

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 11 Δεκεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 02.11.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1708/06.11.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα») που εδρεύει στην ..., επί της ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») που εκπροσωπείται νόμιμα.

-Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση του ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ με αριθμό πρωτ. 103364/06.10.2023, η οποία ελήφθη κατά τη 2η ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗ ΑΚΑΔ. ΕΤΟΥΣ 2023-2024 της 5^{ης}.10.2023 (Θέμα 15ο) (ορθή επανάληψη 24.10.2023) και η ενσωματωθείσα σε αυτήν απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου με ημερομηνία 22.08.2023, στο μέτρο που αφορούν στο Τμήμα 2 του Διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

Αριθμός Απόφασης : 1944/2023

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.206,35 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος 2 της σύμβασης, για το οποίο ασκείται η προσφυγή, ύψους 241.268,80 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» για χρονικό διάστημα 24 μηνών συνολικής εκτιμώμενης αξίας 5.241.935,48 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 28η.07.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 26.06.2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α
3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 02.11.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.10.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.
4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 2060/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 21.11.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 119776/20.11.2023 για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, οι οποίες όμως δεν λαμβάνονται υπόψη καθώς έχουν κατατεθεί εκπρόθεσμα. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 13.11.2023, ήτοι την επόμενη εργάσιμη μετά την πάροδο της προβλεπόμενης προθεσμίας την παρέμβασή της ζητώντας την διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης και η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 16.11.2023 το Υπόμνημά της επί των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός Απόφασης : 1944/2023

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ {ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

6. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΣτΕ 3629/20, 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12, 2635/2009, Ε.Α. ΣτΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

7. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας και προβάλλει ότι η προσφορά της θα έπρεπε να έχει κριθεί απορριπτέα, καθώς κατά παράβαση του όρου 2.2.9.2. - Β.3 της Διακήρυξης και των αναφερόμενων στο έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτοκ. 68593/20-7-2023 δεν περιέλαβε στο φάκελο της προσφοράς της, ούτε και στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που κατέθεσε, βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή/λογιστή σχετικά με τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών τελευταίων ετών. Για τον παραπάνω λόγο προσφυγής λεκτέα τα εξής:

8. Ο όρος 2.2.9.2. «Αποδεικτικά μέσα» - Β.3 της Διακήρυξης ορίζει ότι *«Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. (...) Β.3. Για την απόδειξη της*

Αριθμός Απόφασης : 1944/2023

οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Για το α): Υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα δηλώνεται ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών των τριών τελευταίων ετών (2020, 2021, 2022) ή για όσο χρονικό διάστημα ασκούν την επιχειρησιακή τους δραστηριότητα η οποία να συνοδεύεται από βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή/ λογιστή». Επίσης, στο διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτοκ. 68593/20.07.2023 επί σχετικού ερωτήματος συμμετέχοντος αναφέρεται ότι «θα χρειαστεί επιπρόσθετη βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή / λογιστή, όπως απαιτείται από τη Διακήρυξη».

9. Η παρεμβαίνουσα δεν κατέθεσε την επίμαχη συνοδευτική βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή – λογιστή στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της, ωστόσο αβάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αυτό συνιστά έλλειψη της προσφοράς της, η οποία μάλιστα θα πρέπει να επιφέρει τον αποκλεισμό της. Και αυτό γιατί η προσκόμιση της βεβαίωσης αυτής, κατά τα ρητά οριζόμενα στον όρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης, αποτελεί υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου και δεν υποχρεούνται οι συμμετέχοντες στην κατάθεση αυτής κατά την υποβολή της προσφοράς τους. Επομένως, ο ισχυρισμός απορρίπτεται ως αβάσιμος, στο μέτρο που αφορά στην κατάθεση του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

