

**Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 23 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη - Εισηγήτρια, και Βικτώρια Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11.10.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – ΕΑΔΗΣΥ (πρώην ΑΕΠΠ) 1921 / 12-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με δ.τ. «...» που εδρεύει στο «...», (εφεξής προσφεύγων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται

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

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», ο οποίος εδρεύει στην «...» (εφεξής παρεμβαίνων) όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί: η υπ' αριθ. 440/2021 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου «...» κατά το μέρος που ανέδειξε την εταιρεία «...» ανάδοχο, η υπ' αρ. 418/2021 όμοια απόφαση κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα, εκδοθείσες στο πλαίσιο της με αρ. «...» Διακήρυξης («...») περί διενέργειας ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ «...») με αντικείμενο την ανάθεση σύμβασης για την «Προμήθεια Φρέσκου Παστεριωμένου Γάλακτος για χορήγηση στους δικαιούχους εργαζομένους του Δήμου «...» και των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου του Δήμου «...»», συνολικής δαπάνης 332.624,16 πλέον Φ.Π.Α

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης κατά το μέρος με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί το υπ' αριθμ. «...» ποσού 1.663,13 Ευρώ e-Παράβολο [βλ. εκτύπωση από τη Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών (ΓΓΠΣ) περί έκδοσης του εν λόγω παραβόλου, καθώς και έγγραφο της ΓΓΠΣ βάσει του οποίου προκύπτει ότι το εν λόγω παράβολο είναι δεσμευμένο)

2. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως δοθείσας της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης στις 1.10.2021, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη, β) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό εξέταση προσφυγή μέσω της επικοινωνίας του διαγωνισμού στους ενδιαφερομένους στις 13.10.2021 και απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις από 10.11.2021 « Παρατηρήσεις Επιτροπής Αξιολόγησης».

5. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς συνυποψηφίου του και εν προκειμένω στη ζημία του

από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελός από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001) επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, άλλωστε αναδείχθηκε 2^{ος} μειοδότης.

6. Επειδή, ο παρεμβαίνων άσκησε την από 21.10.2021 παρέμβαση του αιτούμενος τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης κατά το μέρος με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και του κατακυρώθηκε η σύμβαση, ήτοι με προφανές έννομο συμφέρον και εμπροθέσμως.

7. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και παραδεκτώως φέρεται ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, κατόπιν της με αρ. 1184/2022 Πράξης της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου σε συμμόρφωση με την με αρ. 805/2022 απόφαση του ΙΓ' Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Ακυρωτικός Σχηματισμός), σύμφωνα με την οποία αναπέμπεται η υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π. και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. για να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητά της επί προσφυγής με Γ.Α.Κ. 1921/12-10-2021 (Αρ. ΕΙΣ. 4142/06.06.2022)

8. Επειδή ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του, ισχυρίζεται ότι η Προσβαλλόμενη Απόφαση έσφαλλε ως προς την αποδοχή της προσφοράς του ήδη παρεμβαίνοντος και ειδικότερα, αυτολεξεί «1. Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016, προβλέπονται υποχρεωτικοί και δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού των συμμετεχόντων στις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες. Οι περιλαμβανόμενοι στην παρ. 4 του άρθρου 73 λόγοι αποκλεισμού είναι δυνητικοί, καθίστανται δε υποχρεωτικοί με την συμπερίληψή τους στους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού της Διακήρυξης. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των λόγων αυτών και να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του εκάστοτε λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 (ορ. Κατευθυντήρια Οδηγία υπ' αριθ. 20 της ΕΑΑΔΗΣΥ). Επίσης κατά την έννοια των

ανωτέρω διατάξεων, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής τόσο των υποχρεωτικών όσο και των δυνητικών λόγων αποκλεισμού που έχει συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης , ενώ, αντιστοίχως ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας, ενόψει και του θεσπιζόμενου με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 συστήματος προκαταρκτικής απόδειξης, οφείλει να παρέχει στην αναθέτουσα αρχή όλες τις πληροφορίες προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να ασκήσει την συναγόμενη από τις ανωτέρω διατάξεις δεσμία αρμοδιότητά της. Συναφώς με τα ανωτέρω, στο άρθρο 2.2.3.4. της Διακήρυξης του εξεταζόμενου διαγωνισμού ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (...) (γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών, υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, [...] (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες π αρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας,[...] (θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω τ ην ακεραιότητά του. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος

βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση β΄ της παρούσας παραγράφου, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεδειγμένα ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας.» Ως εκ τούτου, οι προβλεπόμενοι στην παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412.2016 δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού κατέστησαν δια του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης υποχρεωτικοί. 2. Όσον αφορά, ειδικότερα, την έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του προσφέροντος οικονομικού φορέα, το οποίο προβλέφθηκε ως λόγος αποκλεισμού σύμφωνα με τα ανωτέρω άρθρα της διακήρυξης και του νόμου, γίνεται δεκτό ότι αυτή (έννοια) είναι ευρεία και περιλαμβάνει όσες συμπεριφορές μαρτυρούν έλλειψη αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα για την εκτέλεση της σύμβασης. Με την απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012 του ΔΕΕ στην υπόθεση *Forprosta* κρίθηκε ότι η έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των υπό τη στενή έννοια κανόνων δεοντολογίας του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας, οι οποίες διαπιστώνονται από το προβλεπόμενο πλαίσιο του επαγγέλματος αυτού πειθαρχικό όργανο ή από δικαστική απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου (σκέψη 27). Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αποδεικνύεται με «κατάλληλα μέσα», συνεπώς, δεν απαιτείται δικαστική απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου (σκέψη 28). Σύμφωνα άλλωστε και με την αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24, σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα (εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει περιλάβει τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού στα έγγραφα της σύμβασης) καθιστά τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση, ανεξαρτήτως αν ο οικονομικός φορέας διαθέτει, κατά τα λοιπά, την οικονομική και τεχνική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση, ωστόσο, προϋπόθεση για όλα τα ανωτέρω και εκ του νόμου υποχρέωση του διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα αποτελεί η γνωστοποίηση από μεριάς του

προς την αναθέτουσα αρχή της ύπαρξης των πραγματικών γεγονότων που συγκροτούν λόγο αποκλεισμού, μέσω του Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ, καθώς και η αναφορά από μεριάς του τυχόν μέτρων αυτοκάθαρσης που στο μεταξύ έχει ενδεχομένως λάβει, ώστε σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή να έχει τη γνώση και άρα τη δυνατότητα να αποφανθεί επί της αξιοπιστίας ή/και φερεγγυότητας ή μη του εν λόγω υποψηφίου. Εφόσον δε κρίνει ότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να εξετάσει εάν τα δηλωθέντα από τον διαγωνιζόμενο μέτρα αυτοκάθαρσης είναι επαρκή, απόφαση που λαμβάνεται κατόπιν σύμφωνης γνώμης της επιτροπής της παρ. 9, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. **Μη αποστολή του σχεδίου της απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που καθιστά την απόφαση αποδοχής της προσφοράς του συγκεκριμένου διαγωνιζόμενου ακυρωτέα.** Περαιτέρω, όπως προεκτέθηκε, σε περίπτωση που διαπιστωθεί από την αναθέτουσα αρχή ότι στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει λόγος αποκλεισμού, αυτή είναι κατ' αρχήν υποχρεωμένη να τον αποκλείσει από τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. Παρά ταύτα, σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 δόθηκε η δυνατότητα στον οικονομικό φορέα, ο οποίος εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που θα συνιστούσαν λόγο αποκλεισμού του, να αποτρέψει τον αποκλεισμό αυτό, εφόσον προσκομίσει σχετικά στοιχεία, από τα οποία προκύπτει ότι έχει λάβει επαρκή μέτρα που αποδεικνύουν ότι μπορεί αξιόπιστα να εκτελέσει τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση. Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση που στο πρόσωπο οικονομικού φορέα συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού της περ.γ' του άρθρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης (σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), η αναθέτουσα αρχή οφείλει, προτού τον αποκλείσει, να εξετάσει, καταρχάς, εάν αυτός έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και κατά δεύτερον, εάν αυτά κρίνονται επαρκή.

3. Στην προκειμένη περίπτωση, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία «...», στο υποβληθέν ΕΕΕΣ με ονομασία αρχείου «25.ESPD PDF_S», έχει δηλώσει ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα την υπ' αριθμ. 391/17-11-2016 απόφαση

της οικονομικής επιτροπής του Δήμου «...»του Νομού «...», με την οποία αποκλείσθηκε από διαγωνισμό του Δήμου αυτού, παρέλειψε όμως να δηλώσει την υπ' αριθ. 489/17.12.19 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» (ΑΔΑ: «...»), με την οποία κηρύχθηκε έκπτωτη από την -απολύτως όμοιου περιεχομένου με την υπό ανάθεση - σύμβαση του ανωτέρω Δήμου (προμήθεια γάλακτος). Με την ανωτέρω απόφαση ο Δήμος «...» κήρυξε την εταιρία «...» έκπτωτη «επειδή τα είδη που παρέδωσε (...) δεν είναι σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα (...) όπως αναφέρεται στο άρθρο 6 της σύμβασης και επειδή δεν προέβη στην αντικατάσταση των ειδών εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των πέντε (5) ημερών» και επέβαλε σε αυτήν την κύρωση της ολικής κατάπτωσης της εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης. Ως εκ τούτου, η προσφορά της εταιρίας «...» πρέπει να αποκλειστεί αφενός λόγω συνδρομής του λόγου αποκλεισμού περ. στ' του άρθρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης και ταυτοχρόνως λόγω συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περ. ζ' του ίδιου άρθρου, που επιβάλλει τον αποκλεισμό διαγωνιζομένου ο οποίος αποκρύπτει πληροφορίες παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού.

