

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 13^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να συνεξετάσει προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων:
α) την, από 02.05.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 633/04.05.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την, από 08.05.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 673/09.05.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Αθηνών «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγουσες αιτούνται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../06.04.2023 (θέμα 15ο) απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (στην οποία ενσωματώνονται οι υπ' αριθμ. .../16.02.2023 και .../02.03.2023 αποφάσεις του Δ.Σ, κατ' αποδοχή του με αριθμ. πρωτ. .../06.02.2023 και .../22.02.2023 πρακτικού ελέγχου των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών, αντίστοιχα), με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. .../31.03.2023 πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη

διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΚΤΙΡΙΑΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ», για ένα έτος συνολικής εκτιμώμενης αξίας 2.896.132,84€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (3.591.204,72 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής – χαμηλότερη τιμή (με αριθμ. .../2022 διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η 1^η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η 1^η προδικαστική προσφυγή και όπως απορριφθούν οι πρόσθετοι λόγοι απόρριψης της ήδη απορριφθείσας προσφοράς της που προβάλλει η προσφεύγουσα.

Με την παρέμβασή της, η 2^η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η 2^η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός και εν συνεχεία οριστικός μειοδότης της οικείας σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού επτά χιλιάδων διακοσίων σαράντα ενός (7.241,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Επειδή, περαιτέρω, για την άσκηση της 2^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ....., ποσού επτά χιλιάδων διακοσίων σαράντα ενός (7.241,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363

παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 02.05.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 633/04.05.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 08.05.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 673/09.05.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα οι ως άνω προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω πράξη, καθόσον οι κατ' αυτής προδικαστικές προσφυγές έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 19.04.2023, τα δε δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη κοινοποιήθηκαν στη 2^η προσφεύγουσα στις 28.04.2023.

4. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης, ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν διαπιστώθηκαν πρόσθετες πλημμέλειες στις προσφορές των κάτωθι (ήδη αποκλεισθέντων από τον διαγωνισμό) οικονομικών φορέων: 1. «...». 2. «...». 3. «...» και 4. «...». Ειδικά ως προς το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της παρούσας προσφυγής η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι: «... η Εταιρία μας διατηρεί το έννομο συμφέρον της να ζητήσει την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων, προβάλλοντας πρόσθετους λόγους αποκλεισμού των λοιπών συμμετεχουσών εταιρειών. Σημειώνουμε προς τούτο ότι με την υπ' αριθ. 1573/2019 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας έχουν γίνει δεκτά τα εξής: «10...Εξάλλου,

όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo* σκ. 36), κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18). Εξάλλου, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων του κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, ως εν προκειμένω, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως προδικαστικών προσφυγών με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από τους ανθυποψηφίους του, είτε εκείνων των οποίων οι προσφορές έχουν γίνει ομοίως δεκτές είτε και όσων δεν έχουν οριστικώς αποκλεισθεί, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος» (πρβλ και ΑΕΠΠ 1314/2019, 1325/2019, καθώς και ΔΕΕ C-54/18 σκ. 36). Σύμφωνα, λοιπόν, με τα παραπάνω, αναγνωρίζεται στον προσωρινό ανάδοχο έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει την αποδοχή των λοιπών υποψηφίων, ακόμη και εάν έπονται

αυτού. Κατόπιν τούτου, έννομο συμφέρον διατηρεί και η Εταιρία μας για την προσβολή της αποδοχής της προσφοράς έστω και μιας μόνον από τις εταιρίες «...», «...», «...» και «...», δοθέντος μάλιστα ότι δεν έχει οριστικοποιηθεί κατά το παρόν στάδιο της διαδικασίας το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, και επομένως οι εν λόγω Εταιρίες έχουν τη δυνατότητα να επιδιώξουν με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής τόσο την επάνοδό τους στο διαγωνισμό, όσο και την απόρριψη της δικής μας προσφοράς...».

5. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)». Επίσης, στο άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «... 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. ... ». Κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, το θεσπιζόμενο με το ν. 4412/2016 σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεων του νόμου αυτού, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν, εξαιτίας πιθανολογούμενης παράβασης, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή της ΕΑΔΗΣΥ, της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας. Στην κρίσιμη υπόθεση, το γεγονός ότι η 1^η προσφεύγουσα εταιρεία έχει αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης του υπόψη διαγωνισμού, δεν αναιρεί το έννομο συμφέρον της να ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια, αυτοτελή ένδικα βοηθήματα κατά της πράξης αυτής, προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς της ανθυποψήφιας παρεμβαίνουσας εταιρείας («...» διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την ως άνω εταιρεία, υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 673/09.05.2023 προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, θα είχε ως άμεσο

αποτέλεσμα την κήρυξη της εν λόγω εταιρείας ως προσωρινού αναδόχου (βλ. σχετικά ΣτΕ 1573/2019 και ΔΕφ Θεσ/νίκης Ν.49/2020, υπ' αριθμ. 45/2021 και 1376/2021 αποφάσεις ΑΕΠΠ κλπ). Εξάλλου, η αναγνώριση και στον αρχικό προσωρινό ανάδοχο, ως εν προκειμένω η προσφεύγουσα, εννόμου συμφέροντος να ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψήφιων του, κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, ως εν προκειμένω, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο, ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη, με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων και τούτο, διότι ο κίνδυνος να ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό για αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του, κατόπιν άσκησης και ευδοκίμησης προδικαστικών προσφυγών με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από τους ανθυποψήφιους του, είτε εκείνων των οποίων οι προσφορές έχουν γίνει ομοίως δεκτές, είτε και όσων δεν έχουν οριστικώς αποκλεισθεί, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος (ΣτΕ 1573/2019, 899/2022, ΔΕφΘες 149/2020 και ΔΕφΑθ 276/2019). Επομένως, βάσει της ως άνω πρόσφατης νομολογίας, ως πρώτη προϋπόθεση της συνδρομής εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους του αναδειχθέντος ως προσωρινού αναδόχου, τίθεται η άσκηση και ευδοκίμηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του από ανθυποψήφιο αυτού. Ως εκ τούτου, δοθέντος ότι η εταιρεία «...» έχει ασκήσει τη με αριθμ. ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 673/09.05.2023 προδικαστική προσφυγή της, στρεφόμενη και κατά της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας, η τελευταία καταρχήν έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής κατά της «...».

Θα πρέπει περαιτέρω να σημειωθεί ότι ανεξάρτητα από το γεγονός ότι η εταιρείες «...», «... Α.Ε» και «...» δεν έχουν ασκήσει προσφυγή κατά της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας, το ότι έχει ασκηθεί προσφυγή κατά της προσφεύγουσας από άλλη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία, τούτο έχει ως συνέπεια, να μην έχει οριστικοποιηθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και επομένως, ούτε η κατάταξη των συμμετεχόντων. Επομένως, η προσφεύγουσα είχε καταρχάς έννομο συμφέρον να στραφεί κατά των ως

άνω τριών (3) εταιρειών που έπονται στην σειρά μειοδοσίας και τούτο, διότι με βάση τη νεότερη εκδοχή της ενωσιακής και εθνικής νομολογίας, αναγνωρίζεται πλέον το δικαίωμα όλων των συμμετεχόντων να στραφούν κατά των ανθυποψηφίων τους, ανεξαρτήτως του εάν οι προσφορές τους έχουν κριθεί αποδεκτές ή απορριπτέες, υπό την προϋπόθεση, βέβαια, ότι ο αποκλεισμός τους δεν έχει εισέτι καταστεί «οριστικός» (διεύρυνση της έννοιας του εννόμου συμφέροντος στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων). Στο πλαίσιο αυτό, οι μεν οικονομικοί φορείς των οποίων οι προσφορές έχουν κριθεί αποδεκτές, βλέπονται προφανώς από την ευδοκίμηση των ενδίκων βοηθημάτων των ανταγωνιστών τους που ενδέχεται να επαναφέρουν αυτούς στη διαγωνιστική διαδικασία ή/και να ανατρέψουν την προδήλως ευνοϊκή για τους πρώτους αποδοχή της προσφοράς τους, προβάλλοντας σχετικές πλημμέλειες. Αντίθετα, οι ήδη (μη οριστικώς) αποκλεισθέντες συμμετέχοντες βλέπονται από αυτόν καθ' εαυτόν τον αποκλεισμό τους και την αποστέρηση της ανάθεσης σε αυτούς της επίμαχης σύμβασης, όχι μόνο σε σχέση με εκείνους τους ανταγωνιστές, οι προσφορές των οποίων έχουν κριθεί αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή, αλλά και σε σχέση με όσους δύνανται ή έχουν αμφισβητήσει επικαίρως τον αποκλεισμό τους και κατά τούτο, είναι ακόμα στη δικονομική θέση να διεκδικήσουν την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης. Ωστόσο, επειδή κρινόμενη υπόθεση, οι ως άνω τρεις (3) οικονομικοί φορείς («...», «...» και «...»), δεν έχουν ασκήσει προσφυγή κατά του αποκλεισμού τους από την ένδικη διαδικασία, με την οποία να ζητούν την επάνοδό τους στον διαγωνισμό και την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, δεν τίθεται θέμα μη οριστικοποίησης της σχετικής κατάταξης σε σχέση με τους εν λόγω οικονομικούς φορείς. Εν όψει των ανωτέρω και δοθέντος ότι η Αρχή ελέγχει αυτεπαγγέλτως την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος τόσο κατά την άσκηση, όσο και κατά τη συζήτηση της προσφυγής, η παρούσα προσφυγή ασκείται απαραδέκτως σε σχέση με την προσφορά των εταιρειών «...», «... Α.Ε» και «...», ενώ ασκείται παραδεκτώς μόνο σε σχέση με την προσφορά της «...». Εξάλλου, η άσκηση προσφυγής, με την οποία ένας διαγωνιζόμενος (εν προκειμένω, η προσφεύγουσα) στρέφεται κατά έτερου διαγωνιζόμενου ο οποίος έχει ήδη αποκλειστεί από την αναθέτουσα αρχή (εν προκειμένω, η εταιρεία «...»), αιτούμενος τη διάγνωση πρόσθετων λόγων, πέραν αυτών που εντόπισε η αναθέτουσα αρχή, για την

απόρριψή του, συνιστά κατ' ουσίαν δικονομική προϋπόθεση περαιτέρω προβολής των σχετικών πλημμελειών σε επίπεδο δικαστικής προστασίας, ευνοώντας προδήλως με αυτόν τον τρόπο τον προσφεύγοντα, σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της σχετικής απόφασης περί αποκλεισμού του ανταγωνιστή, οπότε οι πρόσθετες ως άνω βάσεις δύνανται, εφόσον είναι βάσιμες, να οδηγήσουν στη - σε κάθε περίπτωση, ακόμη και κατόπιν ευδοκίμησης της προσφυγής του ανταγωνιστή του - διατήρηση του αποκλεισμού του (βλ. υπ' αριθμ. 1671-1672/2020 απόφαση της Αρχής, σκέψη 2).

6. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε, ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι: i) δεν πληροί το άρθρο 2.2.6. περ. β) της διακήρυξης, διότι δεν έχει εκτελέσει τρεις συμβάσεις συναφών υπηρεσιών σε τρεις διαφορετικές αναθέτουσες αρχές, ως ζητείται, ii) δεν υπέβαλε αυτοτελές Ε.Ε.Ε.Σ. για την ατομική επιχείρηση «...», στην οποία στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου του άρθρ. 2.2.5. περ. γ) της διακήρυξης και iii) δεν υπέβαλε το ζητούμενο πιστοποιητικό ISO39001:2012, που ήταν υποχρεωτικώς υποβλητέο στο στάδιο υποβολής προσφορών. Επίσης, η εν λόγω προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» (προσωρινός μειοδότης), διότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο που υπέβαλε δεν πληροί τους όρους του άρθρ. 2.2.5 περ. δ) και 2.2.9.2 παρ. Β.3 της διακήρυξης.

Τέλος, σημειώνεται ότι η 2^η προσφεύγουσα διατηρεί το έννομο συμφέρον της για προβολή λόγων απόρριψης των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, καθόσον δεν έχει οριστικώς αποκλεισθεί, ακόμη και εάν οι λόγοι αυτοί αφορούν σε πλημμέλειες των προσφορών τους, που δεν συνιστούν παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσεως, καθόσον διατηρεί προσδοκία ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναπροκήρυξής του, αφού οι κρίσεις, τόσο σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της, όσο και σχετικά με την τύχη των προσφορών των λοιπών διαγωνιζόμενων εκφέρονται ταυτοχρόνως (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της

11.05.2017, υπόθεση C-131/16, Archus και Gama, ΣΤΕ 1646/2022 σκ. 17, 2409/2021 σκ. 8, 1194/2021 σκ. 13, Ολομ. 1819/2020 σκ.31, ΣΤΕ 2514/2022 σκ. 24). Υπό το ανωτέρω πρίσμα, η προσφεύγουσα στρέφεται και κατά της οικονομικής προσφοράς της ήδη αποκλεισθείσας από την εν λόγω διαδικασία εταιρείας «...», ισχυριζόμενη ότι: α) υφίσταται ασυμφωνία ανάμεσα στην συνολική δηλούμενη τιμή και στο άθροισμα των ποσών που παραθέτει στα οικεία πεδία του πίνακα οικονομικής προσφοράς της και β) υπολόγισε εσφαλμένα το ποσό των νόμιμων κρατήσεων και της παρακράτησης φόρου 8%. Ωστόσο, δοθέντος ότι η ως άνω - ήδη αποκλεισθείσα - εταιρεία περιορισμένης ευθύνης δεν άσκησε επικαίρως προδικαστική προσφυγή, ζητώντας την επάνοδό της στον υπόψη διαγωνισμό, η εξέταση των πρόσθετων λόγων απόρριψης της προσφοράς της, παρέλκει ως αλυσιτελής.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα 1^η παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (15.05.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής στις 05.05.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, στην οποία δεν περιλαμβάνονται οι πρόσθετοι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της, τους οποίους προβάλλει η 1^η προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα 2^η παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (19.05.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της 2ης προδικαστικής προσφυγής στις 09.05.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός και εν συνεχεία, οριστικός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

8. Επειδή, στην υπ' αριθμ. 101 σκέψη 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 ελάσσονες 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.».

9. Επειδή, στην υπ' αριθμ. 102 αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι:«... Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που

εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. 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. Θα πρέπει, εντούτοις, να εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.».

10. Επειδή, ειδικότερα κατά τα κριθέντα από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 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».

11. 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/EK και π.δ. 60/2007), ωστόσο καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα», όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007 (βλ. κατευθυντήρια οδηγία 20/2017 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). 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. Ως δε έχει ερμηνευθεί «...*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 ...*» (βλ. κατευθυντήρια οδηγία 20/2017 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, υπ' αριθμ. 263/2020 και Σ 957/2022 αποφάσεις της Αρχής).

12. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../16.05.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση 1^η προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 22.05.2023 στην Αρχή τις απόψεις της επιτροπής διαγωνισμού επί της υπό κρίση 2^{ης} προσφυγής, το οποίες, επίσης, ελήφθησαν υπόψη.

13. Επειδή, στις 22.05.2023, η 1^η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

14. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της 1^{ης} προσφυγής που άσκησε η εταιρεία «...», προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος

προσφυγής: συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρ. 2.2.3.4. περ. στ) και θ) της διακήρυξης – παράλειψη κίνησης της διαδικασίας των παρ. 7 έως 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Α) Η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στο Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρείας «...» (τρίτος), η οποία παρέχει στήριξη στην καθής η προσφυγή («...») ως προς τα κριτήρια επιλογής 2.2.5 και 2.2.6. της διακήρυξης, δήλωσε ότι έχει υποπέσει σε σωρεία παραπτώματων, που προκάλεσαν την έκδοση πράξεων επιβολής διοικητικών κυρώσεων σε βάρος της. Πέραν των ανωτέρω παραπτώματων που δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ., η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι έχουν περιέλθει σε γνώση της άλλα δεκαοχτώ (18) παραπτώματα του ως άνω τρίτου οικονομικού φορέα, για τα οποία του επιβλήθηκαν ποινικές κυρώσεις τα οποία και κατονομάζει στην προσφυγή της. Κατά την άποψη της 1^{ης} προσφεύγουσας, στην προκείμενη περίπτωση συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (βλ. άρθρο 73 παρ. 4 περ θ του ν. 4412/2016) και επομένως, ανεξαρτήτως του ότι η εταιρεία «...» επικαλέστηκε τη λήψη επανορθωτικών μέτρων, προκειμένου να αποδείξει ότι παραμένει αξιόπιστη, αφής στιγμής τα μέτρα αυτά δεν αξιολογήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή, όπως ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 73 παρ. 7 έως 9 του ν. 4412/2016, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να ακυρωθεί. Μάλιστα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η ανωτέρω πλημμέλεια ισχύει και σε σχέση με την προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «...», η οποία, επίσης, δήλωσε πλήθος κυρώσεων που έχουν επιβληθεί σε βάρος της, κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων (βλ. Ε.Ε.Ε.Σ, σελ. 13), όπως και τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε, χωρίς, ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή να κινήσει την προβλεπόμενη στις παρ. 7 – 9 του άρθρ. 73 του ν. 442/2016 διαδικασία, ήτοι, χωρίς να αποστέλλει σχέδιο απόφασης στη γνωμοδοτική επιτροπή του άρθρ. 73 παρ. 9 του ανωτέρω νόμου.

Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η ενεργοποίηση της γνωμοδοτικής διαδικασίας του άρθρου 73 παρ. 7 έως 9 του ν. 4412/2016, προϋποθέτει καταρχήν κατάγνωση του διαπιστούμενου λόγου αποκλεισμού εκ μέρους της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής. Επομένως, το γεγονός ότι η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...» δήλωσε τις ποινικές ρήτρες-κυρώσεις που επιβλήθηκαν σε βάρος της, οι οποίες, σημειωτέον, της επιβλήθηκαν εντός της προβλεπόμενης στη διακήρυξη τριετίας, ουδόλως συνεπάγεται αναγκαία την

ενεργοποίηση της διαδικασίας της παροχής σύμφωνης γνώμης της επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Περαιτέρω, η εταιρεία αυτή ισχυρίζεται ότι τα ανωτέρω αναφερόμενα ισχύουν *mutatis mutandis* και σε σχέση με τις διοικητικές κυρώσεις και τα μέτρα επανόρθωσης που η ίδια δήλωσε στο δικό της Ε.Ε.Ε.Σ. καθώς και ότι η εταιρεία «...» δεν δήλωσε τις λοιπές κυρώσεις που μνημονεύονται στην υπό κρίση προσφυγή (σύνολο:18), διότι οι κυρώσεις αυτές της επιβλήθηκαν προ της τριετίας της ημερομηνίας διενέργειας του εν θέματι διαγωνισμού (βλ. άρθρο 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016, κατά το οποίο: «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.»

Β) Στο άρθρο 2.2.3.(«Λόγοι αποκλεισμού») παρ. 4, 6, 7, 8 και 9 της επίμαχης διακήρυξης, ορίζονται τα εξής: «2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) ... (β) ... (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, (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, (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να

αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την 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 [...]. 2.2.3.6. Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις. 2.2.3.7. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 , 2.2.3.2. γ) 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.4412/2016. 2.2.3.9. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν.4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης».

Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς προκύπτει ότι η καθής η προσφυγή δήλωσε ότι στηρίζεται στις ικανότητες της ανώνυμης εταιρείας «...» και της ατομικής επιχείρησης «Θ... Β...», ως προς τα κριτήρια επιλογής του άρθρ. 2.2.5 περ. β) και του άρθρ. 2.2.6 περ. α) και β). Επίσης, ως προκύπτει από το Ε.Ε.Ε.Σ της καθής η προσφυγή και το Ε.Ε.Ε.Σ. της ως άνω

ανώνυμης εταιρείας, η τελευταία συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης και ως υπεργολάβος με ποσοστό υπεργολαβίας 36% [βλ. παρ. 2.2.6 περ. α) της διακήρυξης]. Στο επίμαχο ερώτημα του Μέρους III («Λόγοι αποκλεισμού») του Ε.Ε.Ε.Σ: «.... Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη 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;», η ως άνω εταιρεία «... ΑΕ» (τρίτος), έδωσε θετική απάντηση (ΝΑΙ) και πιο συγκεκριμένα δήλωσε τα εξής: «Κατά την εκτέλεση των σχετικών συμβάσεων στην εταιρείας μας έχουν επιβληθεί οι κάτωθι ποινικές ρήτρες για τις οποίες : α) Χώρων Μονάδων Περιοχής ... (ΑΤΑ - 1ου ΑΚΕ - 110ΠΜ - ΕΚΑΕ - 140ΣΕΠΗΠ - ΔΑΚ), με τις υπ' αριθμ: ΑΔΑ ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ: ,.... γ) Υπουργείου ..., με τις υπ' αριθμ.. ΑΔΑ ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ : ΑΔΑ: ... δ) ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ..., με τις υπ' αριθμ.. ΑΔΑ ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ: ΑΔΑ :... ε) την 06/06 /2022 κοινοποιήθηκε στην εταιρεία μας η υπ' αριθ. 23/3-6-22 (Θέμα 1ο) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., δυνάμει της οποίας αποφασιστικέ η επιβολή ποινικής ρήτρας..... ζ) Δυνάμει της με αρ. πρωτ. .../22-9-2022 απόφασης του Αερολιμενάρχη του Κρατικού Αερολιμένα ...» επιβλήθηκε στην εταιρεία μας πρόστιμο για μη παροχή υπηρεσιών καθαρισμού στον ... από 22-08-2022 έως την 3... .../31-10-2022 απόφασης του ίδιου φορέα επιβλήθηκε στην εταιρεία μας πρόστιμο για μη παροχή υπηρεσιών καθαρισμού στον ... από 1-09-2022 έως την 15-09- 2022 [...] Η Εταιρεία μας, έχει λάβει όλα τα προσήκοντα μέτρα που επιβεβαιώνουν την ακεραιότητά της, την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητά της, προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους του άρθρου 73 παρ. 8-9 του ν. 4412/2016 Συγκεκριμένα, έχουμε ήδη αναλύσει τις απαιτήσεις του νόμου προς όλους τους ενδιαφερόμενους με σαφή, τεκμηριωμένο και ολοκληρωμένο τρόπο, έχουμε λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα όσον αφορά την παροχή των υπηρεσιών μας, έχουμε δημιουργήσει νέες διαδικασίες σε επίπεδο διαχείρισης προσωπικού, (πρβλ. το νέο ήδη από το Δεκέμβριο του 2022 συσταθέν Τμήμα Αξιολόγησης προσωπικού) κατάλληλες για την ορθή λειτουργία της και για την αποφυγή περαιτέρω εκ παραδρομής παραπτώματων, έχουμε βελτιώσει επιπλέον την εκπαίδευση του προσωπικού μας αλλά και των εποπτών του προσωπικού μας, ώστε να είναι η παροχή των

