

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23-11-2017 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/287/24-11-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/47/24-11-2017 της εταιρίας με την επωνυμία «...» νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ», νομίμως εκπροσωπούμενου

Και του (πρώτου) παρεμβαίνοντος "...", νομίμως εκπροσωπούμενου

Του (δεύτερου) παρεμβαίνοντος "....", νομίμως εκπροσωπούμενου

Του (τρίτου) παρεμβαίνοντος "...", νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθ. πρωτ. 7313/9.11.2017 Απόφαση του Πρύτανη του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών, στο πλαίσιο του Ηλεκτρονικού Ανοικτού Διαγωνισμού άνω των Ορίων (Διεθνούς) για την ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης-επιτήρησης των εγκαταστάσεων του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών, ο οποίος προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. 167/2017 (αρ. πρωτ. 5775/13-9-2017) Διακήρυξη, κατά το σκέλος της με το οποίο, εγκρίνοντας το από 7-11-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, έχει κρίνει αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών (α) "...", (β) "...", (γ) ..." και (δ) "....". Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 17562504695801220086 και ποσού 2.700,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου μέσω Τράπεζας Πειραιώς, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 23-11-2017 Προσφυγή στρέφεται κατά πράξεως του αρμοδίου αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας με την οποία αυτό επικυρώνοντας το οικείο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού επί του σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών και ειδικότερα ειδικώς επί του σταδίου δικαιολογητικών, αφενός ενέκρινε εν όλω τα δικαιολογητικά του προσφεύγοντος ως και των έτερων οικονομικών φορέων «...» και «...», ενέκρινε εν μέρει τα δικαιολογητικά του οικονομικού φορέα «...» πλην της υπεύθυνης δήλωσης του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης, για την οποία αποφάσισε ότι περιέχει πρόδηλο τυπικό σφάλμα και κατ' εφαρμογή του άρ. 102 Ν. 4412/2016 επιδέχεται διόρθωση ή συμπλήρωση με διευκρινίσεις, περί των οποίων αποφασίστηκε να κληθεί ο ως άνω οικονομικός φορέας και ενέκρινε εν μέρει τα δικαιολογητικά του οικονομικού φορέα «...» πλην της ίδιας ως άνω υπεύθυνης δήλωσης, για την οποία αποφάσισε ότι περιέχει πρόδηλο τυπικό σφάλμα (διαφορετικό από αυτό της αντίστοιχης δήλωσης του οικονομικού φορέα «...») και κατ' εφαρμογή του άρ. 102 Ν. 4412/2016 επιδέχεται διόρθωση ή συμπλήρωση με διευκρινίσεις, περί των οποίων αποφασίστηκε να κληθεί ο ως άνω οικονομικός φορέας. Περαιτέρω, με την ίδια Απόφαση κρίθηκε να γίνει άρση του εμπιστευτικού χαρακτήρα εγγράφων που υπέβαλαν οι οικονομικοί φορείς «...», «...» και «...», για όσα από αυτά δεν αναφέρονται ρητά όλες οι σχετικές διατάξεις του νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Ο προσφεύγων ζητά τον αποκλεισμό και των τεσσάρων ως άνω έτερων διαγωνιζομένων κατά τα εξής. Όσον αφορά τον οικονομικό φορέα «...», διότι πρώτον η κατά τον όρο 2.4.3 της διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε ως δικαιολογητικό αναγράφει στοιχεία άλλου διαγωνισμού, αιτιάται δε ο προσφεύγων ότι αυτό το σφάλμα συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια και όχι πρόδηλο τυπικό σφάλμα και έτσι δεν επιδέχεται συμπλήρωσης ή διόρθωσης κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016. Δεύτερον, αιτιάται ότι το ΕΕΕΣ του ως άνω οικονομικού φορέα δεν είναι νομίμως υπογεγραμμένο και παραβιάζει τον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης, αφού δεν υπογράφεται από όλα ανεξαιρέτως τα πρόσωπα που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτήν διότι υπεγράφη μόνο από τρία πρόσωπα, αντί των έντεκα προσώπων τα οποία περιλαμβάνει η από 13-10-2017 εξουσιοδότηση του οικονομικού φορέα και εξουσιοδοτεί αυτά, όπως ενεργούντες από κοινού ή έκαστος ατομικά, εκπροσωπήσουν τον οικονομικό φορέα σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού έως και την τελική του κατακύρωση, καταθέσουν την προσφορά της, παραστούν στην αποσφράγιση της, υπογράψουν την προσφορά και κάθε σχετικό με αυτήν έγγραφο, όπως ενδεικτικά τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, αιτήσεις, δηλώσεις, ένορκες βεβαιώσεις κλπ., υπογράψουν τη σχετική σύμβαση, υποβάλουν ενστάσεις, εκπροσωπήσουν την εταιρεία με τα ίδια δικαιώματα και τις ίδιες εξουσίες που θα ενεργούσε εάν είχε εμφανισθεί στον διαγωνισμό η ίδια, καθώς και όπως παράσχουν κάθε σχετική εξουσιοδότηση προς συνεργάτες της εταιρίας ή και τρίτους, όπως υποβάλλουν την σχετική προσφορά στον παραπάνω διαγωνισμό κλπ, και γενικότερα να την εκπροσωπήσουν με τα δικαιώματα και τις ίδιες εξουσίες που θα ενεργούσε εάν είχε εμφανισθεί στον διαγωνισμό η ίδια η εταιρεία. Τρίτον, αιτιάται ότι η συμπερίληψη στην προσφορά του ως άνω φορέα του χαρακτηρισμένου ως εμπιστευτικού αρχείου “ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ” είναι μη νόμιμη, διότι απαγορεύεται απολύτως τόσο από το νόμο όσο και από τη συγκεκριμένη διακήρυξη να χαρακτηρίζονται ως “εμπιστευτικά” τα στοιχεία που αφορούν την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016 (περιεχόμενα του Ε.Ε.Ε.Σ.), καθώς και αυτά που αφορούν την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν μνημονεύει τις διατάξεις νόμου βάσει των οποίων χαρακτήρισε το παραπάνω αρχείο ως εμπιστευτικό. Εξάλλου, ισχυρίζεται ότι δεν είναι σύμφωνη με τον νόμο η προσβαλλόμενη

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

πράξη, καθ' ο μέτρο αποφασίζει το πρώτον με την έκδοση της απόφασής της επί του παραδεκτού των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής τον αποχαρακτηρισμό αρχείων υποβληθέντων από τους συνυποψήφιους αναδόχους, εν προκειμένω για την ανωτέρω εταιρεία, το αρχείο «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣpdf», το οποίο εξ αρχής είχε παρανόμως χαρακτηριστεί “εμπιστευτικό”. Τούτο, διότι, καθώς τα έγγραφα αυτά αποτελούντα πρόκριμα για την απόδειξη σπουδαίων προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό, θα ήταν σκόπιμο και προς διασφάλιση της ισότητας μεταξύ των μετεχόντων, της διαφάνειας και της δυνατότητας απευθείας ελέγχου τόσο από την αναθέτουσα αρχή όσο και από όλους ανεξαιρέτως τους υποψηφίους αναδόχους. Όσον αφορά τον οικονομικό φορέα “...”, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η υπεύθυνη δήλωσή του προς εκπλήρωση του όρου 2.4.3 δεν είναι σύμφωνη με τη διακήρυξη, διότι σε αυτήν έχει παραλειφθεί η περίπτωση 2 του όρου 2.4.3 της διακήρυξης, δηλαδή ολόκληρο το ακόλουθο κείμενο [«αν κάποιο μέλος του απασχολούμενου στο έργο προσωπικού αλλάξει κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα αυτής ή/και της διακήρυξης, θα προσκομίσει τόσο την άδεια εργασίας του εν λόγω μέλους, όσο και την ως άνω αναφερόμενη κατάσταση των απασχολουμένων θεωρημένη από την Επιθεώρηση Εργασίας»], και επομένως η ... δεν αναλαμβάνει με αυτήν την υπεύθυνη δήλωσή της την ανωτέρω ρητώς προβλεπόμενη στη διακήρυξη δέσμευση. Αιτιάται δε ο προσφεύγων ότι η ως άνω πλημμέλεια είναι ουσιώδης και μη δυνάμενη να συμπληρωθεί ή διορθωθεί κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016. Δεύτερον, ισχυρίζεται ότι η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα δεν είναι νόμιμη διότι σύμφωνα με το υπ' αρ. πρωτ. 8141/10.10.2017 Πιστοποιητικό του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου Αθηνών που αυτός υπέβαλε ως δικαιολογητικό συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται ως δραστηριότητά του η Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης/Ιδιωτικής Προστασίας. Τρίτον, ισχυρίζεται ότι ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν δήλωσε στο οικείο σημείο του ΕΕΕΣ του τον αριθμό της άδειας λειτουργίας ιδιωτικής επιχείρησης παροχής υπηρεσιών ασφαλείας του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, την οποία διαθέτει, αλλά προέβη μόνο σε γενικόλογη αναφορά σε «Άδεια λειτουργίας Ι.Ε.Π.Υ.Α από το αρχηγείο της Ελληνικής Αστυνομίας», ενώ απαιτείται η εξατομίκευση της άδειας αυτής, με αναφορά αν μη τι άλλο των ανωτέρω ελάχιστων στοιχείων της άδειας

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

(αριθμός αδείας, αρχή έκδοσης, χρόνος ισχύος, νόμιμος εκπρόσωπος), από τον έλεγχο της οποίας σε συνδυασμό με τα στοιχεία της νομιμοποίησης θα αποδειχθεί αν όντως διαθέτει την απαραίτητη κατά τα προεκτεθέντα άδεια λειτουργίας σύμφωνα με το νόμο σε ισχύ. Τέταρτον, ότι ο ως άνω οικονομικός φορέας έχει περιλάβει στην προσφορά της το αρχείο «Τεχνική Προσφορά.pdf», το οποίο, όμως, δηλώνεται από την ... στο supplier quote ως ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟ, παρότι απαγορεύεται απολύτως τόσο από το νόμο όσο και από τη συγκεκριμένη διακήρυξη να χαρακτηρίζονται ως “εμπιστευτικά” τα στοιχεία που αφορούν την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016 (περιεχόμενα του Ε.Ε.Ε.Σ.), καθώς και αυτά που αφορούν την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν μνημονεύει τις διατάξεις νόμου βάσει των οποίων χαρακτήρισε το παραπάνω αρχείο ως εμπιστευτικό. Εξάλλου, ισχυρίζεται ότι δεν είναι σύμφωνη με τον νόμο η προσβαλλόμενη πράξη, καθ’ ο μέτρο αποφασίζει το πρώτον με την έκδοση της απόφασής της επί του παραδεκτού των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής τον αποχαρακτηρισμό αρχείων υποβληθέντων από τους συνυποψηφίους αναδόχους, εν προκειμένω για την ανωτέρω εταιρεία, το αρχείο « Τεχνική Προσφορά.pdf », το οποίο εξ αρχής είχε παρανόμως χαρακτηρισθεί “εμπιστευτικό”. Όσον αφορά τον οικονομικό φορέα “...”, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στο οικείο ηλεκτρονικό ΕΕΕΣ του, Μέρος V αυτού, δηλώνει ότι δεν πληροί τα εφαρμοστέα αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή τους κανόνες, ώστε να περιορίζεται ο αριθμός των υποψηφίων, ενώ έχει παραλείψει να αναφέρει ποια είναι εκείνα τα πιστοποιητικά ή άλλης μορφής αποδεικτικά έγγραφα, που απαιτούνται για την απόδειξη της εκ μέρους της πλήρωσης των εφαρμοστέων αντικειμενικών και χωρίς διακρίσεις κριτηρίων ή των κανόνων, ώστε να περιορίζεται στον διαγωνισμό ο αριθμός των υποψηφίων. Και, συνεπώς, δεν καλύπτεται κατά τον τρόπο αυτό ο προαποδεικτικός σκοπός, τον οποίο υπηρετεί το ΕΕΕΣ, και άρα η ... δεν προαποδεικνύει με την δήλωση-καταγραφή των ανωτέρω δικαιολογητικών ή άλλης μορφής αποδεικτικών εγγράφων ότι κατέχει όλα εκείνα τα πιστοποιητικά και λοιπά αποδεικτικά στοιχεία που απαιτούνται από το νόμο και τη διακήρυξη, ώστε να περιορίζεται ο αριθμός των υποψηφίων

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

στον διαγωνισμό. Όσον αφορά τον οικονομικό φορέα «...», ο προσφεύγων ισχυρίζεται πρώτον ότι έχει περιλάβει στην προσφορά της, σχετικά με τον τρίτο οικονομικό φορέα “Φάσμα Ανώνυμη Εταιρεία Ιδιωτική Επιχείρηση Παροχής Υπηρεσιών Καθαριότητας Ασφαλείας Υποστήριξης Λειτουργίας Κτιρίων”, στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται κατ’ άρ. 78 Ν. 4412/2016, τα αρχεία «ΣΥΝ. 2 ΤΕΥΔ ... sss.pdf» και «ΣΥΝ. 5.2 ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΠΑΡΟΧΗΣ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΑΡΚΕΙΑΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ.pdf», τα οποία, όμως, δηλώνονται από την ... στο supplier quote ως ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΑ. Τούτο, παρότι απαγορεύεται απολύτως τόσο από το νόμο όσο και από τη συγκεκριμένη διακήρυξη να χαρακτηρίζονται ως “εμπιστευτικά” τα στοιχεία που αφορούν την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016 (περιεχόμενα του Ε.Ε.Ε.Σ.), καθώς και αυτά που αφορούν την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν μνημονεύει τις διατάξεις νόμου βάσει των οποίων χαρακτήρισε το παραπάνω αρχείο ως εμπιστευτικό. Εξάλλου, ισχυρίζεται ότι δεν είναι σύμφωνη με τον νόμο η προσβαλλόμενη πράξη, καθ’ ο μέτρο αποφασίζει το πρώτον με την έκδοση της απόφασής της επί του παραδεκτού των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής τον αποχαρακτηρισμό αρχείων υποβληθέντων από τους συνυποψήφιους αναδόχους, εν προκειμένω για την ανωτέρω εταιρεία, το αρχείο « Τεχνική Προσφορά.pdf », το οποίο εξ αρχής είχε παρανόμως χαρακτηρισθεί “εμπιστευτικό”. Δεύτερον, ότι μετά την εκ της αναθέτουσας άρση της εμπιστευτικότητας των ως άνω αρχείων προέκυψε, ότι ο παραπάνω τρίτος οικονομικός φορέας “...” στο οικείο ΕΕΕΣ του, σελ. 18 αυτού, δήλωσε ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, πλην όμως στη συνέχεια, κατά την περιγραφή του παραπτώματος στην οικεία ερώτηση του ΕΕΕΣ, απλώς αντιγράφει λέξη προς λέξη τη σχετική διάταξη του άρθρου 68 ν. 3863/2010, χωρίς εξειδίκευση του επαγγελματικού παραπτώματος και της διοικητικής πράξης, με την οποία διαπιστώνεται το επαγγελματικό παράπτωμα και/ή επιβάλλεται σχετικό πρόστιμο, χωρίς να διευκρινίζει ποιο είναι το παράπτωμα και ποια η διοικητική πράξη που το διαπιστώνει ή/και επιβάλλει το οικείο πρόστιμο. Περαιτέρω, στην επόμενη ερώτηση του ΕΕΕΣ περί επανορθωτικών μέτρων, παραλείπει εντελώς να εξειδικεύσει και ποια

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

είναι τα μέτρα που έχει λάβει για να αποδείξει την αξιοπιστία της («αυτοκάθαρση»), και αντιθέτως αναγράφει αοριστίες περί καταλλήλου ενδίκου μέσου (προσφυγής) ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου και ότι αναμένεται ορισμός δικασίμου καθόσον δεν αποδέχεται- αναγνωρίζει την επιβολή της κύρωσης, με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύει τη λήψη τέτοιων μέτρων αυτοκάθαρσης. Επομένως, η ως άνω πλημμέλεια της “...” επιφέρει πλημμέλεια και της προσφοράς της “...” και επομένως λόγο αποκλεισμού της τελευταίας. Κατ’ αποτέλεσμα, όλων των ως άνω και οι τέσσερις ως άνω οικονομικοί φορείς πρέπει να αποκλειστούν, η δε προσβαλλόμενη να ακυρωθεί κατά το σκέλος της με το οποίο έκρινε ως δεκτές τις προσφορές τους και τους προβίβασε στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού.

3. Επειδή, ο οικονομικός φορέας “...” (εφεξής «πρώτος παρεμβαίνων») άσκησε την από 4-12-2017, ήτοι εντός του κατ’ άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 δεκαήμερου από την από 24-11-2017 κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής παρέμβασής του, ζητώντας την απόρριψη της προσφυγής. Ειδικότερα, προβάλλει πρώτον ότι αβάσιμα ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η συμπλήρωση του Μέρους V του ΕΕΕΠ αποτελεί απαραίτητο στοιχείο του τελευταίου και ούτως ότι ο παρεμβαίνων προέβη σε πλημμέλεια απαντώντας «ΟΧΙ» στο εκεί οικείο ερώτημα, δεδομένου ότι το παραπάνω πεδίο και Μέρος αφορούν αποκλειστικά τις προβλεπόμενες στο άρ. 304 παρ. 2 Ν. 4412/2016 διαδικασίες, στις οποίες δεν ανήκει ο προκειμένος διαγωνισμός. Η δε εκεί αρνητική απάντηση του παρεμβαίνοντος είχε την έννοια ότι δεν μπορούσε να απαντηθεί το ερώτημα, αφού δεν ήταν εν προκειμένω εφαρμόσιμο. Ούτως, πρέπει η προσφυγή να απορριφθεί κατά το σκέλος που αφορά τον πρώτο παρεμβαίνοντα.

4. Επειδή, ο οικονομικός φορέας “...” (εφεξής «δεύτερος παρεμβαίνων») άσκησε την από 30-11-2017, ήτοι εντός του κατ’ άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 δεκαήμερου από την από 24-11-2017 κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής παρέμβασής του, ζητώντας την απόρριψη της προσφυγής. Ειδικότερα, επικαλείται πρώτον ότι η μη αναγραφή σχετικού χωρίου στην υπεύθυνη δήλωση περί την προσκόμιση άδειας εργασίας τυχόν νέων εργαζομένων, σε περίπτωση αλλαγής μέλους του προσωπικού φύλαξης,

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

καθώς και κατάστασης απασχολουμένων θεωρημένης από την Επιθεώρηση Εργασίας δεν συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια και δύναται να ζητηθεί η συμπλήρωσή της κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 ως οφειλόμενη σε πρόδηλη παραδρομή. Δεύτερον, ότι υπέβαλε προσηκόντως βεβαίωση μεταβολής εργασιών μη φυσικού προσώπου της ΔΟΥ ΦΑΕ Αθηνών, από την οποία προκύπτει ότι, ήδη από την 4-7-2017 δήλωσε ως νέο αντικείμενο δραστηριότητάς της (ΚΩΔ. 80101200) την παροχή υπηρεσιών φύλαξης (αριθ. δήλωσης: 9224/4-7-2017). Τα στοιχεία αυτά καταχωρούνται εν συνεχεία οίκοθεν, μέσω του πλη-ροφοριακού συστήματος του οικείου Επιμελητηρίου (ΕΒΕΑ) και ενημερώνεται κατ' αυτόν το τρόπο το μητρώο του, χωρίς να απαιτείται άλλη ενέργεια του Οικονομικού Φορέα. Το γεγονός ότι, κατά την έκδοση του πιστοποιητικού δεν είχε καταχωρηθεί στο μητρώο του ΕΒΕΑ η σχετική μεταβολή, δεν συνιστά επ' ουδενί παράλειψη της Εταιρίας μας η οποία θα μπορούσε να επισύρει τον αποκλεισμό μας, αφού, πάντως, είχε δηλωθεί εμπροθέσμως στη ΔΟΥ η άσκηση της σχετικής δραστηριότητας και η καταχώρηση του σχετικού στοιχείου στο μητρώο του ΕΒΕΑ δεν εξηρτάτο από άλλη ενέργεια του παρεμβαίνοντος. Τρίτον, ότι στη σχετική παράγραφο της ενότητας των κριτηρίων επιλογής του ΕΕΕΣ, ο παρεμβαίνων δήλωσε, ως ασκούσα δραστηριότητα που απαιτεί σχετική έγκριση, ότι διαθέτει άδεια λειτουργίας ΙΕΠΥΑ από το Αρχηγείο της Ελληνικής Αστυνομίας. Από το σχετικό κείμενο του ΕΕΕΣ ουδόλως προκύπτει ότι πρέπει να αναφέρεται άνευ ετέρου και ο αριθμός της αδειας, όπως εσφαλμένα αναφέρει η προσφεύγουσα, διότι πάντως αναφέ-ρουμε με σαφήνεια (και μάλιστα εν γνώσει των συνεπειών της υποβολής ανακριβούς δήλωσης) το ζητούμενο στοιχείο, ότι δηλαδή ο παρεμβαίνων διαθέτει άδεια λειτουργίας. Αυτό άλλωστε επιβεβαιώνεται και από τη συνημμένη άδεια ΙΕΠΥΑ του. Τέταρτον, ότι τα προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα ότι ο παρεμβαίνων δεν είχε δυνατότητα να χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικά τα αναφερόμενα στην προσφυγή στοιχεία της προσφοράς του, προβάλλονται αλυσιτελώς, διότι, πάντως, η σχετική του δήλωση, ως είχε, δεν δέσμευε την αναθέτουσα Αρχή, η οποία ήδη προέβη στην άρση του εμπιστευτικού τους χαρακτήρα, και επομένως ουδόλως βλάπτεται ο προσφεύγων κατά το μέρος αυτό από την προσβαλλόμενη. Πέμπτον, ότι η προσφυγή είναι απαράδεκτη επειδή δεν επισυνάφθη σε αυτήν επικυρωμένη εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

ότι το παράβολο φέρει την ένδειξη “πληρωμένο” ούτε βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του παραβόλου από την ΑΕΠΠ. Ως εκ τούτου ζητά την απόρριψη της προσφυγής ως προς το μέρος της που τον αφορά.