4. Περαιτέρω, στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η εταιρία «...», δήλωσε ότι έχει συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης για τις οποίες εκδόθηκε η υπ' αριθ. «...» απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού («...») δυνάμει της οποίας της επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους 11.328,38 €, λόγω προηγούμενης συμμετοχής της κατά τα έτη 2003-2007 σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Δήλωσε ακολούθως σειρά επανορθωτικών μέτρων για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, για τα οποία δήλωσε ότι έχουν κριθεί ως επαρκή δυνάμει της Πράξης «...» Συνεδρίαση της 17ης-02-2021 Γνωμοδότησης από την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016 .

Ωστόσο, οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της καθ' ης αναθέτουσας αρχής δεν αναφέρουν σε κανένα σημείο τους ότι απεστάλη το σχέδιο της σύμβασης στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να ελεγχθεί ότι τα δηλωθέντα από την εταιρία «...» μέτρα αυτοκάθαρσης είναι επαρκή για

την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της για την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση, δε, δεν περιέχουν καμία κρίση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων. Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενες πράξεις εκδόθηκαν κατά παράβαση νόμου και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και πρέπει να ακυρωθούν. Σημειώνεται εκ του περισσού, ότι η παράβαση νόμου και παράλειψη τήρησης του τύπου της προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής της παρ. 9, δεν αναπληρώνεται από την Πράξη «...» Συνεδρίαση της 17ης-02- 2021 Γνωμοδότηση της ίδιας Επιτροπής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού. Και τούτο διότι κατά τη σαφή διατύπωση του άρθρου 73 παρ.8 του ν. 4412/2016 η γνώμη της Επιτροπής αφορά το συγκεκριμένο κάθε φορά υποβληθέν σχέδιο απόφασης της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής και για τη συγκεκριμένη κάθε φορά σύμβαση, ως προς την οποία – τις ειδικότερες απαιτήσεις δηλαδή αυτής – κρίνεται εάν τα μέτρα επανόρθωσης καθιστούν τον φορέα αξιόπιστο για την εκτέλεσή της. Πρόκειται δηλαδή για γνώμη-πράξη πραγματοπαγή και όχι προσωπαγή, η οποία δεν εκδίδεται για τον οικονομικό φορέα προσωπικώς αλλά για την συγκεκριμένη κάθε φορά υπό ανάθεση σύμβαση και βάσει των ιδιαιτεροτήτων αυτής (αντικείμενο, αξία, ειδικές απαιτήσεις-συμβατικές υποχρεώσεις κ.ά), με βάση τις οποίες κρίνεται αν ο οικονομικός φορέας κατέστη εκ νέου αξιόπιστος για την εκτέλεσή της. Τούτο άλλωστε επιβάλλεται και από την Οδηγία 20 14/24, διότι όπως έχει επανειλημμένως επιβεβαιωθεί από το Δικαστήριο της ΕΕ, σύμφωνα με το άρθρο 57 παράγραφος 4 της οδηγίας, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή (και όχι σε άλλη εθνική αρχή ή άλλο εθνικό όργανο) να εκτιμήσει κατά τρόπο ανεξάρτητο αν ένας οικονομικός φορέας πρέπει να αποκλειστεί από συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης. Σύμφωνα με την απόλυτα κατηγορηματική διατύπωση του Δικαστηρίου «με την παροχή σε κάθε αναθέτουσα αρχή της ευχέρειας να αποκλείει έναν διαγωνιζόμενο από διαδικασία συνάψεως συμβάσεως επιδιώκεται ειδικώς να παρασχεθεί στην εν λόγω αρχή η δυνατότητα να αξιολογήσει την ακεραιότητα και την αξιοπιστία καθενός από τους διαγωνιζομένους», ιδίως με στόχο να διασφαλιστεί η «αξιοπιστία του αναδόχου,

στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής». Επομένως, εφόσον η αξιοπιστία του διαγωνιζομένου κρίνεται ως προς την εκάστοτε σύμβαση και τη δυνατότητά του για την εκτέλεση αυτής, ομοίως και η κρίση ότι τα μέτρα που έλαβε ο οικονομικός φορέας για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του είναι επαρκή, δεν μπορεί να μπορεί παρά να αφορά τη συγκεκριμένη κάθε φορά σύμβαση και τις απαιτήσεις αυτής (αυξημένες ή μειωμένες) ως προς τις οποίες και μόνον κρίνεται η αξιοπιστία του φορέα. Σύμφωνα, λοιπόν, με τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή, πριν την αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...» και, κατά μείζονα λόγο, πριν την ανάδειξη αυτής ως προσωρινής αναδόχου και ακολούθως ως οριστικής αναδόχου του υπό εξέταση διαγωνισμού, όφειλε να αποφανθεί με νόμιμη αιτιολογία και κατόπιν σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 εάν τα επανορθωτικά μέτρα που αυτή δηλώνει ότι έλαβε, επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Μη πράττοντας τούτο και μη αποστέλλοντας το σχέδιο της απόφασής της στην Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9, παραβίασε ευθέως τις διατάξεις των παραγράφων 7-9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και τον προβλεπόμενο σε αυτές ουσιώδη τύπο της διαδικασίας και οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της πρέπει να ακυρωθούν. Σε κάθε δε περίπτωση, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί και αναιτιολόγητη, αφού δεν παρατίθεται στο κείμενό της καμία σκέψη περί επάρκειας των δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης».

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «1ος ΛΟΓΟΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ ΕΠΙ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : Ως προς την Απόφαση του Δήμου «...»: προδικαστική προσφυγή ερειδόμενη επί εσφαλμένης προϋπόθεσης - προδικαστική προσφυγή νόμω και ουσία αβάσιμη Σύμφωνα με την προδικαστική προσφυγή, η εταιρία «...»: « ... παρέλειψε όμως να δηλώσει την υπ. αριθμ. 489/2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» με την οποία κηρύχθηκε έκπτωτη από την απολύτως ομοίου περιεχομένου υπό ανάθεση σύμβαση του ανωτέρω Δήμου (Προμήθεια Γάλακτος). Με την ανωτέρω απόφαση ο Δήμος «...» κήρυξε την εταιρία ΜΑΝΔΡΕΚΑΣ έκπτωτη επειδή τα

είδη που παρέδωσε δεν είναι σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα όπως αναφέρεται στο άρθρο 6 της σύμβασης και επειδή δεν προέβη στην αντικατάσταση ειδών εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των πέντε (5) ημερών και επέβαλε σε αυτήν την κύρωση της ολικής κατάπτωσης της εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης ...». Ο λόγος αυτός αφενός ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης μη δήλωσης του θέματος στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ, αφετέρου είναι νόμω και ουσία αβάσιμος. Ειδικότερα, στο σημείο του υποβληθέντος με την προσφορά μας Ε.Ε.Ε.Σ. (ΣΧΕΤΙΚΟ 1) σχετικά με την πρόωρη καταγγελία δηλώσαμε μεταξύ άλλων ότι : « ... Με την υπ' αριθ. 489/17.12.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...», η εταιρεία «...» κηρύχθηκε έκπτωτη από την «...» σύμβαση του ανωτέρω Δήμου (προμήθεια γάλακτος), για το λόγο ότι τα είδη που είχε παραδώσει (μάρκας «...») δεν ήταν δήθεν σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα (μάρκας «...»), όπως αναφερόταν στο άρθρο 6 της σύμβασης και η εταιρεία δεν προέβη στην αντικατάσταση των ειδών εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των πέντε (5) ημερών ... Το γάλα το οποίο προμηθεύσαμε ήταν ακριβώς το ίδιο ποιοτικά, με τα ίδια χαρακτηριστικά από πλευράς επίσημης ανάλυσης κρατικού φορέα, την ίδια συσκευασία, από το ίδιο ευρωπαϊκό εργοστάσιο παραγωγής, αλλά με διαφορετική εμπορική ετικέτα κατ' επιλογή του ευρωπαϊκού εργοστασίου ανάλογα με την παρτίδα ...». Κατά συνέπεια, ο λόγος προσφυγής περί δήθεν «παράλειψης» της εταιρίας μας να δηλώσει το γεγονός δεν ισχύει και εξ ορισμού είναι απορριπτέος. Επί της ουσίας τώρα, όχι μόνο δηλώθηκε το γεγονός, αλλά η προσφεύγουσα απέφυγε να αναφέρει ότι αμέσως κατωτέρω στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. και σε ότι αφορά την αξιοπιστία της η εταιρία μας δήλωσε αναλυτικά ότι : « ... Η εταιρεία «...» άσκησε εμπρόθεσμα την υπ' αριθ. 1240/16.1.2020 ενδικοφανή προσφυγή της και, εν συνεχεία, την υπ' αριθ. ΑΝ2/11.2.2020 αίτηση αναστολής σε σχέση με την ανωτέρω υπόθεση. Επί της τελευταίας **εκδόθηκε η υπ' αριθ. Ν2/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης (Τμήμα Α΄ - Τριμελές-Σε Συμβούλιο), με την οποία έγινε δεκτή η αίτηση της εταιρείας «...» λόγω πρόδηλης βασιμότητας και όχι απλά κινδύνου**, επειδή αφ' ενός δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις έκπτωσης, αφ' ετέρου δε δεν είχε τηρηθεί η

νόμιμη διαδικασία, και ανεστάλη η εκτέλεση της τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης από το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου «...» της ενδικοφανούς προσφυγής της Εταιρείας κατά της απόφασης, με την οποία η Εταιρεία κηρύχθηκε έκπτωτη της προαναφερθείσας σύμβασης του Δήμου «...». Εκκρεμεί ο προσδιορισμός δικασίμου για την προσφυγή μας και έως την έκδοση απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης επί της προσφυγής διαρκεί η ισχύς της απόφασης αναστολής της έκπτωσης (άρθρο 205 παρ. 1-2 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, Ν. 2717/1999, Α' 97) ...». Κατά συνέπεια, όχι μόνο δεν παραλείψαμε να αναφέρουμε το γεγονός, αλλά και επί της ουσίας παραθέσαμε τους λόγους για τους οποίους η παράνομη πράξη της αναθέτουσας αρχής έχει ανασταλεί με απόφαση του Διοικητικού Εφετείου για λόγους ΠΡΟΔΗΛΗΣ ΒΑΣΙΜΟΤΗΤΑΣ (και όχι απλά κινδύνου). Παράλληλα, και πάλι ανακριβώς αναφέρεται με την προδικαστική προσφυγή ενώπιων Σας ότι επεβλήθη η κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής μας επιστολής. Και τούτο διότι ο ίδιος ο Δήμος «...», όχι απλώς δεν έκανε κατάπτωση εγγυητικής, αλλά με το υπ' αριθμ. 6447/5-3-2020 έγγραφό του (ΣΧΕΤΙΚΟ 2) μας κάλεσε να ανανεώσουμε την εγγυητική μας επιστολή καλής εκτέλεσης, γεγονός που πράγματι έπραξε η Εταιρεία μας με την ανανέωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης για τη σύμβαση αυτή. Κατά συνέπεια, η προδικαστική προσφυγή ως προς το θέμα του Δήμου «...» αφενός ερείδεται επί όλως εσφαλμένων και ανακριβών ρυθποθέσεων, αφετέρου θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

