

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση:
Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος – Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και
Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.3.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)
459/28.3.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...»,
που εδρεύει στη ..., στην οδό ... και ... (εφεξής «ο προσφεύγων»), όπως
νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα
εκπροσωπείται και κατά της υπ' αριθ. 122/15.3.2022 απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το
υπ' αριθ. 5^ο/14.03.2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού (ορθή
επανάληψη), κατά το σκέλος που αποκλείστηκε ο προσφεύγων, κατέπεσε η
εγγυητική του επιστολή και ματαιώθηκε ο διαγωνισμός.

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την
ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το ως άνω σκέλος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο
κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2
του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 4.472,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό
παράβολο με κωδικό ... την από 24.3.2022 πληρωμή στη EUROBANK και

την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι με βάση το ποσό 894.247,58 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ... διακήρυξη της, προκήρυξε ανοικτή διαδικασία μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο «Ολοκληρωμένη Αστική Ανάπτυξη Ιστορικού Κέντρου ... - Αστική Ανάπλαση Περιοχής ...», με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), με διάρκεια εκτέλεσης του έργου τους δεκαοκτώ μήνες (18) από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης, συνολικής δαπάνης του έργου με ΦΠΑ 1.108.867,00 ευρώ.

3. Επειδή, προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 6.10.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 9.10.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε τον αύξοντα αριθμό ...

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

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 24.3.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 17.3.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις

Αριθμός απόφασης: 759/2022

παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 28.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 650/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 8.4.2022 απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους συμμετέχοντες μέσω της Επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή στις 12.4.2022 ο προσφεύγων κατέθεσε εμπροθέσμως υπόμνημα το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και οι οικονομικοί φορείς Με το από 20.11.2020 1^ο Πρακτικό της, η Επιτροπή διαγωνισμού έκρινε όλες τις προσφορές αποδεκτές και εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα «...» που μειοδότησε. Το ως άνω 1^ο Πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 877/8.12.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και κλήθηκε ο μειοδότης να υποβάλει τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου.

Με το από 1.3.2021 2^ο Πρακτικό της, περί ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η Επιτροπή διαγωνισμού, εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στον ως άνω οικονομικό φορέα. Με την υπ'

Αριθμός απόφασης: 759/2022

αριθ. 162/16.3.2021 απόφασή της, η Οικονομική επιτροπή ενέκρινε το ως άνω 2^ο Πρακτικό. Με την υπ' αριθ... πρόσκλησή της, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από όλους τους συμμετέχοντες να υποβάλουν δικαιολογητικά παράτασης ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής για διάστημα τριών (3) μηνών πέραν της αρχικής (13.9.2021). Από τους πέντε οικονομικούς φορείς υπέβαλαν τα ζητηθέντα δικαιολογητικά μόνο ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...», ενώ οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς δεν ανταποκρίθηκαν στην πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής.

Με το από 20.10.2021 3^ο Πρακτικό της, η Επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε την παράταση της ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών για τους ως άνω δύο οικονομικούς φορείς, την ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη του προσφεύγοντος και τον αποκλεισμό των τριών λοιπών οικονομικών φορέων. Το ως άνω Πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 766/2.11.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Με την υπ' αριθ. ... πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής κλήθηκαν ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...» να υποβάλουν δικαιολογητικά 2^{ης} παράτασης ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής για επιπλέον διάστημα έξι (6) μηνών μετά το πέρας της 1^{ης} παράτασης (13.11.2021). Από τους ως άνω δύο οικονομικούς φορείς ο μεν προσφεύγων υπέβαλε τα ζητηθέντα δικαιολογητικά, παρατείνοντας την προσφορά του κατά έξι μήνες όπως ζητήθηκε, ενώ ο οικονομικός φορέας «...» υπέβαλε δικαιολογητικά, παρατείνοντας την προσφορά του μόνο για τρεις μήνες, μη καλύπτοντας το χρονικό διάστημα που ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή.

Με το από 24.11.2021 4^ο Πρακτικό της, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την παράταση της ισχύος της προσφοράς του προσφεύγοντος, την ανάδειξή του σε προσωρινό μειοδότη και τον αποκλεισμό του έτερου οικονομικού φορέα. Με την υπ' αριθ. 882/9.12.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το ως άνω

Πρακτικό και κλήθηκε ο προσφεύγων να υποβάλει τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου.

Με το από 14.3.2022 5^ο Πρακτικό της, η Επιτροπή Διαγωνισμού αξιολόγησε τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου που υπέβαλε ο προσφεύγων και εισηγήθηκε τα εξής:

«α) ο φάκελος δικαιολογητικών είναι πλήρης και άρτιος σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. β) Ο οικονομικός φορέας (... με τον δ.τ ...) κατά την υποβολή των παραπάνω δικαιολογητικών για το έργο του θέματος, υπέβαλε Δήλωση ΟψιγενούςΜεταβολής στην οποία αναφέρει ότι: «τηρώντας την από το άρθρο 104 ν. 4412/2016 υποχρέωσή μας θέτουμε υπόψη σας τις εξής οψιγενείς μεταβολές που έλαβαν χώρα εν σχέση με την αρνητική δήλωσή μας στο Ε.Ε.Ε.Σ κατά την υποβολή της προσφοράς μας την 13/11/2020 στο πεδίο Μέρος III: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα που αφορά πρόωρη καταγγελία αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, και συνίσταντο στην εν τω μεταξύ επιβολή στην εταιρεία μας δύο αποφάσεων πρόωρης καταγγελίας σύμβασης (έκπτωση), για τις οποίες όμως δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης (στ') της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ή άλλος λόγος αποκλεισμού, καθώς δεν μπορεί να αποδοθεί στην εταιρεία ούτε σοβαρή πλημμέλεια ούτε επαναλαμβανόμενη πλημμελής εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων». Οι δύο ως άνω αποφάσεις πρόωρης καταγγελίας σύμβασης (έκπτωση) της εταιρείας αναφέρονται στα κάτωθι έργα:

1) Κατασκευή έργου «Αντικατάσταση-Επέκταση δικτύων ύδρευσης στην περιοχή Ηλιούπολης Τμήμα 1 και 2» με σύμβαση της παραπάνω εταιρείας στις 04/09/2019 με τη ... ποσού 1403.872,02 Ευρώ, κατόπιν σχετικού διαγωνισμού στον οποίο η εταιρεία προσέφερε έκπτωση 52,26%. Κατά την εκτέλεση του παραπάνω έργου η αναθέτουσα αρχή ..., μετά την με αριθμ. Πρωτ. ... Ειδική Πρόσκληση, κοινοποίησε στον ανάδοχο την με αριθμό ... απόφαση έκπτωσης από το παραπάνω έργο, η οποία κοινοποιήθηκε σε αυτόν την 2/07/2021. Εν συνεχεία, ο παραπάνω οικονομικός φορέας όπως αναφέρεται στην ανωτέρω Δήλωση οψιγενούς μεταβολής, το σύνολο των ισχυρισμών μας εκτίθεται

αναλυτικά στην ήδη εκκρεμούσα ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Χανίων με αριθμ. Καταθ. ΠΡ68/12-11-2021 προσφυγή μας κατά της με αριθμό 5921/28-6-2021 απόφασης έκπτωσης της εταιρείας μας από το έργο «Αντικατάσταση-Επέκταση δικτύων ύδρευσης στην περιοχή ... Τμήμα 1 και 2».