10. Σχετικά με το σκέλος του ισχυρισμού αυτού που αφορά την παράλειψη κατάθεσης του επίμαχου εγγράφου κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει με την παρέμβασή της ότι κατά την έννοια του όρου 2.2.9.2. - Β.3 της Διακήρυξης η προσκόμιση της βεβαίωσης αυτής αφορά τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς που έχουν υποχρέωση να ελέγχονται από ορκωτούς ελεγκτές/λογιστές, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υποπαρ. Α.1. του άρθρου 2 του ν. 4336/2015, στους οποίους όμως δεν περιλαμβάνεται η ίδια. Επίσης, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι σε κάθε περίπτωση η έλλειψη αυτή είναι δεκτική συμπλήρωσης σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 3.2 και το άρθρο 103 του ν. 4412/2016. Μετά τον έλεγχο του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης για το Τμήμα 2 του Διαγωνισμού, που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα, στον οποίο πράγματι δεν περιλαμβάνεται βεβαίωση από ορκωτό ελεγκτή – λογιστή για τον μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών των

Αριθμός Απόφασης : 1944/2023

τριών τελευταίων ετών (2020, 2021, 2022), γίνεται δεκτό ότι ο κρινόμενος ισχυρισμός προβάλλεται κατ' αρχήν βάσιμα, καθώς υφίσταται η προβαλλόμενη έλλειψη. Ωστόσο, όπως επίσης βάσιμα αντιτάσσει και η παρεμβαίνουσα, η έλλειψη αυτή δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό της από τη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά θα πρέπει να κληθεί σε συμπλήρωση του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της σύμφωνα με τον όρο 3.2 της Διακήρυξης και το άρθρο 103 του ν. 44412/2016. Κατά τη διαδικασία αυτή η παρεμβαίνουσα μπορεί να εκθέσει τους λόγους και τις σχετικές ισχύουσες διατάξεις, οι οποίες ενδεχομένως την απαλλάσσουν από την υποχρέωση υποβολής της σχετικής βεβαίωσης λόγω του γεγονότος ότι δεν περιλαμβάνεται στις επιχειρήσεις που ελέγχονται από ορκωτούς ελεγκτές – λογιστές, ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, η οποία είναι και η μόνη αρμόδια να εκτιμήσει αυτούς, της ΕΑΔΗΣΥ μη δυνάμενης να υποκαταστήσει αυτήν (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018), ενόψει μάλιστα και της μη υποβολής εμπρόθεσμων απόψεων αυτής για την κρινόμενη προσφυγή. Μετά τα παραπάνω, ο κρινόμενος ισχυρισμός γίνεται δεκτός ως βάσιμος κατά το δεύτερο σκέλος του και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για την άσκηση της αρμοδιότητάς της σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016.

11. Με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα, καθώς υφίσταται γνώμη της αρμόδιας επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα η Γνώμη με αριθμό 18Γ/2023, η οποία έχει κρίνει ως μη επαρκή τα επανορθωτικά μέτρα που δήλωσε η παρεμβαίνουσα στο ΕΕΕΣ της, η οποία είναι δεσμευτική για την αναθέτουσα αρχή ακόμα κι αν έχει εκδοθεί στα πλαίσια άλλου διαγωνισμού, ιδίως μάλιστα εφόσον τα επανορθωτικά μέτρα που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ, που κατέθεσε στον επίμαχο διαγωνισμό ταυτίζονται με αυτά που είχε δηλώσει για τη συμμετοχή της στις διαγωνιστικές διαδικασίες, στις οποίες αναφέρεται η παραπάνω γνώμη της Επιτροπής. Επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σε κάθε περίπτωση η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα για το λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε στην αρμόδια επιτροπή του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 το προβλεπόμενο στην παρ 8 του άρθρου αυτού σχέδιο απόφασης συνοδευόμενο από όλα τα σχετικά στοιχεία. Από την εξέταση του φακέλου της υπόθεσης και μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας σχετικά με τον παραπάνω λόγο προσφυγής λεκτέα τα εξής:

12. Στο άρθρο 73 του ν. 4412/0216 ορίζεται ότι «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (...) στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (...) θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. (...) 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 και στην παρ. 4, εκτός από την περ. β' αυτής, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. **Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για 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». Οι παραπάνω προβλεπόμενοι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού έχουν αναχθεί σε υποχρεωτικούς, στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, με βάση τα οριζόμενα στον όρο 2.2.3.3 της Διακήρυξης.