2ος ΛΟΓΟΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ ΕΠΙ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : Ως προς την απόφαση «...» της επιτροπής Ανταγωνισμού : Προδικαστική προσφυγή νόμω και ουσία αβάσιμη Σύμφωνα με την προδικαστική προσφυγή, παρόλο που αναφέρεται πως σχετικά με την απόφαση «...» της Επιτροπής Ανταγωνισμού ελήφθησαν από την εταιρία «...» σειρά επανορθωτικών μέτρων που εν τέλει κρίθηκαν επαρκή από την αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73 με την Πράξη «...» Συνεδρίαση της 17ης-02-2021 Γνωμοδότησή της, ... ωστόσο κατά την προσφεύγουσα : « ... οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της καθ' ης αναθέτουσας αρχής δεν αναφέρουν σε κανένα σημείο τους ότι απεστάλη το σχέδιο σύμβασης της παρ. 9 του άρθρου 73 του νόμου 4412/16 προκειμένου να

ελεγχθεί ότι τα δηλωθέντα από την εταιρία «...» μέτρα αυτοκάθαρσης είναι επαρκή για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της για την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπό ανάθεσης σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση δε, δεν περιέχουν καμία κρίση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων ... ». Α) Ως προς την απόδειξη των προτεινόμενων επανορθωτικών μέτρων από την εταιρία «...» Αναφορικά με την υπόθεση της Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού «...», με τη δήλωσή μας στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. του διαγωνισμού αφενός αναφέραμε διεξοδικά το σύνολο των επανορθωτικών μέτρων (σελ. 10 - 13 του Ε.Ε.Ε.Σ.) που λάβαμε σχετικά με την Απόφαση αυτή (παρόλο που και στην ίδια την Απόφαση ρητά αναφερόταν ότι δεν υπήρχε κανενός είδους διοικητική κύρωση για το θέμα), αφετέρου υποβάλαμε ταυτόχρονα την Απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 73 με την οποία τα μέτρα κρίθηκαν ως επαρκή και το σχετικό αποδεικτικό εξόφλησης του επιβληθέντος προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο η αναθέτουσα αρχή - έχοντας παράλληλα μακράν την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά - μας ανέδειξε ως ανάδοχο του διαγωνισμού. Β) Ως προς το γεγονός της μη εκ νέου αποστολής στην Επιτροπή του άρθρου 73 εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των ήδη κριθέντων από την ίδια ως επαρκή επανορθωτικών μέτρων Η κρίση περί της συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού από μία διαγωνιστική διαδικασία στο πρόσωπο του υποψηφίου οικονομικού φορέα επαφίεται στην αναθέτουσα αρχή, η οποία έχει την δυνατότητα να προβεί στη σχετική αξιολογική κρίση προκειμένου να εκτιμήσει, όχι μόνον εάν συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, αλλά και εάν αυτός εν συνεχεία έχει πράγματι αποκαταστήσει την αξιοπιστία και ακεραιότητά του, παρά την κατ' αρχήν διαπίστωση ότι εμπίπτει στον εξεταζόμενο λόγο αποκλεισμού. Άλλωστε, όπως έχει κριθεί νομολογιακά, η εμπέδωση σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψήφιου αναδόχου προϋποθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την τυχόν σχετική αξιολόγηση τρίτου, αλλά στηρίζεται σε ίδια αξιολογική κρίση σχετικά με την επικείμενη συμπεριφορά του υποψήφιου αναδόχου (ΔΕΕ C-41/2018, Meca Srl / Comune di Napoli, C-267/2018,

Delta/CNAIR, C-395/2018, Tim/Consign Spa, EA ΣΤΕ 237/2019). Στην προκειμένη περίπτωση, το σύνολο των επανορθωτικών μέτρων έχει υποβληθεί από την εταιρία μας και έχει κριθεί από την Πράξη «...» Συνεδρίαση της 17ης Φεβρουαρίου 2021. Στην πράξη αυτή αναφέρεται με σαφήνεια μεταξύ άλλων ότι : « ... η Γνωμοδοτική Επιτροπή, αφού έλαβε υπόψιν τα προαναφερθέντα, μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων, και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της θεωρεί πως ο ανωτέρω οικονομικός φορέας έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του ...». Καθίσταται σαφές ότι η απόφαση αυτή μπορεί να έχει όντως εκδοθεί επ' ευκαιρία προηγούμενης παρόμοιας διαγωνιστικής διαδικασίας, κρίνει όμως με απόλυτη σαφήνεια επαρκή τα μέτρα που προτάθηκαν από την εταιρία μας συνολικά και όχι αποκλειστικά και μόνο για την συγκεκριμένη σύμβαση. Υπό την έννοια που αναφέρεται από την προσφεύγουσα θα μπορούσε η ίδια Γνωμοδοτική Επιτροπή σε επόμενο διαγωνισμό να αποφανθεί ότι τα ίδια μέτρα δεν είναι επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα ! Παράλληλα υπό την έννοια αυτή που επικαλείται η προσφέρουσα, ακόμη και η ίδια αναθέτουσα αρχή που έχει τη σύμφωνη γνώμη των επανορθωτικών μέτρων από την Επιτροπή του άρθρου 73, σε επόμενη δική της διαγωνιστική διαδικασία, σε περίπτωση συμμετοχής εκ νέου της εταιρίας μας θα έπρεπε να αποστείλει ξανά το φάκελο, αφού κατά τον ισχυρισμό της η απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 73 αφορά ένα και μόνο συγκεκριμένο σχέδιο σύμβασης και τίποτε περισσότερο ! Επομένως, είναι σαφές όμως ότι κατά την έννοια του άρθρου 73 του νόμου 4412/16, τα όποια κατά περίπτωση προτεινόμενα επανορθωτικά μέτρα «παραπτώματος» δεν κρίνονται επαρκή σε σχέση με το εάν το σχέδιο σύμβασης αφορά το Δήμο τάδε ή το Δήμο δείνα, αλλά με το εάν πράγματι είναι ουσιαστικά και εξασφαλίζουν το επιθυμητό αποτέλεσμα για την αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή. Επομένως νόμιμα και αιτιολογημένα εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή θεώρησε ότι -εφόσον έχει το σύνολο του φακέλου των επανορθωτικών μέτρων και παράλληλα την απόφαση που επί της ουσίας τα κρίνει επαρκή-, παρέλκει η εν νέου αποστολή του ίδιου σχεδίου, με τα ίδια επανορθωτικά μέτρα προς την Επιτροπή του άρθρου 73 του νόμου 4412/16.

Γ) Ως προς το γεγονός της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και της μη «ειδικής κρίσης» από την αναθέτουσα αρχή α) Καταρχήν θα πρέπει να σημειωθεί ότι ειδικά στην προκειμένη περίπτωση δεν πρόκειται για ένα οιονδήποτε «επαγγελματικό παράπτωμα», αλλά για την ειδική περίπτωση του άρθρου 74.4.Γ. σύμφωνα με την οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείσουν από τη συνέχεια της διαδικασίας κάποιο υποψήφιο ανάδοχο « ... εάν, με την επιφύλαξη της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών, 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 ...». Δηλαδή, μετά την τροποποίηση του εδαφίου αυτού του η περίπτωση της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του νόμου 3959/2011, ΔΕΝ οδηγεί πλέον ρητά σε αποκλεισμό. Ειδικότερα, Σύμφωνα με το άρθρο 44.3.Β. του νόμου 3959/2011 ορίζεται ότι : « ... 3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή 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 ...». Παράλληλα, με το άρθρο 79.1.Γ' όπως τροποποιήθηκε και ισχύει ορίζεται ότι : « ... Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παρ. 10 του άρθρου 73, περί λόγων αποκλεισμού, ή η εφαρμογή της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), αναλύεται στο

σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά από την έναρξη ισχύος του παρόντος είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ, οι προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού των περ. ζ' ή/ και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του παρόντος και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου ...». 9 Κατά συνέπεια, στην προκειμένη περίπτωση ΔΕΝ χρειαζόταν ειδική σκέψη από την αναθέτουσα αρχή αφού η ειδική αυτή περίπτωση έχει ρυθμιστεί νομοθετικά και ακόμη και η «έλλειψη αναφοράς» εκ μέρους του υποψηφίου δεν θα αποτελούσε λόγο αποκλεισμού βάση των όσων ρητών αναφέρονται πλέον στο άρθρο 79.1.Γ'. β) Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και εάν η αναθέτουσα αρχή παρά τις νέες προαναφερθείσες διατάξεις ήθελε και έλαβε υπόψιν και το θέμα των προτεινόμενων επανορθωτικών μέτρων, το θέμα της έλλειψης ειδικής αναφοράς στο πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού δεν καθιστά την απόφασή της «μη νόμιμη» / αναίτιολογητη. Και τούτο διότι όπως έχει προσφάτως κριθεί οριστικά υπό την έννοια αυτή από την Απόφαση 2140/2020 της ΟΛΟΜΕΛΕΙΑΣ ΤΟΥ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟΥ ΣΥΝΕΔΡΙΟΥ. Ειδικότερα, στην σκέψη 19 της απόφασης της Ολομέλειας αναφέρεται ότι : « ... 19. Κατά την κρατήσασα γνώμη, από τη γραμματική και τελεολογική ερμηνεία των ως άνω διατάξεων συνάγεται ότι χρήζει, καταρχήν, αιτιολογίας η απόφαση περί αποκλεισμού, ενώ η τυχόν, έστω και σιωπηρή, κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι ο οικονομικός φορέας μπορεί να παραμένει στη διαδικασία του διαγωνισμού δύναται να προκύπτει και από τα στοιχεία του φακέλου. Μεταξύ, τέλος, των δυνητικών λόγων αποκλεισμού συγκαταλέγεται και η περίπτωση κατά την οποία ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει "σοβαρή ή επαναλαμβανομένη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης" με αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της ...»

