του οικονομικού φορέα αλλά από τον εκπρόσωπο εκείνο που έχει οριστεί ειδικά και συγκεκριμένα αρμόδιος να υπογράψει το ΕΕΕΣ. Ως εκ τούτου, εφόσον στο Πρακτικό του ΔΣ της ... ρητά αποφασίστηκε ότι εν προκειμένω νόμιμος εκπρόσωπος υπογραφής του επίμαχου ΕΕΕΣ καθίστανται από κοινού όλα τα μέλη του ΔΣ αυτής, προκύπτει εύγλωττα ότι το ΔΣ της παρεμβαίνουσας, ήτοι το ανώτερο όργανο διοίκησης αυτής που κατά το προσκομισθέν καταστατικό της διατηρεί την εξουσία διοίκησης της εταιρείας δυνάμενο ν' αναθέτει τη διενέργεια ορισμένων πράξεων του είτε σε ορισμένα μέλη αυτού (μέσω της νόμιμης συγκρότησής του είτε με ειδικότερες πράξεις ανάθεσης εξουσιοδοτήσεων κατά περίπτωση) είτε σε τρίτους, αποφάσισε αποκλειστικά για την υπογραφή του ΕΕΕΣ του εν θέματι διαγωνισμού να περιορίσει τις εξουσίες του εν γένει νομίμου εκπροσώπου της ... και να καταστήσει αρμόδια προς υπογραφή όλα τα μέλη του ΔΣ από κοινού. Συνεπώς, το γεγονός ότι η εταιρεία ... για την υποβολή της συμμετοχής της αποφάσισε την ανάθεση υπογραφής του ΕΕΕΣ με ειδικό προς τούτο Πρακτικό του ΔΣ της σε όλα τα μέλη της ενεργώντας υποχρεωτικά από κοινού, έχει ως αυτόθροη συνέπεια για την εν λόγω διαδικαστική ενέργεια ουσιαστικά να περιορίζει την γενική αρμοδιότητα του νόμιμου εκπροσώπου της, επιλέγοντας ειδικά για τη συμμετοχή στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία την συνυπογραφή του ΕΕΕΣ από όλα τα μέλη του ΔΣ αυτής, και ως εκ τούτου, η κατά παράβαση της ως άνω εντολής του ΔΣ, υπογραφή του ΕΕΕΣ μόνο από το νόμιμο εκπρόσωπο αυτού, το καθιστά αυτομάτως παράνομο παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα. Ωστε, ο κατά

Αριθμός απόφασης: 266/2021

περίπτωση εκπρόσωπος εν προκειμένω προκύπτει ειδικώς από τούτο το πρακτικό Δ.Σ. Περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, αλυσιτελώς προβάλλεται ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, αναφορικά με το ότι δεν υποχρεούται ο οικονομικός φορέας να υποβάλει δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά μέσα, εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει δυνατότητα να τα λαμβάνει απευθείας μέσω της πρόσβασης σε βάση δεδομένων και ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή όφειλε δήθεν να αγνοήσει το επίμαχο προσκομισθέν Πρακτικό ΔΣ περί συμμετοχής στο διαγωνισμό και ανάθεσης εξουσίας υπογραφής του ΕΕΕΣ από όλα τα μέλη του ΔΣ που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα και να λάβει υπόψη της την ισχύουσα ανακοίνωση εκπροσώπησης της ... που είναι αναρτηθείσα στο ΓΕΜΗ, η οποία ορίζει τον ... ως νόμιμο εκπρόσωπο. Καταρχήν λεκτέο ότι το επίμαχο Πρακτικό ΔΣ που περιόρισε τις αρμοδιότητες του νόμιμου εκπροσώπου της ... αναφορικά και μόνο ως προς την υπογραφή του ΕΕΕΣ του συγκεκριμένου διαγωνισμού, περιλαμβάνεται μόνο στα βιβλία των πρακτικών της παρεμβαίνουσας, καθώς δεν αποτελεί πράξη καταχωρητέα στο ΓΕΜΗ. Η παρεμβαίνουσα με τον επίμαχο ισχυρισμό της προσπαθεί ουσιαστικά να προκαλέσει σύγχυση αναφορικά με την εν γένει και την ειδική «κατά περίπτωση» νομιμοποίηση υπογραφής του ΕΕΕΣ, προβάλλοντας ότι δήθεν ισχύει η διαλαμβανόμενη στο Πιστοποιητικό εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ εκπροσώπηση, ακόμη και εάν με ειδικότερη απόφαση το ΔΣ αυτής αποφάσισε διαφορετικά. Προς άρση δε κάθε τυχόν στρέβλωσης των ισχυρισμών μας πρέπει να τονιστεί ότι η εταιρεία μας δεν υποστηρίζει ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος του εκάστοτε οικονομικού φορέα αδυνατεί να υπογράψει ο ίδιος το ΕΕΕΣ αλλά ότι εν προκειμένω ο νόμιμος εκπρόσωπος της ... στερήθηκε της δυνατότητας αυτής, λόγω του επίμαχου Πρακτικού του ΔΣ, όπου ρητά και συγκεκριμένα, η αρμοδιότητα υπογραφής του ΕΕΕΣ μεταφέρεται σε όλα τα μέλη του ΔΣ από κοινού δυνάμει ειδικής προς τούτου απόφασης του ανώτερου οργάνου διοίκησής της, το οποίο σαφέστατα νομιμοποιείται προς τούτο όπως ορίζει το καταστατικό του (άρθρο 13ο) αλλά και το από ... Πρακτικό ΔΣ αυτής περί ισχύουσας εκπροσώπησης που έχει καταχωρηθεί στο ΓΕΜΗ (ανακοίνωση ΓΕΜΗ αρ. πρωτ. ...). Επιπλέον, η παρεμβαίνουσα προβάλλει και στο σημείο αυτό ότι ο εν λόγω ισχυρισμός μας είναι δήθεν ανεπίκαιρος, καθώς πρόκειται για πλημμέλεια