13. Επίσης, στο άρθρο 5 της ΥΑ 102080/2022 (ΦΕΚ Β' 5623/02.11.2022) «Προϋποθέσεις επανεξέτασης επανορθωτικών μέτρων» ορίζονται τα εξής: «1. Στην περίπτωση που ένας οικονομικός φορέας, δηλώνει στο ΕΕΕΣ, που υποβάλλει στη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης στην οποία συμμετέχει, ότι εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις της παρ. 1 και της παρ. 4, εκτός από την περ. β' αυτής, του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 για τις οποίες συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, υποχρεούται, εφόσον επικαλεστεί μέτρα αυτοκάθαρσης για να αποδείξει την αξιοπιστία του, στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, που εμφανίζεται κατόπιν της θετικής απάντησης που έδωσε περί συνδρομής κάποιου από τους ανωτέρω λόγους αποκλεισμού, να δηλώσει: α. εάν τα μέτρα αυτοκάθαρσης, που έλαβε για τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού που έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ, έχουν ήδη κριθεί σε προγενέστερη διαγωνιστική διαδικασία στην οποία συμμετείχε, βάσει απόφασης που εκδόθηκε από την ίδια ή άλλη αναθέτουσα αρχή κατόπιν γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 1, β. εάν τα μέτρα κρίθηκαν ως επαρκή ή μη επαρκή επισυνάπτοντας την απόφαση της περ. α με βάση την οποία έχουν κριθεί τα συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης, γ. στην περίπτωση που τα μέτρα έχουν κριθεί ως μη επαρκή, εάν έχει λάβει πρόσθετα μέτρα αυτοκάθαρσης μετά την ημερομηνία που εκδόθηκε η απόφαση της περ. α και σε περίπτωση που ισχύει το ανωτέρω να προβεί σε ανάλυσή τους αναγράφοντας υποχρεωτικά και την ημερομηνία κατά την οποία αυτά ελήφθησαν. 2. Στην περίπτωση που η Επιτροπή, έχει ήδη γνωμοδοτήσει υπέρ της επάρκειας των ληφθέντων από έναν οικονομικό φορέα επανορθωτικών μέτρων, τότε η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδίδεται χωρίς να απαιτείται νέα γνωμοδότηση της Επιτροπής, αποκλειστικά και μόνο εφόσον, βάσει του περιεχομένου του

