

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδρακή Μέλη.

Για να εξετάσει σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 545/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης την από 20.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 1035/21.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 138/29.04.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του από 12.04.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στον «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 905 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 20.05.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας των Ομάδων 2.Γ (46.904,50€) και 3.Γ (134.033,00€) της σύμβασης, για την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 180.937,50 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...» διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοιχτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «...» και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα ,από οικονομική άποψη, προσφορά βάσει τιμής και υψηλότερου ποσοστού έκπτωσης, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 2.339.932,20 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 25 Ομάδες, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για μια ή περισσότερες Ομάδες και για το σύνολο των ειδών και ποσοτήτων έκαστης Ομάδας.

3. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 2.12.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 3.12.2020 με ΑΔΑΜ «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 20.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 11.05.2021 και εν γένει παραδεκτά.

5. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 31.05.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3363/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

6. Επειδή, στις 22.06.2021, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

7. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν δεκαεννέα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος «...» και «...» προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 12.04.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού, εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ και την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος στις εν λόγω Ομάδες με την αιτιολογία ότι *«...μετά από τον έλεγχο που πραγματοποιήθηκε στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής, διαπιστώθηκε – όπως δηλώνεται και από τον ίδιο στο ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙΙ, κεφ Γ', πεδίο: Πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, σελ. 9) – τόσο ότι έχει εκπέσει η υπ' αρ. 009/2019 (γ) Σύμβαση με το «...», όσο και οι ενέργειες στις οποίες έχει προβεί λόγω της έκπτωσης*

αυτής (δηλαδή άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής κλπ, και στην συνέχεια προσφυγή ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (12-2-2021)[...] Κατά πρώτον από τα υποβληθέντα – ηλεκτρονικά αρχεία κατά το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής - που έχει καταθέσει ο Οικονομικός Φορέας και συγκεκριμένα από τις αποφάσεις “ΔΣ 24η-17.09.2020” και “ΔΣ 31η-17-12-2020 με ΘΕΜΑ 107ο”, «...» και στην συνέχεια μέσω της επικοινωνίας με το ΕΣΗΔΗΣ: “ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ.signed1” και «...» διαπιστώθηκε ότι: Κατά την εκτέλεση της προαναφερόμενης σύμβασης με το «...», η συμβαλλόμενη εταιρεία «...» είχε έξι συνεχόμενες παρατηρήσεις της Επιτροπής Παραλαβής. Συγκεκριμένα είχαν συνταχθεί τα Πρακτικά Παράβασης: 1408/21-7-2020, 16037/7-8-2021, 16530/17-8-2020, 16850/21-8-2020, 16981/24-8-2020 και 17373/28-8-2020, όπου δηλώνουν κατά εξακολούθηση την ίδια πλημμέλεια από την πλευρά της συμβαλλόμενης εταιρίας «...». Κατόπιν των ανωτέρω, η Ε.Δ.Δ. εκτιμά ότι ο Οικονομικός Φορέας «...» δεν δύναται να προχωρήσει στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, παρόλο που επικαλείται τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει ώστε να ενταχθεί στις ευνοϊκές διατάξεις του άρθρου 2.2.3.7 της παρούσας διακήρυξης, για τους εξής λόγους: □ παρουσίασε συνεχόμενη και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, σε περίοδο λίγο μεγαλύτερη του ενός μηνός. □ η δήλωση της εταιρίας «...», ότι έχει ορίσει “επόπτη” για την επικοινωνία με διάφορους φορείς, δεν αποτελεί στοιχείο ισχυροποίησης της νόμιμης συμβατικής συμπεριφοράς της, διότι αυτή η ενέργεια απαιτούνταν για την ορθή εκτέλεση των όρων των συμβάσεων που έχει συνάψει. □ Στα ένδικα μέσα που άσκησε ενώπιον του Εφετείου Θεσσαλονίκης ο Οικονομικός Φορέας «...», προκειμένου να ακυρωθεί η απόφαση έκπτωσης του από το «...», δηλώνεται από το σκεπτικό της προσφυγής, η αναγνώριση – ομολογία από την προσφεύγουσα εταιρεία ότι η απόφαση έκπτωσης αποτελεί λόγω αποκλεισμού της εταιρίας από μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες λόγω σοβαρού «επαγγελματικού παραπτώματος» (αρ. 73 ν. 4412/2016) και □ ο ισχυρισμός του Οικονομικού Φορέα «...» ότι συντρέχει υπαιτιότητα και του

