

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 21 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 19-4-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 834/20-4-2021 του οικονομικού φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της σε αυτόν κοινοποιηθείσας από 8-4-2021 Απόφασης με αρ. 20856 της από 5.4.2021 1400^{ης} συνεδρίασης ΔΣ του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα, ως και της από 12-4-2021 κοινοποιηθείσας υπ' αρ. 29Γ/17-11- 2020 μη σύμφωνης Γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την προμήθεια, εγκατάσταση και δοκιμαστική λειτουργία τριών (3) συστημάτων, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ 535.000,00 ευρώ, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 14-6-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 18-6-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Ο αναθέτων υποβάλλει τις από 29-4-2021 Απόψεις του και ο προσφεύγων το από 14-5-2021 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016, παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.675 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο εμπίπτουσας, λόγω αξίας και χρόνου αποστολής δημοσίευσης, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, διαδικασίας, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 19-4-2021, κατά παρέκταση στην αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, προσφυγή κατά της από 8-4-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης, η οποία κατ' αποδοχή της από 12-4-2021 συμπροσβαλλομένης γνώμης της ως άνω Επιτροπής, απέκλεισε τον προσφεύγοντα, αποφασίζοντας «Την απόρριψη κατ' άρθρο 103, παρ.5 του Ν.4412/2016 της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου «...», σε συμμόρφωση με την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παρ.9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, χωρίς την κατάπτωση εγγυητικής επιστολής λόγω της συνδρομής περίπτωσης του άρθρου 104 για τον δημόσιο, ανοικτό, ηλεκτρονικό, άνω των ορίων, διαγωνισμό ... με αντικείμενο την «Προμήθεια, εγκατάσταση και συντήρηση: α) ενός συστήματος υγρής χρωματογραφίας υψηλής απόδοσηφασματομετρίας μαζών υψηλής διακριτικής ικανότητας, β) ενός συστήματος επεξεργασίας δειγμάτων με εκχύλιση στερεάς φάσης (Solid Extraction Spe), γ) ενός συστήματος προσδιορισμού μετάλλων, μεταλλοειδών και αλκαλίων (φασματομέτρο μάζας με επαγωγικώς συζευγμένο πλάσμα-Inductively Coupled Plasma Mass Spectrometry, Icp-MS). Την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας του ... λόγω του ότι δεν έχει υποβληθεί άλλη παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό. Την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Την επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας με τους ίδιους όρους». Παραδεκτώς δε ενώπιον της ΑΕΠΠ συμπροσβάλλεται και η ως άνω γνώμη, καθ' ο μέρος ενσωματώθηκε στην πρώτη ως άνω προσβαλλομένη, αποτελώντας ρητά την εξ αυτής παραπεμπόμενη αιτιολογία αυτής. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά το ιστορικό της προσβαλλομένης, την 29-6-2020 και ενώ ο προσφεύγων ήταν ήδη προσωρινός ανάδοχος, αιτήθηκε παράταση