ΕΕΕΣ που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας, διαπιστώνεται από την αναθέτουσα αρχή ότι πληρούνται σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις: α. τόσο η προηγούμενη διαδικασία σύναψης σύμβασης για την οποία έχουν κριθεί ως επαρκή τα μέτρα όσο και η νέα διαδικασία αφορά στη συμμετοχή του ίδιου οικονομικού φορέα, β. τόσο στην προηγούμενη διαδικασία σύναψης σύμβασης για την οποία έχουν κριθεί ως επαρκή τα μέτρα όσο και στη νέα διαδικασία, ο ίδιος οικονομικός φορέας, εμπίπτει στην ίδια κατάσταση για την οποία συντρέχει ο ίδιος λόγος αποκλεισμού, γ. τόσο στην προηγούμενη διαδικασία σύναψης σύμβασης για την οποία έχουν κριθεί ως επαρκή τα μέτρα όσο και στη νέα διαδικασία, ο ίδιος οικονομικός φορέας προσκόμισε τα ίδια στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, δ. η προγενέστερη υπόθεση επί της οποίας έχουν κριθεί ως επαρκή τα μέτρα αφορά στα ίδια πραγματικά περιστατικά με την παρούσα. Σε κάθε περίπτωση τα πραγματικά περιστατικά πρέπει να ταυτίζονται πλήρως με την κατάσταση που θεμελιώνει το λόγο αποκλεισμού του οικονομικού φορέα. 3. Στην περίπτωση που από το περιεχόμενο του ΕΕΕΣ, που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας, διαπιστωθεί ότι τα ληφθέντα, από τον οικονομικό φορέα μέτρα, είχαν κριθεί, από την Επιτροπή, ως μη επαρκή τότε: α. Με την επιφύλαξη οριστικής διοικητικής απόφασης ή τελεσίδικης δικαστικής απόφασης που εκδόθηκε κατά προηγούμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής που έκρινε ανεπαρκή τα μέτρα αυτοκάθαρσης, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδίδεται χωρίς να απαιτείται νέα γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 1, αποκλειστικά και μόνο εφόσον διαπιστωθεί ότι πληρούνται σωρευτικά οι αντίστοιχες προϋποθέσεις α έως δ της παρ. 2, β. αν δεν συντρέχει έστω και μία από τις προϋποθέσεις α έως δ της παρ. 2 τότε ακολουθείται κανονικά η διαδικασία του άρθρου 2 και η Επιτροπή εκδίδει υποχρεωτικά νέα γνώμη επί της επάρκειας ή μη των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα επανορθωτικών μέτρων βάσει του σχεδίου απόφασης που της αποστέλλει η αναθέτουσα αρχή, γ. σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης και εφόσον ο οικονομικός φορέας έχει λάβει πρόσθετα μέτρα αυτοκάθαρσης μετά την έκδοση της απόφασης που τα έχει κρίνει, τότε ακολουθείται κανονικά η διαδικασία του άρθρου 2 και η Επιτροπή εκδίδει υποχρεωτικά νέα γνώμη επί τη βάση όλων των μέτρων αυτοκάθαρσης που δηλώνει ο οικονομικός φορέας βάσει του σχεδίου απόφασης που της αποστέλλει η αναθέτουσα αρχή, δ. εάν δεν προκύπτει από το περιεχόμενο του ΕΕΕΣ η ημερομηνία λήψης των μέτρων αυτοκάθαρσης, σε

περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δηλώνει σε αυτό ότι έχει λάβει πρόσθετα μέτρα μετά την έκδοση της σχετικής απόφασης που τα έκρινε, τότε η αναθέτουσα αρχή ακολουθεί τη διαδικασία της περ. β της παρ. 2 του άρθρου 4 και σε περίπτωση μη ανταπόκρισης του οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ότι ο τελευταίος δεν έχει λάβει πρόσθετα μέτρα αυτοκάθαρσης και η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδίδεται χωρίς να απαιτείται νέα γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 1. 4. Στις περιπτώσεις που, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του παρόντος, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής επί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων λαμβάνεται χωρίς να απαιτείται γνωμοδότηση της Επιτροπής, η αναθέτουσα αρχή, οφείλει στη σχετική απόφασή της, να μνημονεύει την προγενέστερη απόφαση με βάση την οποία κρίθηκαν ως επαρκή ή μη επαρκή τα μέτρα και να αιτιολογεί την πλήρωση των προϋποθέσεων του παρόντος περί μη αποστολής του σχεδίου στην Επιτροπή. 5. Για την εφαρμογή του παρόντος και στην περίπτωση που στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ δεν επαρκεί ο χώρος για να δηλωθούν από τον οικονομικό φορέα τα σχετικά στοιχεία, δύναται να χρησιμοποιηθεί η συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση της παρ. 9 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016».

14. Στην κρινόμενη περίπτωση η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της το ΕΕΕΣ καθώς και συνοδευτική αυτού Υπεύθυνη Δήλωση (βλ. ηλεκτρονικά αρχεία με τις ονομασίες «1.espd-response-v2 (9).signed.pdf» και «1Ε ΥΔ ESPD.pdf»). Στο πρώτο από τα παραπάνω αρχεία στο Μέρος ΙΙΙ Γ' «Λόγοι Αποκλεισμού» και στα ερωτήματα «Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» και «Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών» έδωσε, ορθά, **θετικές απαντήσεις**, καθώς όπως έχει κριθεί τα ερωτήματα του ΕΕΕΣ σχετικά με τη συνδρομή ή μη λόγων αποκλεισμού αφορούν στη δήλωση πραγματικών γεγονότων και όχι στην κρίση του υποψηφίου περί της εν τέλει συνδρομής ή μη του εκάστοτε λόγου αποκλεισμού (ΣτΕ 753/2020). Στη συνέχεια στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ καθώς και στη συνοδευτική Υπεύθυνη Δήλωση που κατέθεσε, η «...» παρέθεσε αναλυτικά τα επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει, χωρίς όμως να δηλώσει, στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ που εμφανίζεται μετά την παραπάνω θετική απάντηση, ή στη συνοδευτική αυτού Υπεύθυνη Δήλωση, όπως προβλέπεται στο άρθρο 5 της ΥΑ 102080/2022, εάν τα μέτρα