«...», για την περίπτωση έκπτωσης του όπως αναλυτικά παρουσιάστηκε ανωτέρω, δεν τελεί υπό ουσιώδη συνάφεια με την παρούσα διαγωνιστική αυτοτελή και ανεξάρτητη διαδικασία. Αλλά, είναι μία περίπτωση που θα κριθεί και θα αποφασισθεί ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, με την σχετική εκδίκαση της προσφυγής της εταιρείας «...». Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

8. Επειδή, ο προσφεύγων έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει υποβάλλει προσφορά στον διαγωνισμό και επομένως, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης ,κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ του διαγωνισμού.

9. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1156/2021 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ απορρίφθηκε η προσφυγή του προσφεύγοντος καθώς κρίθηκε ότι ορθώς και νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του. Ειδικότερα, με την ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκε ότι η δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος υπ' αριθμ. 24/17/9/20 απόφαση έκπτωσης από την υπ' αριθμ. «...» σύμβαση με το ... «...» με αντικείμενο συναφές με αυτό του ένδικου διαγωνισμού, λόγω μη συνεπούς εκπλήρωσης των συμβατικών του υποχρεώσεων στοιχειοθετεί σοβαρή ή/και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια ,κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή και άρα, συντρέχει στην περίπτωση του προσφεύγοντος ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4. (στ) της διακήρυξης,. Επίσης, με την υπ' αριθμ. 1156/2021 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκε ότι η ασκηθείσα με αριθμ. καταχ. ΠΡ 60/12.02.2021 προσφυγή κατά των αποφάσεων με τις οποίες κηρύσσεται έκπτωτος ο προσφεύγων καθώς και η υπ' αριθμ. 8/2021 δικαστική απόφαση περί αναστολής των συνεπειών της κήρυξής του σε κατάσταση έκπτωσης δεν αποτελούν μέτρα αυτοκάθαρσης, ούτε αναιρούν την ύπαρξη του λόγου αποκλεισμού του προσφεύγοντος βάσει του όρου 2.2.3.4 (στ) της διακήρυξης, ενώ άλλωστε δεν προκύπτει από τα

προσκομισθέντα κατά το χρόνο εξέτασης της προσφυγής έγγραφα ότι έχει ακυρωθεί η απόφαση έκπτωσής του.

10. Επειδή, στη συνέχεια με την υπ' αριθμ. 545/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η οποία εκδόθηκε μετά την άσκηση αίτησης ακύρωσης κατά της προαναφερόμενης απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ εκ μέρους του ήδη προσφεύγοντος κρίθηκε ότι, ενόψει της έκδοσης της υπ' αριθμ. 72/25.01.2022 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Τμήμα ΣΤ' Ουσίας) επί της με αριθμ. καταχ. ΠΡ 60/12.02.2021 προσφυγής αυτού, με την οποία ακυρώθηκε η απόφαση κήρυξης έκπτωσης του από την υπ' αριθμ. 009 σύμβαση με το «...», κλονίστηκε η αιτιολογία της προαναφερόμενης υπ' αριθμ. 1156/2021 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, διότι η κρίση της περί συνδρομής λόγου αποκλεισμού του προσφεύγοντος εύρισκε έρεισμα στην προαναφερθείσα έκπτωση. Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι «... είναι άδηλο σε ποια απόφαση θα κατέληγε η ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) αν είχε υπόψιν της όσα έκρινε με την ως άνω (72/2022) απόφαση το Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης (Τμήμα ΣΤ' Ουσίας)...» και έκρινε ότι πρέπει να αναπεμφθεί η υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ για νέα κρίση αφού ληφθεί υπόψιν και η προαναφερόμενη υπ' αριθμ. 72/25.01.2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Τμήμα ΣΤ' Ουσίας). Κατόπιν αυτών και σε συμμόρφωση με την ως άνω υπ' αριθμ. 545/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης εξετάζεται η παρούσα προσφυγή.