προθεσμίας υποβολής δικαστικών πιστοποιητικών, η οποία εγκρίθηκε, πλην όμως με την ίδια επιστολή του γνωστοποίησε στον αναθέτοντα ότι «...η Εταιρεία μας επιθυμεί, δια της παρούσης επιστολής, να σας ενημερώσει για το γεγονός ότι όλως εσχάτως, δηλαδή μετά την πρόσκλησή σας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κοινοποιήθηκε στην εταιρεία μας αρχικώς στις 18.6.2020 μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και, εν συνεχεία, στις 26.6.2020, μέσω ταχυδρομείου το αριθμ. 383/29.05.2020 πρακτικό συνεδρίασης του Δ.Σ. του ..., με το οποίο εγκρίθηκε εισήγηση της Επιτροπής Παραλαβής Συνοπτικού Διαγωνισμού της σύμβασης «Προμήθεια εργαστηριακού βιοαντιδραστήρα και αναλωσίμων» για την κήρυξη της Εταιρείας μας ως έκπτωτης από την από 15.2.2019 Σύμβαση Προμήθειας και την επιβολή της κύρωσης της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής ποσού 2.492,50 Ευρώ λόγω μη παράδοσης του συνόλου του εξοπλισμού και μη αντικατάστασης του μερικώς παραδοθέντα εξοπλισμού εντός των συμβατικών προθεσμιών. ... Σε κάθε περίπτωση και υπό οποιαδήποτε εκδοχή, η Εταιρεία μας έχει λάβει τα ακόλουθα μέτρα αποκατάστασης οποιασδήποτε αμφιβολίας για την αξιοπιστία της: 1) Πρόκειται να ασκήσει άμεσα προσφυγή (άρθρου 205 ν. 4412/2016) ενώπιον του ... κατά της αριθμ. 383/29.05.2020 απόφασης τους Δ.Σ. του 2) Έχει προτείνει προς το ... την δωρεάν προμήθεια προς αυτό του αντικειμένου της σύμβασης, ως προς την οποία η Εταιρεία μας κηρύχθηκε έκπτωτη (μη οριστικώς μέχρι σήμερα), πρόταση ως προς την οποία το ... μέχρι σήμερα δε έχει λάβει οποιαδήποτε θέση, αρνητική ή θετική. 3) Με την από 26.06.2020 Απόφαση του Δ.Σ. της Εταιρείας, εγκρίθηκε νέα πολιτική της εταιρείας ως προς την επιλογή προμηθευτών προς συνεργασία με την εταιρεία σε περίπτωση συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία ακολουθεί το σύστημα Συστήματος Διασφάλισης Ποιότητας πιστοποιημένο κατά τα Διεθνή Πρότυπα ISO 9001:2000 και EN ISO 13845 της εταιρείας. 4) Προέβη σε εσωτερική έρευνα ως προς τα πραγματικά περιστατικά και τις ενέργειες των εμπλεκόμενων στελεχών της εταιρείας, καθώς και σε καταγραφή διαχειριστικών αστοχιών των στελεχών αυτών και έλαβε μέτρα αναδιοργάνωσης του εμπορικού τμήματος της εταιρείας. 7 5) Με την από 26.06.2020 Απόφαση του

Δ.Σ. της Εταιρείας, εγκρίθηκε νέα Πολιτική Εσωτερικών Διαδικασιών Διαχείρισης Δημοσίων Συμβάσεων ως προς τους κανόνες και τις διαδικασίες σύνταξης προσφορών για την συμμετοχή της εταιρείας σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, καθώς και ως προς τη διασφάλιση της παρακολούθησης της ορθής εκτέλεσης των εν λόγω συμβάσεων μετά την σύναψή τους. 6) Ανέλαβε πρωτοβουλίες επιμόρφωσης των εργαζομένων της, που ασχολούνται με τη συμμετοχή της εταιρείας σε διαδικασίες ανάθεσης και την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών, μέσω της προμήθειας σχετικών νομικών εγχειριδίων και τη διοργάνωση ειδικά διαδικτυακού σεμιναρίου με θέμα τις δημόσιες συμβάσεις. 7) Κινητοποίησε τη διαδικασία επικαιροποίησης των εσωτερικών διαδικασιών ποιότητας της εταιρείας βάσει των πιστοποιήσεων ISO». Άρα, το ως άνω γεγονός, συνιστάμενο σε έκπτωσή του προσφεύγοντος, από άλλη δημόσια σύμβαση, λόγω μη παράδοσης του συνόλου του εξοπλισμού και μη αντικατάστασης του μερικώς παραδοθέντα εξοπλισμού, εμπροθέσμως, είναι σε κάθε περίπτωση οψιγενές, η δε Επιτροπή Διαγωνισμού την 8-7-2020 κάλεσε τον προσφεύγοντα να υποβάλει συμπληρωματικά έγγραφα περί της ως άνω διαφοράς, που ο προσφεύγων απέστειλε την 27-7-2020, μαζί με την πράξη έκπτωσής του, την προσφυγή του κατ' αυτής, πρότασή του προς το ... και αναλυτική έκθεση μέτρων αυτοκάθαρσης. Επιπλέον, την 5-11-2020 ο προσφεύγων ενημέρωσε τον αναθέτοντα για τις εξελίξεις στην ως άνω υπόθεση, που οδήγησαν στην επαναπροκήρυξη του εκεί διαγωνισμού και ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου. Βάσει δε της από 15-10-2020 αξιολόγησης Επιτροπής Διαγωνισμού, συντάχθηκε η υπ' αρ. 691/22-10-2020 απόφαση Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντος, ως Σχέδιο Απόφασης προς την Επιτροπή του άρ. 