Αριθμός απόφασης: 266/2021

εντοπιζόμενη στο ΕΕΕΣ. Ωστόσο, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ο ισχυρισμός αυτός είναι απαράδεκτος, δεδομένου ότι από τους όρους της διακήρυξης και δη το άρθρο 23.8 περ. 4 αυτής προκύπτει ότι το πρακτικό του Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο δύναται να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον τούτο προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς, έπρεπε να συμπεριληφθεί και ορθά συμπεριλήφθηκε στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, η εταιρεία μας έλαβε γνώση και δυνατότητα πρόσβασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 20722/09.12.2020 απόφασης τους ΔΣ της Συνεπώς, μόνο κατά το παρόν στάδιο είχε τη δυνατότητα η εταιρεία μας να εκτιμήσει τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά και να διαπιστώσει τυχόν αποκλίσεις μεταξύ αυτών και των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ και να τις προσβάλλει σχετικά. Κατ' αποτέλεσμα η εταιρεία μας έλαβε γνώση του επίμαχου Πρακτικού ΔΣ της ... με το οποίο η αρμοδιότητα υπογραφής του ΕΕΕΣ, κατ' εξαίρεση ανατέθηκε σε όλα τα μέλη του ΔΣ από κοινού, μετά την κατακύρωση, οπότε και μπόρεσε να εντοπίσει την πλημμέλεια αυτή. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα εταιρεία μας, μη γνωρίζοντας το περιεχόμενο του ως άνω Πρακτικού δεν θα είχε τη δυνατότητα να προσβάλλει το ΕΕΕΣ κατά το προηγούμενο στάδιο, διότι πράγματι έφερε την υπογραφή του κατά κανόνα νόμιμου εκπροσώπου της, οπότε εν πρώτοις φαίνεται ότι ήταν νόμιμη η υποβολή του και θα ήταν υπό την εκδοχή ότι δεν είχε μεταβιβαστεί η αρμοδιότητα υπογραφής του ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή στο συγκεκριμένο διαγωνισμό σε όλα τα μέλη από κοινού. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός περί δήθεν παράβασης της αρχής του επικαίρου είναι αβάσιμος, λαμβανομένου υπόψη ότι από τους ανωτέρω όρους τα επίμαχα έγγραφα από τα οποία προκύπτει η παρανομία του ΕΕΕΣ προβλέπονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης και άρα ορθά προβάλλεται ο ισχυρισμός μας στο παρόν στάδιο της διαδικασίας. Τέλος, επί του ισχυρισμού ότι ο εν λόγω ισχυρισμός είναι δήθεν «απαράδεκτος διότι προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου και άρα άνευ προσωπικού εννόμου συμφέροντος της ίδιας της προσφεύγουσας» επισημαίνεται ότι παραδεκτώς αμφισβητούμε την νομιμότητα του ΕΕΕΣ, ως συμμετέχοντες στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που επιδιώκουμε την

ανάληψη του αντικειμένου της σύμβασης. Συνεπώς παραδεκτά και δη μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλεται ο εν λόγω ισχυρισμός, όσα δε προβάλλονται περί του αντιθέτου θα πρέπει να απορριφθούν. ΠΕΜΠΤΟΝ. Επί του πέμπτου λόγου περί ελλιπών δικαιολογητικών κατακύρωσης ως προς την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας Με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής μας προβάλαμε ότι η με αρ. πρωτ.. ... βεβαίωση καλής εκτέλεσης του έργου «ΑΠΟΘΗΚΕΥΣΗ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ...» που προσκόμισε η εταιρία ... προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας ήταν ελλιπής και τελικώς ασύμβατη τις απαιτήσεις της παραγράφου 23.6 της διακήρυξης. Επί του ανωτέρω ισχυρισμού, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι τα στοιχεία που επισημαίνουμε αφορούν «τα απαιτούμενα για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας δικαιολογητικά αλλά όχι την απαιτούμενη προς απόδειξη ικανότητα». Τούτο ωστόσο, επίσης αλυσιτελώς προβάλλεται, δεδομένου ότι η απόδειξη της απαιτούμενης ικανότητας διενεργείται μέσω της προσκόμισης των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τα δικαιολογητικά τούτα δηλαδή, πρέπει να είναι πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης προκειμένου να αποδείξουν την απαιτούμενη ικανότητα. Συνεπώς, δικαιολογητικά κατακύρωσης που δεν συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις της διακήρυξης μη νομίμως γίνονται δεκτά. Συνεπώς, αλυσιτελώς προβάλλεται και ο ισχυρισμός πως «Τα μνημονευόμενα από την προσφεύγουσα στοιχεία ωστόσο δεν αποτελούν αναγκαίο κατά την διακήρυξη αποδεικτέο στοιχείο (τελική αξία σύμβασης)», διότι η διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, ορίζει επί λέξει με τη παράγραφο 23.6 του άρθρου 23.6, τα εξής: «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των επαγγελματικών φορέων αποδεικνύεται(ii) για την απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων του 22.Δ.β) και για όλες τις περιπτώσεις οικονομικών φορέων στα προαναφερθέντα (α), (β), (γ) πρέπει να προσκομιστεί κατάλογος παρόμοιων, ποιοτικά με το δημοπρατούμενο, έργων εκτελεσμένων από το 2011 και έως την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης... Τα πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης των έργων, για όλες τις περιπτώσεις των οικονομικών φορέων, αναφέρουν τον προϋπολογισμό δημοπράτησης, την τελική αξία της σύμβασης, το χρόνο περαίωσης των

έργων και διευκρινίζουν αν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκαν κανονικά» (σελ. 38). Κατ' αποτέλεσμα, το γεγονός ότι η προσκομισθείσα βεβαίωση καλής εκτέλεσης της ... δεν αναφέρει την τελική αξία της σύμβασης δεν αναφέρει ένα κρίσιμο κατά τις απαιτήσεις της διακήρυξης στοιχείο, με αποτέλεσμα να καθίσταται για το λόγο αυτό μη αποδεκτή, ως μη πληρούσα τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Απορριπτέος είναι δε και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής πως τα στοιχεία που επισημάναμε «έχουν αποδειχθεί κατά τρόπο νοηματικά ισοδύναμο με την διατύπωση της διακήρυξης (βεβαίωσης έντεχνης και έγκαιρης εκτέλεσης)». Τούτο διότι, η διακήρυξη απαιτούσε να βεβαιωθεί ότι το έργο εκτελέστηκε προσηκόντως με βάση τους κανόνες της τέχνης και της επιστήμης, και όχι ότι εν γένει εκτελέστηκε έντεχνα και έγκαιρα. Τούτο διότι οι διαστάσεις των κανόνων της επιστήμης και της τεχνικής και της έννοιας της κανονικής περάτωσης είναι ευρύτερες της έντεχνης ολοκλήρωσης. Συνεπώς, εφόσον, η προσκομισθείσα βεβαίωση καλής εκτέλεσης της ... δεν παρέχει βεβαίωση ότι το έργο εκτελέστηκε με βάση τους κανόνες της τέχνης και της επιστήμης, ως προεβλέπετο, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν αναγράφεται σε αυτήν η τελική αξία της σύμβασης, δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης, και ως εκ τούτου παρανόμως ελήφθη υπόψη. Συνεπώς, αβασίμως προβάλλονται τα περί του αντιθέτου. ΕΚΤΟΝ. Επί του έκτου λόγου που αφορά στην παράλειψη διατύπωσης κρίσης επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης. Με τον τελευταίο λόγο της προσφυγής μας προβάλαμε ότι είναι μη νόμιμη η αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας ... λόγω μη εκκίνησης της διαδικασίας αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης και μη έκδοσης αυτοτελούς αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής περί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης κατόπιν προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας Επιτροπής αξιολόγησης της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 πριν την κατακύρωση του διαγωνισμού στην εν λόγω μειοδότη. Επί τούτου του λόγου η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι «ουδείς λόγος για την υποβολή και αξιολόγηση μέτρων αυτοκάθαρσης συντρέχει, αφού ο Αναθέτων Φορέας μας, συνεκτιμώντας την θετική απόκριση του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ αναφορικά με την συνδρομή του πραγματικού γεγονότος της συνομολογημένης σύναψης