Παράλληλα, στην σκέψη 23 αναλύεται διεξοδικότερα ότι : « ... 23. Κατ' ακολουθίαν των παρατεθειμένων στις σκέψεις 18 έως και 22 της παρούσης, εσφαλμένως, κατά την κρατήσασα γνώμη, το δικάσαν Τμήμα, με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση, έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να παραθέσει ειδική αιτιολογία για τους λόγους που δεν προχώρησε στον αποκλεισμό της ήδη προσφεύγουσας εταιρείας από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, καθόσον, κατά τους σκοπούς και τις επιδιώξεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, όπως ως άνω αναπτύσσεται, ειδική αιτιολόγηση απαιτείται για τον αποκλεισμό μιας εταιρείας, ενώ η κρίση περί μη αποκλεισμού αρκεί να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Στην προκειμένη δε περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν σαφώς οι λόγοι για τους οποίους η κατά διακριτική ευχέρεια δρώσα διοίκηση δεν προχώρησε στον αποκλεισμό της ανωτέρω εταιρείας, ενώ το ίδιο το Τμήμα, με προηγούμενη απόφασή του, είχε δεχθεί την κρίση της διοίκησης ότι η καταλογιζόμενη πλημμέλεια δεν είναι σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη και δεν πλήττει την αξιοπιστία και φερεγγυότητα της εταιρείας. Συνακολούθως, ο προβαλλόμενος από την προσφεύγουσα σχετικός λόγος είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός ...». Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου και ειδικότερα από το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς της εταιρίας μας, το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ., τα προτεινόμενα διεξοδικά επανορθωτικά μέτρα που παρατέθηκαν, και την απόφαση αποδοχής τους από την αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73, προκύπτει με σαφήνεια η ορθότητα της κρίσης της αναθέτουσας αρχής, ακόμη και εάν δεν υπάρχει στο σχετικό πρακτικό αξιολόγησης ειδικότερη αναφορά. **Κατά συνέπεια η προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.**

3ος ΛΟΓΟΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ ΕΠΙ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : Ως προς την απόφαση «...» της επιτροπής Ανταγωνισμού : Ζήτημα παραγραφής επαγγελματικού όποιου επαγγελματικού παραπτώματος Σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 10. Του νόμου 4412/16 όπως ισχύει ορίζεται ότι : « ... Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παρ. 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την

ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παρ. 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία έκδοσης πράξης που βεβαιώνει το σχετικό γεγονός ...». Σύμφωνα με την απόφαση ΔΕΕ C 124/17 κρίθηκε μεταξύ άλλων ότι : « ... 2) Το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι, όταν ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά εμπόπτουσα στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ', της οδηγίας αυτής, για την οποία επιβλήθηκε κύρωση από αρμόδια αρχή, η μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρχής αυτής ... ». Στην προκειμένη περίπτωση, η Απόφαση «...» της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία διαπιστώθηκε το όποιο επαγγελματικό παράπτωμα, συμφώνα με την προδικαστική προσφυγή εκδόθηκε την 8η Οκτωβρίου 2018, όπως προκύπτει και από την τελευταία σελίδα του σχετικού ΦΕΚ («...») που επικαλείται η προσφεύγουσα. Το γεγονός ότι η δημοσίευση στο ΦΕΚ έγινε σε επόμενο χρόνο και συγκεκριμένα στις 12 Δεκεμβρίου του 2018, δεν καθιστά σε καμία περίπτωση την ημερομηνία του ΦΕΚ ως ημερομηνία έκδοσης της Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Υπό την έννοια αυτή, ακόμη και ο μέγιστος χρόνος θεωρητικής περιόδου αποκλεισμού δεν θα μπορούσε να ξεπερνά την 8η Οκτωβρίου 2021. Επομένως, κατά την ημερομηνία άσκησης της παρούσας προδικαστικής προσφυγής (11η Οκτωβρίου 2021) οι όποιοι λόγοι προδικαστικής προσφυγής για το θέμα του εν λόγω παραπτώματος προβάλλονται αβασίμως και αλυσιτελώς αφού έχει πλέον ξεπεραστεί ακόμη και η μέγιστη διάρκεια που θεωρητικά θα μπορούσε να τεθεί θέμα αποκλεισμού για το συγκεκριμένο λόγο. Επομένως, η προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και για το λόγο αυτό

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις κατά αρ. 365 ν. 4412/2016, ως ισχύει τις οποίες εδύνατο νομίμως και εμπροθέσμως να αποστείλει έως τις 26.10.2021, ημέρα Τρίτη, δοθέντος ότι η προσφυγή κατατέθηκε στις 11.10.2021, ωστόσο, χάριν πληρότητας αναφέρεται ότι στις 10.11.2021, απέστειλε έγγραφο με θέμα «Παρατηρήσεις της Επιτροπής επί της ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1921/12.10.2021...», όπου αναφέρεται ότι κατά την κρίση της Επιτροπής τα δηλωθέντα εκ του ήδη παρεμβαίνοντος στοιχεία στο ΕΕΕΣ είναι

επαρκή, αλλά και ότι η αξιοπιστία του κρίθηκε στο πρόσφατο παρελθόν με την εκτέλεση της με αρ. «...» Σύμβασης με το Δήμο, που εκτελέσθηκε κατά τους συμβατικούς όρους.

11. Επειδή ο προσφεύγων με το από 03.11.2021 Υπόμνημα του ισχυρίζεται, ομοίως αυτολεξεί, ότι: «α) Ως προς τον πρώτο ισχυρισμό της παρέμβασης της εταιρείας «...», αναφορικά με την επιβληθείσα σε αυτήν από τον Δήμο «...» κύρωση της ολικής κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της σύμβασης.

Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι έγινε αναφορά στο ΕΕΕΣ της για την επιβληθείσα σε αυτήν κύρωση από τον Δήμο «...» για διαγωνισμό απολύτως ομοίου περιεχομένου με την υπό ανάθεση σύμβαση. Ωστόσο, αν και αναφέρει στο ΕΕΕΣ της ότι κρίθηκε έκπτωτη από τον διαγωνισμό του Δήμου «...», εσφαλμένως προβάλλει ότι δεν της επιβλήθηκε κατάπτωση της εγγυητικής καλής εκτέλεσης και ότι δήθεν ανακριβώς αναφέρεται κάτι τέτοιο στην προσφυγή μας. Μάλιστα εσφαλμένως επικαλείται και το υπ' αριθμ. 6447/5.3.2020 έγγραφο του Δήμου «...» προς επίρρωση των λεγομένων της, αφού στο τέλος της δεύτερης παραγράφου αυτού σημειώνεται αυτολεξεί ότι «Ο Δήμος με την αα 489/2019 απόφαση της οικονομικής Επιτροπής κήρυξε έκπτωτη την ανωτέρω εταιρεία (σύμφωνα με το άρθρο 6 της σύμβασης και το άρθρο 203 του Ν. 4412/2016 “κήρυξη οικονομικού φορέα έκπτωτου”) και της επέβαλε την κύρωση της ολικής κατάπτωσης της ανωτέρω εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της σύμβαση». Συνεπώς από το ίδιο το επικληθέν από αυτήν σχετικό ΔΗΜΟΣΙΟ έγγραφο προκύπτει η βασιμότητα του ισχυρισμού μας περί επιβολής σε βάρος της κύρωσης κατάπτωσης της εγγυητικής της επιστολής καλής εκτέλεσης για τον διαγωνισμό του Δήμου «...», γεγονός το οποίο ΔΕΝ αναφέρει ΠΟΥΘΕΝΑ στο ΕΕΕΣ της. Άλλωστε, με το εν λόγω έγγραφο ο Δήμος «...» ΔΕΝ αιτήθηκε την ΑΝΑΝΕΩΣΗ της εγγυητικής καλής εκτέλεσης από την παρεμβαίνουσα, όπως παρελκυστικώς ισχυρίζεται αυτή, αλλά την ΠΑΡΑΤΑΣΗ ισχύος της εγγυητικής της, δεδομένου ότι με την άσκηση προσφυγής από την παρεμβαίνουσα κατά της

απόφασης επιβολής της ανωτέρω κύρωσης ανεστάλη η ισχύς της απόφασης αυτής και στο μεσοδιάστημα έληξε η ισχύς της εγγυητικής επιστολής της.