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς του αναθέτοντα, το ως άνω Σχέδιο καταλήγει απευθείας και ως δεδομένο στο αποτέλεσμα της εξέτασης των επανορθωτικών μέτρων, χωρίς κάποια σκέψη ή υπαγωγή του πραγματικού που αναλυτικά σε αυτό εκτίθεται στους λόγους αποκλεισμού της νυν διακήρυξης. Τούτο δε, ενώ κατά τον όρο 2.2.3.4 της νυν ένδικης διακήρυξης θεσπίζονται οι εξής λόγοι αποκλεισμού «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας

σύμβασης, προσφέρων 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, ... (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την 17 ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία.». Επομένως, μόνη της η έκπτωση από προηγούμενη σύμβαση δεν τίθεται ως άνευ ετέρου λόγος αποκλεισμού, ώστε να καταγνωσθεί καταρχήν αυτός και να απομείνει για την πρόοδο της διαδικασίας η εξέταση των επανορθωτικών μέτρων, η οποία προϋποθέτει προηγούμενη κατάγνωση καταρχήν συνδρομής λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4. Όμως, οι δύο ως άνω λόγοι αποκλεισμού προϋποθέτουν αντιστοίχως, αντί απλής εκπτώσεως, να έχει επέλθει αυτή κατόπιν «σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο της προηγούμενης σύμβασης» ή να συγκροτείται επί τη βάση «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα» και άρα, ο αναθέτων πρέπει να ασκήσει την οικεία εκτιμητική και αξιολογική του ευχέρεια, ώστε να υπαγάγει το πραγματικό της διαφοράς στις ως άνω ειδικότερες αόριστες νομικές έννοιες που πρέπει να εξειδικευθούν επί του ζητήματος και να καταγνωσθεί ή μη, η επέλευση των οικείων προϋποθέσεων και αυτά, ως προϋπόθεση για την περαιτέρω εξέταση των επανορθωτικών μέτρων, που συνιστούν θεραπεία επί ήδη καταγνωσθέντος λόγου αποκλεισμού. Πλην όμως, σε κάθε περίπτωση, ο αναθέτων δικαιούται, ενόψει έλλειψης καταγραφής στο ως άνω Σχέδιο, που αποτέλεσε το έρεισμα περαιτέρω παραπομπής στην Επιτροπή του άρ. 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016, ως και στην προσβαλλομένη, ειδικής αιτιολόγησης συνισταμένης ακριβώς στην υπαγωγή της περίπτωσης στους παραπάνω λόγους αποκλεισμού, να συμπληρώσει δια των κατ' άρ. 365

παρ. 1 Ν. 4412/2016 Απόψεων του και υπό τον όρο, όπως όντως έλαβε χώρα, εμπροθέσμου κοινοποίησης αυτών, τη σχετική του αιτιολογία ή και να την παραθέσει το πρώτον, αφού εξάλλου δεν συνίσταται καν σε νέες βάσεις αποκλεισμού, αλλά σε επεξήγηση δι' αναλυτικής αιτιολογίας της στοιχειοθέτησης των εξαρχής αποδεκτών εκ του αναθέτοντος λόγων αποκλεισμού. Ο δε αναθέτων με τις Απόψεις του εκθέτει τα εξής σχετικά «, πως από τα πραγματικά περιστατικά της εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης με το ..., όπως συνάγονται από τους ίδιους τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, αλλά και το από 05-03-2020 υπόμνημά της προς το ..., που στο ιστορικό εκθέτουμε πως το προσκόμισε ενώπιον μας, συνάγεται με σαφήνεια, πως παρά την παροχή αρκετών παρατάσεων προς την προσφεύγουσα από το ... για την προμήθεια του εκεί συμβατικού αντικειμένου, ύστερα από αιτήματα της πρώτης, εν τέλει το προϊόν που προσκόμισε/προμήθευσε ΟΥΔΟΛΩΣ ανταποκρινόταν στις απαιτήσεις/προδιαγραφές/συμφωνημένες ιδιότητες της εκεί σύμβασης, καθώς, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στο