5. Επειδή, ο οικονομικός φορέας “...” (εφεξής « τρίτος παρεμβαίνων») άσκησε την από 4-12-2017, ήτοι εντός του κατ’ άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 δεκαήμερου από την από 24-11-2017 κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής παρέμβασή του, ζητώντας την απόρριψη της προσφυγής. Ειδικότερα, επικαλείται πρώτον ότι η προσφυγή είναι απαράδεκτη ως στρεφόμενη κατά μη εκτελεστής διοικητικής πράξης δεδομένου ότι δεν υφίσταται απόφαση αποδοχής όσον αφορά τουλάχιστον τον ίδιο τον παρεμβαίνοντα, αλλά απλώς μη εκτελεστή πρόσκληση υποβολής διοριστικών-συμπληρωματικών δικαιολογητικών. Δεύτερον, ότι η υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του περιέχει κάθε ουσιώδες χαρακτηριστικό από όσα προβλέπει η διακήρυξη, καθώς εκ προδήλου παραδρομής δήλωσε τα στοιχεία της υπ’ αρ. 2/2016 διακήρυξης για ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης επί άλλου ακινήτου της ίδιας αναθέτουσας, δηλαδή αφορά προγενέστερο διαγωνισμό μεν, πλην όμως δεσμεύτηκε κατά κάθε ουσιώδες στοιχείο που ζητούσε και η προκείμενη διακήρυξη. Τρίτον, ότι νομίμως υπογράφηκε το ΕΕΕΣ μόνο από τα πρόσωπα που απαρτίζουν το ΔΣ του, αφού μόνο αυτά δεσμεύουν και εκπροσωπούν αυτόν με την υπογραφή τους, όπως προκύπτει εκ του καταστατικού του. Τέταρτον, ότι ο χαρακτηρισμός στοιχείων ως εμπιστευτικών δεν συνιστά άνευ ετέρου λόγο απόρριψης της προσφοράς, αφού η αναθέτουσα δύναται κατόπιν υποβολής αιτήματος από συνδιαγωνιζόμενο να αποχαρακτηρίσει σχετικώς τα έγγραφα και ούτως αλυσιτελώς προβάλλεται ο οικείος λόγος από τον προσφεύγοντα. Ως εκ τούτου ζητά την απόρριψη της προσφυγής ως προς το μέρος της που τον αφορά.

6. Επειδή, η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 30-11-2017 και με αρ. πρωτ. 7791 Απόψεις της. Με αυτές προβάλλει ότι πρώτον νομίμως υπέλαβε ως συμπληρώσιμες-διορθώσιμες κατ’ άρ. 102 Ν. 4412/2016 μη ουσιώδεις ελλείψεις όσα ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νομίμως έγιναν με την προσβαλλόμενη δεκτά ως συμπληρώσιμα και διορθώσιμα όσον αφορά τον

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

τρίτο παρεμβαίνοντα. Συγκεκριμένα, ότι η εκ μέρους του τρίτου παρεμβαίνοντος υποβολή άλλης υπεύθυνης δήλωσης αναφερόμενης σε άλλο διαγωνισμό οφειλόταν σε πρόδηλη παραδρομή και η όποια αυτή ανακρίβεια δεν συνέχεται με την έκταση του έργου, την ποιότητα της εκτέλεσής του και τη συνεργασία της αναθέτουσας με τον υποψήφιο ανάδοχο, αφού δεν επιφέρει το ως άνω σφάλμα έννομες συνέπειες, αφού εξάλλου δεν έλειπε εν όλω η ζητηθείσα υπεύθυνη δήλωση. Περαιτέρω, ότι νομίμως υπεβλήθη το ΕΕΕΣ του τρίτου παρεμβαίνοντος υπογεγραμμένο από τα μέλη ΔΣ του, βάσει του άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και του άρ. 2.2.9.1 της διακήρυξης. Περαιτέρω, ότι νομίμως αποχαρακτήρισε ως προς την εμπιστευτικότητά τους τα ούτως χαρακτηρισθέντα ως εμπιστευτικά στοιχεία της προσφοράς του τρίτου παρεμβαίνοντος. Αντιστοίχως, ότι και όσον αφορά τον δεύτερο παρεμβαίνοντα η υποβολή άλλης υπεύθυνης δήλωσης συνιστούσε ομοίως πρόδηλο τυπικό σφάλμα συμπληρώσιμο και διορθώσιμο κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, το δε πιστοποιητικό εγγραφής του στο ΕΒΕΑ δεν συνιστά στοιχείο που ελήφθη υπόψη και αφορά την προκείμενη πράξη, αλλά συνέχεται με άλλο στάδιο του διαγωνισμού, ομοίως και ως προς την άδεια λειτουργίας Ι.Ε.Π.Υ.Α., ενώ η αναγραφή στο ΕΕΕΣ του αρ. πρωτ., της αρχής έκδοσης και της ισχύος της δεν αποτελούν έλλειψη της προσφοράς. Περαιτέρω, ότι όσον αφορά τον δεύτερο παρεμβαίνοντα, ομοίως με όσα προβάλλονται και για τον τρίτο παρεμβαίνοντα, πως η αναθέτουσα προχώρησε νομίμως στην άρση της εμπιστευτικότητας. Όσον αφορά, τον δεύτερο παρεμβαίνοντα, ότι κατά το ΕΕΕΣ του δεν προκύπτει ότι τελεί σε λόγο αποκλεισμού και πληροί τα κριτήρια επιλογής, ήτοι είναι ορθώς συμπληρωμένα τα κρίσιμα Μέρη του ΕΕΕΣ. Όσον αφορά τον έτερο διαγωνιζόμενο "...", ότι προσκόμισε κάθε απαιτούμενο στοιχείο για την απόδειξη μη ύπαρξης λόγου αποκλεισμού και πλήρωσης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής για τον τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, ενώ όσον αφορά τα χαρακτηρισθέντα ως εμπιστευτικά αρχεία της, ότι ο χαρακτηρισμός αυτός δεν συνιστά έναν από τους κατά το άρ. 2.4.6 της διακήρυξης λόγους απόρριψης προσφοράς και σε κάθε περίπτωση αποχαρακτήριστηκαν. Όσον αφορά το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του τρίτου οικονομικού φορέα, ότι η αναθέτουσα έλαβε υπόψη, στα πλαίσια της διακριτικής της ευχέρειας τα στοιχεία που σχετικώς προσκομίστηκαν περί αυτοκάθαρσης ως επαρκή και δεν έκρινε λόγο

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αποκλεισμού της από τη διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι η προσφυγή είναι εν όλω απορριπτέα.

7. Επειδή, όσον αφορά τον εκτελεστό χαρακτήρα της προσβαλλόμενης προκύπτουν τα εξής. Το άρ. 360 Ν. 4412/2016 προβλέπει ως αντικείμενο προσβολής δια προδικαστικής προσφυγής όχι κάθε πράξη, αλλά μόνο την εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας, ήτοι αυτή δια της οποίας το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της τελευταίας δηλώνει τη βούληση της και δια μόνης της επιφέρει έννομες συνέπειες, δεσμευτικές προς τρίτους, ως προς στάδιο της προσυμβατικής διαδικασίας. Τέτοιες πράξεις, στους ανοικτούς διαγωνισμούς είναι αποκλειστικά η κανονιστική πράξη της διακήρυξης και οι επικυρωτικές-εγκριτικές των γνωμοδοτικών πράξεων των οικείων Επιτροπών Διαγωνισμού, πράξεις επί των σταδίων του διαγωνισμού. Κατ' άρ. 100 παρ. 2 Ν. 4412/2016 στην ανοικτή διαδικασία σύναψης σύμβασης προμήθειας ή γενικής υπηρεσίας τα στάδια του διαγωνισμού είναι τρία και συγκεκριμένα πρώτον αυτό των δικαιολογητικών, όπου ελέγχονται τα δικαιολογητικά και η ύπαρξη φακέλου τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, δεύτερον αυτό των τεχνικών προσφορών, όπου αυτές αξιολογούνται και είτε απορρίπτονται είτε γίνονται δεκτές, στη δεύτερη δε περίπτωση, αναλόγως του κριτηρίου ανάθεσης ενδέχεται και να βαθμολογούνται και τρίτον αυτό των οικονομικών προσφορών. Ως τέταρτο εξάλλου στάδιο του εν γένει διαγωνισμού πρέπει να προσμετρηθεί και αυτό της κατακύρωσης κατ' άρ. 103 παρ. 6 και 105 Ν. 4412/2016. Συνεπώς, το στάδιο των δικαιολογητικών είναι κατά νόμο αυτοτελές από αυτό των τεχνικών προσφορών, χωρίς αυτό να αίρεται από ότι η επικύρωσή τους, κατά το ισχύσαν κατά τον χρόνο αποστολής προς δημοσίευση της προκείμενης διακήρυξης στην ΕΕΕΕ, και άρα κρίσιμο χρόνο κατά το διαχρονικό δίκαιο, δύνατο να λάβει χώρα με μια πράξη του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας, και πλέον από 13-11-2017 και κατ' άρ. 107 παρ. 18 Ν. 4497/2017 υποχρεωτικά λαμβάνει χώρα με μια μόνο πράξη για τις διαδικασίες με εκτιμώμενη αξία έως 60.000 ευρώ και για όσες από τις υπόλοιπες έχουν ως κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής, ενώ αντίθετα λαμβάνει υποχρεωτικά χώρα, με μία αυτοτελή επικυρωτική ανά έκαστο στάδιο πράξη, στην περίπτωση των διαδικασιών με εκτιμώμενη αξία άνω των 60.000 ευρώ και συγχρόνως με

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

κριτήριο ανάθεσης κάθε άλλο πλην αυτού της συμφερότερης οικονομικής προσφοράς βάσει αποκλειστικά τιμής. Επομένως, όπως σε κάθε περίπτωση ίσχυε ο νόμος κατά τον κρίσιμο στην προκειμένη περίπτωση διάστημα, το στάδιο που περιγράφεται στο εδ. α' του άρ. 100 παρ. 2, ήτοι «Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο. Το αρμόδιο όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου.» συνιστούσε στάδιο αυτοτελώς επικυρώσιμο από την αναθέτουσα και για διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, όπως εν προκειμένω, υπό την έννοια ότι η επικύρωσή του με αυτοτελή πράξη από την αναθέτουσα ήταν δυνατή αλλά όχι υποχρεωτική. Τούτο δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι κατά τα άρ. 8, 15 και 16 της ΥΑ 56902/215/19.5.2017, η υποβολή των δικαιολογητικών-τεχνικής προσφοράς προβλέπεται σε κοινό υποφάκελο που αποσφραγίζεται με μια κοινή διαδικασία, καθώς πρώτον η ως άνω ΥΑ, τελούσα εξάλλου σε χαμηλότερη τυπική ισχύ έναντι του Ν. 4412/2016 ουδόλως αναφέρεται ούτε έχει σκοπό να ρυθμίσει σχετικά, σε ζητήματα παραγωγής εκτελεστών πράξεων και τρόπου και σειράς λήψης αποφάσεων από την αναθέτουσα ή να καθορίσει τα κατά νόμο στάδια του διαγωνισμού τα οποία καθορίζονται σύμφωνα με τις ως άνω προβλέψει του Ν. 4412/2016 αποκλειστικά, παρά μόνο να καθορίσει την τεχνική διαδικασία διεξαγωγής των ηλεκτρονικών διαγωνισμών, τους οποίους εξάλλου καλύπτει η παραπάνω διάταξη του άρ. 100 παρ. 2 και ουδόλως εξαιρούνται από αυτή. Δεύτερον, ούτως ή άλλως και το άρ. 100 παρ. 2 κατά τα ανωτέρω αναφέρεται στην αποσφράγιση δικαιολογητικών και τεχνικής προσφοράς ως στοιχεία του ίδιου πρώτου σταδίου, χωρίς όμως να εμποδίζεται στη συνέχεια και στο εδ. β' να καθορίζει ως αυτοτελές στάδιο «[σ]την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης”. Τρίτον, ο παραπάνω διαχωρισμός της ΥΑ μεταξύ δικαιολογητικών-τεχνικής προσφοράς από τη μια πλευρά και οικονομικής προσφοράς από την άλλη, σκοπεί και ορθώς στον αποκλεισμό πιθανότητας γνωστοποίησης οικονομικών στοιχείων της προσφοράς σε πρότερο στάδιο και συγκεκριμένα κατά το στάδιο αξιολόγησης του εν γένει παραδεκτού της προσφοράς αλλά και της τεχνικής αξιολόγησης, ώστε να διαφυλαχθούν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας, αντικειμενικότητας και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, που κατά παγία νομολογία θίγονται εφόσον είναι δυνατή η από την αναθέτουσα λήψη υπόψη οικονομικών στοιχείων κατά τα πρότερα στάδια αξιολόγησης. Εξάλλου, ρητά στο παραπάνω εδ. β' του άρ. 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ο νόμος αναφέρεται αφενός στην εν όλω απόρριψη ή αποδοχή τεχνικών προσφορών, υποδεικνύοντας ότι η εξέταση της συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς με τα απαιτούμενα από τον διαγωνισμό, συνιστούν στοιχεία του παραπάνω β', διακριτού από το στάδιο δικαιολογητικών, σταδίου, αφετέρου αναφέρεται διαζευκτικά στην αποδοχή και τη βαθμολόγηση με επιπλέον αναφορά στον καθορισμό αυτής της διάκρισης βάσει του κριτηρίου ανάθεσης. Η τελευταία μνεία έχει την έννοια ότι μέρος του παραπάνω δεύτερου και διακριτού από αυτό των δικαιολογητικών σταδίου, είναι όχι μόνο η βαθμολόγηση τεχνικής προσφοράς, η οποία λαμβάνει χώρα στους διαγωνισμούς με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη οικονομικά βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής προσφορά, αλλά και η ίδια η κρίση περί εν όλω αποδοχής της τεχνικής προσφοράς, η οποία λαμβάνει χώρα όταν το κριτήριο ανάθεσης είναι η συμφερότερη οικονομικά προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής. Η διάζευξη υπεισέρχεται μεταξύ της “αποδοχής” και της “βαθμολόγησης”, αφού αυτή η διάζευξη συνιστά και το διαφοροποιητικό στοιχείο μεταξύ διαγωνισμών με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά την τιμή, όπου η απλή αποδοχή της τεχνικής προσφοράς αρκεί για την ολοκλήρωση του σταδίου τεχνικών προσφορών και διαγωνισμών με κριτήριο ανάθεσης τη σχέση ποιότητας/τιμής, όπου η τεχνική προσφορά δεν αρκεί απλώς να γίνει καταρχήν αποδεκτή, αλλά περαιτέρω βαθμολογείται κατά τα τιθέμενα κριτήρια αξιολόγησης. Η δε απόρριψη μνημονεύεται μόνη της, επειδή ακριβώς και στους διαγωνισμούς με τη συμφερότερη βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής προσφορά ως κριτήριο

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

ανάθεσης, η καταρχήν αποδοχή της τεχνικής προσφοράς, ήτοι η εκ μέρους της κάλυψη των ελαχίστων προδιαγραφών (η οποία, κατά τα ως άνω, αρκεί για την ολοκλήρωση του σταδίου τεχνικών προσφορών στους διαγωνισμούς με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά τη χαμηλότερη τιμή), συνιστά προαπαιτούμενο και αναγκαίο μέρος της κρίσης για την περαιτέρω βαθμολόγησή της κατ' άρ. 86 παρ. 13 Ν. 4412/2016 (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Συνεπώς, ο ανοικτός διαγωνισμός διαρθρώνεται σε δύο φάσεις, με δεύτερη αυτή της κατακύρωσης και την τροπή του προσωρινού αναδόχου σε οριστικό και πρώτη αυτή της αξιολόγησης που καταλήγει στην ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και διαρθρώνεται σε τρία διακριτά στάδια. Το πρώτο αφορά το εν γένει και καταρχήν παραδεκτό της εν όλω προσφοράς, ήτοι της αυτής καθαυτής συμμετοχής του προσφέροντος στη διαδικασία, όπου αποσφραγίζονται και τα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά, τα πρώτα δε ελέγχονται για την πληρότητα και συμμόρφωσή τους με τους όρους του διαγωνισμού και μεταξύ άλλων για το αν, κατά τον βαθμό προκαταρκτικής απόδειξης που αρκεί στο στάδιο αυτό, ο προσφέρων δεν τελεί σε κατ' άρ. 73-74 Ν. 4412/2016 κατάσταση αποκλεισμού και συγχρόνως πληροί τα κατ' άρ. 75-77 κριτήρια ποιοτικής επιλογής, η δε δεύτερη ελέγχεται αποκλειστικά για την καταρχήν ύπαρξή της και το καταρχήν τυπικώς παραδεκτό της, ήτοι αν συντάχθηκε στο τυχόν έντυπο και με τον τυχόν διαδικαστικό τρόπο που προέβλεπε η διακήρυξη. Στο δεύτερο στάδιο, κατά σειρά πρώτον αξιολογείται καταρχήν, δηλαδή ελέγχεται αυτή καθαυτή η συμμόρφωση της τεχνικής προσφοράς με τις τεχνικές προδιαγραφές και εντός αυτού του πλαισίου ελέγχεται και η ύπαρξη, αλλά και επάρκεια κατά περιεχόμενο των εγγράφων που κατά τη διακήρυξη συνιστούν επί ποινή αποκλεισμού συνοδευτικό στοιχείο της τεχνικής προσφοράς, το δε στάδιο περατώνεται αν το κριτήριο ανάθεσης αναφέρεται αποκλειστικά στην τιμή. Αν το κριτήριο ανάθεσης είναι η σχέση ποιότητας/τιμής, η τεχνική προσφορά, περαιτέρω, αξιολογείται κατά βαθμό, ήτοι βαθμολογείται η τεχνική προσφορά και εξετάζονται για αυτή τη βαθμολόγηση και τα όποια προβλεπόμενα από τη διακήρυξη επιθυμητά έγγραφα της τεχνικής προσφοράς ή όποια προβλέπονται ως ληπτέα υπόψη για την επιμέρους ανά κριτήριο αξιολόγησης βαθμολόγηση. Το τρίτο είναι το στάδιο των οικονομικών προσφορών. Επομένως, κατά το σύνολο των ως άνω προκύπτει, ότι κατά το ισχύον κατά τον επίδικο διαγωνισμό πλαίσιο, ήταν

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

δυνατή η αυτοτελής επικύρωση του παραπάνω περιγραφόμενου ως πρώτου σταδίου χωρίς η αναθέτουσα να υποχρεούτο να συνεπικυρώσει και το δεύτερο ως άνω στάδιο, ήτοι δι' αυτής της αυτοτελούς επικύρωσης πρώτου σταδίου, παρήχθη αυτοτελής εκτελεστή και επομένως παραδεκτά προσβλητή κατ' άρ. 360 Ν. 4412/2016 πράξη της αναθέτουσας. Εξάλλου, κατ' άρ. 100 παρ. 2 εδ. α' και β', συντάσσεται αυτοτελές πρακτικό για κάθε ένα από τα δύο πρώτα στάδια, ανεξαρτήτως τυχόν συνεπικύρωσής τους, δυναμικά ή υποχρεωτικά, αναλόγως του ισχύοντος διαχρονικού δικαίου. Περαιτέρω, εν προκειμένω ο όρος 3.1.2 της διακήρυξης προβλέπει αντιστοίχως κατά α' και β' ως αυτοτελή τα παραπάνω δύο στάδια, ενώ επιπλέον προβλέπει ότι τα αποτελέσματά των ανωτέρω α' και β' σταδίων επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας. Η παραπάνω διατύπωση που ουδόλως αναφέρεται σε "αποτέλεσμα" (ήτοι διατύπωση που επιτρέπει συναγωγή ενός ενιαίου αντικειμένου μιας μόνο επικύρωσης, αλλά αναφέρεται σε "αποτελέσματα"), "κοινή" ή "ενιαία" ή "μία" επικύρωση, σε κάθε περίπτωση ουδόλως αποκλείει την αυτοτελή επικύρωση των παραπάνω σταδίων.