συμφωνίας προς τον σκοπό της στρέβλωσης του ανταγωνισμού, με την ταυτόχρονη δήλωση της συνδρομής των γεγονότων που κατά νόμο αίρουν ως προς την συμπεριφορά αυτή την κύρωση του αποκλεισμού, ορθώς διαπίστωσε την συνδρομή της περίπτωσης άρσης του λόγου αποκλεισμού.».

Πλην όμως, από τις διατάξεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 προκύπτει ότι «7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ. και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. 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 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.». Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι εάν ο οικονομικός φορέας απαντήσει πως εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, τότε αυτομάτως ενεργοποιείται η διαδικασία των παραγράφων 8 και 9 του αυτού άρθρου. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να εκκινήσει την ανωτέρω διαδικασία, η μη ενεργοποίηση αυτής καθιστά δε αυτόθροα παράνομη την εκδοθείσα πράξη, καθώς εκδόθηκε κατά παράβαση των οικείων διατάξεων. Κατά τα λοιπά προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων αναφερόμαστε σε όσα εκτενώς αναπτύσσουμε στον οικείο λόγο της προσφυγής μας. Ωστε, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή δεν ακολούθησε την νόμιμη διαδικασία, σύμφωνα με τα αναλυτικώς περιγραφόμενα στην προσφυγή μας. Περαιτέρω, αβασίμως αναφέρεται από την αναθέτουσα αρχή πως «στη συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχει η περίπτωση της παραγραφής του άρθρου 73 παρ. 10, δεδομένου ότι είχε ήδη παρέλθει η μέγιστη διάρκεια της τριετούς περιόδου αποκλεισμού..., η οποία υπολογίζεται, σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση του Δ.Ε.Ε.(αλλά και του ΣΤΕ), κατά την εκτίμηση του αναθέτοντος Φορέα μας (και ανεξαρτήτως της δήλωσης της Αναδόχου εταιρείας) με αφετηρία την ημερομηνία έκδοσης της με αριθ. 642/2017 αποφάσεως της αρχής αυτής, η οποία εκδόθηκε την 10.3.2017 (βλ σώμα αυτής, δημοσιεύτηκε δε στο ΦΕΚ την 8.9.2017 στο τεύχος Β και με αρ. 3104)», και τούτο διότι ως συνομολογεί και η ίδια, η εν λόγω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού φέρει ημερομηνία εκδόσεως του έτους 2017 (10.3.2017), ωστόσο δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (κατά τη διάταξη του άρθρου 27 παρ. 1 του ν. 3959/2011 για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού Α' 93) τον μήνα Σεπτέμβριο 2017, ήτοι μετά την υποβολή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Ενόψει των ανωτέρω καθίστανται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί».

19. Επειδή, στο άρθρο 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής ότι «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 266/2021

οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του», ενώ στις παραγράφους 7 έως 10 ορίζεται ότι «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 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. 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.». Οι εν λόγω διατάξεις ενσωμάτωσαν στο εθνικό δίκαιο τις διατάξεις του άρθρου 47 παρ. 6 και 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Συναφώς στο άρθρο 22.Α.4 της οικείας διακήρυξης ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, [...] (θ) εάν ο οικονομικό φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του». Στο δε άρθρο 22.Α.6 της οικείας διακήρυξης ορίζεται: «Ο αναθέτων φορέας αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων η παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη

διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων, ενώ το άρθρο 22.Α.7 ορίζεται ότι «Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που α-ναφέρονται στις παραγράφους 22.Α.1., 22.Α.2α και 22.Α.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. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση». Όπως αναφέρεται στην σκέψη 102 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων 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».

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 253 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του

Αριθμός απόφασης: 266/2021

δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...]. Το, δε, άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» προβλέπει ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης. ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) Προσφορά υπό αίρεση. [...].»

21.Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης προβλέπουν τα εξής. «1. Στο άρθρο 22.Α της επίμαχης διακήρυξης με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» ορίζεται ότι: «Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπο του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω

Αριθμός απόφασης: 266/2021

περιπτώσεων: 22.A. 22.A.2. 22.A.3... 22.A.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (ε) εάν μια κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 280 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπευτεί με άλλα λιγότερο επεμβατικά μέσα. (στ)». Σύμφωνα με τη παράγραφο 23.3 (του άρθρου 23) της αυτής διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.A.», «ο προσωρινός ανάδοχος κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από τον αναθέτοντα φορέα, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2. της παρούσας. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.A. ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: (α) για την παράγραφο Α.1 του άρθρου 22 της παρούσας (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22: (γ) για την παράγραφο Α.4 (β) του άρθρου 22: (δ) αν το κράτος μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τα υπό των περ. (α), (β) και (γ) πιστοποιητικά (ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού....». Στη δε παράγραφο 4.2 (του άρθρου 4) της διακήρυξης με τίτλο «4.2. Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ κατακύρωση/πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» προβλέπεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος καλείται να υποβάλει εντός ορισμένης προθεσμίας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων, και τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Στην δε περ. δ. της ως άνω παραγράφου ορίζεται πως «αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω διαπιστωθεί ότι.... ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, η iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 21, 22 και 23 της παρούσας με την επιφύλαξη των παρ. 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (λήψη επανορθωτικών μέτρων) απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος

φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρούμενης της ανωτέρω διαδικασίας». Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 22.Α και 23.3 της διακήρυξης, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών, συνάγεται ότι για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του προσωρινού μειοδότη - αναδόχου του άρθρου 22.Α. αυτής, για τις οποίες προβλέπεται η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης, θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια ότι ο ανάδοχος δεσμεύεται ως προς τη μη συνδρομή ενός εκάστου λόγου αποκλεισμού της διακήρυξης είτε με αναφορά του οικείου όρου-άρθρου της διακήρυξης που προβλέπει τον λόγο αποκλεισμού για την απόδειξη της μη συνδρομής του οποίου απαιτείται η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης είτε με παράθεση (έστω και συνοπτικά) του περιεχόμενου του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης (ΔΕΦΠΑτρ. 57/2020). Επιπλέον, η μη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εμπροθέσμως και κατά τις ανά δικαιολογητικό επιμέρους απαιτήσεις της διακήρυξης, η μη απόδειξη δι' αυτών, ακόμη και αν προσκομίσθηκαν εμπροθέσμως και παραδεκτά, των ζητούμενων, ήτοι των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού, αλλά και διαπίστωση ψευδών και ανακριβών δηλώσεων στο ΕΕΕΣ, συνιστούν αυτοτελείς, διακριτές και όλως επαρκείς από μόνες τους, βάσεις για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα, αντίθετη δε ερμηνεία θα προσέκρουε στην αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Μόνη δε εξαίρεση στην υποχρέωση της αναθέτουσας να αποκλείσει προσωρινό ανάδοχο που υπέβαλε ελλιπή κατά τα εκ της διακήρυξης ζητούμενα ή εκπροθέσμως δικαιολογητικά κατακύρωσής του, είναι η εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου και υπ' ευθύνη του, αίτηση του εντός του δεκαημέρου προς προσκόμιση αυτών, για παράταση της προθεσμίας υποβολής τους και μάλιστα αυτή η αίτηση δεν αρκεί να υποβληθεί μόνη της, αλλά πρέπει να «συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών» και συνεπώς μόνο τότε, η αναθέτουσα, αφού κρίνει τα οικεία αποδεικτικά στοιχεία και εφόσον προκύψει αντικειμενική αδυναμία

προσκόμισής τους από τον προσωρινό ανάδοχο, δύναται και υποχρεούται να «παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Σύμφωνα δε με τη παράγραφο 22.Γ «οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» του άρθρου 22 (σελ. 30) ορίζεται, ότι «*Η αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης καθορίζεται ως εξής. Α)...Β) πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 10% του προϋπολογισμού του έργου με αναθεώρηση χωρίς ΦΠΑ....*». Για την απόδειξη δε της ανωτέρω απαίτησης προσκομίζεται «βεβαίωση τράπεζας για το μέγεθος της δανειοληπτικής ικανότητας του οικονομικού φορέα, ημεδαπής και αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο και θα εξετάσει αίτηση για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (με αναθεώρηση, χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος» (παράγραφος 23.5 του άρθρου 23, σελ. 37). Στην δε περ. δ. της ως άνω παραγράφου 4.2. ορίζεται πως «αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω διαπιστωθεί ότι i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) είναι ψευδή ή ανακριβή iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 21, 22 και 23 της παρούσας με την επιφύλαξη των παρ. 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (λήψη επανορθωτικών μέτρων) απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας». Σύμφωνα με τη παράγραφο 23.6 του άρθρου 23 «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των επαγγελματιών φορέων αποδεικνύεται (ii) για την απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων του 22.Δ.β) και για όλες τις περιπτώσεις οικονομικών φορέων στα προαναφερθέντα (α), (β), (γ) πρέπει να προσκομιστεί κατάλογος παρόμοιων, ποιοτικά με το δημοπρατούμενο, έργων εκτελεσμένων από το 2011 και έως την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης...Τα

Αριθμός απόφασης: 266/2021

πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης των έργων, για όλες τις περιπτώσεις των οικονομικών φορέων, αναφέρουν τον προϋπολογισμό δημοπράτησης, την τελική αξία της σύμβασης, το χρόνο περαίωσης των έργων και διευκρινίζουν αν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκαν κανονικά» (σελ. 38).

22. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν. 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

23. 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 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51,

Αριθμός απόφασης: 266/2021

της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, 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).

24. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

25. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους

Αριθμός απόφασης: 266/2021

προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011). Ειδικότερα, 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 κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (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). Έχει, επομένως, κριθεί ότι τυχόν αίτηση διευκρίνισης προσφοράς δεν επιτρέπεται να καταλήξει στο να υποβάλει ο προσφέρων στην πραγματικότητα νέα προσφορά ενώ κρίσιμη είναι η υποχρέωση – την αυτοδέσμευση ουσιαστικά – των Αναθετουσών Αρχών να ελέγχουν με αυστηρότητα την τήρηση των κριτηρίων που διατυπώνονται στη διακήρυξη, που οι ίδιες οι Αναθέτουσες Αρχές έχουν καθορίσει και να αποκλείουν από το διαγωνισμό τις προσφορές που δεν περιέχουν τα έγγραφα ή στοιχεία που απαιτούνται από τη διακήρυξη με ποινή αποκλεισμού (C-336/12) Manova και C-42/13 (Cartiera dell' Adda) αποκλείοντας την υποβολή εγγράφων μετά την εκπνοή της προθεσμίας που τίθεται στη διακήρυξη (C -387/14 (Esaprojekt). Ειδικότερα, έχει κριθεί με την απόφαση ΔΕΕ της 4ης Μαΐου 2017, C-387/14 – Esaprojekt (σκέψεις 39-44), ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διασφαλίσει ότι τυχόν αίτημα της διευκρίνιση μιας προσφοράς δεν θα καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο αντίστοιχος υποψήφιος νέα προσφορά. 21. Επειδή η αρχή της ισότητας (βλ. ΣΤΕ 935/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4

και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των κρίση των διοικητικών οργάνων, επιβάλλει την ομοιόμορφη εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας σε όλους τους διοικούμενους.

26. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ' αντιδιαστολής Απόφαση Pippo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τήρσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας).

27. 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).

24. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

28. 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). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

29. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (e Vigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202,

παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΠΙ) σκ. 71].

30. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. ΝΣΚ 70/2002).

31. Επειδή, επομένως, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. ΣΤΕ 179/2009 σκ.5).

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

33. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κατ' αρχήν, κατά δέσμια αρμοδιότητα, κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

34. Επειδή, έχει κριθεί ότι οι περιπτώσεις των προσφορών που παρουσιάζουν αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης δεν θα απορρίπτονται υπό την προϋπόθεση ότι οι αποκλίσεις αυτές δεν αναφέρονται στους απαράβατους όρους και κρίνονται επουσιώδεις από την αρμόδια

Αριθμός απόφασης: 266/2021

επιτροπή. Το επουσιώδες, ωστόσο, της απόκλισης διαπιστώνεται και αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή (ΣΤΕ 4136/2009, 2004/2010).