από 05-03- 2020 υπόμνημά της προς το ... (που βρίσκεται στην κατοχή μας): «Κατά τον έλεγχο για την εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία του παραδοθέντος εξοπλισμού στον τόπο παράδοσης παρουσία εκπροσώπων της εταιρείας μας και του Κέντρου στις 11- 11-2019, διαπιστώθηκε ωστόσο -σε δυσάρεστη έκπληξή μας- ότι από αυτόν έλειπαν ορισμένα κρίσιμα εξαρτήματα, καθώς και το πρόγραμμα λογισμικού ... που θα επέτρεπαν την προσήκουσα παράδοσή του και τη θέση του σε λειτουργία, ενώ παράλληλα ορισμένα μέρη του εξοπλισμού δεν είχαν κατασκευαστεί σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές». Από τα παραπάνω, που ήταν -ΚΑΤΑ ΤΕΚΜΗΡΙΟ- σε γνώση της, ήδη από τον Ιούλιο του 2020, όταν και προσκομίσθηκε μεταξύ άλλων το από 05-03-2020 υπόμνημα της προσφεύγουσας προς το ..., αποδεικνύεται, ότι η προσφεύγουσα όχι μόνο καθυστέρησε να παραδώσει το συμφωνηθέν προϊόν, αλλά και κατά την καθυστερημένη παράδοση του διαπιστώθηκαν ουσιώδεις πλημμέλειες μη δυνάμενες να διορθωθούν. Ήτοι δεν παράδωσε, εν τέλει τον εξοπλισμό! Άσχημη, δε, εντύπωση προκάλεσε η παραδοχή της προσφεύγουσας «....» πως δεν είχε προβεί σε οίκοθεν έλεγχο του εξοπλισμού πριν την παράδοση του στο

..., ύστερα από την παραλαβή του εξοπλισμού από την κατασκευάστρια εταιρεία. Θα πρέπει να επισημανθεί, παράλληλα, πως η αδυναμία αλλαγής κατασκευαστή/προμηθευτή από την προσφεύγουσα, ενώ είχε διαφανεί πως ο συνεργαζόμενος μ' αυτή φορέας-κατασκευαστής φέρεται αντισυμβατικά, είναι στοιχείο που σταθμίζεται εις βάρος της προσφεύγουσας, μιας και κατά τα συναλλακτικά ήθη αυτή έχει το βάρος και την ευθύνη να αντιμετωπίσει τέτοια περιστατικά, χωρίς να μπορεί να τεθεί ζήτημα ανωτέρας βίας, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Τα παραπάνω πραγματικά περιστατικά σε συνδυασμό με την φύση του εξοπλισμού του διαγωνισμού προμήθειας ... και το σκοπό της (η καθ' ύλην αρμόδια εταιρεία στην περιοχή της Αττικής για την λειτουργία, συντήρηση και βελτίωση των δικτύων ύδρευσης και αποχέτευσης) συνηγορούν εύλογα στην κρίση μας περί της, καταρχήν, ύπαρξης λόγου αποκλεισμού εις βάρος της προσφεύγουσας εταιρείας σύμφωνα με τις προβλέψεις της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.... Εν προκειμένω όπως προκύπτει από τα σχετικά έγγραφα που καταθέτει η προσφεύγουσα (!) ο αναθέτων φορέας «...» του έκρινε, πως τα ίδια ΑΚΡΙΒΩΣ πραγματικά περιστατικά, ήτοι η έκπτωση της προσφεύγουσας από την από 15-2-2019 σύμβαση προμήθειας με το ..., ύστερα από την 383/29-05-2020 απόφαση του ΔΣ του τελευταίου, συνιστούν, καταρχήν, λόγο αποκλεισμού!! Ακολούθησε, δε, σύνταξη Σχεδίου Απόφασης περί της επάρκειας των προβλεπθέντων μέτρων εκ της προσφεύγουσας και η έκδοση σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (Γνωμοδότηση 33Ε /20-01-2021). Συνάγεται, λοιπόν, πως όλως αντιφατικά μας ενάγει η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη πως μη νόμιμα κρίναμε πως, καταρχήν, συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού εις βάρος της για τα παραπάνω, ενώ την ίδια στιγμή αποδέχεται την ορθότητα παρόμοιας κρίσης άλλου αναθέτοντος φορέα επί των ίδιων πραγματικών περιστατικών!! Συμπερασματικά, νόμιμα, σε συμμόρφωση με την αρχή της αναλογικότητας, με σαφήνεια και ειδική αιτιολόγηση η εταιρεία μας έκρινε πως, καταρχήν, συντρέχει εις βάρος της προσφεύγουσας ο λόγος αποκλεισμού της περ. στ' του άρθρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης ... και της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.».