8. Επειδή, περαιτέρω, ουδόλως αποκλείεται μια διοικητική πράξη, όπως αυτή της επικύρωσης από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο γνωμοδοτικών πρακτικών Επιτροπής Διαγωνισμού, να περιλαμβάνει συγχρόνως και ομού κεφάλαια εκτελεστά και μη. Ούτε, προκειμένου ειδικότερα μια πράξη του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας να θεωρείται εκτελεστή, χρειάζεται οπωσδήποτε να περατώνει ολοκληρωτικά ένα από τα παραπάνω, κατά τη σκ. 7, στάδια, αλλά είναι δυνατό να περατώνει αυτό εν μέρει, όντας ούτως εκτελεστή εν μέρει, ήτοι μόνο καθ' ο μέρος απεφάνθη οριστικά για το ανά περίπτωση και κεφάλαιό της κρινόμενο ζήτημα εντός των περισσοτέρων που περιλαμβάνει η ολοκλήρωση του διαγωνιστικού σταδίου. Εκτελεστά σε κάθε περίπτωση είναι εκείνα τα κεφάλαια της πράξης με τα οποία η αναθέτουσα αποφαινεται οριστικά, ανεπιφύλακτα και επιφέροντας άμεσες έννομες συνέπειες ως προς τους διαγωνιζόμενους, περατώνοντας ούτως το οικείο ως άνω στάδιο για το επιμέρους οικείο ζήτημα, ενώ μη εκτελεστά (και συνεπώς μη δυνάμενα να προσβληθούν και να εξεταστούν δια προδικαστικής προσφυγής) είναι εκείνα με τα οποία η αναθέτουσα τυχόν διατάσσει περαιτέρω διαδικαστικές ενέργειες προκειμένου

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

να κρίνει οριστικά, άρα να αποφανθεί με εκτελεστή πράξη, επιφυλασσόμενη ούτως προς έκδοση νέας τέτοιας πράξης, για ορισμένα από τα ζητήματα του οικείου σταδίου. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει και από τα αναφερθέντα στη σκ. 2, η αναθέτουσα έκρινε οριστικά και επομένως περάτωσε ολοκληρωτικά το πρώτο στάδιο ως προς τον πρώτο παρεμβαίνοντα, αλλά και τον τέταρτο έτερο διαγωνιζόμενο. Περαιτέρω, απεφάνθη και επομένως κατά τα ως άνω περάτωσε, όσον αφορά τον δεύτερο και τον τρίτο παρεμβαίνοντα για κάθε ζήτημα πλην των οικείων υπευθύνων δηλώσεων (βλ. για κάθε μία παραπάνω σκ. 2), επί του παραδεκτού των οποίων επιφυλάχθηκε μετά την εκ μέρους τους συμπλήρωση και διόρθωση. Όμως, τούτο σημαίνει ότι απεφάνθη οριστικά και ως προς το καταρχήν διορθώσιμο-συμπληρώσιμο των ως άνω ελλείψεων του δεύτερου και τρίτου παρεμβαίνοντος, αφού επιφυλάχθηκε μόνο για το αν, κατόπιν της εκ μέρους τους διενέργεια συμπλήρωσης-διόρθωσης, οι τυχόν νέες υπεύθυνες δηλώσεις που θα προσκομίσουν σε απάντηση της οικείας πρόσκλησης της αναθέτουσας (αφού συμπλήρωση/διόρθωση υπεύθυνης δήλωσης νοείται μόνο με την προσκόμιση νέας και αυτοτελούς υπεύθυνης δήλωσης, η οποία μπορεί να είναι είτε απλώς συμπληρωματική όσων τυχόν στοιχείων λείπουν από την προηγούμενη είτε να συνιστά εν όλω αντικατάσταση αυτής, στην τελευταία αυτή περίπτωση μάλιστα είτε για τη διόρθωση της πρώτης, η οποία διόρθωση δεν είναι δυνατή με άλλο τρόπο πλην της εν όλω αντικατάστασης είτε ακόμη και για την ολοκλήρωση του περιεχομένου της κατά τα στοιχεία που τυχόν λείπουν, η οποία προσθήκη παραδεκτώς μπορεί να λάβει χώρα και με νέα δήλωση που περιλαμβάνει όσα στοιχεία ορθώς εξαρχής υπήρχαν μαζί με όσα έλειπαν), θα κριθούν περαιτέρω από την αναθέτουσα όχι ως προς το καταρχήν παραδεκτό της προσκομίσεώς τους (πράγμα που ήδη αποφασίστηκε βάσει της πρώτης απόφασης περί καταρχήν συμπληρώσιμου/διορθώσιμου), αλλά ως προς τη συμμόρφωσή τους, υπό το νέο και αυτοτελές πλέον περιεχόμενό τους ως προς τη διακήρυξη και την πρόσκληση προς συμπλήρωση που τους απηύθυνε η αναθέτουσα. Επιπλέον, όσον αφορά τα χαρακτηρισθέντα αρχικά ως εμπιστευτικά στοιχεία, δεν τίθεται ζήτημα επανελέγχου τους από την αναθέτουσα, αφού η θέση τους σε εμπιστευτική κατάσταση εμπόδιζε απλώς τους άλλους μετέχοντες από το να τα εξετάσουν, αλλά ουδόλως την αναθέτουσα, η οποία είχε πλήρη πρόσβαση σε αυτά και επομένως η εκ

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

μέρους της κρίση, δια εγκρίσεως του οικείου γνωμοδοτικού πρακτικού, περί του εν όλω ή εν μέρει (ήτοι στην περίπτωση του δεύτερου και τρίτου παρεμβαίνοντος ως προς κάθε ζήτημα πλην του τελικού περιεχομένου της νέας δήλωσής τους) εγκρίσεως της προσφοράς τους είναι οριστική και εκτελεστή. Επομένως, πρέπει να απορριφθεί ο οικείος περί απαραδέκτου της προσφυγής ισχυρισμός του τρίτου παρεμβαίνοντος, καθ' ο μέρος η προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστών κεφαλαίων της προσβαλλόμενης πράξης, όπως αυτά ανωτέρω αναλυτικώς προσδιορίστηκαν.

9. Επειδή, το άρ. 21 Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι “1... η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών....3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. 4. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της...”. Η παραπάνω διάταξη κατά το ως άνω περιεχόμενό της θεσπίζει όρους για τη δημοσιοποίηση πληροφοριών περί των προσφορών μεταξύ των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, επαφίει δε στην αναθέτουσα την αρμοδιότητα, η οποία εξάλλου υλοποιείται δια του εκ μέρους της χειρισμού των οικείων πληροφοριών μέσω ΕΣΗΔΗΣ, να κρίνει το άξιο προστασίας και τη νομιμότητα της εμπιστευτικότητας και αναλόγως να το διατηρεί ή να το αίρει. Επομένως, η ως άνω διάταξη απευθύνεται αληθώς στην αναθέτουσα και δεν θεσπίζει όρους που διέπουν αυτές καθαυτές τις προσφορές άρα και λόγους αποκλεισμού αυτών, αφού η τελική σχετική κρίση επαφίεται στην αναθέτουσα, η οποία είναι και ο τελικός χειριστής της εμπιστευτικότητας των πληροφοριών και ο αποφαινόμενος για τη σχετική τους διαβάθμιση. Εξάλλου, οι προσφέροντες δια της επιλογής τους να χαρακτηρίσουν ως εμπιστευτικό κάποιο έγγραφο, εν τοις πράγμασι απλώς προτείνουν και αιτούνται στην αναθέτουσα τον

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

χαρακτηρισμό αυτό, δεδομένου ότι αυτή έχει οποτεδήποτε τη δυνατότητα και αρμοδιότητα να τον άρει ή να τον διατηρήσει. Τα ως άνω, με βάση και όσα αναφέρονται στη σκ. 8, σημαίνουν ότι παραδεκτώς δύναται να προσβληθεί και η έγκριση προσφοράς κατά το μέρος που αυτή περιλαμβάνει και χαρακτηρισθέντα και διατηρηθέντα ως εμπιστευτικά στοιχεία, αφού σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα έλαβε και αυτά υπόψη για την κρίση της περί του παραδεκτού της προσφοράς. Στην ειδικότερη όμως αυτή περίπτωση, είναι σαφές ότι προ του τυχόν αποχαρακτηρισμού, έτερος πλην του υποβάλλοντος τα εμπιστευτικά έγγραφα μετέχων, δεν δύναται να προσβάλει την τυχόν μη συμμόρφωση των εγγράφων αυτών και της εν γένει προσφοράς όσον αφορά και καθ' όσον στοιχειοθετείται από τα παραπάνω έγγραφα, ως προς τη διακήρυξη, αφού αυτονόητα προ του αποχαρακτηρισμού δεν έχει πρόσβαση στο περιεχόμενό τους. Δύναται όμως να προσβάλει το ίδιο το γεγονός ότι δια της έγκρισης της προσφοράς, καθ' ο μέρος σχετίζεται με τα εμπιστευτικά στοιχεία, άνευ όμως τυχόν απόφασης περί αποχαρακτηρισμού τους (απόφαση που κατ' αποτέλεσμα περιλαμβάνει και κεφάλαιο περί άρνησης αποχαρακτηρισμού και σε κάθε περίπτωση αποδοχής των οικείων εγγράφων ως εμπιστευτικών, άρα και μη προσβάσιμων στον τρίτο διαγωνιζόμενο), ώστε αυτός να λάβει γνώση τους και να ελέγξει αυτά ως προς το περιεχόμενό τους και επομένως και την έγκρισή των ανταγωνιστικών προσφορών ως προς τη νομιμότητά της, η αναθέτουσα και η εγκριτική της πράξη προσβάλλουν την αρχή της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης, αφού του στερούν το νομοθετικά κατοχυρωμένο δικαίωμά του σε προδικαστική και συνεπώς και σε δικαστική προστασία. Η δε επιμέρους πράξη της αναθέτουσας, είτε ως αυτοτελής είτε ως επιμέρους κεφάλαιο μιας γενικότερης πράξης, περί αυτού καθαυτού του αποχαρακτηρισμού εμπιστευτικών εγγράφων, δύναται και αυτή να προσβληθεί παραδεκτά από τον οικονομικό φορέα που υπέβαλε τα έγγραφα (περί του τυχόν μη νομίμου αποχαρακτηρισμού τους). Όσον αφορά όμως τον τρίτο μετέχοντα στον διαγωνισμό, η απόφαση περί αποχαρακτηρισμού δεν επιφέρει κάποια έννομη συνέπεια και προφανώς ούτε κατ' άρ. 360 Ν. 4412/2016 βλάβη ή κίνδυνο που δικαιολογεί προδικαστική προσφυγή, αντιθέτως μάλιστα τον ωφελεί αφού του παρέχει δυνατότητα λήψης γνώσης περί των τυχόν σφαλμάτων των λοιπών προσφορών όσον αφορά τα το πρώτον αποχαρακτηριζόμενα έγγραφα και πληροφορίες. Βέβαια, δεδομένου

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

ότι κατ' άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής εκκινεί από την κοινοποίηση ή πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της εκτελεστής πράξης, προκύπτει ότι η σχετική προθεσμία δεν δύναται να ξεκινήσει για τα κεφάλαια της εκτελεστής πράξης που ερείδονται σε στοιχεία άγνωστα έως τότε στον προσφεύγοντα. Τούτο διότι η πλήρης γνώση δεν αρκεί να αφορά την ίδια την εκτελεστή πράξη, αλλά και τα στοιχεία, που αυτή έλαβε υπόψη και επί των οποίων κρίνει, εγκρίνει και αποφαίνεται, άλλως θα παραβλάπτονταν τα θεμελιώδη δικονομικά δικαιώματα του οικονομικού φορέα και η ίδια η αποτελεσματικότητα της παρεχόμενης σε αυτόν προδικαστικής προστασίας, η οποία δεν θα ήταν ουσιαστική. Επομένως, έως τον αποχαρακτηρισμό των οικείων πληροφοριών, αποδεδειγμένα δεν υφίσταται η απαιτούμενη για την κατά τα ως άνω εκκίνηση της προθεσμίας, πλήρης γνώση ούτε δυνατότητα αποτελεσματικής προσβολής της εκτελεστής πράξης. Αυτή η αδυναμία όμως υφίσταται αποκλειστικά για τα κεφάλαια της προσβαλλόμενης που συνέχονται με αυτά καθαυτά τα εμπιστευτικά και το πρώτον αποχαρακτηριζόμενα και καθιστάμενα ούτως γνωστά για πρώτη φορά σε χρόνο ύστερο της κοινοποίησης της εκτελεστής πράξης, έγγραφα, όχι δε και για κάθε άλλο κεφάλαιο της πράξης, το οποίο ερείδεται επί εγγράφων και πληροφοριών που καθίστανται γνωστές το αργότερο συγχρόνως με την κοινοποίηση της ίδιας της πράξης, σημείο από το οποίο δημιουργείται ούτως πλήρης γνώση αυτής και των στοιχείων επί των οποίων κρίνει. Άλλως, θα παρεχόταν κατ' άνιση υπέρ του τρίτου διαγωνιζομένου μεταχείριση, δικαίωμα τεχνητής παρέκτασης ειδικώς για αυτόν της αποκλειστικής κατ' άρ. 361 Ν. 4412/2016 προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής ακόμη και για κεφάλαια της προσβαλλόμενης για τα οποία είχε εξαρχής πλήρη γνώση και τα οποία ουδόλως επηρεάστηκαν από τυχόν μεταγενέστερο αποχαρακτηρισμό, ο οποίος ουδόλως συνέχεται ούτε δικαιολογεί διακριτική υπέρ του μεταχείριση και σε σχέση με όσα ήδη γνώριζε. Επομένως, κατά το σύνολο των ανωτέρω, προκύπτει ότι ο τρίτος μετέχων δεν δύναται να προσβάλει μετ' εννόμου συμφέροντος και άρα παραδεκτά, πράξη ή, όπως εν προκειμένω κεφάλαιο πράξης της αναθέτουσας με το οποίο αυτή αποφασίζει τον αποχαρακτηρισμό των εμπιστευτικών εγγράφων άλλου διαγωνιζομένου, ενώ κατά τα λοιπά περατώνει εν όλω ή εν μέρει το οικείο διαγωνιστικό στάδιο, εγκρίνοντας τις

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

προσφορές των διαγωνιζομένων (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 170/2017, σκ. 13). Αλλά, ότι απλώς η τυχόν μεταγενέστερη της κοινοποίησης της παραπάνω πράξης, συντέλεση του αποχαρακτηρισμού οδηγεί στη μετάθεση της εκκίνησης της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά αυτής στο σημείο του πραγματικού αποχαρακτηρισμού, τούτο όμως αποκλειστικώς όσον αφορά τα κεφάλαια της πράξης που ερείδονται και σχετίζονται με τα το πρώτον αποχαρακτηριζόμενα έγγραφα. Κατά κάθε άλλο κεφάλαιο της προσβαλλόμενης, η προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής έχει ήδη εκκινήσει κατά τον χρόνο της κοινοποίησης, ανεξαρτήτως πότε ο αποχαρακτηρισμός των άσχετων με αυτά τα κεφάλαια εγγράφων, λάβει τελικώς χώρα.

10. Επειδή, η κατ' άρ. 5 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 πρόβλεψη για υποχρέωση του προσφεύγοντος επισύναψης στο έντυπο της προσφυγής εκτός των άλλων και επικυρωμένης εκτύπωσης από τον ηλεκτρονικό τόπο της Γ.Γ.Π.Σ. βεβαίωσης ότι το παράβολο φέρει την ένδειξη "πληρωμένο" δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας. Τούτο διότι η διάταξη αυτή έχει τεθεί προς αποδεικτική διευκόλυνση του Κλιμακίου που εξετάζει την προσφυγή περί του ότι το παράβολο είναι πληρωμένο, πράγμα που συνιστά τη μόνη ουσιώδη σχετική προϋπόθεση περί του παραδεκτού της προσφυγής και το οποίο είναι όλως εφικτό με μόνη την προσκόμιση του αντιγράφου ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού από τράπεζα ή με μόνη τη βεβαίωση δέσμευσης του ποσού από την αρμόδια υπηρεσία της ΑΕΠΠ, προϋποθέσεις οι οποίες εξάλλου συμπαρατίθενται μετά της υποχρέωσης προσκόμισης της ως άνω εκ της Γ.Γ.Π.Σ. εκτύπωσης. Η αληθής όμως έννοια της παραπάνω διάταξης είναι ότι τα παραπάνω στοιχεία δεν απαιτούνται σωρευτικά, αλλά διαζευκτικά αφού έκαστο εξ αυτών αρκεί για την απόδειξη πληρωμής. Άλλως, θα κατέληγε η διάταξη στο άτοπο να ζητούνται από τον προσφεύγοντα τρία ισοδύναμα και αυτοτελώς έχοντα πλήρη σχετική αποδεικτική σημασία, έγγραφα για να αποδείξει το ένα και αυτό γεγονός, ήτοι την πληρωμή του παραβόλου και περαιτέρω θα περιοριζόταν δυσανάλογα με το εν προκειμένω ζητούμενο, η προδικαστική προστασία του προσφεύγοντος με την εμπλοκή όλως αχρείαστων προϋποθέσεων για το παραδεκτό της προσφυγής του. Εξάλλου, η παραπάνω διάταξη εσφαλμένα αναφέρεται σε προσκόμιση εκ

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

μέρους του προσφεύγοντος της βεβαίωσης δέσμευσης, αφού αυτή συντελείται αυτομάτως από την ΑΕΠΠ και διαβιβάζεται εσωτερικά στο Κλιμάκιο και μάλιστα αυτονόητα μετά την κατάθεση της προσφυγής (η οποία προφανώς αποτελεί προϋπόθεση της προσκόμισης του παραβόλου, άρα και της περαιτέρω βεβαίωσης δέσμευσής του), με αποτέλεσμα να είναι και αδύνατο να την επισυνάψει ο προσφεύγων εξαρχής στην προσφυγή του. Περαιτέρω, αυτή κατά κανόνα δεν κοινοποιείται στον προσφεύγοντα, ώστε αυτός περαιτέρω να τη διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ, συνθήκη εξάλλου που, και αν ακόμη του κοινοποιείτο η βεβαίωση, θα ήταν όλως περιττή, αλλά και δυσανάλογα επιβαρυντική για τον προσφεύγοντα, αφού η βεβαίωση αυτή καθίσταται αυτομάτως διαθέσιμη στο Κλιμάκιο, κατά τα ως άνω εσωτερικά. Συνεπώς, η ως άνω διάταξη έχει την έννοια, ότι και αν ακόμη δεν επισυναφθεί ούτε εκτύπωση περί πληρωμένου παραβόλου από τη Γ.Γ.Π.Σ. ούτε αποδεικτικό πληρωμής μέσω τράπεζας, αρκεί η βεβαίωση ελέγχου και δέσμευσης για την απόδειξη της πληρωμής του παραβόλου, στοιχείο που είναι και το ζητούμενο κατά την οικεία εξάλλου διατύπωση της διάταξης του άρ. 5 παρ. 4 εδ. γ' ΠΔ 39/2017. Επομένως, πρέπει να απορριφθεί ο οικείος περί απαραδέκτου της προσφυγής, ισχυρισμός του δεύτερου παρεμβαίνοντος.

11. Επειδή, η από 23-11-2017 Προσφυγή, που κατά την παραπάνω σκ. 8 στρέφεται κατά εν μέρει εκτελεστής πράξης, αφορά διαδικασία που προκηρύχθηκε βάσει της υπ' αριθ. 167/2017 (αρ. πρωτ. 5775/13-9-2017) Διακήρυξης, (CPV) 79713000-5, προϋπολογισμού τετρακοσίων σαράντα έξι χιλιάδων τετρακοσίων ευρώ (446.400,00 €), συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. και τριακοσίων εξήντα χιλιάδων (360.000) ευρώ άνευ ΦΠΑ, για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών από την υπογραφή της σύμβασης, με δικαίωμα εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής μονομερούς παράτασης έως και ένα έτος μετά τη λήξη της αρχικής σύμβασης, ποσού διακοσίων είκοσι τριών χιλιάδων διακοσίων ευρώ (223.200,00 €) συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. και εκατόν ογδόντα χιλιάδων (180.000) ευρώ άνευ ΦΠΑ και συνολικά εκτιμώμενης αξίας πεντακοσίων σαράντα χιλιάδων (540.000) ευρώ άνευ ΦΠΑ, με ημ/νια αποστολής στην ΕΕΕΕ την 11-9-2017 και δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ από 14-9-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

17PROC001946765 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 14-9-2017 με συστημικό α/α 45763. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση προς την ΕΕΕΕ, ο οποίος κατ' άρ. 61 Ν. 4412/2016 συνιστά και τον κρίσιμο χρόνο για την κατάγνωση έναρξης του διαγωνισμού, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 14-11-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του νομικού προσώπου. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό με δικαιολογητικά που κρίθηκαν ως δεκτά, επομένως προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό οιοδήποτε έτερου ομοίως προκριθέντος στα επόμενα στάδια διαγωνιζομένου. Δεν έχει έννομο συμφέρον, όμως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στη σκ. 9, για κάθε λόγο που προβάλλει περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης λόγω αποδοχής προσφορών καίτοι περιείχαν χαρακτηρισμένα ως εμπιστευτικά αρχεία, τα οποία όμως αποχαρκτηρίστηκαν δι' αυτής και σε σχέση με τα οποία ο προσφεύγων δεν προβάλλει άλλο ειδικότερο ισχυρισμό κατά των σχετικών κεφαλαίων της προσβαλλομένης, περί του γιατί και με ποιο τρόπο τα αποχαρκτηρισθέντα αυτά πλέον έγγραφα συνέχονται κατά το ειδικότερο περιεχόμενου τους με πλημμέλειες της προσβαλλόμενης. Επομένως, η προσφυγή ασκείται απαραδέκτως, όσον αφορά, κατά την οικεία συμπερίληψη των επιμέρους ανά έτερο διαγωνιζόμενο λόγους της προσφυγής στη σκ. 2, ως προς τον τέταρτο λόγο που προβάλλει κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος, τον τρίτο λόγο που προβάλλει κατά του τρίτου παρεμβαίνοντος και τον πρώτο λόγο που προβάλλει κατά του τέταρτου έτερου διαγωνιζομένου, ενώ παραδεκτώς ασκείται ως προς τον δεύτερο λόγο που προβάλλει κατά του τέταρτου έτερου διαγωνιζομένου διότι αυτός αφορά μεν αποχαρκτηρισθέντα έγγραφα πλην ο προσφεύγων επικαλείται ειδική πλημμέλεια που αυτά ενσωματώνουν ως προς τη νομιμότητα της προσβαλλομένης και η οποία προέκυψε μετά τον αποχαρκτηρισμό τους. Παραδεκτά δε ασκείται και κατά τους λοιπούς λόγους της. Επειδή, εξάλλου,

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

κατά τα αναφερόμενα στις σκ. 3-5 εμπροθέσμως, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς ασκούνται και οι παρεμβάσεις του πρώτου, δεύτερου και τρίτου παρεμβαίνοντος. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικώς δεκτή κατά το σκέλος της που, με τους εναπομείναντες παραδεκτούς λόγους της, στρέφεται κατά των λοιπών κεφαλαίων της προσβαλλομένης, να γίνουν δε τυπικώς δεκτές κατά το αντίστοιχο σκέλος τους και οι παρεμβάσεις και να εξεταστεί η υπόθεση περαιτέρω κατ' ουσία, όσον αφορά τους κατά τα ως άνω εναπομείναντες λόγους της προσφυγής.