β) Ως προς τον δεύτερο ισχυρισμό της παρέμβασης, αναφορικά με την απόφαση «...» της Επιτροπής Ανταγωνισμού Με σκοπό τη δημιουργία στρεβλών εντυπώσεων, ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι δήθεν η επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε μετά τη συμφωνία που σύναψε με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και διαπιστώθηκε με την «...» απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού κρίθηκε άπαξ με την πράξη «...» η Συνεδρίαση της 17 ης -02-2021-Γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η ως άνω απόφαση την οποία προσκομίζουμε και επικαλούμαστε (σχετικό 1) αφορά ΕΤΕΡΗ διαγωνιστική διαδικασία του Υπουργείου «...» για το «...» για την οποία η παρεμβαίνουσα είχε καταθέσει το προσκομιζόμενο και προσεπικαλούμενο ΕΕΕΣ (σχετικό 2). Από το ως άνω ΕΕΕΣ, που κατέθεσε στον έτερο διαγωνισμό του Υπουργείου «...» για το «...», αποδεικνύεται ότι η παρεμβαίνουσα είχε δηλώσει μόνο το πρόστιμο της Επιτροπής Ανταγωνισμού που της επιβλήθηκε με τη «...» απόφαση και ΟΧΙ την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» για την επιβολή έκπτωσης της και κατάπτωσης της εγγυητικής καλής εκτέλεσης, το οποίο είναι γεγονός μεταγενέστερο από τη διενέργεια του διαγωνισμού του Υπουργείου «...» για «...». Συνακόλουθα, η κρίση της επιτροπής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων της παρεμβαίνουσας, όπως προκύπτει από την πράξη «...» Συνεδρίαση της 17ης-02-2021- Γνωμοδότηση, αφορούσε ΜΟΝΟ τη συμφωνία στρέβλωσης του ανταγωνισμού και ΟΧΙ την επιβολή έκπτωσης και κατάπτωσης της εγγυητικής καλής εκτέλεσης από το Δήμο «...», γεγονός χρονικά μεταγενέστερο από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού του Υπουργείου «...» για το «...». Καταλήγοντας, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί παροχής κρίσης από την Επιτροπή του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 με την πράξη «...» Συνεδρίαση της 17ης-02-2021-Γνωμοδότηση για την επάρκεια των επανορθωτικών της μέτρων για όλες τις διαπραχθείσες από αυτήν παραβάσεις, είναι καθ' όλα αβάσιμος, αφενός διότι αφορά ΕΤΕΡΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ, όπως αναλυτικώς εκθέσαμε στην υπό εξέταση

προσφυγή μας, και αφετέρου διότι η κύρωση που επιβλήθηκε στην παρεμβαίνουσα από τον Δήμο «...» είναι ΧΡΟΝΙΚΑ ΜΕΤΑΓΕΝΕΣΤΕΡΟ ΓΕΓΟΝΟΣ, για το οποίο η Επιτροπή του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ΔΕΝ διατύπωσε καμία κρίση. Επιπροσθέτως, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι θα ήταν δήθεν νομικά πλημμελές να «μπορούσε η ίδια Γνωμοδοτική Επιτροπή σε επόμενο διαγωνισμό να αποφανθεί ότι τα ίδια μέτρα δεν είναι επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα » είναι απαράδεκτος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης του νόμου, δοθέντος ότι η κρίση της Επιτροπής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 περί επάρκειας αποκαταστατικών μέτρων δύναται να είναι διαφορετική για τον ίδιο υποψήφιο για έτερο διαγωνισμό, εφόσον τα κριτήρια, που λαμβάνονται υπ' όψιν για τη διατύπωση της συγκεκριμένης κρίσης, είναι ο χρόνος διατύπωσης της κρίσης, οι τελεσθείσες παραβάσεις που δηλώνει ο υποψήφιος κάθε φορά στο ΕΕΕΣ του, η φύση και το είδος της διαγωνιστικής διαδικασίας στο πλαίσιο της οποίας διατυπώνεται η εν λόγω κρίση. Συνεπώς, στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αποστείλει το σχέδιο της σύμβασης και το φάκελο του διαγωνισμού στην Επιτροπή του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, και η παράλειψή της αυτή συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, καθιστώντας την προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωτέα. Τέλος, η επίκληση από την παρεμβαίνουσα της υπ' αριθμ. 2140/2020 απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου προς επίρρωση των αβάσιμων ισχυρισμών της είναι όλως παραπλανητική, ενόψει των ανόμοιων πραγματικών περιστατικών της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας που κρίθηκε με την εν λόγω απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Περαιτέρω, η επικληθείσα από την παρεμβαίνουσα απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου αφορά υπόθεση, όπου από τα στοιχεία του φακέλου προέκυπταν σαφώς οι λόγοι για τους οποίους η κατά διακριτική ευχέρεια δρώσα διοίκηση δεν προχώρησε στον αποκλεισμό του υποψηφίου, όπως επισημαίνει η παρεμβαίνουσα. Ωστόσο, στην υπό εξέταση περίπτωση, ΑΠΟ ΚΑΝΕΝΑ ΣΤΟΙΧΕΙΟ ΤΟΥ ΦΑΚΕΛΟΥ ΔΕΝ ΠΡΟΚΥΠΤΟΥΝ ΣΑΦΩΣ ΟΙ ΛΟΓΟΙ για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι η παρεμβαίνουσα δεν πρέπει να αποκλειστεί από τον εν θέματι διαγωνισμό, παρά τα όσα αντίθετα ισχυρίζεται αβασίμως η παρεμβαίνουσα.

γ) Ως προς τον τρίτο ισχυρισμό της παρέμβασης, αναφορικά με την παραγραφή του επαγγελματικού της παραπτώματος που διαπιστώθηκε με την «...» απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 8 περίπτωση θ του ν. 3469/2006 «Δεν δημοσιεύονται στην “Εφημερίδα της Κυβερνήσεως”:

θ) Οι ατομικές διοικητικές πράξεις, εκτός από εκείνες των οποίων η δημοσίευση προβλέπεται ρητά από την κείμενη νομοθεσία». Επιπλέον, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 27 παρ. 1 του ν. 3959/2911 « 1. Οι αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ατομικού χαρακτήρα, οι οποίες προβλέπονται από τις διατάξεις του παρόντος νόμου, είναι ειδικά αιτιολογημένες, δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως...». Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων παρέπεται ότι πράξη της Επιτροπής Ανταγωνισμού αφορώσα στην επιβολή κυρώσεων αποτελεί ατομική διοικητική πράξη, δημοσιευτέα εκ του νόμου στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η οποία τελειούται με τη δημοσίευσή της. Στην προκειμένη περίπτωση, η «...» πράξη της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δυνάμει της οποίας επιβλήθηκε πρόστιμο στην παρεμβαίνουσα για τη σύναψη συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως στις 12 Δεκεμβρίου 2018 και την ημερομηνία αυτή εκδόθηκε και απέκτησε νομική υπόσταση. Από την χρονική δε αυτή αφετηρία δεν έχουν παρέλθει τρία έτη έως σήμερα, πολλώ δε μάλλον από την ημερομηνία διεξαγωγής του υπό εξέταση διαγωνισμού, παρά τα όσα αβασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι ως ημερομηνία εκκίνησης της τριετίας είναι η ημερομηνία απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, και όχι η δημοσίευση στο ΦΕΚ, δηλαδή η 8 η.10.2018, και πάλι δεν έχει παρέλθει το κρίσιμο διάστημα της τριετίας, αφού η κρίσιμη ημερομηνία για το πέρας της τριετίας δεν μπορεί να είναι η ημερομηνία άσκησης της προσφυγής αλλά η ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ το οποίο φέρει ψηφιακή ημερομηνία με υπογραφή 25.08.2021».

12. Επειδή, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και

τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο. Η δε παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI) και αντιστοίχως η παραβίαση τους εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιωδούς 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)..

13. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ό.π C-278/14, σκ. 27).

14. Επειδή, στις αιτιολογικές σκέψεις 101-102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι «(101)... Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαίνονται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις

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

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

16. Επειδή, περαιτέρω, ομοίως υπό το προηγούμενο καθεστώς και συγκεκριμένα υπό τους όρους της Οδηγίας 2004/18 ΕΚ, έχει γίνει δεκτό από το Δικαστήριο (απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016, C-171/15, Connexhion Taxi Services BV), ότι η σχετική ρύθμιση της παρ. 2 του άρθρου 45 αυτής, δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή των διαλαμβανόμενων σε αυτό λόγων αποκλεισμού, στο μέτρο κατά το οποίο τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο. Στο πλαίσιο αυτό, τα κράτη μέλη έχουν την εξουσία να καθιστούν ελαστικότερα ή ηπιότερα τα κριτήρια που προβλέπει η διάταξη αυτή (απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 36 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), ειδικότερα δε να προβλέψουν ρύθμιση, η οποία υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να εξετάζει, κατ' εφαρμογήν της αρχής της αναλογικότητας,

αν επιβάλλεται πράγματι ο αποκλεισμός, από δημόσια σύμβαση, υποψηφίου ο οποίος έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Σημειώνεται ότι η εν λόγω νομολογία ενσωματώθηκε στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 73 του ν. 4412/2016.

17. Επειδή, ειδικότερα, με την περ. στ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, περίπτωση που αποτελεί νέο λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν προβλεπόταν ρητώς στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Οδηγία 2004/18/ΕΚ και π.δ. 60/2007), ωστόσο καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα”, όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007 (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ). Σε κάθε περίπτωση η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια ρητά συνδέεται με ζητήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε “επαναλαμβανόμενες” ή “σοβαρές” κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης αυτών. «Πάντως, ακόμα και αν η εν λόγω πλημμελής συμπεριφορά κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων δεν είχε ως αποτέλεσμα την καταγγελία ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί ο υπό εξέταση λόγος αποκλεισμού της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εξετάσει κατά πόσο η εν λόγω πλημμελής εκτέλεση μπορεί να υπαχθεί στην πιο γενική έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα” ώστε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, όπως αναλυτικά αναφέρεται κατωτέρω (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ και Απόφαση ΑΕΠΠ 263/2020 Εις. Χ. Ζαράρη).

18.Επειδή, εν προκειμένω, ο ενωσιακός νομοθέτης προέβλεψε στο ισχύον καθεστώς δημοσίων συμβάσεων δύο διαφορετικές περιπτώσεις στ' και θ' για τη σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια αφενός και αφετέρου για το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Από τη γραμματική δε διατύπωση των οικείων διατάξεων, ευχερώς προκύπτει ότι η περίπτωση στ' αφορά συγκεκριμένα στην εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης το οποίο ρητά ορίζεται σε αντίθεση με την περίπτωση θ' που ουδόλως τίθεται αυτή η προϋπόθεση. Επίσης, ομοίως ρητά ορίζεται ότι για να εφαρμοσθεί η περίπτωση στ', απαιτείται η οικεία συμπεριφορά να είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, γεγονός που ουδόλως προβλέπεται στην περ. θ'. Επομένως, ο ενωσιακός, και στη συνέχεια, ο εθνικός νομοθέτης γνωρίζοντας ότι είναι δυνατόν να δημιουργούνται σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα του οποίου οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, παρείχε ρητά στις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς τη δυνατότητα να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικό φορέα που εμπίπτει στην εν λόγω περίπτωση (βλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), προσδιορίζοντας ωστόσο τις περιπτώσεις που χωρεί εφαρμογή της -ήτοι πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις- και προβλέποντας την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατά τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής.