Άρα, με αναλυτική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, ως και κρίση κινούμενη εντός των πλαισίων της διακριτικής του ευχέρειας, ο αναθέτων αιτιολογεί την υπαγωγή της περίπτωσης του προσφεύγοντος στον λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. στ' Ν. 4412/2016 και όρου 2.2.3.4.στ της νυν διακήρυξης, χωρίς να προκύπτει εξάλλου δι' αυτής, υπέρβαση των άκρων ορίων της εκτιμητικής του ευχέρειας ή έρεισμα επί ανύπαρκτης ή εσφαλμένης προϋπόθεσης και τούτο ενώ η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια αποκλειστικά σε οριακό έλεγχο επί τέτοιας ενάσκησης αξιολογικής ευχέρειας και δεν δύναται να υπεισέλθει σε νέα και ίδια αξιολογική κρίση, κατ' απόρριψη των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

4. Επειδή, σε κάθε όμως περίπτωση, η ως άνω Επιτροπή του άρ. 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016, η μη σύμφωνη γνώμη της οποίας ο αναθέτων αποτέλεσε πλήρες και αποκλειστικό έρεισμα της πρώτης προσβαλλομένης για την απόρριψη των επανορθωτικών μέτρων του προσφεύγοντος, παρά το ιδιαιτέρως αναλυτικό υπόμνημα έκθεσης επανορθωτικών μέτρων του, όπου περιγράφει πλήθος οργανωσιακών αλλαγών, εταιρικών πολιτικών και μεθόδων εσωτερικού ελέγχου και εταιρικής διακυβέρνησης, απέρριψε τα οικεία επανορθωτικά μέτρα με την εξής αιτιολογία «...- Την από 26-06-2020 συνταχθείσα και προσκομισθείσα ενώπιον της Επιτροπής του Διαγωνισμού ... Έκθεση Μέτρων Αυτοκάθαρσης της εταιρείας «....» με την οποία αναφέρεται, ανά περίπτωση, πως θα εφαρμοστεί η παραπάνω απόφαση Δ.Σ. και ποια είναι τα μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρείας αυτής. Στο έγγραφο αυτό περιγράφονται με λεπτομέρειες, μεταξύ άλλων, ενέργειες όπως η διακοπή δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην ανωτέρω διαφορά, η λήψη μέτρων αναδιοργάνωσης του προσωπικού, ιδίως του εμπορικού τμήματος της εταιρείας (αφαίρεση αρμοδιοτήτων – προσθήκη υποχρεώσεων επιμέλειας –μετακινήσεις και αξιολόγηση προσωπικού – η θέσπιση νέου οργάνου, του Υπεύθυνου Διαχείρισης Κινδύνων και οι αρμοδιότητές του – ενέργειες επιμόρφωσης του προσωπικού σχετικά με τον ν. 4412/2016), η θέσπιση συστήματος/μεθόδου αξιολόγησης νέων προμηθευτών και υπάρχοντων συνεργασιών για την αποφυγή συνεργασίας με αναξιόπιστους

προμηθευτές, η θέσπιση διαδικασίας/μεθόδου ελέγχου από την εταιρεία παρακολούθησης της ομαλής πορείας συμμετοχής σε δημόσιες συμβάσεις και εκτέλεσης αυτών, η θέσπιση κανόνων αυξημένης ευθύνης του προσωπικού της εταιρείας με σκοπό την εφαρμογή των παραπάνω διαδικασιών/μεθόδων. -Η Επιτροπή για το ανωτέρω θέμα 29Γ αφού μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, και σύμφωνα με τα ειδικότερα: - Τα οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και θέματα προσωπικού αναφέρονται στην από 26-6-2020 Έκθεση Μέτρων Αυτοκάθαρσης (η κοινοποίηση