υπηρεσιών της εταιρείας μας άριστη, προσήκουσα και σύμφωνη με τις εκάστοτε τεχνικές προδιαγραφές και την εκάστοτε σύμβαση, με απώτερο στόχο κατ' αρχάς την ανάλυση των πλημμελειών που παρατηρήθηκαν στο παρελθόν και την άμεση διόρθωση όλων των Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)/Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) παρατηρήθηκαν στο παρελθόν και την άμεση διόρθωση όλων των αιτιών και δυσλειτουργιών που οδήγησαν στις παρατηρηθείσες πλημμέλειες και στην επιβολή των ανωτέρω ποινικών ρητρών , εντείνοντας τον εποπτικό έλεγχο του προσωπικού μας και έχουμε ενισχύσει την ιεραρχική οργάνωση ελέγχου των υπαλλήλων, εφαρμόζοντας απαρεγκλίτως και ανελαστικά όλες τις θεσμοθετημένες διαδικασίες των πιστοποιητικών ποιότητας ,που κατέχει επί πολλά συναπτά έτη. Πιο συγκεκριμένα, η εταιρεία μας έχει ιδρύσει και λειτουργεί νέες Ανεξάρτητες Διευθύνσεις, με ειδικά εξειδικευμένο προσωπικό, οι οποίες δεν έχουν καμία σχέση ιεραρχικής εξάρτησης μεταξύ τους. Ειδικότερα : 1) λειτουργεί πλέον στην εταιρεία μας νεοσύστατο τμήμα ελέγχου, όλων των εργαζομένων εντός και εκτός της εταιρείας στα τμήματα καθαριότητας και εστίασης και διοίκησης. [...] Το νεοσύστατο αυτό τμήμα ελέγχει και καταγράφει , από της 06:00 το πρωί έως της 11:30 το βράδυ , τα ηλεκτρονικά ρολόγια μέσω Η/Υ, επιτηρώντας την σωστή τήρηση βαρδίων , προσέλευσης και αποχώρησης του προσωπικού, ενημερώνοντας σε πραγματικό χρόνο για απουσία προσωπικού, άμεση αντικατάσταση χωρίς διαμεσολάβηση επόπτη, τροποποίηση ωραρίου σε περίπτωση αντικατάστασης κ.λ.π. 2) έχει δημιουργηθεί τμήμα εκπαίδευσης».

Επίσης, στο αντίστοιχο ερώτημα του Μέρους ΙΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η καθής η προσφυγή δηλώθηκαν τα εξής: «Κατά την εκτέλεση συμβάσεων, στην εταιρείας μας έχουν επιβληθεί οι κάτωθι ποινικές ρήτρες : • Η με αριθμ ... (θέμα 1ο) απόφαση ΔΣ του ... για την οποία έχει ασκηθεί η από 12/11/2020 και με αριθμ. καταθ. ΠΡ 6838/2020 προσφυγή για την οποία έχει προσδιορισθεί δικάσιμος την 23/11/2022. (ΑΔΑ : ...). • Η με αριθμ ... (θέμα 2ο) απόφαση ΔΣ του ... για την οποία έχει ασκηθεί η από 12/11/2020 και με αριθμ καταθ. ΠΡ 6839/2020 προσφυγή για την οποία έχει προσδιορισθεί δικάσιμος την 11/11/2022. (ΑΔΑ : ...). • Η με αριθμ ... (θέμα 3ο) απόφαση ΔΣ του ... για την οποία έχει ασκηθεί η από 12/11/2020 και με αριθμ καταθ. ΠΡ 6842/2020 προσφυγή για την οποία έχει προσδιορισθεί δικάσιμος την

11/11/2022. (ΑΔΑ : ...). [...] Όπως δε έχει κριθεί νομολογιακώς (ΔΕφΑθ 370/2022, 691/2022, 767/2022 ΕΑΔΗΣΥ) δεν μπορεί, μόνη η διάπραξη του αδικήματος να συνιστά λόγο αποκλεισμού (πρβλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), εφόσον δεν κριθεί αιτιολογημένα κατά πόσον αυτός ο λόγος επηρεάζει τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία του διαγωνιζομένου (πρβλ.ΕΑ ΣτΕ 215 /2020, 428/2011), πολλώ, δε, μάλλον όταν δεν πρόκειται για νομικά «εκκαθαρισμένη» υπόθεση δηλ. αναμένονται αποφάσεις ενόψει ασκήσεως ενδίκων μέσων. Η εταιρεία μας έχει προβεί σε λήψη μέτρων αναδιοργάνωσης του εποπτικού μηχανισμού της και σε περαιτέρω επιπρόσθετη στελέχωση του τμήματος προσωπικού, προβαίνοντας σε επιπλέον προσλήψεις προκειμένου να καλύπτει τυχόν συμπτωματικές αστοχίες στις μελλοντικά αναληφθείσες συμβάσεις της. Χαρακτηριστικό είναι ότι από την επιβολή της ως άνω ποινικής ρήτηρας και εντεύθεν δεν έχουν διαπιστωθεί έτερες πλημμέλειες από αναθέτοντες φορείς και αρχές εις βάρος της εταιρείας μας. Κατόπιν επιβολής των ως άνω ποινικών ρητρών εις βάρος της εταιρείας μας και διαπίστωσης εκ μέρους μας των λόγων που επιβλήθηκαν και πώς θα δύνατο με τον καλύτερο δυνατό τρόπο να αποφευχθούν μελλοντικά, η εταιρεία μας σύστησε εντός του μηνός Ιανουαρίου 2023 νέο τμήμα Αξιολόγησης τόσο του νεοπροσλαμβανόμενου προσωπικού της όσο και του ήδη υπάρχοντος. Προς τούτο προσέλαβε νέο υπάλληλο, ο οποίος και ορίσθηκε Προϊστάμενος του εν λόγω τμήματος αξιολόγησης προσωπικού, επιφορτισμένος με την συλλογική ανακατανομή και εποπτεία του προσωπικού της εταιρείας μας τόσο στον τομέα της σίτισης όσο και της καθαριότητας που δραστηριοποιούμαστε. Δηλαδή πέραν της εκάστοτε σε κάθε έργο ενίσχυσης του εποπτικού μηχανισμού, οι τελευταία θα απευθύνονται και θα ελέγχονται από τον Προϊστάμενο Αξιολόγησης του νέου Τμήματος, υποβάλλοντας μηνιαίως παρατηρήσεις για τυχόν εντοπιζόμενα «κενά», «αστοχίες», προκειμένου να προσλαμβάνεται νέο εφεδρικό προσωπικό προς αντικατάσταση του ήδη υπάρχοντος που διαπιστώνεται η έλλειψη συμμόρφωσής του με τις παρατηρήσεις των εποπτών. Ειδικά προκειμένου για την αποφυγή διαπίστωσης φαινομένων ελλειπών ύπαρξης προσωπικού, η εταιρεία μας προσλαμβάνει εφεδρικό προσωπικό που ενσωματώνεται στους κόλπους της και αφού πραγματοποιηθούν σεμινάρια για τον τρόπο εκτέλεσης των έργων κατανέμεται αναλόγως των αναγκών στα εκτελούμενα έργα σε όλη την

ελληνική επικράτεια. Τέλος, και δη προκειμένου για απομακρυσμένα σημεία της ελληνικής επικράτειας, η εταιρεία μας προτίθεται να έλθει σε επαφή με συλλόγους εργαζομένων καθαριότητας προκειμένου να εντάξει στο προσωπικό της όσο το δυνατόν περισσότερους καθαριστές που διαμένουν στο εκάστοτε σημείο προκειμένου να αποφευχθούν φαινόμενα ελλιπούς (λόγω εντοπιότητας και αδυναμίας μετακίνησης στο σημείο) έκτακτης εκτέλεσης των υπηρεσιών της. Τέλος, το εν λόγω νέο συσταθέν Τμήμα Αξιολόγησης και επανακατανομής προσωπικού διενεργεί έκτακτους ελέγχους σε όλα τα εκτελούμενα έργα της εταιρείας μας, συλλέγοντας και αξιολογώντας τα έντυπα αναφορών των ήδη υπαρχόντων εποπτών των έργων και εκπονώντας σχετικά έγγραφα και συστάσεις για διορθωτικές ενέργειες που απαιτούνται. Πέραν των ανωτέρω, έχουμε ήδη αναλύσει τις απαιτήσεις του νόμου προς όλους τους ενδιαφερόμενους με σαφή, τεκμηριωμένο και ολοκληρωμένο τρόπο, έχουμε λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα όσον αφορά την παροχή των υπηρεσιών μας, έχουμε δημιουργήσει νέες διαδικασίες σε επίπεδο διαχείρισης προσωπικού, κατάλληλες για την ορθή λειτουργία της και για την αποφυγή περαιτέρω εκ παραδρομής παραπτώματων, έχουμε βελτιώσει επιπλέον την εκπαίδευση, εντείνοντας τον εποπτικό έλεγχο του προσωπικού μας και έχουμε ενισχύσει την ιεραρχική οργάνωση ελέγχου των υπαλλήλων μας, εφαρμόζοντας απαρεγκλίτως και ανελαστικά όλες τις θεσμοθετημένες διαδικασίες των πιστοποιητικών ποιότητας (ISO) που κατέχει επί πολλά συναπτά έτη. Μάλιστα στην εταιρεία μας λειτουργεί πλέον νέο Ηλεκτρονικό Σύστημα παρουσίας του προσωπικού, που άμεσα απομακρυσμένα και σε πραγματικό χρόνο (realtime) ανιχνεύει την εμφιλοχωρηθείσα τυχόν αλλαγή και εντοπιζόμενη ίσως έλλειψη του υπάρχοντος προσωπικού και προβαίνει στην άμεση και αντικατάστασή του με διάθεση προσωπικού από το εφεδρικό υπάρχον της εταιρείας μας. Παράλληλα η εταιρεία μας μεριμνά για την εκπαίδευση όλων των εργαζομένων μας, μέσα από επιμορφωτικά σεμινάρια που στόχο έχουν να προλάβουν εγκαίρως και προληπτικά πλημμελείς εκτελέσεις των υπηρεσιών μας. Επιπλέον στην εταιρεία μας λειτουργεί Διεύθυνση Τήρησης Νομίμων Διατάξεων και Προδιαγραφών με Υποδιευθύνσεις, (α) Υποδιεύθυνση Τήρησης Τεχνικών Προδιαγραφών Συμβάσεων Καθαρισμού και την (β) Υποδιεύθυνση Τήρησης Τεχνικών Προδιαγραφών Συμβάσεων Σίτισης & Υποστήριξης. Ακόμη, ιδρύσαμε την

Διεύθυνση Συμμόρφωσης με τις απαιτήσεις των συστημάτων διαχείρισης σύμφωνα με πρότυπα ISO 9001 για την ποιότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, ISO 14001 για την Προστασία του Περιβάλλοντος και ISO 18001 για την Ασφάλεια και Υγεία των εργαζομένων. Ενώ σημαντικό εποπτικό ρόλο πλέον φέρει και η Διεύθυνση Εσωτερικού Ελέγχου που εποπτεύει με συνεχείς ελέγχους όλες τις διευθύνσεις της εταιρείας. Έτσι, η εταιρεία μας, ακολουθώντας κατά γράμμα τις επιταγές του άρθρου 73 του Ν. 4412 /2016 έχει λάβει, όλα τα προσήκοντα διορθωτικά μέτρα για την τεκμηρίωση της αξιοπιστίας, της ακεραιότητας, της τεχνικής ικανότητας και φερεγγυότητας αυτής για την επιτυχή εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών».