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

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

21. Επειδή με την Απόφαση C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. κατά Województwo Łódzkie, της 4ης Μαΐου 2017, στο ερώτημα εάν «το άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο ζ’, της οδηγίας 2004/18, το οποίο επιτρέπει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, στην περίπτωση, μεταξύ άλλων, όπου αυτός είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των ζητούμενων από την αναθέτουσα αρχή πληροφοριών, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι μπορεί να εφαρμοστεί όταν πρόκειται για πληροφορίες ικανές να επηρεάσουν την έκβαση του

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

22. Επειδή το ΔΕΕ C-267/18, 3 Οκτωβρίου 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, σκ. 26-29 *«Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ΄, της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου,*

στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 29 και 30). Η εμπέδωση σχέσεως εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου προϋποθέτει, επομένως, **ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να είναι σε θέση να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των λόγων προαιρετικού αποκλεισμού** (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 30 και 32). Η αρχή αυτή επιτάσσει πράγματι να εξετάζει και να εκτιμά η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά. Συναφώς, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 32 των προτάσεών του, από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η παρατυπία που διέπραξε ο προσφέρων πρέπει να ήταν αρκούντως σοβαρή ώστε να δικαιολογείται, υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, η καταγγελία της συμβάσεως. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί αυτομάτως να συναγάγει από την απόφαση άλλης αναθέτουσας αρχής να καταγγείλει προγενέστερη δημόσια σύμβαση για τον λόγο ότι ο ανάδοχος ανέθεσε σε υπεργολάβο τμήμα των εργασιών χωρίς την προηγούμενη έγκρισή της ότι ο εν λόγω ανάδοχος διέπραξε σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρέωσης σχετικής με την εν λόγω δημόσια σύμβαση». **Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα για τον οποίον είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως.** Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της αποφάσεως περί καταγγελίας, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή της, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε

κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρέωσης την οποία υπείχε στο πλαίσιο της εν λόγω συμβάσεως, δεδομένου ότι η εν λόγω πλημμέλεια είναι ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα».

23. Επειδή, όπως ομοίως προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕΕ απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 40-42 «Πράγματι, η εν λόγω οδηγία εισάγει καινοτομία, ιδίως, καθιερώνοντας, στο άρθρο 57, παράγραφος 6, τον μηχανισμό διορθωτικών μέτρων (self-cleaning). Η εν λόγω ρύθμιση, η οποία έχει εφαρμογή επί των οικονομικών φορέων που δεν έχουν αποκλειστεί με τελεσίδικη απόφαση, κατατείνει στο να παρακινήσει έναν οικονομικό φορέα που βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις περί των οποίων γίνεται λόγος στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας να παράσχει αποδεικτικά στοιχεία προκειμένου να βεβαιώσει ότι τα μέτρα που έχει λάβει είναι επαρκή για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή συναφούς προαιρετικού λόγου αποκλεισμού. Εάν τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία κριθούν επαρκή, ο οικείος οικονομικός φορέας δεν πρέπει να αποκλειστεί από τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, συνεργαζόμενος ενεργά με τις ερευνητικές αρχές, και ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Συναφώς, τα διορθωτικά μέτρα υπογραμμίζουν, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 44 των προτάσεών του, τη σημασία που αποδίδεται στην αξιοπιστία του οικονομικού φορέα, λαμβανομένου υπόψη ότι το εν λόγω στοιχείο διαπνέει τους λόγους αποκλεισμού που σχετίζονται με τις προϋποθέσεις που αφορούν το πρόσωπο του υποψηφίου. Κατόπιν των ανωτέρω, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει, επομένως, να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ' και ζ', της οδηγίας 2014/24 πρέπει να

ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αντιτίθεται σε εθνική ρύθμιση σύμφωνα με την οποία η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί λύσεως δημόσιας συμβάσεως που ελήφθη από αναθέτουσα αρχή λόγω σοβαρών πλημμελειών που επιδείχθηκαν κατά την εκτέλεσή της εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση».

24. Επειδή, ως κρίθηκε στην Απόφαση C- 124/17, Vossloh Laeis GmbH, (σκ. 36-41) κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24, τα κράτη μέλη καθορίζουν τη μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6, η διάρκεια δε αυτή της περιόδου αποκλεισμού, εφόσον δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, δεν υπερβαίνει, όσον αφορά τις περιπτώσεις αποκλεισμού που διαλαμβάνονται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας αυτής, τα τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Μολονότι η παράγραφος 7 του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24 δεν διευκρινίζει περαιτέρω τη φύση του «σχετικού γεγονότος» ούτε, μεταξύ άλλων, το χρονικό σημείο επελεύσεως του γεγονότος αυτού, επισημαίνεται ότι η διάταξη αυτή προβλέπει, για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στην παράγραφο 1 του άρθρου αυτού και εφόσον η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, ότι η χρονική περίοδος των πέντε ετών πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της καταδίκης με την τελεσίδικη δικαστική απόφαση αυτή, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνία επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών λόγω των οποίων επιβλήθηκε η καταδίκη αυτή. Επομένως, όσον αφορά αυτούς τους λόγους αποκλεισμού, η εν λόγω χρονική περίοδος υπολογίζεται με αφετηρία μια ημερομηνία η οποία, σε ορισμένες περιπτώσεις, είναι μεταγενέστερη της επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το σχετικό ποινικό αδίκημα. Εν προκειμένω, για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού επιβλήθηκε

κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου. Σε αυτή την περίπτωση, για λόγους συνοχής με τον τρόπο υπολογισμό της χρονικής περιόδου η οποία προβλέπεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά επίσης για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής. Η λύση αυτή παρίσταται κατά μείζονα λόγο δικαιολογημένη δεδομένου ότι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας με τα σημεία 83 έως 85 των προτάσεών του, η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τέτοιας αποφάσεως, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά. Εξάλλου, όπως υπογράμμισε η Επιτροπή, ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας διατηρεί την ευχέρεια, κατά την περίοδο αυτή, να λάβει μέτρα τα οποία διαλαμβάνονται στο άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24, προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του, αν παρά ταύτα επιθυμεί να μετάσχει σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως. Κατά συνέπεια, η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία όχι τη συμμετοχή στη σύμπραξη, αλλά την ημερομηνία κατά την οποία η αρμόδια αρχή διαπίστωσε ότι η επίμαχη συμπεριφορά είναι παραβατική».

25. Επειδή «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει οικονομικό φορέα, εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, πρόκειται για δυνητικό λόγο αποκλεισμού που προβλεπόταν και στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (άρθρο 43 παρ. 2

περ. ζ' του π.δ. 60/2007), με στόχο να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παρέχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς ή /και αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Κατά μείζονα δε λόγο, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές, κρίνεται ιδιαιτέρως σημαντική η διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν σε αυτά. Στον υπό εξέταση λόγο αποκλεισμού, δεν καθορίζονται με σαφήνεια οι περιπτώσεις ή /και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν “σοβαρές” οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή. Αυτές κρίνονται ad hoc (κατά περίπτωση), λαμβάνοντας υπόψη τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς (καθ' υποτροπή). Παράδειγμα: Για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεν θα αρκούσε, για τη στοιχειοθέτηση του υπό εξέταση λόγου αποκλεισμού, η διαπίστωση μίας και μόνης περίπτωσης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων από αυτόν κατά την παροχή πληροφοριών σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (Βλ. ο.π. Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 20).

26. Επειδή, με την με αρ. C- 395/18 Απόφαση, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA κρίθηκε ότι **«ο προβλεπόμενος από την εθνική ρύθμιση αυτόματος αποκλεισμός του προσφέροντος οικονομικού φορέα, στον βαθμό που στερεί, αφενός, από τον οικονομικό φορέα τη δυνατότητα να προσκομίσει εμπειριστατωμένα στοιχεία ως προς την κατάσταση που τον αφορά και, αφετέρου, από την αναθέτουσα αρχή το περιθώριο εκτίμησης της κατάστασης αυτής δεν μπορεί να θεωρηθεί συμβατός με το άρθρο 57, παράγραφοι 4 και 6, της οδηγίας 2014/24 και με την αρχή της αναλογικότητας»**.

27. Επειδή, «σε περίπτωση που στο πρόσωπο οικονομικού φορέασυντρέχει ο προβλεπόμενος στην παρ. 2.2.3.3 περ. θ' της διακήρυξης λόγος

αποκλεισμού (αφορά σε «δυνητικό» λόγο αποκλεισμού), παρέχεται η δυνατότητα σε αυτούς, τηρουμένων των οριζομένων από τη διακήρυξη και το νόμο όρων της διαδικασίας του διαγωνισμού, να επικαλεστούν ότι έχουν λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα, τα οποία τεκμηριώνουν την αξιοπιστία τους. **Αντιστοίχως δε, προβλέπεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει τα εν λόγω μέτρα και, στην περίπτωση που αυτά κριθούν επαρκή, μετά από σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8, 9 ν. [4412/2016](#) (αποτελούσα όργανο της Κρατικής Διοίκησης), να μην αποκλείσει τον οικονομικό φορέα για αυτόν και μόνο τον λόγο. Ενόψει των ως άνω δεν εχώρησε νομίμως ο αποκλεισμός της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό εταιρείας «.....», με την προέχουσα αιτιολογία ότι στην περίπτωση συνδρομής λόγου αποκλεισμού κατ' εφαρμογή των διατάξεων της παρ. 2.2.3.3 περ. θ' της διακήρυξης δεν προβλέπεται δυνατότητα επίκλησης μέτρων αυτοκάθαρσης, ενώ ο αποκλεισμός αυτής δεν εχώρησε νομίμως ούτε και με την επικουρική αιτιολογία ότι τα μέτρα που έλαβε η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία δεν επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της, δεδομένου ότι της σχετικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής δεν προηγήθηκε η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας κατά τα ως άνω Επιτροπής (ΔΕΦΑΘ 28/2021 σκ.11).**

28. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψήφιων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του νέου Ν 4412/2016 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων (βλ. Α. Σπυρίδωνος, «Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις», ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. 537 επόμ.). Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά τους παρέχει τη

δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιας περίπτωσης δυνητικού λόγου αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και τυχόν ανάλυση των επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ. ν.4412/2016(ο.π ΑΕΠΠ 776/2018 Εις. Χ. Ζαράρη).