11. Επειδή, το άρθρο 73 του ν.4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: [...]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 [...] 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. [...] 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή....»

12. Επειδή, το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «. [...]1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις

διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...]». Ως δε έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ΄ αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία

13. Επειδή, στους κρίσιμους εν προκειμένω όρους της διακήρυξης, προβλέπεται ότι : « [...] 2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις [...] (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης

που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.[...] 2.2.3.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) 43 και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση. 2.2.3.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/201645.[...] 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα IV, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986..[...] 2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία επί ποινή

αποκλεισμού περιλαμβάνουν α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης [...]».

14. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι εκ των δηλωθέντων στοιχείων προκύπτει ότι παρά την έκπτωση από την προηγούμενη σύμβαση με το «...», δεν υπήρχαν σοβαρές πλημμέλειες, ούτε παραβιάστηκε ουσιώδης απαίτηση κατά την εκτέλεσή της αλλά πρόκειται για δευτερεύοντα παραπτώματα καθώς η επίμαχη σύμβαση εξακολούθησε να εκτελείται παρά την έκδοση της απόφασης έκπτωσης, ενώ, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη, ως όφειλε σε αιτιολογημένη κρίση επί της φύσης των παραβάσεων που αφορούν την προηγούμενη σύμβαση.

15. Επειδή, στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ προς τον σκοπό προαπόδειξης, μεταξύ άλλων, της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.4 (στ) της διακήρυξης, αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Επομένως, με τη συμπερίληψη της στη διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, η προαναφερθείσα περίπτωση (στ) του όρου 2.2.3.4 ανάγεται σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.3.7 της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι αν ο συμμετέχων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στον όρο 2.2.3.4 τότε μπορεί να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, η δε απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την

διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται κατά τη διαδικασία των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, στην περίπτωση που ένας διαγωνιζόμενος δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της αλλά δεν δηλώσει μέτρα αυτοκάθαρσης αποκλείεται αυτόματα καθώς η ευνοϊκή διαδικασία των παρ. 7 επ. του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 ενεργοποιείται μόνον δια της δήλωσης συγκεκριμένων επανορθωτικών μέτρων στο ΕΕΕΣ και την προσκόμιση στην προσφορά των σχετικών υποστηρικτικών εγγράφων.

16. Επειδή, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψεις 9-10, δοθέντος ότι η ακύρωση της απόφασης έκπτωσης του προσφεύγοντος από την υπ' αριθμ. 009 σύμβαση με το «...» δυνάμει της υπ' αριθμ. 72/25.01.2022 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Τμήμα ΣΤ' Ουσίας) ενεργεί ex tunc, ήτοι ανατρέχει στο χρόνο που εκδόθηκε η ακυρωτέα απόφαση έκπτωσης, η επίμαχη απόφαση θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση του προσφεύγοντος που υπήρχε πριν την έκδοση της εν λόγω απόφασης. Ενόψει τούτου, στον υπό κρίση διαγωνισμό δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του προσφεύγοντος βάσει του όρου 2.2.3.4 (στ) της διακήρυξης και μη νομίμως κρίθηκε το αντίθετο κατά τα βασίμως προβαλλόμενα.

17. Επειδή, βάσει των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή ως βάσιμη και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 138/29.04.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που αφορά την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος για τα Τμήματα 2Γ και 3Γ του διαγωνισμού, να απορριφθεί δε η ασκηθείσα παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατ'άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Σ 61 /2023

Δέχεται την προσφυγή

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 138/29.04.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής
κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 905 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν
στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