Γ) Εκ των διατάξεων του προαναφερομένου άρθρου 2.2.3.4. της διακήρυξης (βλ. αντίστοιχα, άρθρ. 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016), προκύπτει ότι εφόσον διαπιστωθεί από την αναθέτουσα αρχή ότι στο πρόσωπο του προσφέροντος συντρέχει λόγος αποκλεισμού, είναι καταρχήν υποχρεωμένος να τον αποκλείσει από την διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. Ωστόσο, στις περιπτώσεις των παρ. 1, 2γ και 4 αντιστοίχως του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή, προτού αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, οφείλει να εξετάσει καταρχάς, εάν αυτός έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και κατά δεύτερον εάν αυτά κρίνονται επαρκή. Εξαίρεση από την δυνατότητα λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης προβλέπεται για το χρονικό διάστημα κατά το οποίο ο οικονομικός φορέας έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης. Αντίστοιχα, ο οικονομικός φορέας οφείλει να αποδείξει ότι έχει υιοθετήσει ένα αποτελεσματικό σύστημα συμμόρφωσης, ενώ το βάρος απόδειξης ότι έχουν ληφθεί τα μέτρα αυτά, καθώς και της προσκόμισης των στοιχείων που τα αποδεικνύουν φέρει ο οικονομικός φορέας.

Επισημαίνεται ότι 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 ελάσσονες παρατυπίες (βλ. αιτιολογική σκέψη με αρ. 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Επομένως, 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. αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και η όποια απόφαση θα πρέπει να ληφθεί αιτιολογημένα. Έχει μάλιστα κριθεί ότι στην περίπτωση λόγων αποκλεισμού που αφορούν συμπεριφορές του οικονομικού φορέα σε προηγούμενες συμβάσεις, όπως εν προκειμένω (περιπτώσεις γ', στ', ζ' και 'θ του άρθρ. 73 παρ. 4) *«η αρχή της αναλογικότητας επιτάσσει απώτατο όριο για τα στοιχεία που λαμβάνονται υπόψη εις βάρος του οικονομικού φορέα τα τρία έτη, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα δεν δύναται να εκτιμήσει συμπεριφορές και γεγονότα που έλαβαν χώρα προ τριών ετών από τη διενέργεια του διαγωνισμού, ήτοι την καταληκτική ημέρα υποβολής των προσφορών»* (βλ. ΑΕΠΠ 187/2017, σκ. 9, 231/2017, σκ. 23, 173/2018, σκ. 9, 389-390/2018, σκ. 19, 300/2019 σκ. 22).

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται εναργώς 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. υπ' αριθμ. 776/2018 απόφαση ΑΕΠΠ, σκ. 51). Άλλωστε, στην υπόθεση C-395/18, 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»*. Συνεπώς, από τις προαναφερόμενες ρητές θετικές απαντήσεις που έδωσε τόσο η παρεμβαίνουσα, όσο και η εταιρεία «...» στο οικείο πεδίο του Μέρους ΙΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ, προκύπτει ότι καταρχήν οι ως άνω

δύο εταιρείες εμπίπτουν στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. στ) της διακήρυξης, ωστόσο ο εν λόγω αποκλεισμός τους δεν είναι αυτόματος, καθώς τους παρέχεται η δυνατότητα απόδειξης της αξιοπιστίας τους, μέσω των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχουν λάβει. Ως και τούτου, η επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, δεσμευόμενη από την άνω θετικές απαντήσεις της παρεμβαίνουσας και του «τρίτου» στον οποίο στηρίζει για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής - οι οποίες (δηλώσεις) αφορούν στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. στ) της διακήρυξης - και ενόψει της δήλωσης των εν λόγω εταιρειών περί λήψης επανορθωτικών μέτρων, όφειλε, σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης (άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και παρ. 2.2.3.4. και 2.2.3.7 της διακήρυξης), να τις καλέσει όπως υποβάλουν κάθε σχετικό στοιχείο και τεκμήριο προς απόδειξη των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει, προκειμένου να κριθεί η επάρκειά τους, σύμφωνα με τη διαγραφόμενη στον νόμο διαδικασία (βλ. και 588/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ).

Εκ των ανωτέρω, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, της σχετικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής δεν προηγήθηκε η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας, κατά τα ως άνω, επιτροπής του άρθρ. 73 παρ.9 του ν. 4412/2016, ως ισχύει (εξ αντιδιαστολής ad hoc ΔΕΦΑΘ 28/2021 σκ.11) και ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει ακυρότητας, λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, αφού δεν κινήθηκε η διαδικασία του άρθρ. 73 παρ. 8 και 9 του ν. 4412/2016. Επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη θα πρέπει να ακυρωθεί ως ανατιολόγητη, αφού δεν παρατίθεται στο κείμενό της καμία σκέψη περί της επάρκειας των δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος. Όπως έχει κριθεί, προκειμένου η απόφαση περί της επάρκειας (ή μη) των ληφθέντων μέτρων για να είναι αιτιολογημένη, θα πρέπει να περιέχει τα εξής στοιχεία: α) για ποιους λόγους έκαστο των υποβληθέντων επανορθωτικών μέτρων κρίνεται ανεπαρκές, β) να εξειδικεύεται σε τι συνίσταται η έλλειψη απόδειξης επάρκειάς τους και ποιο ακριβώς ήταν το αποδεικτέο ζήτημα που δεν αποδείχθηκε στην προκείμενη περίπτωση και γ) να γίνεται ad hoc αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος, ως επιτάσσει η παρ. 7 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 (βλ. και υπ' αριθμ. 1397/2019 απόφαση ΑΕΠΠ

σκ. 18). Είναι προφανές ότι για τη διαμόρφωση της κρίσης περί επάρκειας ή ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων θα πρέπει να συνεκτιμηθούν όλα τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα και η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να αποφανθεί αιτιολογημένα επί της επάρκειας κάποιου επανορθωτικού μέτρου, καθιστά την αιτιολογία της σχετικής απόφασης ελλιπή και ως εκ τούτου, πλημμελή. Ως, επίσης, προαναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή που διενεργεί τον διαγωνισμό δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, αλλά ούτε και από τη γνωμοδότηση της επιτροπής του άρθρ. 73 παρ. 9, που εκδόθηκε στο πλαίσιο έτερης σύμβασης, τουναντίον, οφείλει να προβεί στη δική της αξιολόγηση επί της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα, την οποία προφανώς και θα πρέπει να αιτιολογήσει, ως πράξη διακριτικής ευχέρειας, προκειμένου να είναι δυνατός ο έλεγχος από την ΕΑΔΗΣΥ και από τον δικαστή.

Καταληκτικά και δοθέντος ότι σε περίπτωση που στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει ο προβλεπόμενος στην παρ. 2.2.3.4 περ. στ) της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού, αφενός μεν, παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα να επικαλεστεί ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα, τα οποία τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του, αφετέρου 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. 9 του ν. 4412/2016, να μην αποκλείσει τον οικονομικό φορέα για αυτόν και μόνο τον λόγο, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός. Εξάλλου, κατά τα προαναφερθέντα, δεν επιτρέπεται εκ του νόμου και της διακήρυξης, να αποφασίζει μόνος του ο συμμετέχων περί της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε για λόγους αποκατάστασης της αξιοπιστίας του, ως εσφαλμένα έπραξε ο παρεμβαίνων, ο οποίος δήλωσε, μεταξύ άλλων, στο Ε.Ε.Ε.Σ του ότι: *«Έτσι, η εταιρεία μας, ακολουθώντας κατά γράμμα τις επιταγές του άρθρου 73 του Ν. 4412 /2016 έχει λάβει, όλα τα προσήκοντα διορθωτικά μέτρα για την τεκμηρίωση της αξιοπιστίας, της ακεραιότητας, της τεχνικής ικανότητας και φερεγγυότητας αυτής για την επιτυχή εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών...»*. Ομοίως, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...» αλυσιτελώς αναφέρει στο Μέρος ΙΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ. της ότι: *«... έχει λάβει όλα τα προσήκοντα*

μέτρα που επιβεβαιώνουν την ακεραιότητά της, την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητά της, προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους του άρθρου 73 παρ. 8-9 του ν. 4412/2016....».

•2^{ος} λόγος προσφυγής: μη δήλωση του ποσοστού υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μολονότι η εταιρεία «...» δήλωσε ότι στηρίζεται στην ικανότητα της εταιρείας «....» ως προς το κριτήριο επιλογής του άρθρ. 2.2.5 β) και ως προς τα κριτήρια επιλογής του άρθρ. 2.2.6. α) και β) της διακήρυξης και συγχρόνως την δήλωσε και ως υπεργολάβο της με ποσοστό 36%, εντούτοις, δεν δήλωσε το τμήμα της σύμβασης που θα της ανατεθεί υπεργολαβικά. Ως χαρακτηριστικά αναφέρει στην προσφυγή της: «Τέλος, υποβάλλεται και ιδιωτικό συμφωνητικό (Βλ. αρχ. Σύμβαση Δάνειας Εμπειρίας ... ΚΑΙ ...signed) μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων στο οποίο γίνεται λόγος για την παροχή στήριξης στις ικανότητες της εταιρίας 3G... χωρίς όμως να προκύπτει και πάλι το αντικείμενο της υπεργολαβίας αλλά και χωρίς να περιγράφεται ποιο τμήμα της παρούσας σύμβασης θα εκτελεσθεί από την εταιρεία «...»...».

Β) Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίον στηρίζεται η καθής η προσφυγή (εταιρεία «...») δήλωσε στο ερώτημα: «Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά» του Ε.Ε.Ε.Σ, τα εξής: «Συμμετέχουμε, παρέχοντας δάνεια εμπειρία, στην Ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «....» και με τον διακριτικό τίτλο ... ως προς το κριτήριο (β) της παραγράφου 2.2.5. και τα κριτήρια (α) και (β) της παραγράφου 2.2.6..Επίσης, λόγω του κριτηρίου (α) της παραγράφου 2.2.6. συμμετέχουμε και με ποσοστό υπεργολαβίας 36%.».

Ομοίως, στο Ε.Ε.Ε.Σ της συμμετέχουσας εταιρείας «....» και δη, στο ερώτημα: «[...] Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», η εν λόγω εταιρεία έδωσε θετική απάντηση «Ναι», ενώ στο πεδίο: «Όνομα της οντότητας», δήλωσε τα εξής:«.....».