2) Κατασκευή έργου «Επέκταση Δικτύου Αποχέτευσης Ακαθάρτων Δήμου ...» με σύμβαση της παραπάνω εταιρείας στις 10/09/2020 με τη ... ποσού 1.191.866,92 Ευρώ, κατόπιν σχετικού διαγωνισμού στον οποίο η εταιρεία προσέφερε έκπτωση 53,00%. Κατά την εκτέλεση του παραπάνω έργου η αναθέτουσα αρχή ..., μετά την με αριθμ. Πρωτ.... Ειδική Πρόσκληση, κοινοποίησε στον ανάδοχο την με αριθμό 4381/341/03-08-2021 απόφαση έκπτωσης από το παραπάνω έργο, η οποία κοινοποιήθηκε σε αυτόν την 09/08/2021. Εν συνεχεία, ο παραπάνω οικονομικός φορέας όπως αναφέρεται στην ανωτέρω Δήλωση οψιγενούς μεταβολής, το σύνολο των ισχυρισμών μας αυτών περί έλλειψης υπαιτιότητας μας και την έλλειψη νόμιμης βάσης της απόφασης πρόωρης λήξης της σύμβασης εκθέτουμε αναλυτικά στη ήδη εκκρεμούσα ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης με αριθμ. καταθ. ΑΓΠΡ7/12-01-2022 προσφυγή μας κατά της με αριθμό 4381/341/03-08-2021 απόφασης έκπτωσης της εταιρείας μας από το έργο «Επέκταση Δικτύου Αποχέτευσης Ακαθάρτων Δήμου ...». Εν συνεχεία, παρά το γεγονός ότι, κατά τα αναγραφόμενα στην Δήλωση Οψιγενούς Μεταβολής. ο οικονομικός φορέας αναφέρει ότι, «δεν συντρέχει εις βάρος της (... με τον δ.τ ...) οποιοσδήποτε λόγος αποκλεισμού του ν. 4412/2016, μετά από την έκδοση της με αριθμ. Πρωτ. 5921/28-06-2021 απόφασης έκπτωσης της ..., και της με αριθμ. Πρωτ. 4381/341/03-08-2021 απόφασης έκπτωσης της ..., η εταιρεία μας έχει λάβει μέτρα, ώστε να εξασφαλίσει πλήρως τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία της, με σκοπό να προληφθεί και να αποφευχθεί στο μέλλον η επανάληψη παρόμοιων περιστατικών όπως αυτά που περιγράφονται με την παρούσα δήλωση». Ειδικότερα, αναφέρει ότι, «με την βοήθεια Εσωτερικών Συμβούλων και σε συνεργασία με το Νομικό Τμήμα, έχει ήδη προ βεισυτοβούλωςστη λήψη και εφαρμογή όλων εκείνων των ενδεδειγμένων επανορθωτικών μέτρων (μέτρα αυτοκάθαρσης) προς απόδειξη της αξιοπιστίας της και την διασφάλιση

της συμμετοχής της σε διαγωνισμούς του Δημοσίου για ζητήματα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωσή της, με την εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, την δημιουργία, δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και την έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης».

γ) Η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά τον έλεγχο της ανωτέρω Δήλωσης Οψιγενούς Μεταβολής μετά από έρευνα στην ψηφιακή πλατφόρμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ καθώς και μετά από επικοινωνία με την ... διαπίστωσε την ύπαρξη δύο επιπλέον εγγράφων της ... και της ...,... και ..., τα οποία αναφέρονται στις ως άνω αποφάσεις πρόωρης καταγγελίας σύμβασης (έκπτωση) του οικονομικού φορέα και δεν αναφέρονται στην παραπάνω Δήλωση Οψιγενούς Μεταβολής. Συγκεκριμένα, στο έγγραφο της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ... με αριθ. Πρωτ. ... (ΑΔΑ:...) αναφέρεται η απόφαση της Συντονίστριας της άνω Διοίκησης σχετικά με την υποβληθείσα ένσταση στις 15-07-2021 του οικονομικού φορέα σύμφωνα με το άρθρο 174 του ν.4412/2016 όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με τον ν.4782/2021 κατά της με αριθμ. Πρωτ. 5921/28-06-2021 απόφασης της ... περί εκπτώσεως της ανωτέρω αναδόχου εταιρείας (... με τον δ.τ ...) από το έργο «Αντικατάσταση- Επέκταση δικτύων ύδρευσης στην περιοχή ... Τμήμα 1 και 2» Όπως προκύπτει από το παραπάνω έγγραφο, η απόφαση της παραπάνω Συντονίστριας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ... (λαμβανομένης υπόψη και την με αρ. 256/17-08-2021 ομόφωνη γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου Δ.Ε Περιφέρειας ...) απορρίπτει την παραπάνω υποβληθείσα ένσταση της αναδόχου εταιρείας (άρα και τους ισχυρισμούς της εταιρείας που περιγράφονται αναλυτικά στη ανωτέρω Δήλωσης Οψιγενούς Μεταβολής) κατά της με αριθμ. Πρωτ 5921/28-06-2021 απόφασης έκπτωσης της Επίσης, στο έγγραφο της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ..., ... και ... με αριθ. Πρωτ. 217404/01-12-2021 (ΑΔΑ:...) αναφέρεται η απόφαση του Συντονιστή της άνω Διοίκησης σχετικά με την υποβληθείσα ένσταση στις 14-09-2021 του οικονομικού φορέα σύμφωνα με το άρθρο 174 του ν.4412/2016 όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με τον ν.4782/2021 κατά της με αριθμ. Πρωτ. 4381/341/03-08-2021 απόφασης της ... περί εκπτώσεως της ανωτέρω

αναδόχου εταιρείας (... με τον δ.τ ...) από το έργο «Επέκταση Δικτύου Αποχέτευσης Ακαθάρτων Δήμου ...». Όπως προκύπτει από το παραπάνω έγγραφο, η απόφαση του παραπάνω Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ...,... και ... (λαμβανομένης υπόψη και την με αρ. 26/10-11-2021 ομόφωνη γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου Δ.Ε Περιφέρειας ...) απορρίπτει την παραπάνω υποβληθείσα ένσταση της αναδόχου εταιρείας (άρα και τους ισχυρισμούς της εταιρείας που περιγράφονται αναλυτικά στη ανωτέρω Δήλωση Οψιγενούς Μεταβολής) κατά της με αριθμ. Πρωτ 4381/341/03-08-2021 απόφασης έκπτωσης της Από τα παραπάνω συνάγεται ότι οι ισχυρισμοί - ενστάσεις του παραπάνω οικονομικού φορέα, αναφορικά με τις αποφάσεις έκπτωσης των Διευθυνουσών Υπηρεσιών για τους λόγους, όπως λεπτομερώς εκθέτονται στην Δήλωση Οψιγενούς Μεταβολής, έρχεται σε αντίθεση με τις αποφάσεις απόρριψης των ενστάσεων κατά των εκπτώσεων των έργων από τις παραπάνω Διοικήσεις από τις οποίες ουσιαστικά προκύπτει, ως πραγματικό γεγονός, ότι οι παραπάνω ισχυρισμοί σας δεν έγιναν δεκτοί και ως εκ τούτου θα έπρεπε η Επιτροπή Διαγωνισμού να είναι ενήμερη και προφανώς τα παραπάνω να αναφέρονται στην Δήλωση Οψιγενούς Μεταβολής. Επιπρόσθετα, η επιτροπή διαγωνισμού διαπιστώνει ότι κατά την έκδοση του 3^{ου} και 4^{ου} Πρακτικού με θέμα 1^η και 2^η αντίστοιχα παράταση ισχύος προσφορών, ο οικονομικός φορέας (... με τον δ.τ ...) ως συμμετέχων στον διαγωνισμό προσκόμισε τα δικαιολογητικά συμμετοχής στις 11-08-2021 για την 1^η παράταση και στις 12-11-2021 για την 2^η παράταση, χωρίς να θέσει υπόψη μας τις οψιγενείς μεταβολές που είχαν λάβει χώρα (και αναλυτικά περιγράφονται παραπάνω), μη τηρώντας την υποχρέωσή του σύμφωνα με τη παρ.2 του άρθρου 104 του ν.4412/2016 όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με τον ν.4782/2021 και αναφέρει επί λέξει : «Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι την σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες /υποψήφιοι οφείλουν ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά», αφού η επιβολή στην παραπάνω εταιρεία των δύο αποφάσεων πρόωρης