κήρυξης εκπτώτου κοινοποιήθηκε στην εταιρεία στις 18.6.2020) και περιγράφονται, μεταξύ άλλων, ενέργειες όπως α) η διακοπή δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην ανωτέρω διαφορά, β) η λήψη μέτρων αναδιοργάνωσης του προσωπικού, ιδίως του εμπορικού τμήματος της εταιρείας (αφαίρεση αρμοδιοτήτων – προσθήκη υποχρεώσεων επιμέλειας – μετακινήσεις και αξιολόγηση προσωπικού – γ) η θέσπιση νέου οργάνου, του Υπεύθυνου Διαχείρισης Κινδύνων και οι αρμοδιότητές του – ενέργειες επιμόρφωσης του προσωπικού σχετικά με τον ν. 4412/2016), δ) η θέσπιση συστήματος/μεθόδου αξιολόγησης νέων προμηθευτών και υπαρχόντων συνεργασιών για την αποφυγή συνεργασίας με αναξιόπιστους προμηθευτές, ε) η θέσπιση διαδικασίας/μεθόδου ελέγχου από την εταιρεία παρακολούθησης της ομαλής πορείας συμμετοχής σε δημόσιες συμβάσεις και εκτέλεσης αυτών, στ) η θέσπιση κανόνων αυξημένης ευθύνης του προσωπικού της εταιρείας με σκοπό την εφαρμογή των παραπάνω διαδικασιών/μεθόδων , τα οποία δεν αποδεικνύονται με τα έως σήμερα στοιχεία που έχουν τεθεί στην κρίση της Επιτροπής , γεγονός που καθιστά την από 26-6-8 2020 Έκθεση Μέτρων Αυτοκάθαρσης ως βούληση της εταιρείας και όχι ως πράξεις αυτής.». Τούτο, ενώ ο προσφεύγων, αφενός περιγράφει αναλυτικά τις διαδικασίες ελέγχου νέων προμηθευτών εφεξής, την επιμόρφωση των εργαζομένων του, τη θέσπιση του υπευθύνου διαχείρισης κινδύνων, την εσωτερική αναδιάρθρωση εμπορικού τμήματος αυτής, την αλλαγή διευθυντή πωλήσεων ως προς τη συνεργασία με το δημόσιο, τη διακοπή συνεργασίας με τον προηγούμενο προμηθευτή, την προμήθεια νομικού υλικού για την επιμόρφωση των εργαζομένων του, την

ανακατανομή αρμοδιοτήτων και τις νέες αρμοδιότητες διευθυντή πωλήσεων και υπευθύνου αποθήκης, την επιβολή συστάσεων στον διευθύνοντα σύμβουλο και τον ορισμό του ως υπευθύνου συμμόρφωσης, τα νέα κριτήρια επιλογής συνεργατών και προμηθευτών με συγκεκριμένη μεθοδολογία αξιολόγησης αυτών, λαμβάνοντας υπόψη πλήθος παραμέτρων, πιστοποιήσεων, οικονομικών στοιχείων και οργανωσιακών πόρων και τη διαρκή αξιολόγηση των ήδη προμηθευτών, τη θέσπιση νέας πολιτικής διαχείρισης ενεργών συμβάσεων, τις αλλαγές στο σύστημα διασφάλισης ποιότητας και ασφάλειας πληροφοριών, ως και την έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Αφετέρου, υπέβαλε και το από 26-6-2020 πρακτικό ΔΣ του που ακριβώς αναφέρεται σε έγκριση τέτοιων πολιτικών επαύξησης της αξιοπιστίας του, νέας πολιτικής προμηθευτών και γενικά μέτρων για τη μη επανάληψη όσων συνέβησαν στην προηγούμενη ως άνω σύμβαση. Πλην όμως, ουδόλως καθίσταται κατανοητό, ενόψει και της φύσης των επανορθωτικών μέτρων του προσφεύγοντος ως εσωτερικού χαρακτήρα οργανωσιακές αλλαγές, εφαρμογή νέων μεθοδολογιών και θέσπισης κανόνων ως και διαδικασιών εσωτερικού ελέγχου εταιρικής διακυβέρνησης, αλλά και διακοπής συνεργασίας με προμηθευτές και