Εν όψει των ανωτέρω, κρίνεται βάσιμος ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, κατά τον οποίον η προσφεύγουσα δεν αναφέρει

συγκεκριμένα σε τι συνίσταται η φερόμενη πλημμέλεια της προσφοράς της. Και τούτο, διότι η παρεμβαίνουσα δήλωσε , κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης, στήριξη στην ικανότητα τρίτης εταιρείας, η δε στήριξη αυτή αφορούσε πέραν του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.5. («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») και το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.6. («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») περίπτωση α) και επομένως, ορθώς δήλωσε την «...» και ως υπεργολάβο της, αφού η στήριξη που θα παράσχει ο εν λόγω «τρίτος» για την πλήρωση της ζητούμενης τεχνικής ικανότητας αφορά στον «δανεισμό» προσωπικού, ήτοι, στον «δανεισμό» επαγγελματικών προσόντων. Ειδικότερα, το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.6. περίπτωση α) της διακήρυξης αφορά στη διάθεση κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς επαρκούς προσωπικού καθαριότητας, ήτοι, 100 τουλάχιστον άτομα πλήρους απασχόλησης ή 150 άτομα μερικής απασχόλησης, οι οποίοι θα αμείβονται με την ισχύουσα Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας, το οποίο θα αποδεικνύεται από τον τελευταίο ετήσιο πίνακα προσωπικού που έχει υποβληθεί στο σύστημα Εργάνη. Δοθέντος δε ότι, ως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 2.2.8.1. της οικείας διακήρυξης«... ειδικά όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II, του παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', του ν.4412/2016 (ΦΕΚ 147 Α') ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.», η παρεμβαίνουσα ορθώς δήλωσε την εταιρεία «...» και ως υπεργολάβο της για ποσοστό ύψους 36%, απορριπτομένων ως αβάσιμων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Άλλωστε, ως έχει κριθεί, παρότι η έννοια του «υπεργολάβου» είναι απολύτως διακριτή από αυτήν του «τρίτου οικονομικού φορέα», ουδόλως αποκλείεται η σύμπτωσή τους, ως αυτοτελείς, διαφορετικές αλλά ουδόλως αλληλοαποκλειόμενες ιδιότητες, στο πρόσωπο ενός «τρίτου». Συνεπώς, ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, μπορεί να προτείνεται και ως υπεργολάβος για την εκτέλεση τμήματος της σύμβασης. Περαιτέρω, η σύμπτωση των ως άνω δύο ιδιοτήτων, όχι απλά επιτρέπεται, αλλά σε συγκεκριμένες περιπτώσεις επιβάλλεται ρητά,

δυνάμει του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, όπως στην περίπτωση που οι «δάνειες ικανότητες» αφορούν σε τίτλους σπουδών, σε επαγγελματικά προσόντα ή στην επαγγελματική εμπειρία και επομένως, ο τρίτος οικονομικός φορέας θα πρέπει να εκτελέσει ο ίδιος τις εργασίες επί των οποίων παρέχει στήριξη (βλ. υπ' αριθμ. 918/2018, 30/2017 και 964/2022 αποφάσεις της Αρχής, ΔΕΦΑΘ 257/2020 κλπ). Επίσης, έχει κριθεί ότι η επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων που σχετίζονται με τα επαγγελματικά προσόντα και την τεχνική ικανότητα είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες, για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, αυτοί έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπεργολάβου, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών (πρβλ. ΕΑ 170/2020, ΣτΕ 1612/2022, σκ. 7).

Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα δήλωσε, ως όφειλε, στο Ε.Ε.Ε.Σ. ποσοστό υπεργολαβίας ύψους 36%, καθόσον για την πλήρωση του κριτηρίου του άρθρ. 2.2.6. περ. α) της διακήρυξης (*«α) Να διαθέτουν κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους επαρκές προσωπικό καθαριότητας, ήτοι τουλάχιστον 100 άτομα πλήρους απασχόλησης ή 150 άτομα μερικής απασχόλησης, οι οποίοι θα αμείβονται με την ισχύουσα Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (Ε.Γ.Σ.Σ.Ε), το οποίο θα αποδεικνύεται από τον τελευταίο ετήσιο πίνακα προσωπικού που έχει υποβληθεί στο Σύστημα Εργάνη»*), στηρίχθηκε στην ικανότητα της εταιρείας «...»(τρίτος και υπεργολάβος) και συγκεκριμένα σε 54 άτομα της εν λόγω εταιρείας, που θα εργαστούν ως προσωπικό καθαριότητας μερικής απασχόλησης, τα οποία, κατά αναλογία στον ζητούμενο αριθμό ατόμων μερικής απασχόλησης (150 άτομα), ανέρχονται σε ποσοστό 36%, ως ακριβώς δηλώθηκε.

Εν όψει των ανωτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον η απλή αναφορά του ποσοστού της υπεργολαβίας στο Ε.Ε.Ε.Σ της παρεμβαίνουσας δεν μπορεί να αναπληρώσει την παράλειψη δήλωσης του συγκεκριμένου τμήματος της σύμβασης του πρόκειται να ανατεθεί υπεργολαβικά, θα πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος, απαράδεκτος και ως ανεπίδεκτος εκτίμησης και περαιτέρω, ως αβάσιμος, αφού η επίμαχη υπεργολαβία – η οποία, ως προελέχθη, συμπίπτει εκ του νόμου και εκ της

διακήρυξης, με την παροχή δάνειας εμπειρίας — αφορά στον δανεισμό συγκεκριμένου αριθμού εργαζομένων μερικής απασχόλησης και επομένως, η μνεία του ποσοστού 36% είναι καθόλα ορθή. Τέλος, σημειώνεται ότι λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, αλυσιτελώς προβάλλονται από την προσφεύγουσα δικαστικές αποφάσεις με τις οποίες κρίθηκαν ζητήματα υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης, που αφορούν, όμως, σε έτερους δημόσιους διαγωνισμούς. Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου, ότι το ποσοστό υπεργολαβικής ανάθεσης δηλώθηκε στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

•3^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση του κριτηρίου 2.2.5. περ. γ) της διακήρυξης. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τα οικονομικά στοιχεία που υπέβαλε η εταιρεία «....» κατέστη σαφές ότι η ατομική επιχείρηση «Θ...Β....», στην οποία στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής επάρκειας, παρά το γεγονός ότι έχει τρεις κερδοφόρες χρήσεις, εμφανίζει πολύ μικρά καθαρά αποτελέσματα (κέρδη), τα οποία δεν είναι ικανά, συνυπολογιζόμενα (άλλως, αντιπαραβαλλόμενα) με τις ζημίες της διαγωνιζόμενης εταιρείας να αντιρροπήσουν και να υπερκαλύψουν αυτές, ώστε να είναι εφικτή η πλήρωση του κριτηρίου του άρθρ. 2.2.5 περ. γ) της διακήρυξης. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, δεν αρκεί ο παρέχων στήριξη να εμφανίζει κερδοφόρες χρήσεις, αλλά θα πρέπει τα θετικά αποτελέσματα της επιχείρησής του να είναι τέτοιου μεγέθους, ώστε να μπορούν να αναπληρώσουν λυσιτελώς (δηλαδή πλήρως και επαρκώς) την αντίστοιχη έλλειψη της προσφοράς του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα. Β) Στο άρθρο 2.2.5. («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «α) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν μέσο ειδικό κύκλο εργασιών για την τελευταία 3ετία (2019, 2020, 2021), ποσού ίσου ή μεγαλύτερου με την συνολική προϋπολογιζόμενη ετήσια αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ήτοι συνολικού ποσού ίσου ή μεγαλύτερου από 1.448.066,42€. Ως αποδεικτικό μέσο του ανωτέρω κριτηρίου προσκομίζουν Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών, των τριών (3) τελευταίων ετών, στις περιπτώσεις όπου η δημοσίευσή τους είναι υποχρεωτική σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία

της χώρας, όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, καθώς και υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου του οικονομικού φορέα στην οποία θα δηλώνεται ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών κατά το διάστημα αναφοράς. Σε περίπτωση που σύμφωνα με την νομοθεσία ο οικονομικός φορέας δεν υποχρεούται σε δημοσίευση ισολογισμού, τότε θα πρέπει να υποβάλει υπεύθυνη δήλωση για τον κύκλο εργασιών συνοδευόμενη από τα σχετικά επίσημα στοιχεία που υπάρχουν (π.χ. δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος, δηλώσεις ΦΠΑ, κ.λ.π.). επιχειρήσεις που λειτουργούν ή ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα για χρονικό διάστημα που δεν επιτρέπει την έκδοση κατά νόμο τριών ισολογισμών, υποβάλλουν τους ισολογισμούς που έχουν εκδοθεί και τα σχετικά επίσημα στοιχεία που υπάρχουν κατά το διάστημα αυτό (π.χ. δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος, δηλώσεις ΦΠΑ κ.λ.π.). Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό δηλώνουν ότι διαθέτουν: "ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: έτος 2019, κύκλος εργασιών () νόμισμα () έτος 2020, κύκλος εργασιών () νόμισμα ()

- έτος 2021, κύκλος εργασιών () νόμισμα ()
- μέσος κύκλος εργασιών () νόμισμα ()

β) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 100% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ (συνολικά αποτελούμενη από χρηματοδοτήσεις και εγγυητικές). [...] γ) Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020 και 2021), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά».

Από τη σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρ. 2.2.5. περ. α) της διακήρυξης, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου της στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, προκύπτει ότι οι συμμετέχοντες θα πρέπει να διαθέτουν μέσο ειδικό κύκλο εργασιών για την τελευταία 3ετία (2019, 2020, 2021), ποσού ίσου ή μεγαλύτερου με την συνολική προϋπολογιζόμενη ετήσια αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ήτοι, συνολικού ποσού ίσου ή μεγαλύτερου από 1.448.066,42€. (απαίτηση την οποία σημειωτέον πληροί η καθής η προσφυγή), ενώ από τη σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρ. 2.2.5 περ. γ) της διακήρυξης, προκύπτει ότι οι συμμετέχοντες δεν θα πρέπει να εμφανίζουν

ζημιές κατά τα έτη 2019, 2020 και 2021, ήτοι, τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε ένα από τα ως άνω έτη θα πρέπει να είναι θετικά.

Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς και δη των ισολογισμών που υπέβαλε ης καθής η προσφυγή (βλ. ηλ. αρχείο:«34.... 2019», «34Α.ΓΕΜΗ ... ΙΣΟΛΟΓΙΣΜΟΣ 2020»και«34Β.ΙΣΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ... 2021»), καθώς και της υπεύθυνης δήλωσης σχετικά με τον κύκλο εργασιών της (βλ. ηλ.αρχείο:«34Γ.ΥΔ κυκλ εργασ 19-21.signed»), προκύπτουν τα εξής οικονομικά στοιχεία: i) το έτος 2019, η εταιρεία είχε κέρδος:2.628.168,32€και ζημιές: 377.073,17€, ii) το έτος 2020, η εταιρεία είχε κέρδος: 2.906.349,24€ και ζημιές: 96.338,26€ και iii) το έτος 2021, είχε κέρδος 1.881.251,14€ και ζημιές:377.994,21€.

Επίσης, από τα οικονομικά στοιχεία που υπέβαλε η ατομική επιχείρηση «Θ... Β...» (τρίτος), προκύπτουν τα εξής: i) το έτος 2019, η εν λόγω επιχείρηση είχε κέρδος: 18.303,83€ και καθόλου ζημιές, ii) το έτος 2020, η εν λόγω επιχείρηση είχε κέρδος: 36.730,31€ και καθόλου ζημιές και iii) το έτος 2021, η εν λόγω επιχείρηση είχε κέρδος: 43.417,73€ και καθόλου ζημιές.