καταγγελίας σύμβασης (έκπτωση) συντρέχει λόγος αποκλεισμού της περ. (στ') της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 που αναφέρει επί λέξει: «εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις», αφού τα ενδεδειγμένα επανορθωτικά μέτρα (μέτρα αυτοκάθαρσης) που ο οικονομικός φορέας προσκόμισε σήμερα, εκείνη την περίοδο δεν είχαν ακόμη ολοκληρωθεί. Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή Διαγωνισμού γνωμοδοτεί ομόφωνα:

1. τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα και προσωρινού αναδόχου (... με τον δ.τ ...) για τους λόγους που αναλυτικά περιγράφονται στο τέλος της ανωτέρω (γ) παραγράφου.
2. την μη κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού του έργου «Ολοκληρωμένη Αστική Ανάπτυξη ιστορικού κέντρου ... - Αστική Ανάπλαση περιοχής ...» προϋπολογισμού 894.247,58 Ευρώ χωρίς Φ.Π.Α και 1.108.867,00 Ευρώ με Φ.Π.Α λόγω του αποκλεισμού του οικονομικού φορέα και προσωρινού αναδόχου (... με τον δ.τ ...).
3. την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής διαγωνισμού, με αριθμό ... ΤΜΕΔΕ, ποσού δέκα επτά χιλιάδων οκτακόσιων ογδόντα τεσσάρων ευρώ και ενενήντα πέντε λεπτών (17.884,95 Ευρώ) του προσωρινού αναδόχου (... με τον δ.τ ...) σύμφωνα με την παρ. 3, άρθρο 104 του Ν. 4412/2016 όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 44 του Ν.4782/2021 και τους όρους της διακήρυξης, λόγω μη έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής των οψιγενών μεταβολών του προσωρινού αναδόχου.
4. την Ματαίωση της διαδικασίας σύναψης της δημόσιας σύμβασης του ανωτέρω έργου, σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν.4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 46 του Ν.4782/2021, διότι η

διαδικασία απέβη άγωνα λόγω αποκλεισμού όλων των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό».

Το ως άνω 5^ο Πρακτικό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη.

12. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού και αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στον αποκλεισμό του, την κατάπτωση της εγγυητικής τουεπιστολής και τη ματαίωση του διαγωνισμού, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

13. Επειδή ο προσφεύγων υποστηρίζει τα εξής: «βα. Από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού σε βάρος του υποψηφίου οικονομικού φορέως κρίνεται σε τρία στάδια: πρώτον κατά το στάδιο της υποβολής προσφοράς, δεύτερον κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου και τρίτον κατά την υπογραφή της σύμβασης.

ββ. Σε περίπτωση οψιγενών μεταβολών ως προς το *statustou* υποψηφίου αναδόχου πρέπει να υποβάλλεται σχετική δήλωση αμελλητί και πάντως μέχρι το στάδιο της υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. βγ. Σε κάθε περίπτωση, είναι άλλο το ζήτημα αν ο υποψήφιος παραλείπει την αμελλητί δήλωση του άρθρου 104 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και άλλο το γεγονός αν στοιχειοθετείται λόγος αποκλεισμού του (ΑΕΠΠ 1390, 1391/2021). Το άρθρο 104 παρ. 2 ν. 4412/2016 ρυθμίζει την υποχρέωση προσφέροντος στο πρόσωπο του οποίου δεν συνέτρεχε κατά την προσφορά τέτοιος λόγος, να ενημερώσει αμελλητί την αναθέτουσα αρχή, εφόσον προκύψει λόγος αποκλεισμού μετά την προσφορά και ως την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η παράβαση της κατ' άρθρον 104 παρ. 2 υποχρέωσης δεν είναι αυτή που επιφέρει τον αποκλεισμό. Αντιθέτως, η έλλειψη του προσόντος μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, δηλαδή η το πρώτον συνδρομή λόγου αποκλεισμού, είναι αυτή που επιφέρει τον αποκλεισμό, κατ' άρθρον 104 παρ. 1. Και αντιστρόφως: Η συμμόρφωση με τις

υποχρεώσεις του άρθρου 104 παρ. 2 ν. 4412/2016, περί αμελλητί δήλωσης γεγονότος δυνάμενου να συγκροτήσει λόγο αποκλεισμού, δεν διασώζει την προσφορά ούτε αναιρεί την κατ' άρθρον 104 παρ. 1 ν. 4412/2016 αιτία απόρριψης λόγω μη πλήρωσης των όρων συμμετοχής κατά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά, απλώς διασώζει από κατάπτωση την εγγυητική επιστολή συμμετοχής του ούτως ή άλλως, αποκλεισμένου προσφερομένου, ο οποίος ούτως (δηλ. με τη συμμόρφωση με την υποχρέωση του άρθρου 104 παρ. 2 ν. 4412/2016), διασώζεται από την κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής (η οποία καταρχήν θα έπρεπε να επέλθει κατ' άρθρον 103 παρ. 5 ν. 4412/2016). Συνεπώς, το ζήτημα της αμελλητί ή μη ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής εκ μέρους του υποψηφίου συναρτάται με την κατάπτωση ή μη της εγγυητικής επιστολής του τελευταίου, εφόσον συντρέχει σε βάρος του λόγος αποκλεισμού. Το εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού κρίνεται επί τη βάση της οικείας διάταξης του νόμου / διακήρυξης, που φέρεται να παραβιάζεται, και αποτελεί αντικείμενο ουσιαστικής εκτιμήσεως της αναθέτουσας αρχής.

βδ. Περαιτέρω, δυνάμει της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή μπορεί μεν να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης [περίπτωση που αποτελεί νέο λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν προβλεπόταν ρητώς στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Οδηγία 2004/18/EK και π.δ. 60/2007), ωστόσο καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια του "σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα", όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007 (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ)], πάντοτε ωστόσο υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας. Κατά την διαμόρφωση της κρίσεως της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με το αν υφίσταται ή όχι σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, πλήττουσα την αξιοπιστία και την φερεγγυότητα του οικονομικού φορέως, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και να

συνεκτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή οι περιστάσεις υπό τις οποίες εχώρησε η έκπτωση, όσο και οι τυχόν ενέργειες ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής που έλαβε την απόφαση για την κήρυξη έκπτωσης για τη δημιουργία της οικείας καταστάσεως (βλ. κατ' αναλογία σκ. 133 T-42/96, *Eyskeler&MaltAG*, σκ. 133). Η τελική εκτίμηση της «σοβαρότητας» της πλημμέλειας εναπόκειται βάσει του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ του ν. 4412/2016, στην κρίση της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής που σκοπεύει να αναθέσει τη σύμβαση. ...

(γ) Η υπό κρίση περίπτωση.

Εν προκειμένω, κατά παράβαση των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή υπέπεσε σε διπλή πλημμέλεια, αφού ήχθη σε αυτόματο αποκλεισμό της εταιρίας μας και δη κατ' επίκλησιν όχι αφ' εαυτών των δυσμενών οψιγενών στοιχείων (πράξεων εκπτώσεως), αλλά (κατ' επίκλησιν) της μη έγκαιρης ενημέρωσής της εκ μέρους μας κατά το στάδιο που προηγήθηκε της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, όπως προαναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή μας προσήψε ότι δεν υποβάλαμε την δήλωση οψιγενών αμελλητί (κατά τους χρόνους παρατάσεως της ισχύος της προσφοράς μας) και ότι σε αυτήν παραλείψαμε να αναφερθούμε στο γεγονός ότι οι ενστάσεις μας κατά των επίμαχων πράξεων εκπτώσεως έχουν απορριφθεί από τον Συντονιστή Αποκεντρωμένης Διοίκησης.