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

30. Επειδή, το γεγονός αναστολής, με δικαστική απόφαση, της εκτέλεσης και ισχύος απόφασης περί κήρυξης του ως εκπτώτου, ουδόλως εξαφανίζει αυτή από το νομικό κόσμο, ούτε βέβαια η αναστολή συνεπάγεται ακύρωση της (βλ. ο.π σκ. 52 Απόφαση ΑΕΠΠ 263/2020), ούτε δύναται να στερήσει στην αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να κρίνει η ίδια εάν κατά την άποψη της έχει τρωθεί η αξιοπιστία του καθόσον αυτή φέρει εν τέλει το βάρος τυχόν λανθασμένης επιλογής.

31. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επίσης, μια άλλη πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΑΕΠΠ 263/2020).

32. 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).

33.Επειδή, ο **προσφεύγων** με τον 1^ο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσφορά του ήδη παρεμβαίνοντος έπρεπε να απορριφθεί διότι *«παρέλειψε όμως να δηλώσει την υπ' αριθ. 489/17.12.19 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» (ΑΔΑ: «...»), με την οποία κηρύχθηκε έκπτωτη από την -απολύτως όμοιου περιεχομένου με την υπό ανάθεση - σύμβαση του ανωτέρω Δήμου (προμήθεια γάλακτος). Με την ανωτέρω απόφαση ο Δήμος «...» κήρυξε την εταιρία «...» έκπτωτη «επειδή τα είδη που*

παρέδωσε (...) δεν είναι σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα (...) όπως αναφέρεται στο άρθρο 6 της σύμβασης και επειδή δεν προέβη στην αντικατάσταση των ειδών εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των πέντε (5) ημερών» και επέβαλε σε αυτήν την κύρωση της ολικής κατάπτωσης της εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης. Ως εκ τούτου, η προσφορά της εταιρίας «...» πρέπει να αποκλειστεί αφενός λόγω συνδρομής του λόγου αποκλεισμού περ. στ' του άρθρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης και ταυτοχρόνως λόγω συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περ. ζ' του ίδιου άρθρου, που επιβάλλει τον αποκλεισμό διαγωνιζομένου ο οποίος αποκρύπτει πληροφορίες παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού».

Ο παρεμβαίνων υπεραμύνεται των οικείων ισχυρισμών και η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις αλλά ούτε στην προσβαλλόμενη περιέχονται σχετικές κρίσεις της.

34. Επειδή, αναφορικά με τον 1^ο λόγο της προσφυγής περί μη δήλωσης στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος της απόφασης έκπτωσης του από παρόμοια Σύμβαση με το Δήμο «...», λεκτέα είναι τα κάτωθι: Σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου στις σελ.13-14 του από 25.08.2021 ΕΕΕΣ του, ο παρεμβαίνων στο ερώτημα « *Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;*» δήλωσε «*Απάντηση: **Ναι** Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες **Με την υπ' αριθ. 489/17.12.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...», η εταιρεία «...» κηρύχθηκε έκπτωτη από την «...» σύμβαση του ανωτέρω Δήμου (προμήθεια γάλακτος), για το λόγο ότι τα είδη που είχε παραδώσει (μάρκας «...») δεν ήταν δήθεν σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα (μάρκας «...»), όπως αναφερόταν στο άρθρο 6 της σύμβασης και η εταιρεία δεν προέβη στην αντικατάσταση των ειδών εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των πέντε (5) ημερών. Το γάλα το οποίο προμηθεύσαμε ήταν ακριβώς το ίδιο ποιοτικά, με τα ίδια***

χαρακτηριστικά από πλευράς επίσημης ανάλυσης κρατικού φορέα, την ίδια συσκευασία, από το ίδιο ευρωπαϊκό εργοστάσιο παραγωγής, αλλά με διαφορετική εμπορική ετικέτα κατ' επιλογή του ευρωπαϊκού εργοστασίου ανάλογα με την παρτίδα ...

Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);

Ναι Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν

Η εταιρεία «...» άσκησε εμπρόθεσμα την υπ' αριθ. 1240/16.1.2020 ενδικοφανή προσφυγή της και, εν συνεχεία, την υπ' αριθ. **AN2/11.2.2020** αίτηση αναστολής σε σχέση με την ανωτέρω υπόθεση. Επί της τελευταίας εκδόθηκε η υπ' αριθ. N2/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης (Τμήμα Α' - Τριμελές-Σε Συμβούλιο), με την οποία έγινε δεκτή η αίτηση της εταιρείας «...» **λόγω πρόδηλης βασιμότητας** και όχι απλά κινδύνου, επειδή αφ' ενός δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις έκπτωσης, αφ' ετέρου δε δεν είχε τηρηθεί η νόμιμη διαδικασία, και ανεστάλη η εκτέλεση της τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης από το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου «...» της ενδικοφανούς προσφυγής της Εταιρείας κατά της απόφασης, με την οποία η Εταιρεία κηρύχθηκε έκπτωτη της προαναφερθείσας σύμβασης του Δήμου «...». Εκκρεμεί ο προσδιορισμός δικασίμου για την προσφυγή μας και έως την έκδοση απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης επί της προσφυγής διαρκεί η ισχύς της απόφασης αναστολής της έκπτωσης (άρθρο 205 παρ. 1-2 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, Ν. 2717/1999, Α' 97)».

Επομένως, ο 1^{ος} λόγος ως αναγράφεται στην προσφυγή κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος στο σύνολο του, και τούτο διότι όπως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων και αποδεικνύεται από τα στοιχεία που επικαλείται και είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθόσον ο παρεμβαίνων δήλωσε στο ΕΕΕΣ του την οικεία έκπτωση, στο πεδίο «Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις». Η δε μη αναφορά και της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής του παρεμβαίνοντος που προβάλλει ο προσφεύγων με το οικείο υπόμνημα του, παραδεκτώς, καθόσον αφορά σε απόκρουση των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος (αρ. 365 ν. 4412/2016, ως ισχύει), δεν δύναται να άγει εν προκειμένω σε διαφορετική κρίση και τούτο διότι η κατάπτωση της εγγυητικής

επιστολής αποτέλεσε συνέπεια της έκπτωσης η οποία επέρχεται σε περίπτωση παραβίασης των όρων της σύμβασης (αρ. 72 παρ. 4 ν. 4412/2016), ούτε δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι ο παρεμβαίνων λόγω μη δήλωσης της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, ενείχε πρόθεση σοβαρών απατηλών δηλώσεων, πολλώ δε μάλλον ότι έχει κριθεί ένοχος επί τούτου, ως ορίζει το αρ. 2.2.3.4 περ. ζ της διακήρυξης, ταυτόσημο με αρ. 73 παρ. 4 περ. ζ ν. 4412.2016, άλλωστε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής περιλαμβάνεται ως σημείο Γ στο διατακτικό της τετρασέλιδης με αρ. 489/17.12.2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...», την οποία δήλωσε ΡΗΤΑ ο παρεμβαίνων στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε στον επίμαχο διαγωνισμό, στοιχεία που προφανώς γνωρίζει ο προσφεύγων, όπως προκύπτει από τα αναγραφέντα στην προσφυγή του και τούτο διότι ο παρεμβαίνων στο ΕΕΕΣ του δεν αναφέρεται στον ΑΔΑ της απόφασης έκπτωσης, πλην όμως ο προσφεύγων τον αναφέρει. Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής αναφέρεται ομοίως και στη με αρ. Ν2/2020 Απόφαση ΔΕΦΤρ. την οποία ομοίως αναγράφει ρητά ο παρεμβαίνων στο ΕΕΕΣ του. Ωστόσο, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος περί του ότι ο προσφεύγων «*ανακριβώς αναφέρεται με την προδικαστική προσφυγή ενώπιων Σας ότι επεβλήθη η κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής μας επιστολής. Και τούτο διότι ο ίδιος ο Δήμος «...», όχι απλώς δεν έκανε κατάπτωση εγγυητικής, αλλά με το υπ' αριθμ. 6447/5-3-2020 έγγραφό του (ΣΧΕΤΙΚΟ 2) μας κάλεσε να ανανεώσουμε την εγγυητική μας επιστολή καλής εκτέλεσης, γεγονός που πράγματι έπραξε η Εταιρεία μας με την ανανέωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης για τη σύμβαση αυτή*» και τούτο διότι όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων με το Υπόμνημα του με το εν λόγω έγγραφο ο Δήμος «...» δεν αιτήθηκε την ανανέωση της εγγυητικής καλής εκτέλεσης από την παρεμβαίνουσα, αλλά την ΠΑΡΑΤΑΣΗ ισχύος της εγγυητικής της, δεδομένου ότι με την άσκηση προσφυγής από την παρεμβαίνουσα κατά της απόφασης επιβολής της ανωτέρω κύρωσης ανεστάλη η ισχύς της απόφασης αυτής και στο μεσοδιάστημα έληξε η ισχύς της εγγυητικής επιστολής της. Συνεπώς, ανεξαρτήτως αποδοχής του ως άνω ισχυρισμού του προσφεύγοντος, ο 1^{ος} λόγος της προσφυγής κρίνεται

απορριπτέος καθόσον ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, ενώ η μη αναγραφή της συμπερίληψης της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης στο ΕΕΕΣ του δεν αίρει την ως άνω κρίση κατά τα ως άνω αναλυτικά εκτεθέντα. Θα πρέπει δε να σημειωθεί ότι σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου και της με αρ. Ν2/2020 Απόφασης ΔΕΦΤρ έγινε αποδεκτή η αίτηση αναστολής του ήδη παρεμβαίνοντος κατά της με αρ. 489/17.12.2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...», λόγω πρόδηλης βασιμότητας, ως άλλωστε αναγράφει και ο παρεμβαίνων στο ΕΕΕΣ του.