Επομένως, λαμβανομένου υπόψη ότι η παρεμβαίνουσα δεν πληροί την απαίτηση του άρθρου 2.2.5. περ. γ) της διακήρυξης, διότι εμφανίζει ζημιές τα έτη 2019, 2020 και 2021, νομίμως στηρίχθηκε στις ικανότητες της ατομικής επιχείρησης «Θ... Β...», η οποία πληροί τις οικείες απαιτήσεις, ήτοι, παρουσιάζει θετικά αποτελέσματα μετά από φόρους για τα έτη 2019, 2020 και 2021, γεγονός, άλλωστε, που δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα. Ωστόσο, πέραν της ρητής απαίτησης περί της ύπαρξης θετικού προσήματος στα αποτελέσματα χρήσης μετά τους φόρους, στην επίμαχη διάταξη ουδόλως απαιτείται τα αποτελέσματα χρήσης να είναι τέτοιου μεγέθους, ώστε να μπορούν να αναπληρώσουν αυτοτελώς (δηλαδή πλήρως και επαρκώς) την αντίστοιχη έλλειψη (ζημία) της συμμετέχουσας εταιρείας, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, κρίνονται βάσιμοι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τους οποίους, η επίμαχη απαίτηση του εν λόγω κριτηρίου επιλογής (απουσία ζημίας) ουδόλως σχετίζεται με το ύψος των θετικών αποτελεσμάτων ή την προϋπολογισθείσα δαπάνη (όπως για παράδειγμα η περίπτωση α του εν λόγω άρθρου), ενώ η προσφεύγουσα επιχειρεί απαραδέκτως να εξάγει επιπρόσθετες απαιτήσεις, που δεν ορίζονται ρητώς και σαφώς στο άρθρ. 2.2.5 της διακήρυξης. Με βάση τα

προαναφερόμενα και δοθέντος ότι οι διαγωνιζόμενοι δεν μπορούν να αποκλείονται από τη διαγωνιστική διαδικασία, για λόγους που δεν προβλέπονται ρητά στα έγγραφα της σύμβασης, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

●4^{ος} λόγος προσφυγής: ασάφεια της προσφοράς ως προς τον αριθμό των εργαζομένων πλήρους απασχόλησης - μη νόμιμος υπολογισμός εργατικού κόστους. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «...» θα έπρεπε να είχε απορριφθεί ως ασαφής και αόριστη, καθόσον δεν προκύπτει ο ακριβής αριθμός των εργαζομένων που θα απασχολήσει για τις ανάγκες της οικείας σύμβασης. Σύμφωνα δε με τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας, θα έπρεπε να είχαν δηλωθεί 66,71875 άτομα, ενώ η ως άνω εταιρεία δήλωσε 66,21 άτομα πλήρους απασχόλησης. Ωστόσο, πέραν της παράθεσης των δικών της υπολογισμών και της δικής της μεθοδολογίας, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει σε τι ακριβώς συνίσταται η πλημμέλεια της εν λόγω προσφοράς και για ποιον λόγο αυτή καθίσταται ζημιογόνος και ως εκ τούτου, οι σχετικοί ισχυρισμοί της θα πρέπει να απορριφθούν ως αναπόδεδεικτοι και συνεπώς, ως απαράδεκτοι.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας υπολείπεται κατά το ποσό των 484,6475€ μηνιαίως (ήτοι των 5.815,77€ ετησίως) του κατώτατου νόμιμου εργατικού κόστους, χωρίς, όμως, να αποδίδει συγκεκριμένη πλημμέλεια στους υπολογισμούς και στη μέθοδο που χρησιμοποίησε η εταιρεία «...» για την εξαγωγή τους. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι: «... Όπως ορθά υπολόγισε η εταιρία μας στην προσφορά της με βάση τα ζητούμενα της διακήρυξης, το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων ανέρχεται σε 76.450,65€. Έχουμε παραθέσει πιο πάνω τη σχετική τεκμηρίωση ..όπως προκύπτει από τα αρχεία της οικονομικής μας προσφοράς 3.1. Ανάλυση Εργατικής Νομοθεσίας_signed, 2. Πίνακας Οικονομικής Προσφοράς_signed και 4. Στοιχεία άρθρου 68_signed. γ. Εν προκειμένω, η εταιρία ... υπολόγισε εργατικό κόστος που υπολείπεται κατά : $76.450,65 - 75.966,0025 = 484,6475\text{€}$ επί των μηνιαίων νόμιμων αποδοχών. [...] Συνεπώς, η προσφορά της εν λόγω εταιρείας είναι απορριπτέα και κατά το μέρος αυτό, ως μη πληρούσα τους όρους της διακήρυξης και την ισχύουσα

εργατική νομοθεσία». Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη ότι η οικεία διακήρυξη δεν όρισε συγκεκριμένο τρόπο ή μεθοδολογία υπολογισμού του εργατικού κόστους (ΣΤΕ 220/2007), ο δε υπολογισμός των σχετικών ποσών επαφίεται στην επιχειρηματική ευχέρεια/βούληση των διαγωνιζομένων, ο 4^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος.

15. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της 2^{ης} προσφυγής που άσκησε η εταιρεία «...», προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

Α) Η 2^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, υπό το εσφαλμένο σκεπτικό ότι δεν διαθέτει κατά τα έτη 2019, 2020 και 2021 ή και δεν εκτελεί κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών τουλάχιστον τρεις (3) διαφορετικές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συναφών με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης με ετήσια διάρκεια ή/και τρεις (3) διαφορετικές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συναφών με την ίδια αναθέτουσα αρχή (Νοσοκομείο, κλινική), αδιάλειπτα συνεχόμενες κατά την διάρκεια του έτους, συνεπώς συνολικής διάρκειας τριάντα έξι (36) μηνών (1/1/2019-31/12/2021), αφού οι δύο συμβάσεις ετήσιας διάρκειας που δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ της, εκτελέστηκαν αμφότερες για το Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή ότι το επίμαχο κριτήριο δεν πληρούται ούτε αθροιστικά μαζί με τον «τρίτο» στον οποίο στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου του άρθρ. 2.2.6. περ. α) και β) της διακήρυξης, με την εσφαλμένη αιτιολογία ότι οι εκτελεσθείσες συμβάσεις που δήλωσε ο οικονομικός φορέας «...» εκτελέστηκαν, επίσης, στο Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής ουδόλως αποκλείστηκε ρητώς και σαφώς η δυνατότητα επίκλησης τριών (3) αυτοτελών συμβάσεων, ενιαύσιας διάρκειας (χωρίς παρατάσεις εντός του έτους), που εκτελέστηκαν στον ίδιο αναθέτοντα φορέα (εν προκειμένω, το ...), κατά το χρονικό διάστημα της κρίσιμης τριετίας (2019, 2020 και 2021), από διαφορετικούς οικονομικούς φορείς (εν προκειμένω, από την ίδια και τον «τρίτο» στον οποίον στηρίζεται).

Β) Στο άρθρο 2.2.6. περ. β) της διακήρυξης, προβλέπεται : «β) Να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2019, 2020 και 2021) ή και να εκτελούν κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών τουλάχιστον τρεις

(3) διαφορετικές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συναφών με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης ή για όσο διάστημα δραστηριοποιείται ο υποψήφιος στην αγορά (σε περίπτωση που δραστηριοποιείται λιγότερο από τρία έτη) με ετήσια διάρκεια. Ως συναφή με το αντικείμενο της παρούσας θεωρείται μία σύμβαση η οποία αφορά σε υπηρεσίες καθαριότητας χώρων Δημόσιων Νοσοκομείων ή Ιδιωτικών Κλινικών με δυναμικότητα κατά ελάχιστο 400 κλινών.». Κατόπιν έκδοσης του, από 02.01.2023, εγγράφου παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, αποσαφηνίστηκε ότι: «Οι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2019, 2020 και 2021) ή και να εκτελούν κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών τουλάχιστον τρεις (3) διαφορετικές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συναφών με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης ή για όσο διάστημα δραστηριοποιείται ο υποψήφιος στην αγορά (σε περίπτωση που δραστηριοποιείται λιγότερο από τρία έτη) με ετήσια διάρκεια ή/και συμβάσεις με τον ίδιο φορέα (Δημόσιο Νοσοκομείο ή Ιδιωτική Κλινική με δυναμικότητα κατά ελάχιστο 400 κλινών) διάρκειας μικρότερης του έτους για τις οποίες θα προκύπτει με σαφήνεια ότι είναι αδιάλειπτα συνεχόμενες κατά την διάρκεια του έτους, συνεπώς συνολικής διάρκειας τριάντα έξι (36) μηνών (1/1/2019-31/12/2021) για κάθε διαφορετικό φορέα (Δημόσιο Νοσοκομείο ή Ιδιωτική Κλινική με δυναμικότητα κατά ελάχιστο 400 κλινών) ή για όσο διάστημα δραστηριοποιείται ο υποψήφιος στην αγορά (σε περίπτωση που δραστηριοποιείται λιγότερο από τρία έτη) με ετήσια διάρκεια».

Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι για την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου επιλογής, η καθής η προσφυγή δήλωσε τα εξής: «1) ΨΝΑ για τα διαστήματα: 23.02.2019 – 22.02.2020, και 23.02.2020 – 22.02.2021», δηλαδή δήλωσε δύο (2) εκτελεσθείσες συμβάσεις στο ... ετήσιας διάρκειας η κάθε μία. Συνεπώς, επειδή η εταιρεία δεν πληρούσε αυτοτελώς το οικείο κριτήριο νομίμως στηρίχθηκε στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα «...», που δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ του τις εξής συμβάσεις: «1) ... για το διάστημα 22.06.2020 – 21.06.2021, 2) ... για το διάστημα 29.04.2021 – 28.04.2022.». Ωστόσο, στην προκειμένη περίπτωση, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, αφού η εν λόγω εταιρεία δεν έχει εκτελέσει αυτοτελώς, είτε αθροιστικά με τον «τρίτο» οικονομικό φορέα που της δανείζει εμπειρία, τρεις (3) «διαφορετικές» συμβάσεις, ήτοι, τρεις συμβάσεις που