12. Επειδή, το προδιατυπωμένο έντυπο ΕΕΕΣ, όπως αυτό περιλαμβάνεται ως Παράρτημα 2, στον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής, περιλαμβάνει και Μέρος V, το οποίο στο προοίμιο του αναφέρει ότι *«Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν η αναθέτουσα αρχή... έχει προσδιορίσει αντικειμενικά... κριτήρια ή κανόνες που πρόκειται να εφαρμοσθούν για τον περιορισμό του αριθμού των υποψηφίων που θα προσκληθούν να υποβάλουν προσφορά ή να συμμετάσχουν στον διάλογο... Για κλειστές διαδικασίες, ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, διαδικασίες ανταγωνιστικού διαλόγου και συμπράξεις καινοτομίας μόνον: Ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι:»*. Περαιτέρω, στο Μέρος αυτό ερωτάται (με υπέρτιτλο «Περιορισμός του αριθμού») αν ο οικονομικός φορέας πληροί τα κριτήρια/κανόνες για τον περιορισμό των υποψηφίων και στη συνέχεια ζητείται αυτός να δηλώσει τα πιστοποιητικά και τα αποδεικτικά βάσει των οποίων δηλώνει ότι πληροί τους παραπάνω κανόνες. Εξάλλου, ο ως άνω Κανονισμός στο Παράρτημα 1 του και δη στο σημείο που αναφέρεται στο ως άνω Μέρος V περιλαμβάνει και την υποσημείωση 19, η οποία αναφέρει ότι *«Η χρήση του ΕΕΕΠ από τους αναθέτοντες φορείς σχετικά με τον περιορισμό του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων (μέρος V) δεν προβλέπεται ρητώς βάσει της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, θα πρέπει ωστόσο να επιτρέπεται για πρακτικούς λόγους, δεδομένου ότι τόσο το άρθρο 65 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ όσο και το άρθρο 78 παράγραφος 2 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ απαιτούν κάθε τέτοιου είδους περιορισμός του αριθμού να διενεργείται σύμφωνα με αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή κανόνες.»*. Το παραπάνω άρθρο 65 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. άρ. 84 Ν. 4412/2016) με σαφήνεια αναφέρεται στις κλειστές

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

διαδικασίες, στις ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, στις διαδικασίες ανταγωνιστικού διαλόγου και στις συμπράξεις καινοτομίας. Είναι προφανές, επομένως, εκ των ως άνω ότι το παραπάνω Μέρος V προορίζεται αποκλειστικά για τις ρητά αναφερόμενες στο παραπάνω προοίμιο του, όπως και στο άρ. 84 Ν. 4412/2016, διαδικασίες, στις οποίες δεν περιλαμβάνεται ο ανοικτός διαγωνισμός, ήτοι η προκείμενη διαδικασία. Επομένως, ο λόγος που ο προσφεύγων προβάλλει κατά του πρώτου παρεμβαίνοντος είναι νόμω αβάσιμος και απορριπτέος και πρέπει να γίνει δεκτή η πρώτη παρέμβαση.

13. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), η υποβολή ελλιπούς ή εσφαλμένης κατά περιεχόμενο δήλωσης ως στοιχείου της προσφοράς ενός διαγωνιζομένου, συνιστά μια καταρχήν ουσιώδη παράλειψη μη δυνάμενη καταρχήν να αναπληρωθεί με παροχή ύστερων της προσφοράς διευκρινίσεων. Η τελευταία, κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση. Περαιτέρω, η οικεία αρμοδιότητα αναζήτησης τέτοιων διευκρινίσεων-συμπληρώσεων επαφίεται αποκλειστικά στην αναθέτουσα (και όχι σε δυνατότητα αυτόβουλης ενέργειας και πρωτοβουλίας οικονομικού φορέα), κατά τη διακριτική αυτής ευχέρεια που θεσπίζεται δια του άρ. 102 Ν. 4412/2016, η οποία και πάλι ελέγχεται ως προς τη νομιμότητα και την εκ μέρους της τήρηση των άκρων ορίων αυτής (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), ιδίως ως προς τον περιορισμό του άρ. 102 παρ. 3, κατά το οποίο η άσκηση της ευχέρειας αυτής *«δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης»*. Περαιτέρω (Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017), η άσκηση τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν διάθεσή της από την αναθέτουσα, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα, αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 παρ. 1 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας επί των οποίων λαμβάνουν χώρα, η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης, όπως και το αντικείμενο, έγγραφο, δικαιολογητικό επί

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

του οποίου το σφάλμα έλαβε χώρα, της τυχόν περιπλοκότητας συντάξεώς του, του πλήθους των πληροφοριών που περιλαμβάνει, του μεγάλου μεγέθους του, της αποδεικτικής του σημασίας ως προς τη συνολική διαδικασία και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά συγκροτήματος και ενότητας τέτοιων στοιχείων τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα και τα οποία στο στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης συνεχονται ιδίως με το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Οι δε παραπάνω αρχές του ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της αποφυγής ευνοϊκής μεταχείρισης και ισότητας των διαγωνιζομένων δεν θίγονται προεχόντως όταν η αναγνώριση ευχέρειας αναπλήρωσης της έλλειψης δεν θέτει κάποιον διαγωνιζόμενο σε πλεονεκτική έναντι άλλου θέση, όσον αφορά τον χρόνο και τις δυνατότητες που διατίθενται σε αυτόν για τη συλλογή των οικείων εγγράφων που πρέπει να υποβάλει μετά της προσφοράς του, απόκτηση προσόντων που απαιτεί η διακήρυξη, επίτευξη συνεργασίας με υπεργολάβο ή τρίτο οικονομικό φορέα του άρ. 78 Ν. 4412/2016, έγκριση της υποβολής της προσφοράς του από το σύνολο των διαχειριστικών του οργάνων ή ενημέρωση αυτών περί των υποχρεώσεων δήλωσής εκ μέρους τους, σύμπληξη κοινοπραξίας και ένωσης οικονομικών φορέων και γενικά για την εκ μέρους του ολοκλήρωση κάθε σχετικής με τη νόμιμη συμμετοχή στον διαγωνισμό ενέργειάς του. Δεν θίγονται επίσης ούτε αυτές ούτε η ασφάλεια δικαίου και τα συμφέροντα της αναθέτουσας, όταν δια της ως άνω αναπλήρωσης δεν παρέχεται εμμέσως στο υπέρ ου η αναγνώριση της ευχέρειας αυτής μέρος, η δυνατότητα υπεκφυγής και απαλλαγής από την υποχρέωσή τους προς υπεύθυνη δήλωση με κάθε σχετική έννομη συνέπεια και εν γένει κάθε είδους δυνατότητα, η οποία καθιστά τη θέση τους και κάθε ευθύνη τους ως συμμετέχοντες στον διαγωνισμό ευκολότερη και ελαφρύτερη σε σχέση με αυτή των άλλων μετεχόντων. Έτσι, επιτρεπτά νοείται τέτοια αναπλήρωση έλλειψης, όταν

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

μεταξύ άλλων είτε η έλλειψη δεν επάγεται κάποιες έννομες συνέπειες είτε προκύπτει ότι από την αντιπαραβολή του συνόλου των εγγράφων της προσφοράς και ad hoc κρίση επ' αυτών, τόσο η έλλειψη είναι όλως επουσιώδης και ιδίως από αυτή δεν καταλείπεται περιθώριο εναλλακτικής ή αντιφατικής προσφοράς, ενώ συγχρόνως προκύπτει η οικεία απάντηση στο σχετικό ερώτημα από άλλο ταυτόχρονα συνυποβληθέν έγγραφο, αλλά και την ίδια την τεχνική προσφορά του προσφέροντος δια των οποίων προκύπτει με σαφήνεια η απάντηση στο παραπάνω ερώτημα και η πλήρης δικαιολόγηση της οικείας έλλειψης σε απλή παραδρομή. Τα ανωτέρω προκύπτουν και από τα άρ. 102 παρ. 2-4 Ν. 4412/2016 και την ίδια την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016, η οποία επί του άρ. 102, τονίζει τον σκοπό της διάσωσης προσφορών, οι οποίες κατά τα λοιπά θα ήταν παραδεκτές και διακινδυνεύονται μόνο από επουσιώδεις ελλείψεις, υπογραμμίζει την υποχρέωση ερμηνείας αυτής της δυνατότητας υπό το πρίσμα των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ως και την απαγόρευση συμπληρώσεων, μεταβολών και διορθώσεων που επιφέρουν έννομες συνέπειες και αναφέρει αναλυτικά τα εξής *«Με το άρθρο 102 εισάγεται ρύθμιση η οποία εξυπηρετεί στη διάσωση προσφορών οι οποίες πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα ή επουσιώδεις παραλείψεις. Με τις παραγράφους 1, 2 και 3 δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλεί τους προσφέροντες/υποψηφίους κατά τη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει. Ωστόσο, προκειμένου να διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, η δυνατότητα συμπλήρωσης/ διευκρίνισης που παρέχεται αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωσης ή συμπλήρωσης και δεν επιτρέπεται να άγει σε μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή νέων εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο στην διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Ενδεικτικά αναφέρονται περιπτώσεις που μπορεί να τύχει εφαρμογής αυτή η δυνατότητα όπως παράλειψη τινών μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των*

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση επικυρωμένων αντιγράφων και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα δια του νόμου, κανονιστικών πράξεων ή των εγγράφων της σύμβασης καθιερωμένα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη. Κατ' αντιστοιχία, σύμφωνα με την παράγραφο 4, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητά έγγραφη διευκρίνιση του περιεχομένου της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς, εάν περιέχει ασάφειες, ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που κρίνονται θεραπεύσιμα. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη τροποποίηση ή αλλοίωση της προσφοράς ή τη μεταβολή στην κατάταξη των προσφορών, σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Σύμφωνα με την παράγραφο 5, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ακολουθεί αυτή τη διαδικασία εάν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. ». Εξάλλου, θα ήταν αντιφατικό αν αναγνωριζόταν κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 δυνατότητα διόρθωσης-συμπλήρωσης τυπικών σφαλμάτων σε έγγραφα της προσφοράς και δικαιολογητικά μετά το άνοιγμα των προσφορών, αλλά δεν αναγνωριζόταν η εξαρχής δυνατότητα συμπλήρωσής τους, δια συνδυαστικής τους θεωρήσεως μετά άλλων εγγράφων, που συνυποβάλλονται ταυτόχρονα και ήδη δια της ίδιας της υποβολής της προσφοράς (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017).

14. Επειδή, εν προκειμένω ο όρος 2.4.3.1 της Διακήρυξης στο στοιχείο γ' αυτού προβλέπει ως δικαιολογητικό υποβαλλόμενο με την προσφορά «Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, στην οποία θα αναγράφονται τα στοιχεία του διαγωνισμού και στην οποία ο προσφέρων θα δηλώνει ότι σε περίπτωση ανάληψης των υπηρεσιών: 1- θα προσκομίσει κατά την υπογραφή της σύμβασης: Ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης και επαγγελματικής ευθύνης έναντι τρίτων κατ' ελάχιστο ποσού ύψους 2.000.000 ευρώ, το οποίο και δεσμεύεται να διατηρήσει σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια της

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

σύμβασης. Κατάλογο με το προσωπικό φύλαξης-επιτήρησης που πρόκειται να απασχοληθεί στο έργο και αντίγραφα των εν ισχύ αδειών εργασίας του εν λόγω προσωπικού (ο κάθε φύλακας απαιτείται να είναι κάτοχος άδειας εργασίας εν ισχύ, η οποία εκδίδεται από την αρμόδια Αστυνομική Διεύθυνση.)

Κατάσταση των απασχολούμενων θεωρημένη από την Επιθεώρηση Εργασίας (δεν απαιτείται επικύρωση της κατάστασης προσωπικού σε περίπτωση επίσημης ηλεκτρονικής υποβολής της στην αρμόδια κρατική υπηρεσία) 2- αν κάποιος μέλος του απασχολούμενου στο έργο προσωπικού αλλάξει κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα αυτής ή/και της παρούσας διακήρυξης, θα προσκομίσει τόσο την άδεια εργασίας του εν λόγω μέλους, όσο και την ως άνω αναφερόμενη κατάσταση των απασχολούμενων θεωρημένη από την Επιθεώρηση Εργασίας (δεν απαιτείται επικύρωση της κατάστασης προσωπικού σε περίπτωση επίσημης ηλεκτρονικής υποβολής της στην αρμόδια κρατική υπηρεσία).”. Ο δεύτερος παρεμβαίνων προσκόμισε την από 17-10-2017 υπεύθυνη δήλωσή του με την οποία δεσμεύτηκε ότι σε περίπτωση ανάληψης των υπηρεσιών θα προσκομίσει κατά την υπογραφή της σύμβασης, τα εξής όπως τα αναφέρει στο οικείο κείμενο “-Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης και Επαγγελματικής Ευθύνης έναντι τρίτων κατ’ ελάχιστο ποσού ύψους 2.000.000,00€, το οποίο και δεσμεύομαι να διατηρήσω σε ισχύ καθ’ όλη την διάρκεια της σύμβασης. -Κατάλογο με το προσωπικό φύλαξης-επιτήρησης που πρόκειται να απασχοληθεί στο έργο και αντίγραφα των εν ισχύ αδειών εργασίας του εν λόγω προσωπικού (ο κάθε φύλακας απαιτείται να είναι κάτοχος άδειας εργασίας εν ισχύ, η οποία εκδίδεται από την αρμόδια Αστυνομική Διεύθυνση). -Κατάσταση των απασχολούμενων θεωρημένη από την Επιθεώρηση Εργασίας (δεν απαιτείται επικύρωση της κατάστασης προσωπικού σε περίπτωση επίσημης ηλεκτρονικής υποβολής της στην αρμόδια κρατική υπηρεσία)”. Ούτως, η παραπάνω δήλωσή του δεν περιέλαβε τα παραπάνω υπό 2 αναφερόμενα στο στοιχ. γ’ του όρου της διακήρυξης ήτοι περί του ότι θα προσκομίσει άδεια εργασία του τυχόν νέου μέλους που θα αντικαταστήσει άλλο μέλος στο απασχολούμενο προσωπικό κατά τη διάρκεια της σύμβασης, καθώς και κατάσταση των απασχολούμενων. Το ως άνω χωρίο που παραλείφθηκε από την παραπάνω δήλωση, αναφέρεται και στο Παράρτημα Ι και αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, κατά τον όρο 2.1.1

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αυτής, όσον αφορά το Φυσικό Αντικείμενο της Σύμβασης. Όμως, προβλέπεται ρητά στον όρο 3.3 και ως δικαιολογητικό κατακύρωσης με ρητή εξάλλου περαιτέρω μνεία περί των υποχρεώσεων του αν αντικατασταθεί μέλος του προσωπικού είτε πριν τη σύναψη της σύμβασης είτε κατά τη διάρκειά της. Αντίστοιχα, ακριβώς η ίδια υποχρέωση περιλαμβάνεται και στο άρ. 5 παρ. 6 του Παραρτήματος V-Σχέδιο Σύμβασης, που ομοίως συνιστά αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης κατά τον όρο 2.1.1 της τελευταίας, ενώ κατά το άρ. 8.1 αυτής (όπως και με τον όρο 5.2.1 του κυρίως σώματος της διακήρυξης) προβλέπεται έκπτωση του αναδόχου σε περίπτωση παράβασης κάθε όρου της σύμβασης με κάθε εις βάρος του νόμιμη συνέπεια και κατάπτωση της οικείας εγγυητικής καλής εκτέλεσης, ενώ κατά το άρ. 14 αυτής ο όποιος ανάδοχος οφείλει να παραιτηθεί προκαταβολικά από κάθε αμφισβήτηση όρου της σύμβασης και όλοι οι όροι αυτής θεωρούνται ουσιώδεις, η δε παράβασή τους επιφέρει κάθε κατά τον νόμο και τη διακήρυξη κύρωση. Κατά τα παραπάνω προκύπτει ότι η οικεία υποχρέωση που προβλέπει ο όρος 2.4.3.1 την αναγραφή της στην υπεύθυνη δήλωση επαναλαμβάνεται τόσο ως προϋπόθεση κατακύρωσης στον ανάδοχο, αλλά και ως όρος της σύμβασης για το ενδοσυμβατικό διάστημα. Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση, τα συνεχόμενα με τον παραπάνω όρο συμφέροντα της αναθέτουσας διασφαλίζονται ούτως ή άλλως ανεξαρτήτως της υπεύθυνης δηλώσεως, της οποίας η μόνη αυτοτελής επιπλέον συνέπεια έγκειται σε πιθανότητα ποινικής δίωξης του υπογράφοντος. Πλην όμως, ακόμα και έτσι, ως αναφερόμενο σε μελλοντικό γεγονός και υποχρέωση, είναι λίαν αμφίβολο αν θα μπορούσε η αναθέτουσα να επιδιώξει τελεσφόρως, ασχέτως της οποίας λυσιτέλειας και ενδιαφέροντος κάθε αναθέτουσας να πράξει ούτως, τυχόν ποινική καταδίκη του δηλούντος ειδικά ως προς το ως άνω ζητούμενο σκέλος, αφού ποινική διάσταση αποδίδει ο νόμος αποκλειστικά στην εν γνώσει κάποιου ψευδή δήλωση ή άρνηση/απόκρυψη αληθών και ισχύοντων γεγονότων, δηλαδή στοιχείων που αναφέρονται σε πράγματα που μετά βεβαιότητας τελούν κατά τον χρόνο της δήλωσης εις γνώση του δηλούντος και ως εκ τούτου έχουν συμβεί ή συμβαίνουν κατά τον χρόνο της δήλωσης ή ερείδονται σε γεγονότα που έχουν ήδη συμβεί ή συμβαίνουν κατά αυτόν τον χρόνο, και όχι στην τυχόν αθέτηση μελλοντικής υπόσχεσης που παρέχεται δια του οικείου εντύπου υπευθύνου δηλώσεως. Εξάλλου (βλ. ΑΠ Ζ Τμ.-Ποινικό 290,

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

292/2015), από τις διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 1 του ν. 1599/86, κατά την οποία "Γεγονότα ή στοιχεία που δεν αποδεικνύονται με το δελτίο ταυτότητας, ή τα αντίστοιχα έγγραφα του άρθρου 6, μπορεί να αποδεικνύονται ενώπιον κάθε αρχής ή υπηρεσίας του δημόσιου τομέα, με υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου που συντάσσεται σε ειδικό σφραγιστό χαρτί αξίας 100 δραχμών", και 22 παρ. 6 εδ. α του ίδιου νόμου, η οποία ορίζει ότι "όποιος εν γνώσει του δηλώνει ψευδή γεγονότα, ή αρνείται ή αποκρύπτει τα αληθινά, με έγγραφη υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον 3 μηνών κλπ", συνάγεται ότι για την αντικειμενική υπόσταση του από την τελευταία διάταξη προβλεπόμενου εγκλήματος απαιτείται: 1) δήλωση ψευδών γεγονότων σαν αληθινών, ή άρνηση ή απόκρυψη αληθινών γεγονότων, τα οποία δεν αποδεικνύονται με το δελτίο ταυτότητας ή το διαβατήριο, (όχι δε μόνο γεγονότων που αφορούν προσωπικά στοιχεία του δηλούντος), 2) η δήλωση αυτή να έχει συνταχθεί επί του προβλεπόμενου ειδικού σφραγιστού χαρτιού και γ) να απευθύνεται, δηλαδή να υποβάλλεται, σε αρχή ή υπηρεσία του δημόσιου τομέα, για την υποκειμενική δε θεμελίωση του, γνώση με την έννοια της βεβαιότητας (πλήρης γνώση -επίγνωση) των πραγματικών περιστατικών που συγκροτούν την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος και τη θέληση τελέσεως της πράξεως, η οποία φέρει στην πραγμάτωση της αντικειμενικής υποστάσεως αυτού. Ως αρχή, νοείται το όργανο του Κράτους, το οποίο ασκεί, κατ' ιδίαν αυτού ελεύθερη κρίση, σε ορισμένο κύκλο κρατική εξουσία, προβλεπόμενη από τους οργανικούς τούτου νόμους. Επιπλέον, για τον ίδιο λόγο, είναι κατά κανόνα εσφαλμένη και τούτο πρωτίστως λόγω εσφαλμένης αντίληψης (και δη ως ερειδόμενη αυτή σε εσφαλμένη νομική προϋπόθεση) περί του σκοπού της «υπεύθυνης δηλώσεως» και του πραγματικού αντικειμένου αυτής, και κάθε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας απαίτηση υποβολής υπεύθυνης δήλωσης, περαιτέρω και επιπλέον μάλιστα του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ δια της οποίας ο οικονομικός φορέας καλείται, όπως εν προκειμένω να δηλώσει εκ των προτέρων μελλοντικά γεγονότα ή να υποσχεθεί εκπλήρωση μελλοντικών του υποχρεώσεων. Τούτο μάλιστα, ασχέτως του ότι εν προκειμένω η οικεία απαίτηση είναι εκτός από ακατάλληλη κατά τα ως άνω για τον επιδιωκόμενο σκοπό, περαιτέρω και μη αναγκαία, αφού ο σκοπός αυτός επιτυγχάνεται αποτελεσματικά με σειρά λοιπών όρων της διακήρυξης και του σχεδίου