Ωστόσο, όπως αναπτύχθηκε ανωτέρω, το άρθρο 104 παρ. 2 ν. 4412/2016 περί αμελλητί ενημέρωσης επί οψιγενών μεταβολών δεν εισάγει αφ' εαυτού λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου. Το αν ο υποψήφιος είναι αποκλειστέος ή όχι κρίνεται επί τη βάσει των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης που προβλέπουν τα προσόντα συμμετοχής και απαριθμούν τους λόγους αποκλεισμού (ΑΕΠΠ 1390, 1391/2021).

Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εξετάσει το εάν συντρέχει πράγματι λόγος αποκλεισμού μας, διαμορφώνοντας ίδια άποψη, κατ' αρχάς, επί του ζητήματος αν υφίσταται κλονισμός της επαγγελματικής μας αξιοπιστίας / φερεγγυότητας και, σε καταφατική περίπτωση, επί του ζητήματος αν είναι επαρκή ή μη τα εκ μέρους μας ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα. Πράγμα που η

αναθέτουσα αρχή παρέλειψε, κατά σαφή παράβαση του άρθρου 73 ν. 4412/2016, όπως αυτό παγίως ερμηνεύεται.

Αντιθέτως, αν η αναθέτουσα αρχή είχε προβεί σε ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών δεδομένων που ετέθησαν υπ' όψιν της, θα διέβλεπε χωρίς αμφιβολία ότι, ακόμη και αν επικυρωθούν δικαστικώς οι επίμαχες διοικητικές πράξεις εκπτώσεως (τις οποίες έχουμε προσβάλει με βάσιμα επιχειρήματα ενώπιον των αρμοδίων Διοικητικών Εφετειών), και πάλι ουδόλως τίθεται εν αμφιβόλω η επαγγελματική αξιοπιστία / φερεγγυότητά μας.

Η εταιρία μας έχει πίσω της 30ετή επιτυχημένη πορεία στον χώρο των δημοσίων και ιδιωτικών έργων. Μόνον την τελευταία πενταετία έχει αναλάβει και έχει ολοκληρώσει (/ έχει εν εξελίξει) έργα αξίας ανώτερης των 18 εκατομμυρίων ευρώ (δηλ. ασυγκρίτως πολλαπλάσιας αξίας του υπό δημοπράτηση έργου), όπως προκύπτει από τον αμέσως κατωτέρω παρατιθέμενο πίνακα:

...

Από τα ανωτέρω προκύπτει χωρίς καμία αμφιβολία ότι, ακόμη και αν ήθελε γίνει δεκτή αντισυμβατική συμπεριφορά της εταιρίας μας στο πλαίσιο των καταγγελθεισών συμβάσεων, πράγμα το οποίο αρνούμαστε, προκύπτει σημαντικής αξίας, υπερπολλαπλάσια σε σχέση με τον προϋπολογισμό της σύμβασης για την οποία διενεργείται ο υπό κρίση διαγωνισμός, επιτυχής εκτέλεση συναφών, δημοσίων και ιδιωτικών συμβάσεων [adhoc ΑΕΠΠ 181/2017].

Σε κάθε δε περίπτωση, η εταιρία μας έχει λάβει υπέρ- επαρκή επανορθωτικά μέτρα, λεπτομερώς απαριθμηθέντα στην υποβληθείσα εκ μέρους μας υπεύθυνη δήλωση που συνυποβάλλουμε με την παρούσα, με αποτέλεσμα να αποτρέπεται επαρκέστατα ο κίνδυνος επανάληψης αντίστοιχου φαινομένου (εκπτώσεως).

Συνεπώς, ΟΥΔΟΛΩΣ συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρίας μας από τον επίδικο διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή, κρίνοντας τα αντίθετα με την προσβαλλομένη πράξη της, προέβη σε εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των ως άνω διατάξεων, καθιστώντας την τελευταία παράνομη και ακυρωτέα».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, με τις απόψεις της, υποστηρίζει τα εξής: «Σύμφωνα με το άρθρο 22.Α.4.ζ. της διακήρυξης ο οικονομικός φορέας αποκλείεται εάν κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού, α) έχει προβεί σε σοβαρές ψευδείς δηλώσεις ή/και β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές. Τα χρονικά όρια εντός των οποίων ο οικονομικός φορέας οφείλει να παρέχει τις πληροφορίες σχετικά με την απουσία λόγων αποκλεισμού, έτσι ώστε να μη θεωρηθεί ότι τις αποκρύπτει, προσδιορίζονται από τις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 104 του Ν 4412/2016, όπως ίσχυαν πριν την τροποποίησή τους από το άρθρο 44 του Ν 4782/2021. Συγκεκριμένα, ο οικονομικός φορέας οφείλει να δηλώσει περίπτωση λόγου αποκλεισμού που ανέκυψε μετά την υποβολή της προσφοράς του α) αμελλητί - «χωρίς υπαίτια καθυστέρηση», δηλαδή χωρίς καθυστέρηση που οφείλεται σε δόλο ή αμέλεια, έστω και ελαφρά και β) προ της ημερομηνίας προσκλήσεώς του για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης. Οικονομικός φορέας ο οποίος είτε δηλώνει ψευδή πραγματικά περιστατικά, είτε παραλείπει να τα δηλώσει εγκαίρως (αμελλητί και, πάντως, πριν από την πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης) και ως εκ τούτου τα αποσιωπά, καθίσταται αποκλειστέος. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότης στις 2-11-2021 και στις 12-11-2021 κλήθηκε να δηλώσει αν επιθυμεί την παράταση της ισχύος της οικονομικής της προσφοράς. Κατά το εν λόγω χρονικό σημείο είχε εκδοθεί η υπ' αριθμ. 2326/5-10-2021 απόφαση της Συντονίστριας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ..., δια της οποίας, μετά από ομόφωνη γνωμοδότηση του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου, απορρίφθηκε η από 15-7-2021 ένστασή της κατά της υπ' αριθμ. 5921/28-6-2021 απόφασης της ... περί εκπτώσεώς της από δημόσιο έργο. Η προσφεύγουσα παρέλειψε να δηλώσει το ανωτέρω (υφιστάμενο έναν, περίπου, μήνα προ της ανακηρύξεώς της ως προσωρινής αναδόχου) γεγονός της οριστικής εκπτώσεώς της, έτσι ώστε να δώσει, επικαίρως, τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να εξετάσει αν συντρέχει λόγος απορρίψεως της προσφοράς της. Αντιθέτως, αποσιώπησε το προαναφερόμενο, κρίσιμο, γεγονός και δήλωσε, απλώς, παράταση της