35. Επειδή, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. 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 των προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

36. Επειδή, περαιτέρω, η γέννηση του οικείου λόγου αποκλεισμού, στην περίπτωση που η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου δια του ΕΕΕΣ αφορά τη συμμετοχή του σε αντανταγωνιστικές συμπράξεις, δεν εμποδίζεται από το γεγονός ότι μπορεί να συντρέχει λόγος απαλλαγής του από τις διοικητικές συνέπειες της παραβάσεως των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού για τον λόγο ότι έχει υπαχθεί σε καθεστώς «επιείκειας» ή σε διαδικασία «διευθετήσεως διαφοράς», σύμφωνα τις διατάξεις των άρθρων 25 παρ. 8, 25α και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011 (Α' 93), όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Και τούτο, διότι τυχόν απαλλαγή από τις εν λόγω συνέπειες, ανεξαρτήτως του κατά τις ως άνω διατάξεις ειδικότερου περιεχομένου της, δεν καταργεί πάντως την, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα, που απορρέει από τη διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού, να δηλώσει με ακρίβεια στον αναθέτοντα φορέα, ως έχοντα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.6.2019, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάσταση του σε σχέση με τον λόγο που προβλέπεται στο άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ' της οδηγίας 2014/24 (και τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 και συναφή άρθρα της διακηρύξεως) ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως (ΣΤΕ 753/2020 σκέψη 12).

37. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του οικείου άρθρου της διακήρυξης του επίδικου διαγωνισμού, οι οποίες εναρμονίζονται με τις

Αριθμός απόφασης: 266/2021

αντίστοιχες, ισχύουσες πλέον, ρυθμίσεις του άρθρου 103 παρ. 2 του ν.4412/2016, όπως η τελευταία παράγραφος τροποποιήθηκε με την παρ. 12 του άρθρου 43 του ν.4605/2019, μετά την πρόσκληση προς τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εντός της οριζόμενης προθεσμίας (βλ. αντίστοιχα παρ. 1 του άρθρου 103), εφόσον κατά τον έλεγχο αυτών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί τα απαιτούμενα δικαιολογητικά που αφορούν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δεν οφείλει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας να ζητήσει από τον προσωρινό μειοδότη τη συμπλήρωση αυτών. Μόνο κατ' εξαίρεση, στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και έχει αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των μνημονευόμενων δικαιολογητικών, υποβάλλοντας παράλληλα προς την αναθέτουσα αρχή εντός της οριζόμενης προθεσμίας σχετικώς αίτημα παράτασης προθεσμίας υποβολής τους, ο αναθέτων φορέας υποχρεούται να του χορηγήσει την αιτούμενη παράταση για όσο χρόνο απαιτηθεί για την χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές. Η εν λόγω δε ρύθμιση της διακήρυξης, καθώς και η αντίστοιχη του ν.4605/2019, εναρμονίζονται με την υποχρέωση διαφάνειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, καθόσον διαμέσου της διακήρυξης οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό έχουν λάβει έγκαιρα γνώση ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των ανωτέρω απαιτούμενων δικαιολογητικών κατά την κατακύρωση ο αναθέτων φορέας δεν έχει την υποχρέωση να τους καλέσει να τα συμπληρώσουν, η εν λόγω δε έλλειψη συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς τους, κατά τα οικεία άρθρα της διακήρυξης (βλ. σχετικά και Αιτιολογική Έκθεση του ν.4605/2019).

38. Επειδή, όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία 2014/24/ΕΕ, όσο και ο ν. 4412/2016 και η επίδικη διακήρυξη αποσκοπούν στο να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας (Ε.Α. ΣΤΕ 40/2019). Οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στο διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και

δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπíπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (Ε.Α. ΣΤΕ 204/2019). Κατά την έννοια δε του ανωτέρω Ε.Ε.Ε.Σ., η απάντηση του διαγωνιζόμενου στο σχετικό ερώτημα του πεδίου «Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνο, συγκεκριμένα αν υπάρχει πρόωρη καταγγελία ή αν έχουν επιβληθεί σε βάρος του αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, σε σχέση με προηγούμενη σύμβαση. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου δήλωση αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας αυτού του πραγματικού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 40, 279/2019).

39. Επειδή, ως προκύπτει από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, της οικείας προσφοράς της προσφοράς ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, με την υποβολή της προσφοράς της, δια σχετικής δήλωσής της στο Ε.Ε.Ε.Σ. ειδικά καθ' ο μέρος αφορά τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4. περ. (ε) είχε συμπληρώσει στο οικείο πεδίο υπό ερώτημα «Γνωρίζει ο οικονομικός φορέας την ύπαρξη τυχόν σύγκρουσης συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης;» και υπό τον τίτλο «Σύγκρουση συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» ότι δεν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, της προηγούμενης συμμετοχής του κατά την διαδικασία κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης. Περαιτέρω με τον υποβληθέντα φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκόμισε

Αριθμός απόφασης: 266/2021

υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν συντρέχουν για αυτή οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα προσκόμισε την από 30.10.2020 υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας. Στην άνω υπεύθυνη δήλωση, γίνεται πράγματι κατ'ιδίαν αναφορά σε λοιπούς προβλεπόμενους από την διακήρυξη λόγους αποκλεισμού μεταξύ των οποίων δεν υπάρχει ρητή αναφορά στην περίπτωση του λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4. περ. (ε) που αφορά την επίμαχη προηγούμενη συμμετοχή σε στρέβλωση του ανταγωνισμού. Η κατά τα άνω παράλειψη αναφοράς συνεπώς επιφέρει ακυρότητα της προσβαλλόμενης καθώς εκ των προδιαληφθέντων όρων της διακήρυξης συνάγεται ότι απαιτείται συγκεκριμένη αναφορά με την υπεύθυνη δήλωση σε ένα έκαστο λόγο αποκλεισμού εφόσον η σχετική απαίτηση, ορίζει επί λέξει στην διατύπωση της δήλωσης ότι «δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του (προσωρινού Αναδόχου) οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού». Ωσαύτως, αβασίμως επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, ότι κρίση περί αποκλεισμού θα μπορούσε να διατυπωθεί μόνο υπό την εκδοχή της διαπίστωσης εκ μέρους του Αναθέτοντος Φορέα ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, αποδεικνυόμενου μάλιστα τούτου με κατάλληλα μέσα, ενώ συνεκδοχικά απορρίπτεται, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος ο ισχυρισμός, ότι τέτοια περίπτωση ήτοι διαπίστωσης λόγου αποκλεισμού, εν προκειμένω δεν συντρέχει, όπως είναι σε θέση εξ'ιδίας γνώσεως να γνωρίζει ο Αναθέτων Φορέας, προεχόντως, ένεκα της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών (ΔΕΦΑΘ 999/2019). Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος προβαλλόμενος λόγος της προσφεύγουσας κρίνεται ως βάσιμος και ως εκ τούτου γίνεται δεκτός.