στελέχη που ενεπλάκησαν στην ως άνω διαφορά του με την προηγούμενη αναθέτουσα, διαφορά που όπως προκύπτει εκ του πραγματικού της υπόθεσης, όντως συνίσταται σε καθυστέρηση παράδοσης εξοπλισμού, τι είδους αποδείξεις έπρεπε να υποβάλει ο προσφεύγων, πέραν της εκ μέρους του αναλυτικής επεξήγησης και περιγραφής των μέτρων αυτών. Εκ φύσεως τους εξάλλου τα ως άνω μέτρα συνίστανται ακριβώς σε βούληση του οικονομικού φορέα, αποφάσεις αυτού και εφεξής επιλογές και πολιτικές του περί του πώς θα διοικεί την επιχείρησή του. Επιπλέον, ενόψει ότι ο προσφεύγων όντως υπέβαλε μια τέτοια αναλυτικά περιγραφική έκθεση περιγραφικών μέτρων, η ως άνω Επιτροπή, αν έκρινε ότι χρειαζόταν ως προς επιμέρους επανορθωτικά μέτρα κάποια συγκεκριμένα στοιχεία απόδειξης συγκεκριμένων ενεργειών, δύνατο, χωρίς τούτο να συνιστά το πρώτον υποβολή επανορθωτικών μέτρων ή το πρώτον οριστικοποίηση ασαφών προτάσεων τέτοιων μέτρων, να τα ζητήσει από τον προσφεύγοντα, που σε κάθε περίπτωση απέδειξε αν μη τι άλλο του,

τόσο την πρόθεση καλόπιστης συνεργασίας του με τον αναθέτοντα, ενημερώνοντας ο ίδιος για την έκπτωση ακριβώς πριν ολοκληρωθεί η διαδικασία των δικαιολογητικών κατακύρωσης, χωρίς να υφίσταται καν ανταγωνιστής ακόμη αποδεκτός στη διαδικασία ανάθεσης και με αντικειμενικώς μειωμένο ενδεχόμενο αυτεπάγγελτης εκ του αναθέτοντος γνώσης των οικείων περιστατικών (λόγω του ότι η διαδικασία έφθανε στο πέρας της), όσο και την πρόθεσή του να εξηγήσει αναλυτικά τα γεγονότα της διαφοράς, μέσω επανειλημμένων επικοινωνιών με τον αναθέτοντα με ενημέρωση για την εξέλιξή της, αλλά και τα επανορθωτικά μέτρα που σε κάθε περίπτωση έλαβε, μέσω πολλαπλών σχετικών εγγράφων, περιγραφών και επεξηγήσεων (και αυτό ενώ η ενεργή συνεργασία για τη διερεύνηση των οικείων γεγονότων, ρητά εμπίπτει στην κατ' άρ. 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016, έννοια του επανορθωτικού μέτρου). Περαιτέρω, άλλωστε, ναι μεν, όπως έκρινε η Επιτροπή του άρ. 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016, το μεμονωμένο της ως άνω εκπτώσεως σε ευρύ παρελθοντικό πλαίσιο πλήθους συμβάσεων που εκτελέστηκαν ομαλά, η προσφυγή του άρ. 205 Ν. 4412/2016, δεν συνιστούν αυτά καθαυτά επανορθωτικά μέτρα, πλην όμως, η επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων για την απόδειξη αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα κρίνεται πάντα σε σχέση με το πραγματικό του εκάστοτε λόγου αποκλεισμού, αλλά και ιδίως με τον κίνδυνο που αυτό συγκροτεί για τον νυν αναθέτοντα και τη νυν υπό ανάθεση σύμβαση. Επομένως, στο πλαίσιο και της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και του ίδιου του συγκεκριμένου ως προς τη νυν υπό ανάθεση σύμβαση και την εκτέλεσή της από αξιόπιστο ανάδοχο, σκοπού των επανορθωτικών μέτρων, το στοιχείο της πρότερης ομαλής επιχειρηματικής συνεργασίας και εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων από τον οικονομικό φορέα, όπως και το μεμονωμένο της σχετικής έκπτωσης, προδήλως συνιστούν στοιχεία ληπτέα υπόψη ως προς την επάρκεια των νυν επανορθωτικών του μέτρων, ακριβώς γιατί τα στοιχεία αυτά συνιστούν παραμέτρους χαρακτηρισμού του κινδύνου που πρέπει να αντιμετωπιστεί από τα περιπτωσιολογικά κρινόμενα επανορθωτικά μέτρα, όπως εξάλλου προκύπτει από το άρ. 