ισχύος της οικονομικής της προσφοράς. Εν συνεχεία, εκδόθηκε και η υπ' αριθμωτ 217404/1-12-2021 απόφαση του Συντονιστή Αποκεντρωμένης Διοίκησης ...,... και ..., δια της οποίας απορρίφθηκε η από 14-9-2021 ένσταση της προσφεύγουσας κατά της υπ' αριθμωτ 4381/341/3-8-2021 απόφασης της ... περί εκπτώσεώς της και από ένα, ακόμα, δημόσιο έργο. Ούτε και σε αυτή την περίπτωση η προσφεύγουσα προέβη αμελλητί στην δήλωση του ανωτέρω γεγονότος - οψιγενούς μεταβολής. Αντιθέτως, η προσφεύγουσα δήλωσε τις εκπτώσεις της από τις ανωτέρω εργολαβίες στις 21- 1-2022 και αφού είχε ήδη, από τις 12-1-2022 κληθεί να υποβάλει δικαιολογητικά προσωρινού μειοδότη; Επιπροσθέτως, στην σχετική δήλωσή της προέβαλε ισχυρισμούς περί ελλείψεως υπαιτιότητάς της για τις προαναφερόμενες εκπτώσεις, παραλείποντας, όμως, να αναφέρει, ότι οι αιτιάσεις της αυτές είχαν απορριφθεί, ρητώς και μετά από γνωμοδοτήσεις των αρμοδίων Τεχνικών Συμβουλιών, από τους Συντονιστές των οικείων Αποκεντρωμένων Διοικήσεων. Από τα ανωτέρω προκύπτει, ότι ορθά και νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή του άρθρου 22,Α.4.ζ. της διακήρυξης, καθόσον α) αποσιώπησε σοβαρές πληροφορίες, ήτοι δύο εκπτώσεις της από άλλες εργολαβίες αλλά και β) όταν, ανεπίκαιρα, τις αποκάλυψε, παρέλειψε να αναφέρει την απόρριψη των σχετικών ισχυρισμών της από τους αρμόδιους Συντονιστές των οικείων Αποκεντρωμένων Διοικήσεων. Β. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 22.Α.4.στ. της διακήρυξης ο οικονομικός φορέας αποκλείεται και εάν έχει επιδείξει είτε σοβαρή είτε επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης. Είναι γεγονός, ότι μόνο η κήρυξη της έκπτωσης δεν συνιστά, άνευ άλλου τινός, σοβαρή πλημμέλεια. Πλην όμως, η, κατά την διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, κήρυξη δύο εκπτώσεων και, κατά μείζονα λόγο, η οριστικοποίησή τους, συνιστά επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια (βλ Διοικητικό Εφετείο Αθηνών 205/2020, σκέψη 10). Συνεπώς, ενόψει και του ότι, δια της από 21-1-2022 δηλώσεώς της η προσφεύγουσα επικαλείται λόγους οικονομικών δυσχερειών της προς δικαιολόγηση των εκπτώσεών της, είναι προφανές, ότι συντρέχει και ο προαναφερόμενος λόγος απορρίψεως της προσφοράς της. Βέβαια, όπως

προβλέπεται από την διάταξη του άρθρου 73 παρ 7 Ν 4412/2016, η προσφεύγουσα θα μπορούσε να προσκομίσει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα, οπότε και η αναθέτουσα αρχή θα όφειλε να εξετάσει την επάρκειά τους με την προβλεπόμενη διαδικασία. Πλην όμως, η δυνατότητα επίκλησης επανορθωτικών μέτρων δεν είναι απρόθεσμη. Αντιθέτως, όπως ο οικονομικός φορέας οφείλει να δηλώσει αμελλητί τυχόν οψιγενείς μεταβολές, έτσι, ακριβώς, οφείλει να επικαλεσθεί αμελλητί και τα επανορθωτικά μέτρα που ενδεχομένως έχει λάβει, έτσι ώστε, μεταξύ άλλων, να παρέχεται ικανός χρόνος ελέγχου της επάρκειάς τους και να μην παρακωλύεται η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας. Πέραν τούτου, από την σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 73 παρ 7 του Ν 4412/2016 («οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 και στην παρ. 4, εκτός από την περ. β' αυτής, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού»), προκύπτει, ότι δεν αρκεί η επίκληση επανορθωτικών μέτρων, αλλά προσαπαιτείται η προσκόμιση των σχετικών στοιχείων. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα α) δεν δήλωσε αμελλητί τις επίμαχες οψιγενείς μεταβολές και, φυσικά, δεν επικαλέσθηκε αμελλητί τα αντίστοιχα επανορθωτικά μέτρα, αλλά και β) δεν προσκόμισε τα στοιχεία που αποδεικνύουν τη λήψη τους, ήτοι δεν συνυπέβαλε, με την από 21-1-2022 δήλωσή της, τα σχετικά έγγραφα. Από τα ανωτέρω προκύπτει, ότι ορθά και νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και κατ' εφαρμογή του άρθρου 22.Α.4.στ. της διακήρυξης, καθόσον η προσφεύγουσα υπέπεσε σε σοβαρή αλλά και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεσή προηγουμένων δημοσίων συμβάσεων, χωρίς να συντρέχει λόγος εξετάσεως της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων που διατείνεται ότι έλαβε, δεδομένου του ότι η επίκλησή τους έλαβε χώρα ανεπικαίρως, αλλά και χωρίς να προσκομισθούν, ταυτόχρονα, τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα».

15. Επειδή με το υπόμνημά του, ο προσφεύγων υποστηρίζει τα εξής:
«Η αναθέτουσα αρχή εξακολουθεί να συγχέει το πραγματικό και τις έννομες

συνέπειες των δυο παραγράφων του άρθρου 104 ν. 4412/2016. Ωστόσο, όπως μετ' επιτάσεως αναπτύχθηκε στην προσφυγή μας είναι άλλο το ζήτημα αν ο υποψήφιος παραλείπει την αμελλητί δήλωση του άρθρου 104 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και άλλο το γεγονός αν στοιχειοθετείται λόγος αποκλεισμού του (ΑΕΠΠ 1390, 1391/2021). Το άρθρο 104 παρ. 2 ν. 4412/2016 ρυθμίζει την υποχρέωση προσφέροντος στο πρόσωπο του οποίου δεν συντρέχει κατά την προσφορά τέτοιος λόγος, να ενημερώσει αμελλητί την αναθέτουσα αρχή, εφόσον προκύψει λόγος αποκλεισμού μετά την προσφορά και ως την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η παράβαση της κατ' άρθρον 104 παρ. 2 υποχρέωσης δεν είναι αυτή που επιφέρει τον αποκλεισμό. Αντιθέτως, η έλλειψη του προσόντος μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, δηλαδή η το πρώτον συνδρομή λόγου αποκλεισμού, είναι αυτή που επιφέρει τον αποκλεισμό, κατ' άρθρον 104 παρ. 1. Και αντιστρόφως: Η συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις του άρθρου 104 παρ. 2 ν. 4412/2016, περί αμελλητί δήλωσης γεγονότος δυνάμενου να συγκροτήσει λόγο αποκλεισμού, δεν διασώζει την προσφορά ούτε αναιρεί την κατ' άρθρον 104 παρ. 1 ν. 4412/2016 αιτία απόρριψης λόγω μη πλήρωσης των όρων συμμετοχής κατά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά, απλώς διασώζει από κατάπτωση την εγγυητική επιστολή συμμετοχής του ούτως ή άλλως, αποκλεισμένου προσφερομένου, ο οποίος ούτως (δηλ. με τη συμμόρφωση με την υποχρέωση του άρθρου 104 παρ. 2 ν. 4412/2016), διασώζεται από την κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής (η οποία καταρχήν θα έπρεπε να επέλθει κατ' άρθρον 103 παρ. 5 ν. 4412/2016). Συνεπώς, το ζήτημα της αμελλητί ή μη ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής εκ μέρους του υποψηφίου συναρτάται με την κατάπτωση ή μη της εγγυητικής επιστολής του τελευταίου, εφόσον συντρέχει σε βάρος του λόγος αποκλεισμού. Το εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού κρίνεται επί τη βάση της οικείας διάταξης του νόμου / διακήρυξης, που φέρεται να παραβιάζεται, και αποτελεί αντικείμενο ουσιαστικής εκτιμήσεως της αναθέτουσας αρχής. Η τελική εκτίμηση της «σοβαρότητας» της πλημμέλειας εναπόκειται βάσει του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ του ν. 4412/2016, στην κρίση της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής που σκοπεύει