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

σύμβασης, οι οποίοι αφορούν αφενός το προσυμβατικό στάδιο ως όροι κατακύρωσης, αφετέρου το ενδοσυμβατικό στάδιο ως όροι της σύμβασης και μάλιστα με την παράβασή τους να έχει βαρείες συνέπειες. Σε κάθε περίπτωση, καίτοι αυτή καθαυτή η νομιμότητα του παραπάνω όρου δεν ελέγχεται κατά το παρόν στάδιο, αφού η διακήρυξη δεν προσβλήθηκε και οι προσφορές κατατέθηκαν ανεπιφύλακτα, τα παραπάνω έχουν την έννοια ότι η οικεία ως άνω έλλειψη δεν δύναται να ληφθεί υπόψη ως ουσιώδης και πάντως μη συμπληρώσιμη-διορθώσιμη, αφού δεν δύναται να αποτελέσει μέσο υπεκφυγής του οικονομικού φορέα από τις υποχρεώσεις του, οι οποίες θεσπίζονται εξάλλου με σειρά λοιπών όρων ούτε να θεωρηθεί ως επιφύλαξη επί της εκ μέρους του τήρησης των όρων της κατακύρωσης, τους οποίους αν δεν τηρήσει δεν θα καταστεί ανάδοχος και της τυχόν σύμβασης, την οποία θα κληθεί να υπογράψει αν αναδειχθεί ανάδοχος. Ούτως, η παραπάνω μη επαγόμενη εξάλλου πρακτικές ή εν γένει έννομες συνέπειες κατά τα ως άνω, δεν έχει ούτε μείζον μέγεθος ως προς το αποδεικτικό αντικείμενο της διαδικασίας ούτε αναφέρεται σε κάποια αοριστία, αντίφαση ή εναλλακτικό χαρακτήρα της προσφοράς, πολλώ δε μάλλον καθώς με την ομοίως ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση που ο δεύτερος παρεμβαίνων συνέταξε και υπέβαλε την ίδια ημέρα και δη συνυπέβαλε με την ως άνω, δήλωσε την ανεπιφύλακτη αποδοχή εκ μέρους του των όρων της διακήρυξης. Περαιτέρω, εξάλλου, αυτός ήδη προ της άσκησης της προσφυγής, υπέβαλε και την από 16-11-2017 νέα σχετική υπεύθυνη δήλωσή του, με την οποία, κατόπιν της οικείας πρόσκλησης της αναθέτουσας, αντικατέστησε παραδεκτως εν όλω την προηγούμενη ελλιπή υπεύθυνη δήλωσή του, με νέα, η οποία περιλαμβάνει κάθε ζητούμενο περιεχόμενο, ούτως συμπληρώνοντας και διορθώνοντας την κατά τα ως άνω μη ουσιώδη πλημμέλειά του. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, ο τρίτος παρεμβαίνων, όσον αφορά τον ίδιο ως άνω όρο 2.4.3.1 στοιχ. γ' της διακήρυξης υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση με το ακόλουθο περιεχόμενο *“Ως Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος της εταιρείας με την επώνυμα «...» και διακριτικό τίτλο «...» και νόμιμος εκπρόσωπος αυτής, σύμφωνα με το κωδικοποιημένο καταστατικό της εταιρείας και το από 11.05.2017 Πρακτικό Δ.Σ., που εδρεύει στην Καλλιθέα Αττικής, επί της οδού*

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

Ελευθερίου Βενιζέλου 135-137, αναφορικά με τον Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διεθνούς Διαγωνισμού που προκήρυξε το Οικονομικό Πανεπιστήμιο Αθηνών με την διακήρυξη με Αριθ. Διακ. 2/2017 για «Ανάθεση Υπηρεσιών Φύλαξης-Επιτήρησης του επί των οδών Τροίας 2, Κιμώλου και Σπετσών ακινήτου του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών.», προϋπολογισμού 266.666,66 € πλέον Φ.Π.Α., για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών με δικαίωμα μονομερούς παράτασης έως και ένα έτος, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι και τις 15.05.2017 στην διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Δηλώνω τόσο εγώ όσο και η εταιρεία που εκπροσωπώ ότι σε περίπτωση ανάληψης των υπηρεσιών: 1) θα προσκομίσουμε κατά την υπογραφή της σύμβασης: Ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης και επαγγελματικής ευθύνης έναντι τρίτων κατ' ελάχιστο ποσού ύψους 2.000.000 ευρώ, το οποίο και δεσμεύεται να διατηρήσει σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Κατάλογο με το προσωπικό φύλαξης-επιτήρησης που πρόκειται να απασχοληθούν στο έργο και αντίγραφα των εν ισχύ αδειών εργασίας του εν λόγω προσωπικού. Κατάσταση των απασχολουμένων θεωρημένη από την Επιθεώρηση Εργασίας. 2) Αν κάποιο μέλος του απασχολούμενου στο έργο προσωπικού αλλάξει κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα αυτής ή/και της παρούσας διακήρυξης, θα προσκομίσουμε τόσο την άδεια εργασίας του εν λόγω μέλους, όσο και την ως άνω αναφερόμενη κατάσταση των απασχολουμένων θεωρημένη από την Επιθεώρηση Εργασίας.". Επιπλέον των όσων αναφέρθηκαν παραπάνω στη σκ. 14, εν προκειμένω προκύπτει ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων δήλωσε μεν ανάληψη υποχρεώσεων με το περιεχόμενο που ζητούσε η διακήρυξη, προφανώς καθώς η αναθέτουσα ζητά με ταυτόσημο περιεχόμενο τα σχετικά σε κάθε οικεία διακήρυξή της περί σύμβασης φύλαξης, πλην όμως για άλλο διαγωνισμό της ίδιας αναθέτουσας. Δεδομένου του χαρακτήρα του παραπάνω σφάλματος ως πρόδηλου και οφειλόμενου σε παραδρομή, ο οποίος καθίσταται προφανής από τον τρόπο με τον οποίο έλαβε χώρα (αναφορά σε άλλο διαγωνισμό της ίδιας αναθέτουσας), αλλά και του ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων δεν απέφυγε να δεσμευτεί για οτιδήποτε ζητούσε η διακήρυξη, αλλά και του κατά τα ως άνω στη σκ. 14, ελάσσονος και μη ουσιώδους χαρακτήρα των εν γένει σφαλμάτων επί της συγκεκριμένης υπεύθυνης δηλώσεως σε σχέση με την αναγκαιότητα,

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

καταλληλότητα, συσχετίσής της και επικάλυψή της με άλλους όρους της διακήρυξης, αλλά και του ότι και αυτός ο παρεμβαίνων υπέβαλε και έτερη υπεύθυνη δήλωσή του περί αποδοχής των όρων της διακήρυξης άνευ επιφυλάξεως, προκύπτει ότι νομίμως θεωρήθηκε από την αναθέτουσα ως τυπική έλλειψη και συνεπώς κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 παραδεκτώς συμπληρούμενη και διορθώσιμη. Εξάλλου, και ο δεύτερος παρεμβαίνων ήδη από 21.11.2017 και προ της ασκήσεως της προσφυγής υπέβαλε σε απόκριση με την οικεία πρόσκληση της αναθέτουσας νέα υπεύθυνη δήλωση προς αντικατάσταση της ως άνω (δεδομένου δε του είδους του προκείμενου σφάλματος, αυτό δύνατο να διορθωθεί μόνο με εν όλω αντικατάσταση με νέα υπεύθυνη δήλωση με πλήρες περιεχόμενο κατά τα εξαρχής ζητούμενα από τη διακήρυξη), στην οποία επανέλαβε αυτή τη φορά ορθά το ζητούμενο περιεχόμενο ως διόρθωση της οικείας μη ουσιώδους εξάλλου, αρχικής έλλειψης. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής κατά του τρίτου παρεμβαίνοντος.

16. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο και τρίτο λόγο της προσφυγής κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος παρατηρούνται τα ακόλουθα. Κατά τον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης ορίζονται τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομιστούν στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και αυτά που αναφέρονται στον όρο 2.4.3.2, ο οποίος με τη σειρά του παραπέμπει στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης περί Φυσικού Αντικειμένου. Εκεί ουδέν προβλέπεται περί πιστοποιητικού εγγραφής στο οικείο Μητρώο Επιμελητηρίου. Αυτό αντίθετα προβλέπεται ως αποδεικτικό μέσο καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας στον όρο 2.2.9.2 παρ. Β2, όπου ειδικότερα ορίζεται πως οι οικονομικοί φορείς *«Για την απόδειξη της απαίτησης της παραγράφου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν: Εφόσον είναι Έλληνες πολίτες – Ημεδαπά, πιστοποιητικό της αρμόδιας Αρχής από το οποίο προκύπτει το ειδικό επάγγελμά τους και ότι είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο του οικείου Επιμελητηρίου / Επαγγελματικού Μητρώου και ότι η εγγραφή του είναι σε ισχύ τόσο κατά την ημέρα υποβολής της προσφοράς όσο και κατά την ημέρα κοινοποίησης της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επίσης, προσκομίζουν*

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αντίγραφο άδειας λειτουργίας εν ισχύ, από το Υπουργείο Προστασίας του Πολίτη (Ν. 2518/97 ΦΕΚ 164/Α/97 όπως τροποποιήθηκε με τον Ν.3707/2008 ΦΕΚ 209/Α/2008)... Σε περίπτωση που τα ως άνω δεν εκδίδονται πρέπει να αναπληρωθούν επί ποινή αποκλεισμού με Ένορκη Βεβαίωση – Δήλωση ενώπιον συμβολαιογράφου, στην οποία αναφέρεται το ειδικό επάγγελμά τους.». Ο δε όρος 2.2.4 περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας προβλέπει ότι “Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο των προς παροχή υπηρεσιών, ήτοι Φύλαξη – Επιτήρηση Κτιρίων. Για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο οικείο Επιμελητήριο ορίζοντας ρητά την επωνυμία και το αντικείμενο των δραστηριοτήτων που ασκούν, καθώς και να διαθέτουν άδειες λειτουργίας από το Υπουργείο Προστασίας του Πολίτη (Ν. 2518/97 ΦΕΚ 164/Α/97 όπως τροποποιήθηκε με τον Ν.3707/2008 ΦΕΚ 209/Α/2008)”. Κατά τα παραπάνω, προφανώς δεν αρκεί μια εν γένει εγγραφή του οικονομικού φορέα στο οικείο επαγγελματικό μητρώο, ήτοι ως νομικής οντότητας ασχέτως δραστηριότητάς του, αλλά θα πρέπει αυτή η εγγραφή, που πρέπει να είναι ήδη πλήρης και συντελεσμένη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, να αφορά και να περιλαμβάνει ρητά ως δραστηριότητα, ήτοι και ως φορολογικό Κωδικό Αριθμό Δραστηριότητας, στοιχείο που συνιστά προϋπόθεση για τη νόμιμη εκτέλεση του οικείου αντικειμένου, ειδικώς τη φύλαξη και επιτήρηση κτιρίων. Τα οικεία δικαιολογητικά εξάλλου του όρου 2.2.9.2 παρ. Β.2, κατά τον όρο 3.2 προσκομίζονται μετά των δικαιολογητικών κατακύρωσης και τότε εξετάζονται από την αναθέτουσα και δεν προσκομίζονται μετά της προσφοράς και εξετάζονται κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών. Πλην όμως, εν προκειμένω, ο δεύτερος παρεμβαίνων προσκόμισε ήδη με την προσφορά του τα σχετικά δικαιολογητικά, όπως προκύπτει από οικείο έλεγχο στο ΕΣΗΔΗΣ, καίτοι κατά τα παραπάνω για την καταρχήν πλήρωση των σχετικών όρων της διακήρυξης, ήτοι αυτών περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περί καταλληλότητας, αρκούσε στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης, κατ’ άρ. 2.4.3.1. της διακήρυξης, η οικεία δήλωση περί κάλυψής τους στο ΕΕΕΣ.

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

17. Επειδή, όμως, όπως έχει ήδη κριθεί (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), ο ενώπιον της ΑΕΠΠ έλεγχος ακολουθεί τον κανόνα περί αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας. Ειδικότερα, γίνεται δεκτό πως το ΕΕΕΣ ως και οι λοιπές υπεύθυνες δηλώσεις αυτοδέσμευσης συμμετεχόντων σε διαγωνισμό περί εκ μέρους τους τήρηση των όρων της διακήρυξης, καταρχήν παρέχουν πλήρη προκαταρκτική απόδειξη, πάντα υπό την επιφύλαξη αντίθετου όρου της διακήρυξης, προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως επί τον σκοπό της διευκόλυνσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη μείωση του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017). Και ναι μεν η παραπάνω επιταχυμένη διαδικασία που τίθεται για τους ως άνω σκοπούς, ιδίως δε για την κατ' αποτέλεσμα αυτών ενίσχυση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα το ΕΕΕΣ και δια αυτού προβαίνοντα σε υπεύθυνες δηλώσεις ή ως προς τον υποβάλλοντα κατ' απαίτηση του διαγωνισμού έτερη ειδικότερη υπεύθυνη δήλωση περί πλήρωσης των όρων διακήρυξης, προσφέροντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται και δη με επίκληση συγκεκριμένων περί του αντιθέτου λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο δια προδικαστικής προσφυγής αυτού, πολλώ δε μάλλον, χωρίς αυτό όμως να είναι και αναγκαίο, όταν αυτός αποδεικνύει δια προσκομιζόμενων εγγράφων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. ή ακόμη όπως εν προκειμένω από τα εκ του ιδίου του προσφέροντος υποβληθέντα προώρως δια ΕΣΗΔΗΣ έγγραφα, τη βασιμότητα της αμφισβήτησής του, άρα και την αναλήθεια ή το προδήλως ανέφικτο και μη πραγματικό των δηλουμένων και της ίδιας της προσφοράς. Σε αντίθετη περίπτωση η διαδικασία θα κατέληγε σε παράλογα αποτελέσματα, επιτρέποντας τη συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που είτε ψεύδονται με την προσφορά τους είτε είναι προδήλως μη ικανοί ή κατάλληλοι να την υλοποιήσουν είτε η προσφορά τους είναι εν τέλει μη νόμιμη και ως εκ τούτου δεν θα είναι σε θέση και δεν θα επιτραπεί να αναλάβουν τη σύμβαση, άρα και να οριστικοποιηθεί η τυχόν κατακύρωση σε αυτούς. Μια τέτοια εξέλιξη εκτός ότι επιβαρύνει καταρχήν την αναθέτουσα αλλά και τους ίδιους δεδομένου του ατελέσφορου της συνέχισης της συμμετοχής τους στον διαγωνισμό, εκθέτει την τελευταία στον κατά περίπτωση φορέα, προληπτικό και προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου ή ακόμη και τα όργανά της, σε κάθε περίπτωση, σε τυχόν μετέπειτα κατασταλτικό έλεγχο, βλάπτει προεχόντως το ίδιο το δημόσιο συμφέρον δια της προσβολής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων και ως προς την υποβολή και αξιολόγηση των προσφορών τους, εξισώνοντας φορείς δυνάμενους να αναλάβουν τη σύμβαση με τους μη δυνάμενους και νομίμως προσφέροντες με μη νομίμως προσφέροντες, αλλά και φορείς πληρούντες τους όρους της διακήρυξης με τους μη πληρούντες, επιτρέποντας τη δημοσιοποίηση στο ευρύ κοινό των οικονομικών προσφορών φορέων που δεν θα έπρεπε να μετέχουν σε μεταγενέστερο στάδιο και ατελεσφόρως μετέχουν, νοθεύοντας ούτως τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό και δημιουργώντας επιπλοκές, φόρτο και κινδύνους κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών με την ανάγκη κλήσης αναπληρωματικών επιλαχόντων μειοδοτών, αν τυχόν υπάρχουν τέτοιοι κατ' άρ. 103 παρ. 2 έως και 5 Ν. 4412/2016, με πιθανότητα ματαίωσης, ελλείψει άλλων αποδεκτών υποψηφίων αναδόχων, να ανακύπτει στο τελικό αυτό στάδιο ενώ θα μπορούσε να προκύψει σε προγενέστερο στάδιο εξοικονομώντας χρόνο και χρήμα για την αναθέτουσα. Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία εκτός του ότι είναι όλως αντίθετη στην ίδια τη λογική και τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, λειτουργεί περαιτέρω εις βάρος της οικονομίας της διαδικασίας, της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη την αναθέτουσα και τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και έτσι, δεν δύναται να γίνει δεκτή, απορριπτομένου κάθε αντιθέτου ισχυρισμού της αναθέτουσας, ο οποίος εξάλλου είναι και άσχετος με

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

τα αμφισβητούμενα ως προς την προσφορά του ως άνω προσφέροντος. Κατ' επέκταση, το γεγονός πως οι απρόσβλητοι και ισχύοντες όροι της Διακήρυξης δεν επέβαλλαν την προσκόμιση των σχετικών εγγράφων αλλά αρκούσαν στη μονομερή υπεύθυνη δήλωση περί της υπάρξεώς τους και ως εκ τούτου ισχύος των απαιτούμενων προσόντων, εκ μέρους των μετεχόντων δεν αποκλείει ούτε τη δυνατότητα του μετέχοντος να προβάλει με προδικαστική προσφυγή του λόγο με τον οποίο βάλλει κατά της ορθότητας της δηλώσεως έτερου διαγωνιζόμενου ούτε καθιστά άνευ έτερου (προσωρινά) νόμιμη τη συμμετοχή και έγκριση προσφοράς μετέχοντος, του οποίου η δήλωση πάσχει ως αναληθής ή εσφαλμένη ούτε τρέπει την τελευταία σε απρόσβλητη ούτε αποκλείει τη δυνατότητα της Α.Ε.Π.Π. να προβεί κατόπιν προσφυγής σε εξέταση με κάθε μέσο και αυτεπάγγελτη αναζήτηση τυχόν λόγου περί τέτοιας ελλείψεως, αναλήθειας ή σφάλματος ούτε καθιστά προσωρινώς ανέλεγκτη την εκ μέρους προσφέροντος έλλειψη απαιτούμενου κατά τη διακήρυξη προσόντος, η οποία, σε αντίθετη εκδοχή, καίτοι τυχόν γνωστή ήδη κατά πρότερο στάδιο του διαγωνισμού και δη αποδεδειγμένα δι' εγγράφων θα καθιστούσε αυτόν αποκλειστέο μόνο κατά το στάδιο της κατακύρωσης και ενώ όλη η διαγωνιστική διαδικασία θα είχε ήδη διανυθεί, για τον μόνο λόγο ότι αρκούσε κατά την υποβολή της προσφοράς η προκαταρκτική απόδειξη. Επομένως, ιδίως όταν δι' εγγράφων και με επίκληση πλήρους απόδειξης εκ μέρους του προσφεύγοντος και δη στο πλαίσιο προσφυγής του κατά πράξης των σταδίων των δικαιολογητικών ή της τεχνικής προσφοράς, προβάλλεται ότι έτερος διαγωνιζόμενος τελούσε κατά τον κρίσιμο για τη συνδρομή του οικείου προσόντος χρόνο, και όπως εν προκειμένω κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς, σε έλλειψη κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, πολλώ δε μάλλον (αλλά όχι κατ' ανάγκη) όταν τα οικεία επικαλούμενα εκ του προσφεύγοντος, έγγραφα έχουν έστω και προώρως αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ από τον ίδιο τον έτερο διαγωνιζόμενο, η μη υποχρέωση πλήρους απόδειξης από τους διαγωνιζόμενους κατά την υποβολή της προσφοράς τους (αλλά, κατ' αποτέλεσμα, η εκ της διακήρυξης πρόβλεψη για υποχρέωση πλήρους απόδειξης μόλις κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης), δεν αποκλείει τον έλεγχο του οικείου προβαλλόμενου λόγου από το Κλιμάκιο. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο οικείος ισχυρισμός της αναθέτουσας.