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016 («Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις

ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. »).

Επιπλέον, η άσκηση προσφυγής του άρ. 205 Ν. 4412/2016 συνιστά εξαρχής λόγο που ανέστειλε τις επιβαλλόμενες κυρώσεις και άρα, εξαρχής δεν τίθετο ζήτημα «έκπτωσης» και καταγγελίας προηγούμενης σύμβασης και άρα και του οικείου λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.στ, ενώ δεν είχε ακόμη απορριφθεί η ενώπιον της τότε αναθέτουσας, προσφυγή του νυν προσφεύγοντος. Ακόμη, οι προτάσεις του προσφεύγοντος προς το ... για ανάληψη ανόρθωσης της όποιας ζημιάς του, συνιστούν προδήλως και δη, ανεξαρτήτως αποδοχής τους, ένα μέτρο που έπρεπε να ληφθεί υπόψη, τουλάχιστον ως ένδειξη της αξιοπιστίας, της έλλειψης σκοπιμότητας, αλλά και της πρόθεσης ακριβώς του προσφεύγοντος να επανορθώσει αυτή καθαυτή τη βλάβη που προκάλεσε η προηγούμενη συμπεριφορά του, αποδεικνύοντας εξάλλου πρόθεση ανάληψης ευθυνών και θεραπείας σφαλμάτων, στοιχείο που εμπίπτει στην καταρχήν έννοια των επανορθωτικών μέτρων, κατά ρητή πρόβλεψη του άρ. 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016 που αναφέρεται στα αποζημιωτικά και θεραπευτικά του παραπτώματος και υπέρ του βλαπτόμενου, μέτρα, ως επανορθωτικά. Άρα, για όλους τους ανωτέρω λόγους, η ως άνω γνώμη πάσχει και δη, πολλαπλώς κατά την αιτιολογία με την οποία απέρριψε τα επανορθωτικά μέτρα, χωρίς εν τέλει ουδόλως να αξιολογήσει κανένα εξ αυτών, απορρίποντας τα συλλήβδην με την αόριστη, ανεπαρκή και εσφαλμένη αιτιολογία μη προσκόμισης αποδεικτικών μέσων, ομοίως δε πάσχει και η ίδια η αιτιολογία της πρώτης προσβαλλομένης, ως προς την απόρριψη των μέτρων αυτών, αφού εξ ολοκλήρου οφείλεται στην ως άνω εσφαλμένα αιτιολογημένα κρίση της παραπάνω γνώμης.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η πρώτη προσβαλλομένη, ως και η μετ' αυτής συμπροσβαλλομένη μη σύμφωνη γνώμη, ως πλημμελώς και μη νομίμως αιτιολογημένες, όσον αφορά την κρίση περί ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων του προσφεύγοντος.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.675 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το αιτιολογικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ...και ποσού 2.675 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21-5-2021 και εκδόθηκε στις 28-5-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