εκτελέστηκαν σε τρεις διαφορετικές αναθέτουσες αρχές, ως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 2.2.6. περ. α) της διακήρυξης, απορριπτομένου του ισχυρισμού της τελευταίας, κατά τον οποίο το επίμαχο κριτήριο επιλογής πληρούται αθροιστικά – σωρευτικά μαζί με τις συμβάσεις που εκτέλεσε ο «τρίτος» που της παρέχει εμπειρία. Και τούτο, διότι κατά το σαφές γράμμα του άρθρ. 2.2.6., ως περαιτέρω διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, προκύπτει ότι, εν προκειμένω, ζητούνται κατά κανόνα τρεις (3) συμβάσεις, που θα πρέπει να έχουν εκτελεστεί σε τρεις (3) διαφορετικές αναθέτουσες αρχές με ετήσια διάρκεια, αλλά μπορούν να δηλωθούν και συμβάσεις - μικρότερης του έτους διάρκειας - που εκτελούνται στην ίδια αναθέτουσα αρχή, ωστόσο στην τελευταία αυτή περίπτωση, θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια ότι οι συμβάσεις είναι αδιάλειπτα συνεχόμενες κατά την διάρκεια του έτους και ότι έχουν συνολική διάρκεια 36 μήνες. Η χρήση των φράσεων: *«τρεις (3) διαφορετικές συμβάσεις»* (που επαναλαμβάνεται δύο φορές στο οικείο άρθρο) και *«ή /και συμβάσεις με τον ίδιο φορέα»* (που τέθηκε στις διευκρινίσεις), επελέγησαν από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να καταστεί σαφές ότι ο συμμετέχων μπορεί να επικαλεστεί τρεις συμβάσεις που εκτέλεσε σε διαφορετική αναθέτουσα αρχή, ενώ στην ιδιαίτερη περίπτωση που επικαλεστεί συμβάσεις μικρότερης διάρκειας, εκτελεσθείσες στην ίδια αναθέτουσα αρχή, αυτές θα πρέπει να είναι *«αδιάλειπτα συνεχόμενες»* (υπό την έννοια ότι ισοδυναμούν με μια ετήσια σύμβαση) και να έχουν συνολική διάρκεια 36 μήνες. Συνεπώς, η εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής παροχή διευκρίνισης για την - κατά ανώτατο όριο - επιτρεπόμενη αδιάλειπτη χρονική διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων μικρότερης του έτους διάρκειας που εκτελούνται στην ίδια αναθέτουσα αρχή, ουδόλως καταργεί την βασική απαίτηση της διακήρυξης περί υποχρεωτικής επίκλησης τριών συμβάσεων συναφών υπηρεσιών που εκτελέστηκαν σε τρεις διαφορετικές αναθέτουσες αρχές, η οποία θεσπίστηκε ρητώς στον επίμαχο όρο. Μάλιστα η χρήση της φράσεως: *«ή /και συμβάσεις με τον ίδιο φορέα»* υπερτονίζει τη βασική θεσπιζόμενη απαίτηση του εν λόγω άρθρου, σύμφωνα με την οποία ζητείται η εκτέλεση συμβάσεων σε διαφορετικές αναθέτουσες αρχές, προς απόδειξη της ζητούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Τέλος, λόγω της αρχής της αυτοτέλει των διαγωνιστικών διαδικασιών, αλυσιτελώς προβάλλονται

από τον προσφεύγοντα αποφάσεις της Αρχής που εκδόθηκαν στο πλαίσιο έτερων δημόσιων διαγωνισμών. Καταληκτικά, νομίμως απορρίφθηκε η εξεταζόμενη προσφορά, διότι η εταιρεία δεν διαθέτει κατά τα έτη 2019, 2020 και 2021 ή και δεν εκτελεί κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, τουλάχιστον τρεις (3) διαφορετικές συμβάσεις παροχής συναφών υπηρεσιών, με ετήσια διάρκεια, αλλά ούτε και τρεις (3) διαφορετικές συμβάσεις παροχής συναφών υπηρεσιών με την ίδια αναθέτουσα αρχή, αδιάλειπτα συνεχόμενες κατά την διάρκεια του έτους, ήτοι, συνολικής διάρκειας τριάντα έξι (36) μηνών (1/1/2019-31/12/2021). Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 1^{ος} λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτός.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ για τον τρίτο οικονομικό φορέα. Η 2^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι δεν υποβλήθηκε αυτοτελής/ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ για την ατομική επιχείρηση «Θ...Β...», στην οποία στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρ. 2.2.5. περ. γ) της διακήρυξης. Από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε για τον ως άνω «τρίτο», τα κάτωθι αρχεία: 1. «E3 2019.pdf». 2. «E3 2020.pdf». 3. «espd-response-v2.signed.pdf». 4. «ΥΔ.ΠΑΡ. ΠΟΡΩΝ.signed.pdf» 5. «E3.2021.pdf». 6. «Σύμβαση Δάνειας Εμπειρίας ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΜΕsigned.pdf». 7. «ΥΔ.ΑΠΟΔ.ΟΡΩΝ.signed.pdf» και 8. «ΥΔ.ΑΠΟΔ.ΕΥΘΥΝΗΣ.signed.pdf». Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου ότι νομίμως έχει υποβληθεί το Ε.Ε.Ε.Σ της εν λόγω ατομικής επιχείρησης, στην οποία στηρίζεται η προσφεύγουσα για την πλήρωση της απαίτησης της περ. γ) του άρθρου 2.2.5 (μη ύπαρξη ζημιών – θετικά αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους κατά την τριετία αναφοράς), μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της για τον εξεταζόμενο λόγο. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι στο πλαίσιο του ως άνω εσφαλμένου συλλογισμού (μη υποβολή ξεχωριστού Ε.Ε.Ε.Σ. για τον τρίτο), η αναθέτουσα αρχή έκρινε, επίσης, εσφαλμένα στη συνέχεια ότι η συμμετέχουσα εταιρεία δήθεν δεν πληροί το κριτήριο του άρθρου 2.2.5. περ. γ) της διακήρυξης, διότι παρουσιάζει ζημίες, που ανέρχονται στο ποσό των 377.073,17, 96.338,26, 377.994,21 ευρώ για τα έτη 2019, 2020 και 2021, αντίστοιχα, αφού, ως προελέχθη, είχε υποβληθεί αυτοτελής Ε.Ε.Ε.Σ για τον ως άνω «τρίτο»

οικονομικό φορέα και επομένως, η συμμετέχουσα εταιρεία -στους ισολογισμούς της οποίας πράγματι εμφανίζονται ζημίες τα ως άνω τρία έτη -στηρίχθηκε νομίμως σε αυτόν για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής. Συναφώς, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

• 3^{ος} λόγος προσφυγής: μη υποβολή του ζητούμενου πιστοποιητικού ISO 39001:2012. Α) Η 2^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, λόγω δήθεν μη συμμόρφωσής της προς την απαίτηση του άρθρ. 2.2.7. της διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν, μεταξύ άλλων, πιστοποιητικό από ανεξάρτητο διαπιστευμένο φορέα για την τήρηση του συστήματος διαχείρισης οδικής ασφάλειας ISO 39001:2012 ή ισοδύναμο. Η κρίση της αναθέτουσας αρχής ήταν εσφαλμένη, διότι ως ισχυρίζεται στην προσφυγή της «... δια της προσκομισθείσας βεβαίωσης του φορέα διαπίστευσης ... εκ μέρους μας βεβαιώνεται ρητώς ότι «η ... ολοκλήρωσε επιτυχώς τον έλεγχο αξιολόγησης του Συστήματος Διαχείρισης Οδικής Ασφάλειας του προτύπου ISO 39000:2012 στις 21 Νοεμβρίου 2022 και αναμένεται η έκδοση του πιστοποιητικού μέχρι και τις 5/12/2022.» Δηλαδή βεβαιώνεται η πλήρωση του κριτηρίου επιλογής της παραγράφου 2.2.7 της διακήρυξης που απαιτεί εκάστοτε συμμετέχων οικονομικός φορέας να διαθέτει το επίμαχο πιστοποιητικό ISO σε ισχύ κατά την ημερομηνία ανάρτησης της διακήρυξης που συνέπιπτε με την 8-12-2022. Και τούτο καθόσον ήδη δια αυτής βεβαιώνεται ότι το πιστοποιητικό θα εκδοθεί μέχρι και την 5-12-2022, ήτοι προ της ημερομηνίας ανάρτησης της διακήρυξης. Όπως εκ παραδρομής η εταιρεία μας δεν προσκόμισε και το ίδιο το πιστοποιητικό παρά μόνο την οικεία βεβαίωση, ενώ λαμβάνοντας υπόψη ότι ρητώς δήλωσε την πλήρωσή του δια της ως άνω βεβαίωσης, ήταν δυνατή η κλήση της εταιρείας μας για παροχή διευκρίνισης και δη προς αναπλήρωση στοιχείου εξακριβώσιμου πλήρως ως προς τον προγενέστερο χαρακτήρα του... Προς τούτο δε επισυνάπτουμε στην παρούσα το επίμαχο πιστοποιητικό ISO 39000:2012...».

Β) Λαμβανομένου υπόψη ότι το επίμαχο πιστοποιητικό υποβλήθηκε το πρώτον ενώπιον της Αρχής, μαζί με την ασκηθείσα προσφυγή δεν δύναται νομίμως να γίνει δεκτό, διότι θα έπρεπε να είχε υποβληθεί μαζί με την

προσφορά της εν λόγω εταιρείας (βλ. άρθρ. 2.2.7. και 2.4.3.1 της διακήρυξης). Επισημαίνεται ότι στο άρθρ. 2.4.3.1 προβλέπεται με σαφήνεια ότι: «*Επιπλέον, οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετάσχουν οφείλουν να καταθέσουν τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 και την βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.5*». Ωστόσο, παρά το γεγονός ότι στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα εν τοις πράγμασι συνομολογεί την μη πλήρωση της επίμαχης απαίτησης, αφού στον διαγωνισμό υπέβαλε μόνο τη βεβαίωση του φορέα πιστοποίησης «...», με την οποία βεβαιώνεται το ότι ολοκληρώθηκε επιτυχώς ο έλεγχος αξιολόγησης του συστήματος διαχείρισης οδικής ασφάλειας του προτύπου ISO 39000:2012 στις 21 Νοεμβρίου 2022 και για το ότι αναμένεται η έκδοση του πιστοποιητικού μέχρι και τις 05.12.2022, κρίνεται βάσιμος ο ισχυρισμός της περί παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να την καλέσει (προ του αποκλεισμού της), προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων/συμπληρώσεων, δυνάμει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει. Και τούτο, διότι η μεταγενέστερη υποβολή του επίμαχου πιστοποιητικού ουδόλως θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς, ούτε θα προσέδιδε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην εν λόγω εταιρεία σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού, αφού είναι αντικειμενικώς εξακριβώσιμο ότι είχε ολοκληρωθεί ο σχετικός έλεγχος αξιολόγησης του ζητούμενου συστήματος και επομένως, η προσφεύγουσα διέθετε το εν λόγω προσόν κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών στον ένδικο διαγωνισμό (14.01.2023), ήτοι, δεν το απέκτησε μετά την παρέλευση της προθεσμίας υποβολής προσφορών. Εξάλλου, η έκδοση του πιστοποιητικού έλαβε -εν τέλει- πράγματι χώρα στις 05.12.2022, ως ακριβώς αναφέρεται στο σώμα της υποβληθείσας βεβαίωσης του φορέα πιστοποίησης. Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 3^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

●4^{ος} λόγος: μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς του προσωρινού μειοδότη. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο που υπέβαλε η εταιρεία «...» ουδόλως πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης [βλ. όρο 2.2.5. περ. δ) σε συνδυασμό με όρο 2.2.9.2. περ. Β.3.], διότι, κατά

παράβαση των ως άνω όρων, περιέχει αποκλεισμό της ασφαλιστικής κάλυψης από ζημία προερχόμενη από κάθε επαγγελματικό λάθος, παράλειψη ή συμβουλή που προέρχεται από την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του ασφαλισμένου και των προστηθέντων του (Επαγγελματική Αστική Ευθύνη) και από την επαγγελματική ιδιότητα του ασφαλισμένου, δηλαδή την παροχή οδηγιών, συμβουλών, σχεδίων, συνταγών, προδιαγραφών ή πιστοποιητικών. Κατά την προσφεύγουσα, το ότι δεν καλύπτονται οι ζημίες από ηθελημένες και εκούσιες ενέργειες της αναδόχου εταιρείας επιρρωνύεται από τον «ΓΕΝΙΚΟ ΟΡΟ 4.20 ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ» του ανωτέρω ασφαλιστηρίου, που ορίζει ως εξαίρεση από την ασφαλιστική κάλυψη τη ζημία «Από κάθε επαγγελματικό λάθος, παράλειψη ή συμβουλή που προέρχεται από την επαγγελματική δραστηριότητα του ασφαλισμένου και των προστηθέντων του (επαγγελματική αστική ευθύνη).».