αυτοκάθαρσης, που έλαβε για τους δηλωθέντες λόγους αποκλεισμού, έχουν ήδη κριθεί σε προγενέστερη διαγωνιστική διαδικασία στην οποία συμμετείχε, βάσει απόφασης που εκδόθηκε από την ίδια ή άλλη αναθέτουσα αρχή κατόπιν γνωμοδότησης της αρμόδιας Επιτροπής, ή εάν τα μέτρα κρίθηκαν ως επαρκή ή μη επαρκή, επισυνάπτοντας την απόφαση της περ. α με βάση την οποία έχουν κριθεί τα συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης, καθώς και εάν στην περίπτωση, που τα μέτρα έχουν κριθεί ως μη επαρκή, έχει λάβει πρόσθετα μέτρα αυτοκάθαρσης μετά την ημερομηνία που εκδόθηκε η απόφαση της περ. α' προβαίνοντας σε σχετική ανάλυσή τους.

15. Στη συνέχεια η Επιτροπή του Διαγωνισμού, όπως προκύπτει από το σχετικό Πρακτικό με αριθμό 2 της 21^{ης} 08.2023 μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής αποδέχθηκε την προσφορά της «...». Ωστόσο, η πιο πάνω παρεμβαίνουσα εταιρεία, αν και δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι συντρέχουν καταρχήν λόγοι αποκλεισμού, δεν τήρησε την υποχρέωση δήλωσης, περί της τυχόν προηγούμενης αξιολόγησης αυτών μετά τη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2013, σύμφωνα με τα παραπάνω οριζόμενα. Επίσης, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης δεν προκύπτει ούτε ότι η αναθέτουσα αρχή προηγουμένως κίνησε τη διαδικασία που ορίζεται στις παρ. 7 και 8 του αρ. 73 ν. 4412/2016 περί αξιολόγησης των προβαλλόμενων επανορθωτικών μέτρων και έκδοσης σχετικής απόφασης μετά τη διαδικασία που προβλέπεται, δηλαδή την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 ν. 4412/2016.

16. Επομένως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή έσφαλε κατά την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της «...», λόγω των παραπάνω παραλείψεων, ενώ, σε κάθε περίπτωση, η αποδοχή των όσων η εταιρεία παραθέτει ως επανορθωτικά μέτρα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι παρασχέθηκε δια της αποδοχής των δικαιολογητικών συμμετοχής της, καθώς ο νόμος **ρητά απαιτεί** την έκδοση αυτοτελούς απόφασης της αναθέτουσας αρχής και μάλιστα μετά την κίνηση της σχετικής διαδικασίας για τη λήψη σύμφωνης γνώμης από την Επιτροπή που συγκροτείται από τον Υπουργό Ανάπτυξης και Επενδύσεων (παρ. 9 αρ. 73 Ν. 4412/2016), η οποία στην κρινόμενη περίπτωση δεν έλαβε χώρα, ούτε και δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ της

Αριθμός Απόφασης : 1944/2023

«...», αν η διαδικασία αυτή έχει κινηθεί στο παρελθόν (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 1672/2023). Συνεπώς, ο κρινόμενος δεύτερος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

17. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος για το Τμήμα 2 της σύμβασης.
3. Απορρίπτει την παρέμβαση.
4. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 29 Δεκεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