35. Επειδή, με τον 2^ο λόγο της προσφυγής του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο παρεμβαίνων στο Ε.Ε.Ε.Σ. του δήλωσε ότι έχει συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης για τις οποίες εκδόθηκε η υπ' αριθ. «...» απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού («...») δυνάμει της οποίας του επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους 11.328,38 €, λόγω προηγούμενης συμμετοχής κατά τα έτη 2003-2007 σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Δήλωσε ακολούθως σειρά επανορθωτικών μέτρων για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του, για τα οποία δήλωσε ότι έχουν κριθεί ως επαρκή δυνάμει της Πράξης «...» Συνεδρίαση της 17ης-02-2021 Γνωμοδότησης από την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016 . Ωστόσο, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της καθ' ης αναθέτουσας αρχής δεν αναφέρουν σε κανένα σημείο τους ότι απεστάλη το σχέδιο της σύμβασης στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να ελεγχθεί ότι τα δηλωθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης είναι επαρκή για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της για την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση, δε, δεν περιέχουν καμία κρίση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων και καταλήγει στο ότι *«Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενες πράξεις εκδόθηκαν κατά παράβαση νόμου και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και πρέπει να ακυρωθούν».*

Ο παρεμβαίνων υπεραμύνεται των οικείων ισχυρισμών ισχυριζόμενος ότι υπέβαλε ταυτόχρονα την Απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 73 με την οποία

τα μέτρα κρίθηκαν ως επαρκή και το σχετικό αποδεικτικό εξόφλησης του επιβληθέντος προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού και ότι από την με αρ. Πράξη «...» / Συνεδρίαση της 17ης Φεβρουαρίου 2021 της Γνωμοδοτικής Επιτροπής, καθίσταται σαφές ότι η απόφαση αυτή μπορεί να έχει όντως εκδοθεί επ' ευκαιρία προηγούμενης παρόμοιας διαγωνιστικής διαδικασίας, κρίνει όμως με απόλυτη σαφήνεια επαρκή τα μέτρα που προτάθηκαν από την εταιρία του συνολικά και όχι αποκλειστικά και μόνο για την συγκεκριμένη σύμβαση και τούτο διότι *«τα όποια κατά περίπτωση προτεινόμενα επανορθωτικά μέτρα «παραπτώματος» δεν κρίνονται επαρκή σε σχέση με το εάν το σχέδιο σύμβασης αφορά το Δήμο τάδε ή το Δήμο δείνα, αλλά με το εάν πράγματι είναι ουσιαστικά και εξασφαλίζουν το επιθυμητό αποτέλεσμα για την αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή.*

36. Επειδή, δεν αμφισβητούνται τα πραγματικά περιστατικά, ήτοι δήλωσης επιβολής σχετικού προστίμου, εξόφλησης του και έκδοσης της με αρ. «...» /17.02.2021 Πράξης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του αρ. 73 παρ.9 ν. 4412/2016 με την οποία κρίθηκαν επαρκή τα οικεία επανορθωτικά μέτρα του παρεμβαίνοντος στο πλαίσιο έτερης σύμβασης και έτερης αναθέτουσας αρχής. Εν προκειμένω, το ζήτημα που τίθεται είναι εάν οι προσβαλλόμενες πράξεις πάσχουν ακυρότητας διότι εκδόθηκαν κατά παράβαση νόμου και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας δοθέντος ότι, παρότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε σχέδιο απόφασης στην ως άνω Επιτροπή του αρ. 73 παρ. 9.

Ειδικότερα, αν και οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος παρίστανται καταρχήν εύλογοι γεγονός που επιβεβαιώνεται και από την πρόσφατη τροποποίηση του αρ. 73 ν. 4412/2016, όπου ρητά ορίσθηκε ότι (αρ. 72 παρ. 9, ν. 4412/2016, ως ισχύει) *«Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων ρυθμίζεται ...οι προϋποθέσεις εξέτασης και επανεξέτασης επανορθωτικών μέτρων που ελήφθησαν και για τα οποία έχει ήδη εκδώσει γνώμη η επιτροπή»,* προφανώς προς βελτιστοποίηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και εξορθολογισμό του όγκου των εισερχόμενων στη

Γνωμοδοτική Επιτροπή σχεδίων αποφάσεων αναθετουσών αρχών που αφορούν τους ίδιους οικονομικούς φορείς για τις ίδιες παραβάσεις επί ομοειδών συμβάσεων, κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθόσον, η ως άνω απόφαση δεν έχει εισέτι εκδοθεί, ώστε να θεσπίζονται τυχόν προϋποθέσεις επανεξέτασης, ώστε να δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έδρασε νομίμως. Εξάλλου, αφενός δεν δύναται να συναχθεί με βεβαιότητα ότι δεν θα υφίσταται καν, όταν εκδοθεί η οικεία απόφαση, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποστέλλει Σχέδιο Απόφασης της στην εν λόγω Γνωμοδοτική Επιτροπή, αφετέρου, σε κάθε περίπτωση σύμφωνα με την παρ. 8 του αρ. 73 ν.4412/2016, ως ισχύει, ομοίως τροποποιηθείσα με το ν. 4782/2021, ορίζεται ρητά ότι *«Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9»*, ούτως προβλέπεται ρητά ότι η Γνωμοδοτική Επιτροπή, οφείλει να αποφανθεί σχετικά είτε ρητά είτε σιωπηρά κατά πλάσμα δικαίου, γεγονός που προϋποθέτει την αποστολή Σχεδίου Απόφασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Όπως δε βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων κατά τη σαφή διατύπωση του άρθρου 73 παρ.8 του ν. 4412/2016, η γνώμη της Γν. Επιτροπής αφορά στην εκάστοτε αναθέτουσα αρχή (βλ. και σκ. 22, 26 και 30 της παρούσας και εκεί παρατιθέμενη νομολογία του ΔΕΕ). ΑΛΛΩΣΤΕ, η επικαλούμενη και δηλωθείσα κρίση της Γνωμοδοτικής Επιτροπής αφορούσε, εν προκειμένω, μόνο τη συμφωνία στρέβλωσης του ανταγωνισμού και όχι την επιβολή έκπτωσης από το Δήμο «...», όπως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων.

Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ότι η αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος δεν εχώρησε νομίμως, δεδομένου ότι, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων της σχετικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής δεν προηγήθηκε η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας κατά τα ως άνω Επιτροπής του αρ. 73 παρ.9 ν. 4412/2016, ως ισχύει (εξ αντιδιαστολής ad hoc ΔΕΦΑΘ 28/2021 σκ.11 και σκ. 27 της παρούσας). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ενώ, ως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων *«η απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί και αναιτιολόγητη, αφού δεν παρατίθεται στο κείμενό της καμία σκέψη περί επάρκειας των δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης»*, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος, άλλωστε η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, ούτε κατά το ισχύον νομικό πλαίσιο από τη Γνωμοδότηση της Επιτροπής αρ. 73 παρ. 8, εκδοθείσας στο πλαίσιο έτερης αναθέτουσας αρχής και έτερης σύμβασης, ούτε η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί λύσεως δημόσιας συμβάσεως που ελήφθη από αναθέτουσα αρχή εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση (βλ. σκ. 23 της παρούσας), απεναντίας η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα για τον οποίον είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, και προφανώς να την αιτιολογεί, ως πράξη διακριτικής ευχέρειας, προκειμένου να είναι δυνατός ο έλεγχος από την ΕΑΔΗΣΥ καταρχήν και από το Δικαστή.

37. Επειδή, τέλος, ο παρεμβαίνων προς απόκρουση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος προκειμένου να αποδείξει ότι δεν υφίστατο παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ισχυρίζεται ότι *«Ως προς την απόφαση «...»της επιτροπής Ανταγωνισμού : Ζήτημα παραγραφής επαγγελματικού*

όποιο επαγγελματικό παραπτώματος Στην προκειμένη περίπτωση,... η Απόφαση «...»της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία διαπιστώθηκε το όποιο επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα με την προδικαστική προσφυγή εκδόθηκε την 8η Οκτωβρίου 2018...Υπό την έννοια αυτή, ακόμη και ο μέγιστος χρόνος θεωρητικής περιόδου αποκλεισμού δεν θα μπορούσε να ξεπερνά την 8η Οκτωβρίου 2021. Επομένως, κατά την ημερομηνία άσκησης της παρούσας προδικαστικής προσφυγής (11η Οκτωβρίου 2021) οι όποιοι λόγοι προδικαστικής προσφυγής για το θέμα του εν λόγω παραπτώματος προβάλλονται αβασίμως και αλυσιτελώς αφού έχει πλέον ξεπεραστεί ακόμη και η μέγιστη διάρκεια που θεωρητικά θα μπορούσε να τεθεί θέμα αποκλεισμού για το συγκεκριμένο λόγο».

Εν προκειμένω, όπως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων προς απόκρουση της παρέμβασης, σε κάθε περίπτωση δεν έχει παρέλθει το κρίσιμο διάστημα της τριετίας, αφού η κρίσιμη ημερομηνία για το πέρας της τριετίας δεν είναι η ημερομηνία άσκησης της προσφυγής αλλά η ημερομηνία εκ μέρους του παρεμβαίνοντος υπογραφής του ΕΕΕΣ και τούτο διότι στο ΕΕΕΣ που αποτελεί Υπεύθυνη Δήλωση αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι, όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣτΕ 781/2010), ήτοι οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπευθύνως γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του (βλ. σκ. 29 της παρούσας).

38. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

39. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και πλημμελούς αιτιολογίας και επακολούθως να απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 του Ν.4412/2016 και άρθρο 5 Π.Δ/τος 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αικατερίνη Ζερβού

Ευαγγελία Πέτρου

α/α

ΝΑΥΣΙΚΑ – ΣΟΦΙΑ ΜΠΑΣΔΕΛΗ