40. Επειδή, δεδομένης της αποδοχής του πρώτου λόγου προσφυγής, ο οποίος συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων, η απόρριψη των οποίων ουδόλως δύναται να μεταβάλει τις έννομες συνέπειες της αποδοχής του πρώτου λόγου της προσφυγής (ΣΤΕ 308/2020).

41. Επειδή, επικουρικώς ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι στην προσκομιζόμενη βεβαίωση της παρεμβαίνουσας προσδιορίζεται ακριβώς μέχρι ποίου ποσού μπορεί να πιστοδοτηθεί από χρηματοπιστωτικό ίδρυμα και

Αριθμός απόφασης: 266/2021

συγκεκριμένα μέχρι του ποσού των 12.000.000 ευρώ, ποσό το οποίο υπερκαλύπτει τον παραπάνω σχετικό όρο της διακήρυξης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό είναι μεγαλύτερο του ποσοστού 10% του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ (πρβλ. και ΕλΣυν./Τμ.6/1283/2009). Τα δε παραπάνω προδιαληφθέντα συντρέχουν τόσο κατά το καταληκτικό χρόνο υποβολής των προσφορών, ήτοι την 27.7.2020 (βλ. την με αριθ. πρωτ. ... βεβαίωση) όσο και πέντε μήνες μετά, κατά το χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. την με αριθ. πρωτ. 479/1.12.2020 βεβαίωση). Επιπροσθέτως, στην βεβαίωση αυτή, η οποία ευλόγως συνάγεται ότι αποτελεί προδιατυπωμένο γενικό κείμενο της εν λόγω τράπεζας για τη συμμετοχή των πελατών της σε διαγωνιστικές διαδικασίες, διευκρινίζεται, ότι έχει εκδοθεί ενόψει της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας στον επίδικο διαγωνισμό (ως απαιτείται από τη νομολογία πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 162/2010, ΕλΣυν 657/2010, ΔΕφ.Αθ 363/2015 και ΑΕΠΠ 19/2019), περιλαμβάνει δε τον τίτλο του έργου και το ακριβές ποσό του προϋπολογισμού αυτού, επί του οποίου υπολογίζει το παραπάνω ποσοστό 10%. Συνεπώς, το περιεχόμενο της παραπάνω βεβαίωσης, όπως προκύπτει από τα παραπάνω, είναι ορισμένο και επαρκές, καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, προκύπτει δε με σαφήνεια και κατ'επίκληση των απαιτούμενων εκ της Διακήρυξης συγκεκριμένων στοιχείων η πιστοληπτική ικανότητα της παρεμβαίνουσας, η οποία βεβαιώνεται τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της όσο και κατά το χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά συνέπεια, όπως προκύπτει από τα παραπάνω, με την προσκόμιση της παραπάνω βεβαίωσης διασφαλίζονται οι απαιτήσεις των παραγράφων 22.Γ και 23.5 της υπό κρίση διακήρυξης και αποδεικνύεται η οικονομική και χρηματοδοτική της επάρκεια της αναδόχου εταιρείας και δεν συντρέχει εν προκειμένω λόγος αποκλεισμού της δυνάμει της παραγράφου 4.2. αυτής, τα δε όσα σχετικά δηλώνει αυτή στο ΕΕΕΣ, είναι αληθή. Επομένως, όσα περί του αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα είναι νόμω και ουσία αβάσιμα. Επέκτινα, ο ισχυρισμός που ερείδεται επί της με αριθ. 77/2008 απόφασης ΣτΕ ΕΑ, είναι απορριπτέος προεχόντως λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών κατά τα ειδικώς ήδη κριθέντα. Ως εκ τούτου, ο οικείος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

42. Επειδή, επικουρικώς ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Ως προδιελήφθη, η οικεία διακήρυξη προβλέπει στο άρθρο 23.8 σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου: «Σε περίπτωση νομικού προσώπου, υποβάλλονται ηλεκτρονικά, στον φάκελο 'Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου', τα νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου και τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Εάν ο προσφέρων είναι Α.Ε. και Ε.Π.Ε.: (...) 4. Πρακτικό Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον αυτό προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράψει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού (...).».

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 93 του ν. 4548/2018 περί των «Πρακτικών συνεδριάσεων και αποφάσεων διοικητικού συμβουλίου»: «1. Οι συζητήσεις και αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου καταχωρίζονται περιληπτικά σε ειδικό βιβλίο, που μπορεί να τηρείται και ηλεκτρονικά. Με αίτηση μέλους του διοικητικού συμβουλίου ο πρόεδρος υποχρεούται να καταχωρίσει στα πρακτικά περίληψη της γνώμης του μέλους αυτού. Ο πρόεδρος δικαιούται να αρνηθεί την καταχώριση γνώμης, η οποία αναφέρεται σε ζητήματα προφανώς εκτός ημερήσιας διάταξης, ή το περιεχόμενό της αντίκειται καταφανώς στα χρηστά ήθη ή το νόμο. Στο βιβλίο αυτό καταχωρίζεται επίσης κατάλογος των παραστάντων ή αντιπροσωπευθέντων κατά τη συνεδρίαση μελών του διοικητικού συμβουλίου. 2. Τα πρακτικά του διοικητικού συμβουλίου υπογράφονται από τα παραστάντα μέλη. Σε περίπτωση άρνησης υπογραφής από κάποιο μέλος γίνεται σχετική μνεία στα πρακτικά. Αντίγραφα των πρακτικών εκδίδονται επισήμως από τον πρόεδρο ή άλλο πρόσωπο που ορίζεται προς τούτο από το καταστατικό ή από το διοικητικό συμβούλιο, χωρίς να απαιτείται άλλη επικύρωσή τους. Η εταιρεία φέρει το βάρος απόδειξης ότι οι αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου έλαβαν χώρα την ημερομηνία και ώρα που αναγράφεται στο βιβλίο πρακτικών. 3. Αντίγραφα πρακτικών συνεδριάσεων του διοικητικού συμβουλίου, για τα