να αναθέσει τη σύμβαση. Εν προκειμένω, με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή επιβεβαιώνει τον ισχυρισμό της προσφυγής μας περί του ότι η τελευταία έχει υποπέσει σε διπλή πλημμέλεια, αφού ήχθη σε αυτόματο αποκλεισμό της εταιρίας μας και δη κατ' επίκλησιν όχι αφ' εαυτών των δυσμενών οψιγενών στοιχείων (πράξεων εκπτώσεως), αλλά (κατ' επίκλησιν) της μη έγκαιρης ενημέρωσής της εκ μέρους μας κατά το στάδιο που προηγήθηκε της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, ουδόλως συμπληρώνει την αιτιολογία της προσβαλλομένης πράξεώς της. Αντιθέτως εμμένει να μας προσάπτει ότι δεν υποβάλαμε την δήλωση οψιγενών αμελλητί (κατά τους χρόνους παρατάσεως της ισχύος της προσφοράς μας) και ότι σε αυτήν παραλείψαμε να αναφερθούμε στο γεγονός ότι οι ενστάσεις μας κατά των επίμαχων πράξεων εκπτώσεως έχουν απορριφθεί από τον Συντονιστή Αποκεντρωμένης Διοίκησης. Ωστόσο, όπως αναπτύχθηκε ανωτέρω, το άρθρο 104 παρ. 2 ν. 4412/2016 περί αμελλητί ενημέρωσης επί οψιγενών μεταβολών δεν εισάγει αφ' εαυτού λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου. Το αν ο υποψήφιος είναι αποκλειστέος ή όχι κρίνεται επί τη βάση των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης που προβλέπουν τα προσόντα συμμετοχής και απαριθμούν τους λόγους αποκλεισμού (ΑΕΠΠ 1390, 1391/2021). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε - ΕΣΤΩ ΜΕ ΤΙΣ ΑΠΟΨΕΙΣ ΤΗΣ (κατά παράθεση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλομένης πράξεώς της) - να εξετάσει το εάν συντρέχει πράγματι λόγος αποκλεισμού μας, διαμορφώνοντας ίδια άποψη, κατ' αρχάς, επί του ζητήματος αν υφίσταται κλονισμός της επαγγελματικής μας αξιοπιστίας / φερεγγυότητας και, σε καταφατική περίπτωση, επί του ζητήματος αν είναι επαρκή ή μη τα εκ μέρους μας ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα. Πράγμα που η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε, κατά σαφή παράβαση του άρθρου 73 ν. 4412/2016, όπως αυτό παγίως ερμηνεύεται. Αντιθέτως, αν η αναθέτουσα αρχή είχε προβεί σε ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών δεδομένων που ετέθησαν υπ' όψιν της, θα διέβλεπε χωρίς αμφιβολία ότι, ακόμη και αν επικυρωθούν δικαστικώς οι επίμαχες διοικητικές πράξεις εκπτώσεως (τις οποίες έχουμε προσβάλει με βάσιμα επιχειρήματα ενώπιον των αρμοδίων

Διοικητικών Εφετείων), και πάλι ουδόλως τίθεται εν αμφιβόλω η επαγγελματική αξιοπιστία / φερεγγυότητά μας, εν όψει της μακροχρόνιας επιτυχημένης πορείας της στον χώρο των κατασκευών και της επιτυχούς ολοκλήρωσης πλειάδας έργων (αξίας ανώτερης των 18 εκατομμυρίων ευρώ, δηλ. ασυγκρίτως πολλαπλάσιας αξίας του υπό δημοπράτηση έργου), όπως αυτών στα οποία ενδεικτικώς αναφερθήκαμε με την προσφυγή μας. Πράγμα που δεν έκανε. Αν είχε προβεί σε ουσιαστική αξιολόγηση των υποβληθέντων στοιχείων η αναθέτουσα αρχή, έστω στο πλαίσιο της παράθεσης συμπληρωματικής αιτιολογήσεως με τις απόψεις της, θα είχε μετά βεβαιότητας αχθεί στην κρίση ότι οι δυο αποφάσεις εκπτώσεων αποτελούν μεμονωμένα δυσμενή στοιχεία, τα οποία σε καμία περίπτωση δεν είναι ικανά να θεμελιώσουν «υποτροπή» σε σοβαρές επαγγελματικές πλημμέλειες, ούτε, πολλώ μάλλον, να αμαυρώσουν την επιτυχημένη μακροχρόνια σταδιοδρομία μας στον χώρο των δημοσίων και ιδιωτικών έργων θέτοντας εν αμφιβόλω την αξιοπιστία και την φερεγγυότητά μας».

16. Επειδή το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) ..., β)..., στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) ...

6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται

ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2.

Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4.

7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 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».

17. Επειδή το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, πριν την τροποποίησή του από τον ν. 4782/2021, προβλέπει τα εξής: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 116. ... 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες / υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80.

3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72».

18. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής:

«4.2. «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/
Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης

α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης...

...

δ) Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι:

i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή

ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή

iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας,

απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από

οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.

Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας.

Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται.

...

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

(α)...

(β)...

(στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις,

(ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα

δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας,

...

22.A.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.A.1, 22.A.2α και 22.A.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. 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.

22.A.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

...

Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) ...

...

23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)

Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας».

19. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. 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, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

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

προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18^{ης} Οκτωβρίου 2001, C-19/00 SiacConstructionLtd, 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).

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, αν επέλθουν μεταβολές ως προς τους όρους και τις προϋποθέσεις που οι προσφέροντες είχαν δηλώσει με το ΕΕΕΣ ότι πληρούν μεταγενεστέρως, ήτοι μετά την (αντίθετη) δήλωση στο ΕΕΕΣ ή και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες οφείλουν να ενημερώσουν, αμελλητί και προσηκόντως, την αναθέτουσα αρχή σχετικά με τις μεταβολές αυτές και σε κάθε περίπτωση το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σύμφωνα δε με την παρ. 3 του άρθρου 104, σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές, ήτοι σύμφωνα με τους όρους της παρ. 2, δεν καταπίπτει η εγγύηση συμμετοχής.

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

συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιος κατά τα ως άνω περίστασης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ. (ΑΕΠΠ 118/2017, 1398/2021).

23. Επειδή, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (ΑΕΠΠ 1398/2021).

24. Επειδή, περαιτέρω, στον όρο 22.Α.4. της διακήρυξης προβλέφθηκε ότι αποκλείεται από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό προσφέρων αν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης (περίπτωση στ') ή αν έχει αποκρύψει πληροφορίες σχετικά με την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού (περίπτωση ζ').

25. Επειδή από το συνδυασμό των όρων 22.Α.4. και 22.Α.7. της διακήρυξης συνάγεται ότι σε περιπτώσεις που κρίνεται καταρχήν ότι ένας οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις του όρου 22.Α.4. η αναθέτουσα αρχή πρέπει να περιλαμβάνει στην απόφασή της κρίση ή να προκύπτει σαφώς ότι δεν τίθεται εν αμφιβόλω η αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Αν, όμως, κριθεί από την αναθέτουσα ότι εντέλει εμπίπτει σε μία από τις αναφερόμενες καταστάσεις θα πρέπει να δίδεται η δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να αποδεικνύει ότι τα μέτρα που έλαβε τυγχάνουν επαρκή ή ανεπαρκή, κατά την κρίση της αναθέτουσας. Σε αυτή την περίπτωση, η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, όπως ρητά προβλέπεται στον όρο 22.Α.8. της διακήρυξης.

26. Επειδή, όπως προκύπτει από τον όρο 4.2. της διακήρυξης, αν, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, διαπιστωθεί ότι δεν συντρέχουν τα δηλωθέντα με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ως προς τη μη ύπαρξη λόγων αποκλεισμού απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής, η εγγύηση συμμετοχής και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής και αν δεν υπάρχει η διαδικασία ματαιώνεται. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, ακόμη και αν διαπιστωθεί από την αναθέτουσα αρχή ότι τελικώς συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα.

27. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στο από 13.11.2020 υποβληθέν ΕΕΕΣ του στο πεδίο «Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» και ειδικότερα στην ερώτηση «Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;» απάντησε αρνητικά. Περαιτέρω, στις 12.1.2022 ο προσφεύγων, ως προσωρινός ανάδοχος, κλήθηκε, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Στην πρόσκληση αυτή ο προσφεύγων ανταποκρίθηκε στις 21.1.2022 οπότε και υπέβαλε τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου και επιπλέον την

Αριθμός απόφασης: 759/2022

από 21.1.2022 δήλωση οψιγενούς μεταβολής, όπου περιελάμβανε περιληπτικά τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα, και το έγγραφο με τίτλο «Περιεχόμενα φακέλου Μέτρων Αυτοκάθαρσης», όπου διακρίνονταν τα εν λόγω μέτρα σε τρεις ενότητες ως εξής: 1) ΤΕΧΝΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ, 2) ΟΡΓΑΝΩΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ, 3) ΘΕΜΑΤΑ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ. Στις 3.2.2022 ο προσφεύγων κλήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, να υποβάλει καθένα από τα έγγραφα για τα ενδεδειγμένα επανορθωτικά μέτρα (αυτοκάθαρσης) που ανέφερε στη δήλωση οψιγενούς μεταβολής, τα οποία και υπέβαλε αυθημερόν.

Επιπλέον, στη δήλωση οψιγενούς μεταβολής ο προσφεύγων αναφέρει ότι έχει επέλθει η έκπτωσή του από δύο συμβάσεις δημοσίων έργων με απόφαση της οικείας αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα, αναφέρει ότι στις 28.6.2021 εκδόθηκε η υπ' αριθ. ... (πρώτη) απόφαση έκπτωσης (από το έργο «Αντικατάσταση – Επέκταση δικτύων ύδρευσης στην περιοχή Ηλιούπολης – Τμήμα 1 και 2»), η οποία του κοινοποιήθηκε στις 2.7.2021 και με την οποία λύθηκε πρόωρα η σύμβασή του με την ... Στις 3.8.2021 εκδόθηκε η υπ' αριθ. πρωτ. ... (δεύτερη) απόφαση έκπτωσης (από το έργο «Επέκταση δικτύου Αποχέτευσης Ακαθάρτων Δήμου ...»), η οποία του κοινοποιήθηκε στις 9.8.2021 και με την οποία λύθηκε πρόωρα η σύμβασή του με την ... Κατά αυτών, όπως αναφέρει ο προσφεύγων στη δήλωση οψιγενούς μεταβολής, άσκησε τις προσφυγές με αριθ. καταθ. ΠΡ 68/12.11.2021 στο Διοικητικό Εφετείο Χανίων και ΑΓΠΡ7/12.1.2022 στο Διοικητικό Εφετείο Τρίπολης. Από την άλλη, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει, στο Πρακτικό 5, ότι μετά από έλεγχο που διενήργησε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ και μετά από σχετική επικοινωνία με την ΔΕΥΑΚ, διαπίστωσε την ύπαρξη δύο ακόμη αποφάσεων της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ... και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ...,... και ... που εκδόθηκαν επί των ενστάσεων που άσκησε ο προσφεύγων κατά των ως άνω αποφάσεων έκπτωσης. Η μεν πρώτη απόφαση της Συντονίστριας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ..., με αριθ. πρωτ. 2326/5.10.2021, εκδόθηκε, κατόπιν γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου ΔΕ της Περιφέρειας ..., επί

της από 15.7.2021 ένστασης που άσκησε ο προσφεύγων κατά της ως άνω πρώτης απόφασης έκπτωσης. Η δε δεύτερη απόφαση του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ...,... και ..., με αριθ. πρωτ. 217404/1.12.2021, εκδόθηκε, κατόπιν γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου ΔΕ της Περιφέρειας ..., επί της από 14.9.2021 ένστασης του προσφεύγοντος επί της απόφασης έκπτωσης από τη δεύτερη ως άνω σύμβαση. Τις ως άνω αποφάσεις των Συντονιστών της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ... και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ...,... και ... ο προσφεύγων δεν μνημονεύει στη δήλωση οψιγενούς μεταβολής.

Επειδή κατά την πλειοψηφούσα γνώμη των Μελών Γ.-Μ. Δρακονταειδή και Μ. Κανάβα, εκ των στοιχείων του φακέλου προκύπτει ότι ο προσφεύγων δεν υπέβαλε εμπροθέσμως τη δήλωση οψιγενούς μεταβολής, η οποία σε κάθε περίπτωση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 ως ίσχυε πριν το ν. 4782/2021, έπρεπε να είχε υποβληθεί το αργότερο μέχρι και την κλήση του προσφεύγοντος προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, γεγονός που δεν αμφισβητείται από τον προσφεύγοντα. Συνεπεία δε της εκπρόθεσμης υποβολής από τον προσωρινό ανάδοχο-προσφεύγοντα της δήλωσης οψιγενούς μεταβολής, ως σαφώς προκύπτει από το νόμο και τη διακήρυξη, απορρίπτεται η προσφορά του και καταπίπτει η εγγυητική του επιστολής συμμετοχής διότι αφενός μεν κατά το χρόνο που κατά τις διατάξεις του άρθρου 104 όφειλε να αποδείξει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού, τούτο δεν κατέστη εφικτό εξ' υπαιτιότητάς του λόγω της μη έγκαιρης υποβολής των απαιτούμενων στοιχείων και αφετέρου συντρέχει περίπτωση ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ στοιχείων περί τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού. Αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι η ανεπίκαιρη υποβολή της δήλωσης οψιγενούς μεταβολής δεν αρκεί για τον αποκλεισμό του, καθόσον στο νόμο και στη διακήρυξη προβλέφθηκε ως συνέπεια της ανεπίκαιρης δήλωσης μόνον η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής και όχι ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα, καθώς τούτο καταλήγει στο παράλογο συμπέρασμα να είναι δυνατή η συνέχιση της συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία -πολλώ δε μάλλον η ανάθεση της σύμβασης- σε οικονομικό φορέα

που δεν διαθέτει εγγυητική επιστολή συμμετοχής δοθέντος ότι κατά δεσμία αρμοδιότητα καταπίπτει η εγγυητική του επιστολή συμμετοχής της λόγω της εκπρόθεσμης δήλωσης. Ακόμη όμως και αν ήθελε γίνει δεκτό-quod non- ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ελέγξει εκ των υποβληθέντων στοιχείων τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού, προτού απορρίψει την προσφορά του προσωρινού αναδόχου παρά την ύπαρξη εκπρόθεσμης δήλωσης οψιγενών μεταβολών, εν προκειμένω, συντρέχει το πραγματικό γεγονός ότι ο προσφεύγων υπέπεσε σε σοβαρή αλλά και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεσή προηγούμενων δημοσίων συμβάσεων, ως άλλωστε ο ίδιος δήλωσε και δεν αμφισβητεί. Ουδεμία δε υποχρέωση υπείχε η αναθέτουσα αρχή να εξετάσει τα επανορθωτικά μέτρα, καθώς, ως παγίως γίνεται δεκτό, η επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων εξετάζεται- και εν γένει ο ευνοϊκός μηχανισμός του άρθρου 73 του ν. 4412/2016- μόνο εφόσον προσκομιστούν εμπροθέσμως από τον οικονομικό φορέα τα αποδεικτικά έγγραφα (βλ. ΑΕΠΠ 1866/2021, 1194/2021, 1156/2021, 927-928/2021, 118/2017) ήτοι με το ΕΕΕΣ ή σε περίπτωση οψιγενούς δήλωσης μαζί με αυτήν, ώστε να δύναται η αναθέτουσα αρχή να διαμορφώσει σχετική κρίση. Ωστόσο, εν προκειμένω ο προσφεύγων ουδόλως υπέβαλε εμπροθέσμως τα αποδεικτικά έγγραφα των όποιων επανορθωτικών μέτρων ανέφερε περιληπτικώς με τη δήλωση οψιγενούς μεταβολής, η δε αναθέτουσα αρχή ουδόλως ήταν υποχρεωμένη να καλέσει αυτόν να τα προσκομίσει. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