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

18. Επειδή, εν προκειμένω παρατηρείται εκ του άρ. 3 του από 18-10-2012 Καταστατικού του δεύτερου παρεμβαίνοντος το οποίο ο ίδιος υπέβαλε στο ΕΣΗΔΗΣ, καίτοι κατά τα ως άνω δεν απαιτείτο τούτο, ότι μεταξύ των εταιρικών του σκοπών περιλαμβάνονται και οι υπηρεσίες φύλαξης, το δε Καταστατικό καταχωρίστηκε στο ΜΑΕ, όπως ανακοινώθηκε στο ΦΕΚ Τ.Α.Ε.-ΕΠΕ 12594/8.11.2017, ενώ τα ίδια προβλέπονται και στο καταχωρημένο από 24-8-2016 νέο Καταστατικό της. Κατά το δε από 12-10-2017 πιστοποιητικό ΓΕΜΗ όμως δεν προβλέπονται τέτοιες υπηρεσίες ως εγκεκριμένοι Κωδικοί Αριθμοί Δραστηριότητας στην αρμόδια ΔΟΥ ενώ ομοίως δεν προβλέπονται ούτε στο από 10-10-2017 πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ περί δραστηριοτήτων της. Επομένως, τουλάχιστον κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, ο δεύτερος παρεμβαίνων δεν πληρούσε τον όρο 2.2.4 της διακήρυξης, ο οποίος και το οικείο προσόν εξάλλου, κατά τα ως άνω στη σκ. 16 και του όρου 2.2.9.2 παρ. Β.2 θα έπρεπε να συντρέχουν και η οικεία εγγραφή, ειδικώς ως προς την οικεία δραστηριότητα, να τελεί σε πλήρη ισχύ ήδη κατά την ημέρα υποβολής προσφοράς. Τα όσα ο δεύτερος παρεμβαίνων αναφέρει ότι είχε ήδη διενεργήσει κάθε προς τούτο απαραίτητη διαδικασία και σε κάθε περίπτωση δεν φέρει ευθύνη για τη μη συντέλεση της οικείας εγγραφής, την οποία και δεν αμφισβητεί αλλά αποδίδει σε καθυστέρηση της οικείας υπηρεσίας, προβάλλονται, ανεξαρτήτως βασιμότητάς τους, αλυσιτελώς, καθώς η τυχόν μη πλήρωση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, όπως το προκείμενο, δεν απαιτείται, για να οδηγήσει σε αποκλεισμό, να συντρέχει υπ' ευθύνη ή λόγω αμέλειας του οικονομικού φορέα, τα δε προβαλλόμενα υποκειμενικά περί της ελλείψεως στοιχεία δεν δύνανται να ληφθούν υπόψη, αφού η διαπίστωση της τήρησης ή μη των όρων της διακήρυξης ερείδεται επί αντικειμενικών δεδομένων και δη επί του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης. Το τελευταίο εξάλλου δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα όσο και τους μετέχοντες δια της ανεπιφύλακτης συμμετοχής τους στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά Αποφάσεις ΑΕΠΠ 174 και 208/2017, ΕλΣυν Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003, ΟΛΣΤΕ 2137/1993), η οποία εξάλλου εν προκειμένω έλαβε χώρα από τον δεύτερο παρεμβαίνοντα, ο οποίος δεν αμφισβήτησε τους όρους της διακήρυξης, αλλά αντίθετα κατά τα παραπάνω δήλωσε υπευθύνως πλήρη γνώση τους και αποδοχή τους. Περαιτέρω, αν η ως άνω μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής κρινόταν ως τυχόν συγγνωστή υπέρ

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

του δεύτερου παρεμβαίνοντος βάσει των συγκυριακών και υποκειμενικών στοιχείων (ήτοι περί μη προθέσεώς του ή έστω αμέλειάς του περί την έλλειψη) που αυτός επικαλείται, τότε θα προέκυπτε ευμενής υπέρ αυτού διάκριση και άρα άνιση υπέρ του μεταχείριση, εις βάρος των λοιπών συμμετεχόντων, οι οποίοι αντιμετωπίζοντας αντίστοιχες διοικητικές υπηρεσίες ή τυχόν καθυστερήσεις κατόρθωσαν να πληρούν τον οικείο όρο και συνεπώς η εκ μέρους τους τήρηση των όρων της διακήρυξης θα καθίστατο άνευ αντικειμένου, αφού θα υφίστατο, ανά περίπτωση και αναλόγως ad hoc δεδομένων, δυνατότητα «διαφυγής» τους εξ αυτών, δυνατότητα η οποία αφ' εαυτής προσβάλλει τις αρχές της ισότητας, διαφάνειας, αντικειμενικής αξιολόγησης ως και κατ' αποτέλεσμα του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017). Επομένως, πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος, ο οποίος μόνος του, ως εξαρχής και ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μη πλήρωση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής περί την καταλληλότητα, οδηγεί και αρκεί για τον εν όλω αποκλεισμό του τελευταίου, άρα και για την ακύρωση της προσβαλλομένης καθ' ο μέρος της έκρινε την προσφορά του ως αποδεκτή. Περαιτέρω, παρέλκει κατά συνέπεια και η εξέταση του τρίτου λόγου της προσφυγής κατά του ιδίου παρεμβαίνοντος ως αλυσιτελής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 17/2017), ενώ πρέπει να απορριφθεί η δεύτερη παρέμβαση.

19. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής κατά του τρίτου παρεμβαίνοντος προκύπτει ότι κατά συνδυασμό των άρ. 73 παρ. 1 και άρ. 79 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όπως αυτά ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο ήτοι αυτόν της αποστολής για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ της κανονιστικής πράξης της διακήρυξης (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), το ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα με τη νομική μορφή της ανώνυμης εταιρίας, όπως εν προκειμένω, υπογράφεται από όλα τα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του και όποιον έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, όσον αφορά δε τις Α.Ε. αυτή η υποχρέωση καταλαμβάνει ιδίως, ήτοι ενδεικτικά, τον διευθύνοντα σύμβουλο και το σύνολο των μελών του Δ.Σ.. Και ναι μεν, το άρ. 107 παρ. 7 Ν. 4497/2017, τροποποιώντας το άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016, κατήργησε την ενδεικτική

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

απαρίθμηση των κατηγοριών προσώπων μεταξύ άλλων και για τις Α.Ε., η συνδρομή καταδίκης επί των οποίων και δη μάλιστα αμετάκλητης πλέον συνεπάγεται τον κατ' άρ. 73 παρ. 1 αποκλεισμό του οικονομικού φορέα απαλείφοντας τη λέξη "ιδίως" και καθορίζοντας σχετική ευθύνη μόνο όσον αφορά τον διευθύνοντα σύμβουλο και τα μέλη Δ.Σ., πλην όμως αυτή η τροποποίηση επήλθε με τη δημοσίευση στο ΦΕΚ του ως άνω τροποποιητικού νόμου, ήτοι από 13.11.2017 και δεν καταλαμβάνει διαδικασίες που κινούνται με διακηρύξεις πρότερες της δημοσίευσής του, ουδόλως έχοντας αναδρομική εξάλλου ισχύ. Περαιτέρω, με την παρ. 13 του άρ. 107 του ιδίου τροποποιητικού νόμου εισήχθη και η διάταξη του άρ. 79Α Ν. 4412/2016, κατά την οποία *"... είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. 2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης."* Περαιτέρω, καίτοι κατά τα ως άνω η παραπάνω τροποποιητική διάταξη δημοσιεύτηκε την 13.11.2017, ορίζει επιπλέον ότι *"Το παρόν άρθρο έχει εφαρμογή και για τις διαδικασίες σύναψης που είναι σε εξέλιξη και είναι στο στάδιο πριν την κατακύρωση."*

20. Επειδή, ναι μεν η παραπάνω μεταβατική διάταξη αναφέρει ότι καταλαμβάνει κάθε ενδιάμεσο στάδιο ήδη εν εξελίξει διαδικασίας, όμως, πουθενά δεν αναφέρει ότι καταλαμβάνει αυτά και αναδρομικά, δηλαδή ότι καταλύει και επενεργεί επί πράξεων της αναθέτουσας (ή της ΑΕΠΠ επί προδικαστικών προσφυγών) που έχουν ήδη εκδοθεί προ της 13-11-2017. Η δε μεταβατική διάταξη δεν προκύπτει ότι προσδίδει στο άρ. 79Α αληθή αναδρομική ισχύ, η οποία έχει την έννοια ότι καταλαμβάνει *ex tunc* πράξεις που ήδη εκδόθηκαν βάσει προϊσχύσαντος δικαίου. Η όποια αναδρομικότητα

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

της εξαντλείται στη μεταβολή των όρων της διακήρυξης και δι' αυτής στην κατάληψη εν εξελίξει διαδικασιών, αλλά όχι ήδη εκδοθεισών πράξεων. Σημειωτέον δε, ότι το ζήτημα του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ κρίνεται κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, οπότε το κρίσιμο για την εφαρμογή της διάταξης είναι αν κατά την 13-11-2017 είχε ή όχι εκδοθεί εκτελεστή πράξη (άρα όχι απλό πρακτικό επιτροπής διαγωνισμού) έγκρισης αποτελεσμάτων αυτού του σταδίου. Επομένως, αν η ήδη εκκινειθείσα διαδικασία δεν έχει φθάσει ως την 13-11-2017 σε εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας που περατώνει στάδιο του διαγωνισμού και στην οποία ανεφάνη προβληματική και ελλιπής κατά το άρ. 73 παρ. 1 σε συνδ. με άρ. 79 υπογραφή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τότε δεν δύναται εφεξής η αναθέτουσα να αποκλείσει την προσφορά λόγω ελλιπούς υπογραφής. Αν πάλι όμως, ως και την 13-11-2017 έχει εκδοθεί τέτοια εκτελεστή πράξη, βάσει του έως τότε ισχύοντος δικαίου και διατάξεων και άνευ του άρ. 79Α, τότε δεν είναι δυνατόν η διάταξη αυτή να θεωρηθεί ότι θεραπεύει αναδρομικώς τις ελλείψεις που είχαν οδηγήσει σε τυχόν απόρριψη της προσφοράς. Περαιτέρω, το ίδιο αναλόγως ισχύει και στην περίπτωση που έχει εκδοθεί μεν τέτοια πράξη, πλην όμως κατ' εσφαλμένη εφαρμογή της τότε διέπουσας τον διαγωνισμό νομοθεσίας και των όρων διακήρυξης προ της επελθούσας επ' αυτών τροποποίησης δια της ως άνω διάταξης, η προσφορά έγινε αποδεκτή. Η λύση αυτή εξάλλου ενισχύει την ασφάλεια δικαίου και την οικονομία της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς σε αντίθετη περίπτωση θα ήταν πιθανό να αιτηθεί τυχόν αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, και ενώ ο διαγωνισμός έχει ήδη προχωρήσει σε αποσφράγιση οικονομικών προσφορών ή ακόμη έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος, να ζητήσει να αναβιώσει η προσφορά του, να αποσφραγιστεί το πρώτον τώρα η οικονομική προσφορά του και να ξαναγίνει νομίμως μετέχων στον διαγωνισμό μετά την ίδια την ανακήρυξη προσωρινού αναδόχου. Περαιτέρω, η αναδρομική ανάκληση, κατάργηση ή τροποποίηση αποσπαστών πράξεων σε ενδιάμεσα στάδια του διαγωνισμού πλήττει την ισότητα μεταχείρισης και τη διαφάνεια της διαδικασίας. Συνεπώς, η μεταβατική παραπάνω διάταξη έχει την έννοια ότι καταλαμβάνει κάθε στάδιο του διαγωνισμού το οποίο κατά την έναρξη ισχύος της δεν είχε ακόμη περατωθεί δια εκτελεστής πράξεως της αναθέτουσας και αντίστροφα δεν καταλαμβάνει αναδρομικά όποια εκτελεστή πράξη είχε ήδη εκδοθεί, η οποία κρίνεται περί του νομίμου ή παρανόμου της βάσει του κατά

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

τον χρόνο της εκδόσεώς της δικαίου. Πολλώ δε μάλλον, αφού η περί του αντιθέτου άποψη συνεπάγεται ότι πρέπει να ματαιωθεί κάθε διαγωνισμός, όπου ήδη υπήρξε ήδη πριν την ως άνω τροποποίηση, αποκλεισμός ενός υποψηφίου λόγω εσφαλμένης υπογραφής ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, ανεξαρτήτως αν μάλιστα έχουν ήδη ανοίξει οικονομικές προσφορές και έχει λάβει χώρα ανάδειξη προσωρινού αναδόχου ή και έχουν προσκομιστεί δικαιολογητικά κατακύρωσης και αξιολογούνται, αφού δεν είναι δυνατόν, αν ο διαγωνισμός έχει φθάσει στο επόμενο στάδιο, να γίνει αναδρομικώς δεκτός ήδη αποκλεισθείς στο προηγούμενο στάδιο υποψήφιος ούτε να ανοίξουν το πρώτον τώρα οι οικονομικές προσφορές του, ενώ έχουν ήδη ανοιχθεί ή και αξιολογηθεί των άλλων υποψηφίων. Τα παραπάνω δε ισχύουν και υπό την επιφύλαξη της συμμόρφωσης και της συμφωνίας της ως άνω μεταβατικής διάταξης με τη συνταγματική αρχή της ισότητας και δη όσον αφορά τη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (άρ. 4 παρ. 1 και άρ. 5 παρ. 1 Συντ.), αλλά και με τις πάγιες ενωσιακές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων περί ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Όπως ανέκαθεν επισημαίνεται από τη νομολογία, *«ο κοινός νομοθέτης δεν κωλύεται, κατ' αρχήν, να προσδώσει στο νόμο αναδρομική δύναμη, με περιορισμό στη μη προσβολή συνταγματικώς προστατευόμενων δικαιωμάτων»*. Εξαιρέσεις από το επιτρεπτό της αναδρομικής ισχύος του νόμου προβλέπονται στα άρθρα 7 παρ. 1 και 78 παρ. 2 του Συντάγματος. Από την απόλυτη απαγόρευση στο Σύνταγμα της αναδρομικότητας αυτών των κατηγοριών νόμων συνάγεται ότι στις άλλες περιπτώσεις η αναδρομική ισχύς είναι μεν επιτρεπτή, δεν μπορεί, όμως, να υπερβεί τα όρια που θέτουν τα άρθρα 4, 5 και 17 του Συντάγματος, καθώς και οι υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις των άρθρων 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, που κυρώθηκαν με το ν.δ. 53/1974» (βλ. ΑΠ 113/2017 και ΑΠ [ΟΛ] 3/2016. Για το καλυπτόμενο είδος περιουσίας, βλ. Αντ. Παντελή, Εγχειρίδιο Συνταγματικού Δικαίου, 3η έκδοση, 2016, 515). Ο νόμος επιβάλλεται να έχει αναδρομική ισχύ όταν η αναδρομικότητα αποτελεί μέσο πραγμάτωσης του περιεχομένου της αρχής της ισότητας στην πράξη, πράγμα που δύναται να συμβαίνει κυρίως όταν α) ο νόμος συμπληρώνει ή τροποποιεί προηγούμενη νομοθετική ή κανονιστική ρύθμιση και εντάσσει σε αυτή ή αντιθέτως εξαιρεί από αυτή περιπτώσεις οι

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

οποίες, βάσει της αρχής της ισότητας, κρίθηκε, αντιστοίχως, ότι, κατά τρόπο αντισυνταγματικό, είτε εξαιρέθηκαν από την εφαρμογή της είτε εντάχθηκαν στο πλαίσιο της, ή β) η αναδρομικότητα επιβάλλεται για την ικανοποίηση αναγκών που αφορούν είτε γενικότερο, δημόσιο ή κοινωνικό, συμφέρον είτε υπέρτερο εθνικό συμφέρον (βλ. Πρ. Παυλόπουλο, Συμβολή στη νομική θεμελίωση των ορίων της αναδρομικής ισχύος του νόμου, Το Σ 1985, σελ. 297-313, 15 ιδίως, 312-313). Η επιλογή εξ άλλου, του χρόνου αναδρομής εναπόκειται, κατ' αρχήν, στον νομοθέτη, η ρύθμιση όμως πρέπει να είναι γενική και αντικειμενική (ενδεικτικώς, ΣτΕ 3449/2007). Επισημαίνεται, εξάλλου, ότι σε κάθε περίπτωση, οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣτΕ 1502/2003, ΣτΕ ΕΑ 348/2010, 613/2009, 16/2005, 977/2004, ΔΕΦΑΘ 2277/2014, ΔΕΦΑΘ Ασφ. 518/2014, 889, 890, 895/2012), ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό. Σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54) το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο παγιώνεται με την αποδοχή της προκήρυξης. Και τούτο ακόμη και αν είναι αντίθετη στον ίδιο τον ισχύοντα κατά τον χρόνο έκδοσης της, νόμο. Αν τα ως άνω ισχύουν για διακήρυξη με όρο αντίθετο στον ισχύοντα κατά τον χρόνο εκκίνησης της διαδικασίας της (με αποστολή της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ) νόμο, προφανώς ισχύουν κατά μείζονα λόγο για διακήρυξη εκδοθείσα βάσει των ισχυουσών κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διατάξεων και μόλις μετά το άνοιγμα των προσφορών, θεσπίζεται νέα διάταξη που επιτρέπει απόκλιση από όσα όριζε η διακήρυξη και το προϊσχύον δίκαιο, σε αντίθετη δε περίπτωση θα πρόκειτο για αναδρομική μεταβολή όρων διακήρυξης κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και αποφυγής διακρίσεων. Εξάλλου, παγίως γίνεται δεκτό ότι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε,

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. *Ράικο Δ.*, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νικη, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214- 5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23). Η δε διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας (Απόφαση ΑΕΠΠ 60/2017). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ομοίως, έχει κριθεί (VI Τμήμα ΕλΣυν 129/2007) ότι οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διενέργεια δημόσιων διαγωνισμών, οφείλουν σε κάθε περίπτωση να τηρούν την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων, η οποία συνεπάγεται, ιδίως, υποχρέωση τήρησης της αρχής της διαφάνειας. Η τελευταία επιβάλλεται, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διασφαλίζει την τήρηση της ως άνω γενικής αρχής, συνίσταται δε, μεταξύ άλλων, στον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα οικείων διαδικασιών του διαγωνισμού (πρβλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 07.12.2000, C-324/98, σκέψεις 60-63, της 27.11.2001, C-285/99, σκέψη 38 κ.α.). Κατά συνέπεια προκύπτει ότι στους διενεργούμενους δημόσιους διαγωνισμούς προμηθειών και υπηρεσιών η πλήρης συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής και των διαγωνιζομένων με τους κανόνες που θέτει η ίδια η διακήρυξη, ως προς την τήρηση των διαδικασιών και των προθεσμιών που προβλέπονται σε αυτήν, αποβλέπει ακριβώς στην κατά αντικειμενικό και διαφανή τρόπο επιλογή του τελικού αναδόχου, ενώ η μη τήρηση αυτών και η απόκλιση από τους κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας που θέτει η ίδια η διακήρυξη, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, στοιχειοθετεί παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (ενδεικτικά VI Τμήμα ΕλΣυν 408/2012, 600/2012, 935/2013). Σε κάθε περίπτωση, λοιπόν, το άρ. 79^A Ν. 4412/2016 δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη εν προκειμένω, η δε μεταβατική του διάταξη περί κατάληψης εκ μέρους του εν εξελίξει διαδικασιών δεν είναι εφαρμοστέα, αφού η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε την 9-11-2017 ήτοι προ της δημοσίευσης του παραπάνω τροποποιητικού νόμου, ασχέτως δε του ότι είναι κατά τα παραπάνω, αμφίβολη η εκ μέρους της συμφωνία με το Σύνταγμα και ιδίως το ενωσιακό δίκαιο και τη νομολογία των ευρωπαϊκών δικαστηρίων.