οποία υπάρχει υποχρέωση καταχώρισής τους στο Γ.Ε.ΜΗ., σύμφωνα με το άρθρο 12 του παρόντος νόμου ή άλλες διατάξεις, υποβάλλονται στην αρμόδια υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ. μέσα σε προθεσμία είκοσι (20) ημερών από τη συνεδρίαση του διοικητικού συμβουλίου. 4. Το βιβλίο πρακτικών του διοικητικού συμβουλίου των εταιρειών, οι μετοχές των οποίων δεν είναι εισηγμένες σε ρυθμιζόμενη αγορά, μπορεί να τηρείται ενιαία με το βιβλίο πρακτικών της γενικής συνέλευσης.» Επιπλέον, το καταχωρισμένο στο ΓΕΜΗ καταστατικό της προσωρινής αναδόχου ορίζει στο άρθρο 11 ότι: «11.4. Τα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου υπογράφονται από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου και επικυρώνονται από τον Πρόεδρο ή τον Διευθύνοντα Σύμβουλο ή οποιοδήποτε εκτελεστικό μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου.» Από τις ανωτέρω νομοθετικές προβλέψεις συνδυαστικά ερμηνευόμενες υπό το πρίσμα των πραγματικών περιστατικών της εξεταζόμενης υπόθεσης προκύπτει ότι στην διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού απαιτείται η υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο του πρακτικού του Διοικητικού Συμβουλίου εκ του οποίου να προκύπτει η νομιμοποίηση για την συμμετοχή στον διαγωνισμό, χωρίς ωστόσο να απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού διατυπώσεις για τα τυπικά και ουσιαστικά χαρακτηριστικά που θα πρέπει να φέρει στο σώμα του το εν λόγω πρακτικό, όπως εν προκειμένω το αν θα πρέπει στο αντίγραφο που θα προσκομιστεί να υπάρχουν και οι υπογραφές των μελών του Δ.Σ. ή αρκεί μόνο η αναγραφή των ονομάτων αυτών και της ιδιότητάς τους στο τέλος του εγγράφου, τα οποία άλλωστε υποδηλώνουν και ότι το έγγραφο έχει υπογραφεί από τα αναγραφόμενα μέλη. Αντιθέτως, στην έκδοση του αντιγράφου που γίνεται από τον Πρόεδρο τεκμαίρεται ότι ενέχεται και βεβαίωση της υπογραφής του πρωτότυπου πρακτικού από όλα τα μέλη του ΔΣ χωρίς να απαιτούνται περαιτέρω διατυπώσεις. Τέλος, όσον αφορά στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί της ημερομηνίας υπογραφής του αντιγράφου του πρακτικού, συνάγεται προδήλως ότι η λέξη «αυθημερόν» αναφέρεται στην ημερομηνία της ψηφιακής υπογραφής του αντιγράφου από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. η οποία τίθεται αυτομάτως από το ψηφιακό πιστοποιητικό που χρησιμοποιείται για να υπογραφεί ηλεκτρονικά το έγγραφο και όχι στην ημερομηνία της συνεδρίασης και έκδοσης του πρακτικού. Άλλωστε, εκ του οικείου καθεστώτος (άρθρο 93 παρ. 2 εδ. δ' ν. 4548/2018)

Αριθμός απόφασης: 266/2021

παρέπεται ότι οι αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου πρέπει να προκύπτει ότι συμπίπτουν με την ημερομηνία και ώρα που αναγράφεται στο βιβλίο πρακτικών και συνεπώς είναι άμοιρο νομικής επιρροής το πότε θα επικυρωθούν τα αντίγραφα των σχετικών πρακτικών. Συνεπώς, η Επιτροπή Διαγωνισμού νομίμως έκανε αποδεκτό το υποβληθέν αντίγραφο τεκμαίροντας ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις της νόμιμης έκδοσης και υποβολής του εν λόγω πρακτικού, αφού αυτό είναι επικυρωμένο από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. και σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία η επικύρωση αυτή είναι το μόνο προαπαιτούμενο στοιχείο για την έγκυρη έκδοση του αντιγράφου. Το αν το πρωτότυπο Πρακτικό του Δ.Σ. έχει αληθώς υπογραφεί από όλα τα μέλη του Δ.Σ. ή όχι, είναι ζήτημα που μόνο το νομικό πρόσωπο της εταιρείας είναι αρμόδιο να επικαλεστεί, ο δε σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας απαραδέκτως προβάλλεται από την προσφεύγουσα, ως εκ συμφέροντος τρίτου. Συνεπεία των ανωτέρω και ο εν θέματι λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

43. Επειδή, ως προς τον τέταρτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Σύμφωνα με εν άρθρο 23.8 της διακήρυξης, «Σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου» ορίζεται ότι *«υποβάλλεται Πρακτικό Δ.Σ περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού και ορίζεται συγκεκριμένο άτομο»*. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, το Ε.Ε.Ε.Σ. της παρεμβαίνουσας υπογράφεται από το νόμιμο εκπρόσωπο αυτής, ..., Πρόεδρο του Δ.Σ. Το δικαίωμα νόμιμης εκπροσώπησης της εταιρείας ασκείται από το πρόσωπο αυτό δυνάμει του από 30.06.2017 Πρακτικού του Δ.Σ. της ..., όπως φαίνεται τόσο από το επικαιροποιημένο Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ (αρ. πρωτ. ...) όσο και από την από 26.07.2020 Υπεύθυνη Δήλωση του ... περί υπογραφής της οικονομικής προσφοράς και των «υπόλοιπων εγγράφων τα οποία απαιτούνται για τον διαγωνισμό». Παράλληλα, από ουδέν στοιχείο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει, ότι έχει ανακληθεί η σχετική απόφαση του Δ.Σ. της ... περί εκπροσώπησης ή ότι έχει χορηγηθεί το γενικό δικαίωμα εκπροσώπησης και

Αριθμός απόφασης: 266/2021

δέσμευσης της εταιρείας σε διαφορετικό ή διαφορετικά πρόσωπα. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω από τον συνδυασμό του άρθρο 23.1 της διακήρυξης και του όμοιου περιεχομένου άρθρο 79Α του Νόμου 4412/2016 συνάγεται, ότι εφόσον από το από 30.06.2017 Πρακτικό του Δ.Σ., το οποίο ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως νόμιμος και μόνος εκπρόσωπος της εταιρείας παρίσταται ο Πρόεδρος του Δ.Σ. τότε νομίμως το ΕΕΕΣ υπογράφεται από εκείνον. Ως εκ τούτου, δε, δεν υφίσταται παραβίαση του άρθρου 23.1 της διακήρυξης ως προς την υπογραφή του υποβληθέντος ΕΕΕΣ. Συνεπώς, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα, αναφέρεται αποκλειστικά στο άρθρο 23.8 της διακήρυξης, το οποίο τυγχάνει εφαρμοστέο μόνο στην περίπτωση που δεν υπογράφει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα, περίπτωση μη συντρέχουσα εν προκειμένω, καθώς τα επίμαχα έγγραφα εκ της επισκόπησης της συγκεκριμένης προσφοράς προκύπτει ότι υπογράφονται από τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας. Ως εκ τούτου και ο εν θέματι λόγος κρίνεται απορριπτέος.