Β) Στην περ. δ) του άρθρου 2.2.5. της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «δ) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς ασφαλιστήριο συμβόλαιο ασφάλισης προς οποιονδήποτε τρίτο, η οποία ανακύπτει από ή οφείλεται στην εκτέλεση του Έργου, περιλαμβανομένων αλλά όχι μόνο, περιπτώσεων θανάτου, σωματικών βλαβών, απώλειας ή ζημίας περιουσίας, ατυχηματικής ρύπανσης, ψυχικής οδύνης και ηθικής βλάβης, μέχρι εκείνων των ορίων ευθύνης τα οποία θα διατηρούσε σε ισχύ ένας συνετός λειτουργός έργου παρόμοιας φύσης, μεγέθους και χαρακτηριστικών του Έργου και τα οποία σε καμία περίπτωση δεν θα είναι χαμηλότερα των 1.000.000,00€ ανά γεγονός και για το σύνολο των γεγονότων αθροιστικά ετησίως...». Επίσης, στο άρθρο 2.2.9.2. («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β.3 της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) ... δ) Ασφαλιστήριο συμβόλαιο συνοδευόμενο από υπεύθυνη δήλωση ότι θα διατηρούν τις ασφαλιστικές καλύψεις σε ισχύ για χρονικό διάστημα αντίστοιχο με το χρόνο διάρκειας της σύμβασης. Με το συμβόλαιο θα καλύπτονται ζημίες ή βλάβες που τυχόν θα προκληθούν στις εγκαταστάσεις της αναθέτουσας αρχής, στο εργαζόμενο σε αυτήν προσωπικό ή σε οποιονδήποτε τρίτο, από αποκλειστική αμέλεια του αναδόχου ή των υπαλλήλων του ή των προστηθέντων του,

ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων, οι οποίοι τυχόν θα εγείρουν αξίωση αποζημίωσης κατά τη διάρκεια της ασφαλιστικής περιόδου...».

Η καθής η προσφυγή υπέβαλε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης το με αριθμ. συμβ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο ατυχημάτων της εταιρείας «...», την με αριθμ. ... πρόσθετη πράξη αυτού, την με αριθμ. ... πρόσθετη πράξη αυτού, καθώς και τα καταθετήρια πληρωμής των ασφαλίσεων. Τέλος, προσκόμισε την, από 17.03.2023, υπεύθυνη δήλωση του Προέδρου της - νομίμου εκπροσώπου, στην οποία δηλώθηκε ότι: «Θα διατηρούμε τις ασφαλιστικές καλύψεις σε ισχύ για χρονικό διάστημα αντίστοιχο με το χρόνο διάρκειας της σύμβασης. Με το συμβόλαιο καλύπτονται και θα καλύπτονται ζημιές ή βλάβες που τυχόν θα προκληθούν στις εγκαταστάσεις της αναθέτουσας αρχής (...), στο εργαζόμενο σε αυτήν προσωπικό ή σε οποιονδήποτε τρίτο, από αποκλειστική αμέλεια της εταιρείας ή των υπαλλήλων της ή των προστηθέντων της, ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων, οι οποίοι τυχόν θα εγείρουν αξίωση αποζημίωσης κατά τη διάρκεια της ασφαλιστικής περιόδου.». Στο εν λόγω ασφαλιστήριο συμβόλαιο (σελ. 2-4), αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «... ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΑΣΦΑΛΙΖΟΜΕΝΟΥ ΚΙΝΔΥΝΟΥ Καλύπτεται η αστική ευθύνη του Ασφαλισμένου όπως αυτή προσδιορίζεται στους όρους του παρόντος ασφαλιστηρίου για την ιδιότητά του όπως αυτή περιγράφεται πιο κάτω. Το ανώτατο όριο ευθύνης αναγράφεται στον πίνακα ασφαλιζόμενων ορίων. Αφορά παροχή υπηρεσιών καθαριότητας καθώς και υπηρεσιών εστίασης ιδιωτικών και δημοσίων επιχειρήσεων σε διάφορες διευθύνσεις εντός ελληνικής επικράτειας. Επιπρόσθετα καλύπτονται και εργασίες συντήρησης πρασίνου και ελέγχου παρασίτων. Επέκταση κάλυψης - Κάλυψη ευθύνης προστήσαντος [...] ΕΡΓΟΔΟΤΙΚΗ ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ (ως υπο-όριο Γενικής Αστικής Ευθύνης) [...] Γ. ΕΠΕΚΤΑΣΕΙΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΑΣΤΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΑΤΥΧΗΜΑΤΙΚΗ ΡΥΠΑΝΣΗ [...] ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΕΡΓΟΔΟΤΗ [...] ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΕΡΓΟΥ/ ΒΟΗΘΗΤΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ [...] ΦΟΡΤΩΣΗ, ΕΚΦΟΡΤΩΣΗ [...] ΚΑΛΥΨΗ ΕΚΤΟΣ ΤΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ...». Επίσης, σύμφωνα με την υπ' αριθ. ... πρόσθετη πράξη, τα ασφαλιζόμενα όρια αστικής ευθύνης αυξήθηκαν ως εξής: «ΑΝΑ ΖΗΜΙΟΓΟΝΟ ΓΕΓΟΝΟΣ, ΕΥΡΩ 5.000.000 - ΑΘΡΟΙΣΤΙΚΑ ΓΙΑ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΠΕΡΙΟΔΟ, ΕΥΡΩ 5.000.000». Τέλος, σύμφωνα με την υπ' αριθ. ... πρόσθετη πράξη, τα ασφαλιζόμενα όρια

εργοδοτικής ευθύνης αυξήθηκαν ως εξής: «ΣΩΜΑΤΙΚΕΣ ΒΛΑΒΕΣ ΚΑΤ' ΑΤΟΜΟ, ΕΥΡΩ 3.000.000 - ΣΩΜΑΤΙΚΕΣ ΒΛΑΒΕΣ ΟΜΑΔΙΚΟ, ΕΥΡΩ 3.000.000 - ΑΝΩΤΑΤΟ ΟΡΙΟ ΕΥΡΩ, 3.000.000.».

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι με την ασφαλιστική σύμβαση καλύπτεται πλήρως η αστική ευθύνη της εταιρείας για την άσκηση της επιχειρηματικής της δραστηριότητας, η οποία περιλαμβάνει ρητά, μεταξύ άλλων, την «*παροχή υπηρεσιών καθαριότητας [...] ιδιωτικών και δημοσίων επιχειρήσεων σε διάφορες διευθύνσεις εντός ελληνικής επικράτειας*», καθώς και ένα ευρύ φάσμα επεκτάσεων/ πρόσθετων καλύψεων, που μπορεί να σχετίζονται με το πιο πάνω αντικείμενο, όπως ευθύνη προστήσαντος, εργοδοτική αστική ευθύνη, ατυχηματική ρύπανση, ζημίες από τη χρήση μηχανημάτων έργου ή βοηθητικών μηχανημάτων, ζημίες κατά την φόρτωση ή εκφόρτωση φορτίου, κάλυψη ατυχημάτων και εκτός των εγκαταστάσεων που περιγράφονται στο ασφαλιστήριο κλπ.

Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον δεν καλύπτονται οι ζημίες από ηθελημένες και εκούσιες ενέργειες της αναδόχου εταιρείας, ως προκύπτει από τον ΓΕΝΙΚΟ ΟΡΟ 4.20 ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ του ανωτέρω ασφαλιστηρίου, επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 25 («Ασφάλιση αστικής ευθύνης») του ν. 2496/1997 «Ασφαλιστική σύμβαση, τροποποιήσεις της νομοθεσίας για την ιδιωτική ασφάλιση και άλλες διατάξεις», ως ισχύει: «*Η ασφάλιση αστικής ευθύνης περιλαμβάνει τις δαπάνες, που προέρχονται άμεσα από την απόκρουση και ικανοποίηση αξιώσεων τρίτων κατά του λήπτη της ασφάλισης, που γεννήθηκαν από πράξεις ή παραλείψεις του για τις οποίες είχε συμφωνηθεί ασφαλιστική κάλυψη. Δεν παρέχεται κάλυψη, αν οι πράξεις ή οι παραλείψεις προκλήθηκαν από δόλο του λήπτη της ασφάλισης ή του ασφαλισμένου*». Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, η οποία αποδίδει βασική αρχή του ασφαλιστικού δικαίου, δεν ασφαλίζονται οι πράξεις ή παραλείψεις που προκλήθηκαν από δόλο του ασφαλισμένου, δηλαδή από ηθελημένες και εκούσιες ενέργειες, καθώς δεν εμπίπτουν στη έννοια του ασφαλιστικού κινδύνου και ως εκ τούτου, κρίνονται αβάσιμες οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, με τις οποίες συσχετίζει την υπό στοιχ. 4.20 γενική εξαίρεση του ασφαλιστηρίου με την (μη) κάλυψη ζημιών από «*ηθελημένες και εκούσιες ενέργειες*», παρότι τούτο δεν επιτρέπεται από την ασφαλιστική νομοθεσία. Επομένως, η προβλεπόμενη στο ασφαλιστήριο

υπό στοιχ. 4.20 γενική εξαίρεση της επαγγελματικής αστικής ευθύνης, πέραν του ότι δεν κατισχύει των ειδικών όρων του, ουδόλως αφορά στην επιχειρηματική δραστηριότητα της παρεμβαίνουσας, η οποία και καλύπτεται πλήρως ασφαλιστικά για την αστική ευθύνη έναντι τρίτων, αλλά στην άσκηση επαγγέλματος/ειδικής επαγγελματικής δραστηριότητας που δεν σχετίζεται με το αντικείμενο της ασφαλιζόμενης δραστηριότητας της εταιρείας (π.χ. αν η εταιρεία παρείχε παράλληλα υπηρεσίες χρηματοοικονομικού ελεγκτή, μηχανικού, ασφαλιστικού διαμεσολαβητή κλπ). Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 4^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση 1^η προδικαστική προσφυγή («...»), θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και ομοίως, θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και η ασκηθείσα 1^η παρέμβαση.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση 2^η προδικαστική προσφυγή («...»), θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και ομοίως, θα πρέπει να γίνει εν μέρει και η ασκηθείσα παρέμβαση.

18. Επειδή, ύστερα από αναφερόμενα στη σκέψη 16, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η 1^η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

19. Επειδή, ύστερα από τα αναφερόμενα στη σκέψη 17, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η 2^η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την 1^η προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την 2^η προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την 1^η παρέμβαση.

Δέχεται εν μέρει την 2η παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ...06.04.2023 (θέμα 15ο) απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (στην οποία ενσωματώνονται και οι υπ' αριθ. .../16.02.2023 και .../02.03.2023 αποφάσεις του Δ.Σ), με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. .../31.03.2023 πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με

Αριθμός απόφασης: 997, 998 /2023

τίτλο: «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΚΤΙΡΙΑΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ», κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος από την 1^η προσφεύγουσα παραβόλου, ποσού επτά χιλιάδων διακοσίων σαράντα ενός (7.241,00) €.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος από την 2^η προσφεύγουσα παραβόλου, ποσού επίσης επτά χιλιάδων διακοσίων σαράντα ενός (7.241,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 13η Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε 03η Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