21. Επειδή, όμως εν προκειμένω, ο ίδιος ο όρος 2.4.3.1. της, κατά

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

την ως άνω σκ. 20, κατισχύουσας κάθε αντίθετης διάταξης νόμου, τόσο ισχύοντος κατά τον χρόνο εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, όσο και μεταγενέστερου με τυχόν επικαλούμενη εκ μέρους του επενέργεια επί εν εξελίξει διαδικασιών, διακήρυξης, η οποία έγινε αποδεκτή ανεπιφυλάκτως από το σύνολο των διαγωνιζομένων και δεν προσβλήθηκε από κανένα, όντας ούτως ανεπίδεκτη ελέγχου πλέον κατά το παρόν στάδιο, προέβλεπε περί της υπογραφής του ΕΕΕΣ τα εξής *«Το ΕΕΕΣ υπογράφεται, σε περίπτωση Φυσικού Προσώπου από τον ίδιο, επί Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και Προσωπικών Εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.) από τους διαχειριστές τους ή πρόσωπο ειδικώς εξουσιοδοτημένο απ' αυτούς, επί Ανώνυμων Εταιρειών (Α.Ε.) από το νόμιμο εκπρόσωπο της Εταιρείας (δηλ. από Φυσικό Πρόσωπο το οποίο σύμφωνα με το καταστατικό εκπροσωπεί και δεσμεύει την Εταιρεία) ή πρόσωπο ειδικώς εξουσιοδοτημένο με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Εταιρείας...»*. Ούτως, η ίδια η διακήρυξη θέσπισε ειδική διάταξη με ουδόλως ενδεικτικό περιεχόμενο, αλλά εξαντλώντας τον κύκλο υπόχρεων προς υπογραφή προσώπων στα όσα όρισε στον οικείο όρο της (όπου δεν μετήλθε τη λέξη "ιδίως"), μεταξύ άλλων και στις Α.Ε., επί των οποίων οι υπογράφωντες το ΕΕΕΣ είναι μόνο όσοι εκ του ίδιου του καταστατικού της εκπροσωπούν και δεσμεύουν την εταιρεία, ενώ έθεσε ως διαζευκτική ευχέρεια επαφιόμενη στον οικονομικό φορέα την υπογραφή του ΕΕΕΣ από πρόσωπο ειδικώς εξουσιοδοτημένο και τούτο αντί των κατά το καταστατικό οριζόμενων ως νομίμων εκπροσώπων. Εν προκειμένω, όσον αφορά τον τρίτο παρεμβαίνοντα, προκύπτει ότι κατά το από 9-1-2017 και καταχωρημένο νομίμως στο ΓΕΜΗ καταστατικό του και δη τα άρ. 9 και 14 αυτού, διοικείται και εκπροσωπείται από το Δ.Σ. του. Κατά το δε από 17-11-2017, αλλά και το αμέσως προγενέστερο από 21-7-2017 Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ περί ισχύουσας εκπροσώπησης, τα οποία προσκόμισε ο τρίτος παρεμβαίνων, προκύπτει ότι τα μέλη του Δ.Σ. του, τόσο κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς, όσο και σήμερα συνίστανται από τους ...,... και Το δε ΕΕΕΣ του ως άνω οικονομικού φορέα, προκύπτει ως υπογραφέν ψηφιακά κατά την 16-10-2017 και από τα τρία ως άνω πρόσωπα, άρα από το σύνολο των μελών του Δ.Σ. του. Συνεπώς, το ΕΕΕΣ υπεγράφη σε σύμμορφωση των όσων κατά τα ως άνω όριζε ο όρος 2.4.3.1 της διακήρυξης. Είναι δε νόμω αβάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι όφειλαν να το υπογράψουν

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

και τα υπόλοιπα πρόσωπα, που αν και δεν είναι και δεν ήταν κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς μέλη του Δ.Σ. του, τους είχε ανατεθεί με την από 13-10-2017 εξουσιοδότηση του οικονομικού φορέα η αρμοδιότητα, όπως ενεργούντες από κοινού ή έκαστος ατομικά, εκπροσωπήσουν τον οικονομικό φορέα σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού έως και την τελική του κατακύρωση, καταθέσουν την προσφορά της, παραστούν στην αποσφράγιση της, υπογράψουν την προσφορά και κάθε σχετικό με αυτήν έγγραφο, όπως ενδεικτικά τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, αιτήσεις, δηλώσεις, ένορκες βεβαιώσεις κλπ., υπογράψουν τη σχετική σύμβαση, υποβάλουν ενστάσεις, εκπροσωπήσουν την εταιρεία με τα ίδια δικαιώματα και τις ίδιες εξουσίες που θα ενεργούσε εάν είχε εμφανισθεί στον διαγωνισμό η ίδια, καθώς και όπως παράσχουν κάθε σχετική εξουσιοδότηση προς συνεργάτες της εταιρίας ή και τρίτους, όπως υποβάλλουν την σχετική προσφορά στον παραπάνω διαγωνισμό κλπ, και γενικότερα να την εκπροσωπήσουν με τα δικαιώματα και τις ίδιες εξουσίες που θα ενεργούσε εάν είχε εμφανισθεί στον διαγωνισμό η ίδια η εταιρεία. Και τούτο, διότι, ασχέτως μάλιστα του ότι εν προκειμένω δεν εμφανίζεται χρήση της ως άνω ευχέρειας του από 13-10-2017, οι δε υπεύθυνες δηλώσεις του τρίτου παρεμβαίνοντος υπογράφησαν από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. του και νομίμως υπογράψαντα το ΕΕΕΣ του, περαιτέρω, κατά τον ρητό παραπάνω όρο της διακήρυξης, καθερώθηκε διαζευκτική ευχέρεια του οικονομικού φορέα να υπογραφεί το ΕΕΕΣ του είτε από τα κατά το καταστατικό του αρμόδια πρόσωπα, δηλαδή τα καταστατικά του όργανα και εν προκειμένω τα μέλη Δ.Σ. αυτού (όπως όντως έγινε) είτε από τα εξουσιοδοτημένα από το Δ.Σ. του πρόσωπα, δηλαδή υποκατάστατους τρίτους, ήτοι υποκατάστατα όργανα (και εν προκειμένω τα πρόσωπα της από 13-10-2017 εξουσιοδότησης). Είναι δε άσχετο ότι η εξουσιοδότηση αυτή δόθηκε επιτρεπτά κατά το καταστατικό που προέβλεπε δυνατότητα του Δ.Σ. να αναθέσει εξουσίες εκπροσώπησης και δέσμευσης σε τρίτους (υποκατάσταση) ούτε η οικεία γενική πρόβλεψη περί οικείας ευχέρειας του Δ.Σ. μεταβάλλει τα πρόσωπα που ειδικώς εξουσιοδοτήθηκαν σε καταστατικά όργανα του οικονομικού φορέα, αλλά απλώς αποτέλεσε το νόμιμο έρεισμα για την υποκατάσταση του καταστατικού οργάνου από τρίτους (βλ. και ΑΠ 1401/2014). Όμως, κατά τον παραπάνω όρο της διακήρυξης, η υπογραφή από τους υποκατάστατους τρίτους δεν καθερώνεται ως υποχρέωση του

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

οικονομικού φορέα και μάλιστα μετά των μελών του Δ.Σ., αλλά ως απλή ευχέρεια και δη αντί των τελευταίων. Συνεπώς, και κατά συνδυασμό και των ως άνω σκ. 11 και 15, πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής του τρίτου παρεμβαίνοντος, να γίνει δε δεκτή η τρίτη παρέμβαση.

22. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς του τέταρτου έτερου διαγωνιζομένου (δεδομένου ότι ο πρώτος οικείος κατ' αυτού λόγος έχει ήδη απορριφθεί με τη σκ. 11), προκύπτουν τα ακόλουθα. Ναι μεν ο όρος 2.2.8 της διακήρυξης προβλέπει στήριξη στην ικανότητα τρίτων οικονομικών φορέων κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, , αρκεί να αποδεικνύεται ότι οι προσφέροντες θα έχουν στη διάθεση τους, τους αναγκαίους πόρους με την προσκόμιση σχετικής δέσμευσης των τρίτων οικονομικών φορέων. Πλην όμως, σύμφωνα και με το άρ. 2.2.8, στην περίπτωση τέτοιας στήριξης σε ικανότητες τρίτων φορέων, υφίσταται υποχρέωση προσκόμισης δικαιολογητικών που αποδεικνύουν μεταξύ άλλων ότι οι τρίτοι οικονομικοί φορείς πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογή των όρο 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης και δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του όρου 2.2.3. Μεταξύ αυτών συγκαταλέγεται, όσον αφορά το στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης και το ΕΕΕΣ, δηλαδή ο προσφέρων όφειλε να υποβάλει νομίμως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο, όπως νόμος ορίζει, ήτοι ψηφιακά, ΕΕΕΣ από κάθε ένα εκ των τρίτων οικονομικών φορέων στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, ανεξαρτήτως των τυχόν νομικών δεσμών του με αυτούς (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96 και 208/2017), σύμφωνα και με το άρ. 79 παρ. 1 Ν. 4412/2016 που, επαναλαμβάνεται εξάλλου στη σελ. 39 της διακήρυξης και το οποίο ρητά ορίζει ότι *“Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή.”*. Τούτο εξάλλου, προβλέπεται και στο Μέρος ΙΙ Ενότητα Γ' του προδιατυπωμένου ΕΕΕΣ που επισυνήφθη στη διακήρυξη και μνημονεύει μεταξύ άλλων, στην περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτων

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

φορέων «Παρακαλείστε να υποβάλετε χωριστό έντυπο ΕΕΕΠ, με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα τμήματα Α και Β του παρόντος μέρους, καθώς και το μέρος ΙΙΙ, για κάθε μία από τις σχετικές οντότητες, δεόντως συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα από τους ενδιαφερόμενους φορείς.». Κατά τα παραπάνω, η εγκυρότητα και το νομότυπο υποβολής του ΕΕΕΣ/ΕΕΕΠ του τρίτου οικονομικού φορέα, η επίκληση των ικανοτήτων του οποίου επαφίεται στην απόλυτη ευχέρεια και μάλιστα προς διευκόλυνση συμμετοχής του προσφέροντος οικονομικού φορέα, ως εν τοις πράγμασι συνέχεια και αναπόσπαστο μέρος του ίδιου του ΕΕΕΣ του προσφέροντος, το οποίο συμπληρώνεται από τις οικείες πληροφορίες περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής του τρίτου οικονομικού φορέα (δεδομένου ότι η αναθέτουσα οφείλει να λάβει υπόψη της συνδυαστικά και σωρευτικά τις οικείες δηλώσεις και πληροφορίες για να κρίνει τόσο τη μη συνολική συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο οιοδήποτε εκ του προσφέροντος και των τρίτων φορέων που επικαλείται, όσο και την κατά σώρευση των ικανοτήτων των παραπάνω, κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, το παραδεκτό της εν όλω προσφοράς), συνιστά ουσιώδη όρο του παραδεκτού της εν όλω προσφοράς και συμμετοχής του προσφέροντος, υπό την έννοια ότι δεν μπορεί, αν το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα είναι απαράδεκτο, να θεωρηθεί ότι κατά τα λοιπά η συμμετοχή του προσφέροντος είναι νόμιμη. Τούτο δε, επιπλέον του γεγονότος ότι ούτως ή άλλως ο λόγος αποκλεισμού, του τρίτου οικονομικού φορέα στερεί συγχρόνως από τον προσφέροντα τη δυνατότητα εκ μέρους του επίκλησης των ικανοτήτων του τρίτου για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

23. Επειδή, στην Ενότητα Γ' του συνημμένου στη διακήρυξη προδιατυπωμένου ΕΕΕΣ «Πληροφορίες σχετικά με πιθανή αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» ερωτάται μεταξύ άλλων αν «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Κατά περίπτωση, βλέπε ορισμούς στο εθνικό δίκαιο, στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της προμήθειας». Κατά το άρ. 18 παρ. 2 και 5 Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους....5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)". Σημειωτέον δε, ότι το άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 στο οποίο κατά τα ως άνω παραπέμπει ο όρος 2.2.3.4 της διακήρυξης, θεσπίζει λόγους δυνητικού αποκλεισμού. Κατά τη δε περ. θ' άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 τέτοιος δυνητικός λόγος αποκλεισμού υφίσταται "Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του.". Τούτο έχει την έννοια αφενός ότι η αναθέτουσα δύναται, αλλά δεν υποχρεούται να εντάξει έναν, περισσότερους ή όλους εξ αυτών στους κανονιστικούς όρους της διακήρυξης (Απόφαση ΑΕΠΠ 118, 119/2017), εν προκειμένω δε ενέταξε τον ως άνω της περ. θ' του άρ. 73 παρ. 4, αφετέρου ότι ακόμη και αν τους συμπεριλάβει, μπορεί αλλά δεν υποχρεούται να αποκλείσει, σύμφωνα και με την ίδια τη διατύπωση της ως άνω διάταξης: "Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις" (και βλ. και ΣτΕ 1600/2011, 3900, 1190/2010, ΣτΕ ΕΑ 619/2010, 260/2008). Η δε διακήρυξη ειδικότερα στον όρο 2.2.3.4 περ. θ' ορίζει ότι αποκλείεται οικονομικός φορέας "εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/ και φύλαξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010.”. Βέβαια, η συμπερίληψη τέτοιου δυνητικού λόγου αποκλεισμού στη διακήρυξη καθιστά μεν αυτόν μέρος της τελευταίας, άρα του προσδίδει υποχρεωτικότητα, υπό την έννοια όμως ότι η αναθέτουσα δεν δύναται να μην λάβει υπόψη περίπτωση όπου προκύπτει πιθανότητα συνδρομής του (ή αντίστροφα να λάβει υπόψη τέτοια περίπτωση καίτοι η διακήρυξη δεν προβλέπει τέτοιο λόγο αποκλεισμού) και όχι υπό την έννοια ότι απεμπολεί η ίδια η αναθέτουσα κάθε εκ μέρους της σταθμιστική και αξιολογική ευχέρεια, αλλά και υποχρέωση, η οποία εξάλλου είναι σύμφυτη με την ίδια τη διατύπωση των σχετικών δυνητικών λόγων αποκλεισμού στο ίδιο το άρθρο 73 παρ. 4 και το έρεισμά τους επί αορίστων και αξιολογικών εννοιών (βλ. κατωτέρω αναλυτικότερα). Εξάλλου, όσον αφορά την έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, υπό το νέο νομοθετικό καθεστώς του Ν. 4412/2016 παρατηρείται καταρχήν ότι αυτό αποσυνδέεται από τους λόγους υποχρεωτικού αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και εντάσσεται στη σφαίρα των δυνητικών λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4. Κατά το δε άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ’ Ν. 3863/2010, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο αποστολής της διακήρυξης για δημοσίευση, ειδικώς περί συμβάσεων καθαρισμού και φύλαξης, όπως εν προκειμένω θεσπίζεται περί του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» και της κατάγνωσής του, ειδικώς στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης καθαριότητας και φύλαξης, διάταξη που είναι αφενός ειδικότερη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. θ’ Ν. 4412/2016 περί εν γένει σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αφετέρου δεν είναι εξαντλητική αλλά ενδεικτική (“ιδίως”), υπό την έννοια ότι δεν αποκλείεται η αναθέτουσα να κρίνει την ύπαρξη τέτοιου επαγγελματικού παραπτώματος και λόγω άλλων περιστατικών πλην όσων αυστηρώς ορίζονται στις ως άνω υποπεριπτώσεις α και ββ του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ’ Ν. 3863/2010. Επειδή, η δυνητικότητα των ως άνω λόγων αποκλεισμού, κατά τα ως άνω, στους οποίους συγκαταλέγεται και το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, τόσο γενικά, όσο και ειδικά όσον αφορά τις υπηρεσίες καθαριότητας/φύλαξης σημαίνει ότι η αναθέτουσα έχει τη διακριτική ευχέρεια να σταθμίσει αναλόγως τη συνδρομή

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

τους κατά μόνος ή συνδυαστικά με περισσότερους αντίστοιχους δυνητικούς λόγους, τον βαθμό πλήρωσής τους και τον τυχόν σφοδρό τους χαρακτήρα, το ειδικότερο περιεχόμενό τους, την τυχόν προσωπική της εμπειρία με τον οικονομικό φορέα, το αν συνιστούν τυχόν συμπτωματικά γεγονότα ή χαρακτηρίζουν την εν γένει συμπεριφορά αυτού, τη σχέση των τυχόν λόγων με την ικανότητα και φερεγγυότητα του φορέα ειδικώς ως προς την εκ μέρους του εκτέλεση του προκειμένου υπό ανάθεση συμβατικού αντικειμένου, το μέγεθός και τη σημασία τους αναλογικά με το περιεχόμενο και το μέγεθος του προκειμένου συμβατικού αντικειμένου, τις συνθήκες υπό τις οποίες οι λόγοι αυτοί πληρώθηκαν εκ των οποίων προκύπτει η οριστικότητα, το αναμφισβήτητο, ο βαθμός έντασής τους, η επαναληψιμότητα και η επίδρασή τους εν τέλει στην ως άνω κρίσιμη φερεγγυότητα του φορέα (κρίσιμη, υπό την έννοια του βαθμού στον οποίο δύνανται να διακινδυνευτούν τα συμφέροντά της κατά την εκτέλεση της σύμβασης), και εν τέλει να κρίνει αν με βάση τον συνδυασμό όλων των ανωτέρω θεωρεί ότι τυχόν ανάθεση του συμβατικού αντικειμένου στον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα είναι πιθανό να θέσει σε κίνδυνο τόσο την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου όσο και άλλα συμφέροντά της εφ'απτόμενα τόσο αυτοτελώς με την ίδια όσο και με το εν γένει δημόσιο συμφέρον, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα εξυπηρετηθεί δια της επίμαχης συμβάσεως. Εξάλλου, και διατύπωση της παραπάνω περ. γ' του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 ("η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει") έχει και αυτή την έννοια ότι καθιερώνει (δυνητική) ευχέρεια της αναθέτουσας όπως, εξετάζοντας ανά περίπτωση τη βαρύτητα κ των όποιων παραπτώματων και σταθμίζοντας αυτή σε σχέση με άλλα στοιχεία, όπως τη πρότερη δική της εμπειρία με τον ίδιο οικονομικό φορέα, τυχόν ικανοποίησή της ή μη από τις υπηρεσίες του και την ακεραιότητα με τις οποίες τις εκπλήρωσε, το περιεχόμενο και μέγεθος της επίμαχης σύμβασης σε σχέση με το παράπτωμα, αλλά και τα ειδικά ποιοτικά, νομικά και υποκειμενικά χαρακτηριστικά αυτού του παραπτώματος και τα πραγματικά δεδομένα επί των οποίων αυτό ερείδεται, πάντα με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας και με τελικό σκοπό της ίδιας της διάταξης του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, κατά συνδυασμό με το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 τη διαφύλαξη και προστασία των ίδιων των συμφερόντων της σε ομαλή εκπλήρωση της παροχής και ακεραιότητας του αναδόχου, κρίνει η ίδια αν αυτός πρέπει να

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

κριθεί ή όχι καταρχήν αποκλειστέος. Αντίστροφα, δεν θεσπίζει κάποια υποχρέωσή της όπως άνευ ετέρου και άνευ σταθμίσεως οιασδήποτε άλλης παραμέτρου προχωρήσει στην καταρχήν αυτόματη συναγωγή λόγου αποκλεισμού, με την επιφύλαξη βέβαια των τυχόν μέτρων αυτοκάθαρσης που ο οικονομικός φορέας έχει λάβει. Τα ως άνω προκύπτουν εξάλλου τόσο από την αρχή της αναλογικότητας, η οποία πρέπει να διέπει κάθε περιορισμό του ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται κάθε όρος της διακήρυξης, ο οποίος θεσπίζει κριτήριο ή εν γένει λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 14 και 39/2017), όσο και από το ίδιο το αντικείμενο του άρ. 73 παρ. 4 το οποίο στοχεύει στην προστασία της ίδιας της αναθέτουσας από αφερέγγυους και επικίνδυνους αναδόχους και όχι στην προστασία κάποιου ευρύτερου δημόσιου σκοπού ή των τυχόν ανταγωνιστών, όπως και από την εν γένει ανοικτή και βασιζόμενη σε αόριστες νομικές έννοιες ή ρητά επαφιόμενη στην αξιολογική κρίση της αναθέτουσας (σε αντίθεση με το απολύτως σαφές και μη επιδεχόμενο αξιολογήσεων περιεχόμενο των παρ. 1 και 2 του άρ. 73), άρα και ανά περίπτωση στάθμιση και προσδιορισμό, διατύπωση και περιεχόμενο αρκετών περιπτώσεων της ως άνω παρ. 4 (περ. γ' "εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα", περ. δ' "δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα", περ. ε' "δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα", περ. στ' "σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια... ουσιώδους απαίτησης", περ. ζ' "σοβαρών ψευδών δηλώσεων", περ. η' "αθέμιτο τρόπο...αθέμιτο πλεονέκτημα...εξ αμελείας...ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς", περ. θ' "σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του"). Εξάλλου, και κατά την παρ. 101 του Προοιμίου 2014/24/ΕΕ προβλέπονται οι γενικές αρχές της διαδικασίας διάγνωσης τόσο περί εν γένει συναγωγής συμπεράσματος περί του ότι μια καταρχήν παράβαση συνιστά δυνητικό λόγο αποκλεισμού, όσο και ειδικώς περί του επαγγελματικού παραπτώματος και της σοβαρότητάς του «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. 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. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του.».