44. Επειδή, ως προς τον πέμπτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Η απαίτηση της διακήρυξης αναφορικά με τα στοιχεία τα οποία πρέπει να αποδεικνύεται από την προσκομιζόμενη βεβαίωση καλής εκτέλεσης ανέρχονται σε τρία και δη (α) εκτέλεση ενός τουλάχιστον υδραυλικού έργου δικτύου αποχέτευσης (β) η περαίωση του εντός του χρονικού διαστήματος από το 2011 και έως την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών (γ) και ο προϋπολογισμός δημοπράτησης ποσού 8.500.000 € χωρίς ΦΠΑ κατ' ελάχιστον. Σε εκτέλεση της σχετικής υποχρέωσής της η παρεμβαίνουσα προσκόμισε : (α) τον κατάλογο παρόμοιων ποσοτικά και ποιοτικά με το δημοπρατούμενο έργων, στον οποίο για το μνημονευόμενο έργο με τίτλο «Αποχέτευση Ακαθάρτων ...» αναφέρεται ο τίτλος της σύμβασης, η ονομασία του Αναδόχου, ο Εργοδότης, οι ημερομηνίες έναρξης και περαίωσης του έργου, ο Προϋπολογισμός δημοπράτησης (χωρίς ΦΠΑ), η τελική αξία της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ) και η περιγραφή αντικείμενου της σύμβασης, κατάλογο τον οποίο υπογράφει ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας, (β) το από 22/11/2018 με αριθ. Πρωτ. 22379 έγγραφο προς την εταιρεία ... με θέμα «χορήγηση βεβαίωσης καλής εκτέλεσης έργου «Αποχέτευση Ακαθάρτων ...»,

Αριθμός απόφασης: 266/2021

όπου βεβαιώνεται ότι το έργο ολοκληρώθηκε την 15/8/2014 και ότι ο προϋπολογισμός δημοπράτησης αυτού ανερχόταν σε ποσό 14.000.000,00 (με ΦΠΑ 23%). Εκ των ανωτέρω παρέπεται, ότι η τελική αξία της σύμβασης δεν συνιστά στοιχείο τεχνικής ικανότητας σύμφωνα με την διακήρυξη, η οποία εξαρτά τον έλεγχο της τεχνικής ικανότητας αποκλειστικά από τον προϋπολογισμό του έργου. Σε κάθε περίπτωση το σχετικό στοιχείο έχει περιληφθεί στον προσκομισθέντα κατάλογο έργων της παρεμβαίνουσας και δεν ζητήθηκε επιπλέον οποιαδήποτε διευκρίνιση νομίμως, διότι το στοιχείο αυτό, δεν περιλαμβάνεται μεταξύ αυτών που κατά το οικείο άρθρο της διακήρυξης χρήζουν απόδειξης. Το γεγονός δε ότι δεν αναφέρεται στην προσκομισθείσα από την παρεμβαίνουσα και εκδοθείσα το έτος 2018 βεβαίωση, ουδαμώς επιδρά στην νομιμότητα και πληρότητα του εν λόγω πιστοποιητικού που κατά τα λοιπά φέρει το ελάχιστο αναγκαίο περιεχόμενο. Περαιτέρω, από το άνω έγγραφο προκύπτει η απόδειξη της απαίτησης καλής εκτέλεσης του έργου, τόσο από τον τίτλο του εγγράφου «χορήγηση βεβαίωσης καλής εκτέλεσης έργου «Αποχέτευση Ακαθάρτων ...», όσο και από την μνεία στο περιεχόμενο του, περί του ότι «το έργο ολοκληρώθηκε εμπρόθεσμα και έντεχνα» της άνω βεβαίωσης ούσης νοηματικά ισοδύναμης με την μνεία στο οικείο άρθρο της διακήρυξης περί του ότι «στις βεβαιώσεις πρέπει να διευκρινίζεται αν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της επιστήμης και της τεχνικής και αν περατώθηκαν κανονικά». Συνεπώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

45. Επειδή, κατά την άποψη της θεωρίας το περιεχόμενο της αιτιολογικής έκθεσης της παρ. 5 του άρθρου 235 Ν. 4635/2019 οδηγεί στη σκέψη ότι πρόκειται για διάταξη κατά βάση ερμηνευτική, η οποία έχει αναδρομική ισχύ, καθόσον σε αυτήν αναφέρεται ότι με τη συγκεκριμένη παράγραφο (5) «προσδιορίζεται πλέον με σαφήνεια το περιεχόμενο των δηλώσεων και των απαντήσεων των φορέων και προβλέπεται ειδικότερα με την εισαγωγή εδαφίων στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του Ν.4412/2016 ότι κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 άρθρου 73 ή η

Αριθμός απόφασης: 266/2021

εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 Ν.3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών» (βλ. Ν. Ζευγώλη, Το ζήτημα της συμπλήρωσης του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) κατά το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, σε, «Η Διευθέτηση (settlement) μετά τη θέση σε ισχύ του ν. 4635/2019», 2020, Εκδόσεις Σάκκουλα, σ. 159-163).

46. Επειδή, καταληκτικώς ως προς τον ύστατο λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Η προσφεύγουσα προσάπτει στην προσβαλλόμενη ότι, δεδομένου του περιεχόμενου της δήλωσης της παρεμβαίνουσας στο ΕΕΕΣ της, αυτή εξεδόθη κατά παράβαση της υποχρέωσης του αναθέτοντος φορέα να εκκινήσει την διαδικασία των παραγράφων 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ότι η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να εκκινήσει την ανωτέρω διαδικασία, η μη ενεργοποίηση αυτής καθιστά δε αυτόθροα παράνομη την εκδοθείσα πράξη, καθώς εκδόθηκε κατά παράβαση των οικείων διατάξεων. Από την επισκόπηση του εξεταζόμενου φακέλου παρέπεται, ότι τυχόν αποδοχή του εν θέματι λόγου θα οδηγούσε απλώς στην επιστροφή του φακέλου στον αναθέτοντα φορέα προς ενεργοποίηση της οικείας διαδικασίας των παραγράφων 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και όχι στην αυτόθροη κύρωση του αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας άνευ ετέρου. Ωστόσο, δοθέντος ότι δυνάμει της αποδοχής του πρώτου λόγου της προσφυγής, η τυχόν αποδοχή ή μη του εν θέματι λόγου, ουδόλως δύναται να μεταβάλλει την έννομη θέση της παρεμβαίνουσας ο οικείος λόγος απορρίπτεται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος (ΕΑ ΣΤΕ 308/2020).

47. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η περί του αντιθέτου παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

48. Επειδή, ύστερα από τις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ύψους 15.000 € με κωδικό ... που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 266/2021

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανακηρύσσει προσωρινή ανάδοχο.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου ύψους 15.000,00€ με κωδικό ... στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 9 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία Κατσαρού