Επειδή κατά τη μειοψηφούσα γνώμη του Εισηγητή Γ. Κουκούτση καταρχήν, η πρόωρη καταγγελία των δύο συμβάσεων συνιστά οψιγενή μεταβολή του προσφεύγοντος σε σχέση με την κατάστασή του που ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ και την οποία ο προσφεύγων δήλωσε στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, ως προς τον λόγο αποκλεισμού περί πρόωρης καταγγελίας, απαντώντας αρνητικά. Τις ως άνω πρόωρες καταγγελίες ο προσφεύγων όφειλε σε κάθε περίπτωση να δηλώσει αμελλητί και

προσηκόντως στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αξιολογηθεί από αυτήν το αν συντρέχει στο πρόσωπο του προσφεύγοντος ο λόγος αποκλεισμού του. Η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι δεν υπήρξε αμελλητί ενημέρωση για τις αποφάσεις έκπτωσης του προσφεύγοντος, ενώ στη δήλωση οφигενούς μεταβολής που υποβλήθηκε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν μνημονεύονταν ρητώς οι αποφάσεις των Συντονιστών επί των ενστάσεων του προσφεύγοντος, ενώ ήταν γνωστές σε αυτόν ήδη από τον χρόνο που υπέβαλε τα δικαιολογητικά παράτασης της ισχύος της προσφοράς του. Ως εκ τούτου, ο προσφεύγων, αντιθέτως προς τη σχετική υποχρέωση που υπείχε εκ του ως άνω άρθρου, δεν προέβη στην υποβολή δήλωσης οφигενούς μεταβολής ούτε αμελλητί ούτε προσηκόντως, όπως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο, η αναθέτουσα στις 3.2.2022 κάλεσε τον προσφεύγοντα να υποβάλει τα έγγραφα που αποδεικνύουν τα επανορθωτικά μέτρα που ανέφερε στη δήλωση οφигενούς μεταβολής, τα οποία ο προσφεύγων υπέβαλε αυθημερόν. Εν συνεχεία, εκδόθηκε το από 14.3.2022 Πρακτικό 5, το οποίο εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη. Σε αυτό αναφέρεται ότι αποκλείεται ο προσφεύγων από το διαγωνισμό και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή, διότι η επιτροπή διαγωνισμού δεν ήταν ενήμερη για τις αποφάσεις των συντονιστών με τις οποίες απορρίφθηκαν οι ενστάσεις του προσφεύγοντος και ότι με αυτή την απόρριψη έχει κριθεί οριστικά η διαφορά και άρα προκύπτει η απόρριψη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος επί των ενστάσεων που ασκήθηκαν στον Συντονιστή αποκεντρωμένης διοίκησης ως «πραγματικό γεγονός». Τα ως άνω όμως μη νομίμως έγιναν δεκτά από την προσβαλλόμενη. Και τούτο διότι, σύμφωνα με τον όρο 22.Α.7. της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διαμορφώνει ίδια κρίση για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα επί τη βάση των στοιχείων που προσκομίζει ο εν λόγω οικονομικός φορέας και μόνο αν τα στοιχεία αυτά που προσκομίζει κριθούν ως ανεπαρκή αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, όμως, η απόφαση για την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων πρέπει να εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73. Ως εκ τούτου, ο σχετικός ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής

προβάλλεται αλυσιτελώς, καθόσον με την απόρριψη των ενστάσεων του προσφεύγοντος από τους Συντονιστές Αποκεντρωμένης διοίκησης δεν αναιρέθηκε η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να κρίνει adhocπερί της αξιοπιστίας του προσφεύγοντος. Περαιτέρω δε, δεν περιλαμβάνεται καμία αυτοτελής κρίση στην προσβαλλόμενη της αναθέτουσας αρχής περί των στοιχείων που προσκόμισε ο προσφεύγων, πολλώ δε μάλλον περί της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων, ενώ προκύπτει σε κάθε περίπτωση ότι δεν τηρήθηκε η διαδικασία έκδοσης της απόφασης περί της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων που προβλέπεται στις διατάξεις των παρ. 8-9 του άρθρου 73, όπως προβλέπει ο όρος 22.Α.8. της διακήρυξης. Επιπλέον δε, τυγχάνει και αλυσιτελής η κρίση της προσβαλλόμενης ότι η επιβολή δύο αποφάσεων έκπτωσης στοιχειοθετεί την «επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια» του άρθρου 73 παρ. 4 στ και άρα συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού αφού τα ενδεδειγμένα επανορθωτικά μέτρα που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας «εκείνη την περίοδο δεν είχαν ακόμη ολοκληρωθεί». Και τούτο διότι, το δικαίωμα των προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό κρίνεται κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και, άρα, το αν τα επανορθωτικά μέτρα δεν είχαν ολοκληρωθεί σε παρελθόντα χρόνο, δεν ενδιαφέρει καθόσον κρίσιμος εν προκειμένω χρόνος για να εξεταστεί η επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων είναι ο χρόνος υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, κατά τον οποίο, όμως, τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα είχαν ολοκληρωθεί και επί των οποίων η αναθέτουσα αρχή είχε λάβει γνώση. Περαιτέρω δε, αβασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού της απόκρυψης πληροφοριών από την ανεπίκαιρη υποβολή δήλωσης οψιγενούς μεταβολής και ιδίως από το ό,τι δεν αναφέρθηκαν στην εν λόγω δήλωση οι αποφάσεις των συντονιστών αποκεντρωμένης διοίκησης. Και τούτο διότι, τόσο το ανεπίκαιρο της υποβολής της οικείας δήλωσης, όσο και οι συνέπειες της ανεπίκαιρης και της μη προσήκουσας υποβολής προβλέφθηκαν ρητώς και αυτοτελώς στην παρ. 3 του άρθρου 104, καθόσον εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι επέρχεται ως κύρωση η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. Ενόψει των

ανωτέρω, τυγχάνει βάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να προβεί στη διαδικασία εξέτασης περί της επάρκειας ή της ανεπάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 8-9, όπως ρητώς προβλέφθηκε στον όρο 22.Α.8. της διακήρυξης, πριν προβεί στον αποκλεισμό του, ο οποίος ως εκ τούτου τυγχάνει μη νόμιμος. Εξάλλου, αντιθέτως προς όσα δέχθηκε η προσβαλλόμενη, δεν αρκεί μόνο η ανεπίκαιρη και μη προσήκουσα δήλωση οψιγενούς μεταβολής για τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, και ως εκ τούτου τυγχάνουν απορριπτέοι οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ως αβάσιμοι. Και τούτο διότι, μολονότι η αμελλητί υποβολή δήλωσης οψιγενούς μεταβολής προβλέπεται ρητώς ως υποχρέωση των διαγωνιζομένων, εντούτοις μόνον η ανεπίκαιρη υποβολή της δεν αρκεί για τον αποκλεισμό τους, καθόσον δεν προβλέφθηκε ούτε στο νόμο ούτε στη διακήρυξη ως αυτοτελής συνέπεια της ανεπίκαιρης δήλωσης ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα. Αντιθέτως, προβλέπεται στο νόμο ως αυτοτελής συνέπεια της ανεπίκαιρης δήλωσης οψιγενούς μεταβολής, μόνο η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Ως εκ τούτου, τυγχάνει μη νόμιμη η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που προσβάλλεται με την παρούσα προσφυγή, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής ως αβάσιμων.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει κατά πλειοψηφία να απορριφθεί.

29. Επειδή πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει κατά πλειοψηφία την προδικαστική προσφυγή.
Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 759/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 23 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Δυνάμει της υπ' αριθμ.
40/2022 Πράξης Προέδρου
της ΑΕΠΠ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