Εξάλλου, η αρχή της αναλογικότητας ως κύριος κανόνας του καθορισμού διάρκειας αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις επιβεβαιώνεται και από τον σαφή κανόνα του άρ. 74 παρ. 2 Ν. 4412/2016 που κατά τον χρόνο αποστολής της διακήρυξης για δημοσίευση προέβλεπε ότι «Η περίοδος αποκλεισμού καθορίζεται, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τη σοβαρότητα του αδικήματος ή παραπτώματος, τον χρόνο που έχει παρέλθει από τη διάπραξη του αδικήματος ή παραπτώματος, τη διάρκειά του, υποτροπή, την πρόθεση ή τον βαθμό αμέλειας του εκάστοτε οικονομικού φορέα και τα μέτρα που αυτός λαμβάνει προς αποφυγή διάπραξης παρόμοιων αδικημάτων ή παραπτώματων στο μέλλον. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παρ. 4 του άρθρου 73.», το δε εδ. β' τροποποιήθηκε με το άρ. 107 παρ. 11 Ν. 4497/2017 και ισχύ από 13-11-2017 ως εξής «Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2γ και 4 του άρθρου 73 .”, ήτοι και η ειδική δια του Ν. 4488/2017 προστεθείσα προϋπόθεση υποχρεωτικού αποκλεισμού περί προστίμων Σ.ΕΠ.Ε., υπάγεται και αυτή στο ανώτατο όριο της τριετίας. Το δε σταθερώς ισχύον α’ εδάφιο της παραπάνω διάταξης αποδίδει μια σειρά από ενδεικτικά κριτήρια καθορισμού της διάρκειας αποκλεισμού, συναρτώμενα με αξιολογική εκ μέρους της διοίκησης εκτίμηση των υποκειμενικών στοιχείων που συγκροτούν την ανά περίπτωση παράβαση και εν γένει συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, τα οποία περαιτέρω σχετίζονται και με την επαναληψιμότητα, άρα και εν γένει επικινδυνότητα της δραστηριότητάς του. Η παραπάνω διάταξη καίτοι αυτή καθαυτή αφορά τον αποκλεισμό από δημόσιες συμβάσεις βάσει της ΚΥΑ του άρ. 74 παρ. 3, θα πρέπει για την ταυτότητα του νομικού λόγου να λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες ως γνώμονας για την εκ μέρους τους ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την εκτίμηση περί στοιχειοθέτησης μη υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού, ήτοι αυτών του άρ. 73 παρ. 4. Η παραπάνω διάταξη οδηγεί εξάλλου στο συμπέρασμα ότι στις περιπτώσεις τέτοιων λόγων δυνητικού αποκλεισμού και συγκεκριμένα στις περιπτώσεις που αυτοί συγκροτούνται με βάση υποκειμενικά κριτήρια που αφορούν όχι αυτή καθαυτή τη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα με τη συγκεκριμένη αναθέτουσα και την επίδικη διαδικασία ανάθεσης, αλλά την εν γένει συμπεριφορά του λαμβανομένων υπόψη και στοιχείων που αφορούν προηγούμενες συμβάσεις, ήτοι όσον αφορά τις περιπτώσεις γ’, στ’, ζ’ και θ του άρ. 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, άρα το σημείο εκείνο στο οποίο οι προσφορές και οι συμμετοχές των οικονομικών φορέων στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης οριστικοποιούνται και παγιώνονται. Και αυτό δεν ισχύει μόνο ως προς την ειδική έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης, όπου κατά το άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και το άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010, τίθενται για τη στοιχειοθέτησή του ειδικές

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

προϋποθέσεις. Αλλά ισχύει για κάθε είδους σύμβαση, δεδομένου ότι από τον συγκερασμό όλων των ως άνω σχετικών προβλέψεων που όλες θέτουν την τριετία ως όριο προκύπτει πάγια και συστηματική νομοθετική βούληση καθιέρωσης αυτού του ορίου ως του απώτατου σημείου δια του οποίου δεν θίγεται η αρχή της αναλογικότητας (χωρίς αυτό να σημαίνει αντίστροφα ότι συνάγεται λόγος αποκλεισμού με μόνη τη συνδρομή παραπτώματος/συμπεριφοράς/παράβασης εντός της τριετίας, αλλά υπό την έννοια πως γεγονότα προ της τριετίας δεν λαμβάνονται ούτε καταρχήν υπόψη ως δυνάμενα να στοιχειοθετήσουν λόγο αποκλεισμού και προς περαιτέρω στάθμιση με τα λοιπά υποκειμενικά κριτήρια). Επειδή, εξάλλου, ο σκοπός των υποχρεωτικών αλλά και των δυνητικών λόγων αποκλεισμού του άρ. 73 Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων και των δυνητικών λόγων που ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» συγκεκριμενοποιούνται όσον αφορά ειδικώς τις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης κατά το άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 έχει διπλό σκοπό. Δηλαδή, αφενός κυρωτικό κατά του παραβάτη οικονομικού φορέα και άρα γενικοπροληπτικό και ειδικοπροληπτικό όσον αφορά τις οικείες παραβάσεις νομοθεσίας, οι οποίες αναλόγως βαρύτητας, επαναλαμβανόμενου χαρακτήρα και περιεχομένου δύνανται να στοιχειοθετούν συμπεριφορά με εν γένει αντικοινωνικό χαρακτήρα και ούτως η πρόληψη και καταστολή τους έχει ιδιαίτερη δικαιοπολιτική τους σημασία για τη σταθερότητα και ομαλότητα των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων ιδίως δε όταν αυτές αναπτύσσονται στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων, αφετέρου προστατευτικό υπέρ της αναθέτουσας, υπό την έννοια ότι ο οικείος λόγος αποκλεισμού σκοπεί στην πρόληψη προβλημάτων που δύνανται να ανακύψουν κατά την εκτέλεση της σύμβασης και να βλάψουν έτσι την αναθέτουσα, το συμβατικό αντικείμενο και τα εξ αυτού ωφελούμενα και σχετιζόμενα μετά τούτου πρόσωπα και έννομα αγαθά. Πάντως, δεδομένης της εκτιμητικής ευχέρειας που αποδίδεται στην ίδια την αναθέτουσα όσον αφορά το άρ. 73 παρ. 4 και της ενδεικτικής διατύπωσης του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 προκύπτει ότι όσον αφορά τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι αφορούν αυτή καθαυτή την προκείμενη διαδικασία ανάθεσης και τη συγκεκριμένη ανά περίπτωση αναθέτουσα, προκύπτει πως σε αυτούς προέχει το στοιχείο της προστασίας των συμφερόντων της αναθέτουσας ως κύριος γνώμονας εκ του οποίου συναρτάται η κρίση αν η εκάστοτε

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

συμπεριφορά δύναται να εκτιμηθεί ως λόγος αποκλεισμού. Αντίθετα, όσον αφορά τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά και τη γενικής έκτασης και εφαρμογής διάταξης του άρ. 74 περί απόφασης αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, ο κυρωτικός σκοπός παρίσταται ως εντονότερος σε σύγκριση με την παρουσία του στους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού και η σκοπιμότητα αποκλεισμού συνδέεται με το εν γένει δημόσιο συμφέρον παρά με το ειδικό συμφέρον μιας συγκεκριμένης αναθέτουσας και το ειδικό συμβατικό αντικείμενο μιας συγκεκριμένης διαδικασίας. Τα παραπάνω συνάγονται και εκ της παρ. 101 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία συσχετίζει τέτοιους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού και δη το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με τις πιθανές συνέπειες που θα υποστεί η ίδια η ανά περίπτωση αναθέτουσα από την επιλογή ακατάλληλου ή μη ακέραιου αναδόχου, ορίζοντας ότι *«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 αποφαινούνται 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....»*.

24. Επειδή (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), εξάλλου κατά το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ του Ν. 3863/2010, όπως αυτό τροποποιήθηκε και ισχύει από 13-9-2017 κατά το άρ. 39 παρ. Β Ν. 4488/2017 προβλέπεται πλέον ότι *“Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί*

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ` εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ` εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α` 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.». Επομένως, κατά την νυν ισχύουσα διάταξη καθιερώνονται δύο είδη λόγων αποκλεισμού ειδικώς για επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης. Αφενός, επάγεται υποχρεωτικό αποκλεισμό η διαζευκτική κατάσταση είτε της σωρευτική συνδρομή των εξής προϋποθέσεων, ήτοι α) επιβολή εντός των τελευταίων δύο ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών (ήτοι για διάστημα 24 μηνών μετρούμενο προς τα πίσω με αφετηρία την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών), β) τριών πράξεων επιβολής προστίμου Σ.ΕΠ.Ε., γ) για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας “υψηλής” ή “πολύ υψηλής” σοβαρότητας” και δ) όταν προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε της σωρευτικής συνδρομής των εξής προϋποθέσεων ήτοι α) εντός πάλι των τελευταίων δύο ετών από τη λήξη υποβολής προσφορών, β) επιβολή δύο πράξεων επιβολής προστίμου του Σ.ΕΠ.Ε., β) που προκύπτουν από δύο ελέγχους και γ) αφορούν ειδικώς αδήλωτη εργασία. Αφετέρου, παρέχεται ευχέρεια στην αναθέτουσα να

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αποκλείσει στην περίπτωση είτε της εντός των προηγούμενων τριών ετών προ της καταληκτικής ημερομηνίας προσφορών έκπτωσης για παραβάσεις που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας είτε λόγω, πάλι της ως άνω τριετίας, επιβολή κύρωσης προσωρινής διακοπής λειτουργίας. Παρατηρείται δε, ότι η προστεθείσα δια του ιδίου Ν. 4488/2017 και δη του ιδίου άρθρου αυτού (άρ. 39) διάταξη της γ' περίπτωσης του άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνει την ίδια διατύπωση και της ως άνω νέας διάταξης του Ν. 3863/2010, όσον αφορά τις ως άνω δύο περιπτώσεις υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού, με μόνη διαφορά ότι στη διάταξη του 4412/2016 περιλαμβάνεται πρόβλεψη περί μη ισχύος των ως άνω λόγων αποκλεισμού για διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των 20.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ και ότι οι πράξεις επιβολής προστίμου πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Από τη συνδυαστική δε ερμηνεία των ως άνω δύο διατάξεων του ιδίου άρθρου (άρ. 39 Ν. 4488/2017) προκύπτει ότι η διάταξη που προστάθηκε στο άρ. 68 Ν. 3863/2010 κατ'ισχύουν ως ειδικότερες, αφού η διάταξη αυτή ρητά αναφέρεται στις συμβάσεις με εργολάβους καθαρισμού/φύλαξης (σημειωτέον δε ότι και το άρ. 68 παρ. 1 αναφερόμενο σε ειδικές προϋποθέσεις προσφορών σε τέτοιες συμβάσεις, αφορά και τις απευθείας αναθέσεις, ήτοι συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κάτω των 20.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ) και επομένως οι τελευταίες επιπλέον προβλέψεις που προστέθηκαν στον Ν. 4412/2016 και οι οποίες ουδόλως αντικρούουν τη διάταξη που προστέθηκε στον Ν. 3863/2010, δεν εφαρμόζονται πάντως όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης σύμβασης περί καθαρισμό/φύλαξη. Αντίθετα, η προϊσχύουσα έως και 13.9.2017 διάταξη του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010 προέβλεπε ότι *“Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοείται ιδίως: αα) Η επιβολή σε βάρος της υποψήφιας εταιρείας, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας συνολικού ύψους τουλάχιστον δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ, για παραβάσεις της*

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

εργατικής νομοθεσίας, καθεμιά από τις οποίες χαρακτηρίζεται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας κατ' εφαρμογή της υ.α. 2063/Δ1 632/2011 ή οποιασδήποτε διάταξης ρυθμίσει μελλοντικά το περιεχόμενο των παραβάσεων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, ββ) η κήρυξη ως έκπτωτης της υποψήφιας εταιρείας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, γγ) η επιβολή της κύρωσης της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.” Η δε παρ. 7 του παραπάνω άρθρου στην οποία και παραπέμπει η υποπερίπτωση ββ) αυτού, ορίζει τα εξής: “Όταν οι ελεγκτικοί μηχανισμοί του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ διαπιστώνουν παραβάσεις που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή. Επίσης, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή για τις πράξεις επιβολής προστίμου που αφορούν τις ανωτέρω διαπιστωθείσες παραβάσεις. Η πράξη επιβολής προστίμου στον εργολάβο για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται από τις κείμενες διατάξεις ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για δεύτερη φορά κατά τη διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης οδηγεί υποχρεωτικά στην καταγγελία της σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή και στην κήρυξη του εργολάβου έκπτωτου.”. Ούτως, το ισχύσαν έως και 13-9-2017 δίκαιο, και άρα προ του κρίσιμου εν προκειμένω για την εναρχθείσα από 11-9-2017 διαδικασία (βλ. παραπάνω σκ. 7, 19 και 22), δεν προέβλεπε κανένα λόγο υποχρεωτικού αποκλεισμού ειδικώς για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού/φύλαξης, αλλά λόγο δυνητικού αποκλεισμού, όπως συνάγεται και από τη διατύπωση “μπορεί να αποκλείσει”. Ο πααπάνω λόγος δυνητικού αποκλεισμού συνέχεται με το “σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα” το οποίο σε διαδικασίες σύναψης τέτοιων συμβάσεων συνέχεται “ιδίως”, άρα αφενός ενδεικτικά, αφετέρου κατά νομοθετική έμφαση, είτε στη σωρευτική πλήρωση α) της, εντός τριών ετών προ καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, β) επιβολής δύο πράξεων

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

επιβολής προστίμου, γ) συνολικού ύψους 10.000 ευρώ και δ) ειδικώς για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας “υψηλής” ή “πολύ υψηλής” σοβαρότητας, είτε στους λόγους που στο νυν ισχύον καθεστώς αναφέρονται ως λόγοι δυνητικού αποκλεισμού κατά τα ανωτέρω (δηλαδή εντός της τριετίας είτε έκπτωση για λόγο που αφορά αδήλωτη εργασία, κλπ είτε προσωρινή διακοπή λειτουργίας). Επομένως, το προϊσχύον έως και 13.9.2017 καθεστώς διαφέρει από το έκτοτε ισχύον κατά το ότι πρώτον, οι οικείοι λόγοι αποκλεισμού ήταν στο σύνολό τους δυνητικοί και δη όχι υπό την έννοια ότι επαφιόταν στην αναθέτουσα αν θα τους καταστήσει δια της συμπεριλήψεως ή μη στη διακήρυξη ως υποχρεωτικούς, αλλά ότι παρεχόταν σε αυτήν διακριτική ευχέρεια περί του αν η συνδρομή των ως άνω σωρευτικών ανά περίπτωση προϋποθέσεων θα συνεπαγόταν ή όχι αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, δεύτερον προέβλεπε όσον αφορά τα πρόστιμα χρονικό βάθος τριετίας αντί της πλέον ισχύουσας διετίας (με ίδιο σημείο αφετηρίας ήτοι τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών), τρίτον αποτελούσε απαραίτητη προϋπόθεση για τη συναγωγή του δυνητικού λόγου αποκλεισμού εκ προστίμων η άθροιση 10.000 ευρώ και δη αποκλειστικώς εξ αυτών που λαμβάνονταν υπόψη, ήτοι μόνο από αυτά “υψηλής” ή “πολύ υψηλής” σοβαρότητας και τέταρτον το στοιχείο του αριθμού των ελέγχων με την οποία διαπιστώθηκαν οι παραβάσεις ως και η τυχόν αιτία τους, ήτοι περί αδήλωτης εργασίας, ήταν αδιάφορες για τη συναγωγή του δυνητικού ως άνω λόγου. Πέμπτον, ο παραπάνω δυνητικός λόγος αποκλεισμού εκ προστίμων δεν τίθεται κατά το ισχύσαν έως και 13-9-2017 δίκαιο ως νομικά αυτοτελής και αυτοδύναμος, αλλά διαμεσολαβείτο από την έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος”. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, όσον αφορά το επαγγελματικό παράπτωμα και δη σε σχέση με την επίδικη περίπτωση της συσχέτισής του με διαδικασία ανάθεσης σύμβασης καθαριότητας, εφαρμοστέο εν προκειμένω είναι το ισχύσαν έως και 13-9-2017 δίκαιο, ήτοι ως αυτό είχε κατά τον χρόνο αποστολής της διακήρυξης για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, ως κατ’ άρ. 61 παρ. 1 Ν. 4412/2016 χρόνος εκκίνησης της διαδικασίας για συμβάσεις εκτιμώμενης αξίας άνω των ορίων, όπως εν προκειμένω (η οποία αποστολή κατά τη σκ. 11, έλαβε χώρα την 11-9-2017). Η δε διακήρυξη, εξάλλου, δεν τροποποιήθηκε ποτέ για να συμπεριλάβει τις τυχόν μεταγενέστερες της αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, διατάξεις. Και τούτο διότι, αφενός οι διατάξεις της

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣΤΕ 1502/2003, ΣΤΕ ΕΑ 348/2010, 613/2009, 16/2005, 977/2004, ΔΕφΑΘ 2277/2014, ΔΕφΑΘ Ασφ. 518/2014, 889, 890, 895/2012), ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό. Σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54) το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο παγιώνεται με την αποδοχή της προκήρυξης. Αυτό σημαίνει ότι όταν μια διακήρυξη παραπέμπει σε μια νομοθετική διάταξη, προφανώς την περικλείει και την εντάσσει στο κανονιστικό της πλαίσιο ως όρο της, υπό την εκδοχή και μορφή που αυτή η νομοθετική διάταξη είχε κατά τον χρόνο παγίωσης της διακήρυξης και αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ. Άλλως, θα επρόκειτο για περίπτωση μεταγενέστερης της διακήρυξης μεταβολής των όρων του διαγωνισμού κατά πρόδηλη παράβαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Αφετέρου, διότι η ως άνω προστεθείσα από 13-9-2017 στον Ν. 3863/2010 διάταξη ουδόλως θεσπίσθηκε ως έχουσα αναδρομική ισχύ και επομένως ούτως ή άλλως δεν δύναται να επηρεάσει και να καταλάβει, πολλώ δε μάλλον να θεσπίσει το πρώτον νέους λόγους αποκλεισμού και να επιδεινώσει τυχόν τη θέση των ενδιαφερομένων για συμμετοχή, όσων αφορά διαδικασίες σύναψης σύμβασης, οι οποίες έχουν ήδη εκκινήσει, όπως η προκείμενη.

25. Επειδή, εξάλλου, η κρίση της αναθέτουσας περί «σοβαρότητας» επαγγελματικού παραπτώματος ως λόγου αποκλεισμού, ως αφορώσα μεταξύ άλλων, κατά τα ανωτέρω την εκτίμηση υποκειμενικών δεδομένων όσον αφορά τη βαρύτητα και τις συνθήκες τέλεσης τυχόν παραπτώματος καθώς και λοιπές περιστάσεις που ασκούν επιρροή στην κρίση επί της συσχέτισης του παραπτώματος με την ικανότητα του οικονομικού φορέα προς ακίνδυνη εκτέλεση της σύμβασης, θα πρέπει να ασκεί τη σχετική διακριτική και εκτιμητική της ευχέρεια σε συνάρτηση με τις

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αρχές της ισότητας και αναλογικότητας και η εκ μέρους της τήρηση αυτών των αρχών ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής τόσο στην περίπτωση διάγνωσης όσο και αντιστρόφως, μη διάγνωσης τέτοιου σοβαρού παραπτώματος (πρβλ. ΣΤΕ 452/2012, 1399, 4145/2009, 2289-2290, 2292, 2293/2008, 1251, 2861/2006, 1867/2005). Επομένως, καταλείπεται όσον αφορά τους ως άνω λόγους ελευθερία εκτιμήσεως στις αναθέτουσες, η οποία ελέγχεται βέβαια, πλην όμως όσον αφορά την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της παραπάνω διακριτικής ευχέρειας, η οποία υλοποιείται προεχόντως στην προκείμενη περίπτωση της κρίσης επί λόγων αποκλεισμού, άρα και περιορισμού των δυνάμενων να αναλάβουν τη σύμβαση, δια της κατά την άσκησή της παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας (πρβλ. ΣΤΕ 1315/2012 2022, 3527/2011), ως και προεχόντως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017), υπό την αξιολογική κατεύθυνση του οποίου προσδιορίζεται, στο πεδίο της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η λειτουργία των ως άνω αρχών της αναλογικότητας και ισότητας, οι οποίες διέπουν τον έλεγχο της ως άνω διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας. Τούτο, διότι το σύνολο των διατάξεων περί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τόσο του εθνικού όσο και του ενωσιακού δικαίου, συμπεριλαμβανομένης και της ερμηνείας των όρων διακήρυξης, θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2^η εκδ.) 6.II.A.vii). Αυτό προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19^{ης} Απριλίου 2012, C-549/10P *TOMRA*, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 *Microsoft*, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13^{ης} Αυγούστου 2003, 2003/741/ΕΚ στην Υπόθεση COMP

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή και της παρ. 4 του άρ. 73 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα η κρίση επί της τυχόν συνδρομής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού και ειδικότερα του τρόπου με τον οποίο οι τιθέμενες εξ αυτών αόριστες και καταλείπουσες εκτιμητική ευχέρεια στην αναθέτουσα, έννοιες θα ερμηνευθούν ώστε να λάβει χώρα η υπαγωγή του προκείμενου πραγματικού, δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν τον ανταγωνισμό υπό την έννοια αποκλεισμού οικονομικού φορέα και ως εκ τούτου μείωσης των υποψηφίων προς ανάληψη της σύμβασης, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα και στην ειδική περίπτωση των λόγων αποκλεισμού. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων ότι οι όποιοι λόγοι δυνητικού αποκλεισμού, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτοί και η τυχόν εξέταση πλήρωσής τους υποχρεωτική για την αναθέτουσα αν προκύπτουν στοιχεία που παραπέμπουν σε πιθανότητα συνδρομής τους, δεν θα πρέπει να εφαρμόζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι είναι κατά τα λοιπά ικανοί για την εκτέλεση της σύμβασης και υπό άλλη, κρίση, όσον αφορά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού, θα μετείχαν ως το πέρας της διαδικασίας ανάθεσης, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Συνεπεία των ανωτέρω, δεν είναι θεμιτή μια ιδιαίτερα ευρεία εφαρμογή των ως άνω δυνητικών λόγων αποκλεισμού, η οποία καταλήγει στην αναγωγή οιασδήποτε παράβασης και οιοδήποτε επαγγελματικού παραπτώματος, ανεξαρτήτως βαθμού, είδους, χρόνου τέλεσης και ιδίως συσχέτισης με την ικανότητα εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, ενός οικονομικού φορέα σε άνευ ετέρου αιτία αποκλεισμού του, τόσο γιατί υπερβαίνει τον κυρωτικό, γενικοπροληπτικό και ειδικοπροληπτικό

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

σκοπό που η εν γένει διάταξη του άρ. 73 παρ. 4, επιφυλάσσει για ορισμένες συμπεριφορές, όσο και γιατί υπερακοντίζει τον σκοπό της προστασίας της αναθέτουσας, ο οποίος κατά τα παραπάνω προέχει όσον αφορά την ως άνω διάταξη.

26. Επειδή, η σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιας κατά τα ως άνω περίπτωσης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ., η δε αναθέτουσα δεν δύναται ούτως ή άλλως να εξετάσει τη συνδρομή των σχετικών όρων απαλλαγής του από τον αποκλεισμό, αν ο οικονομικός φορέας δεν επικαλείται ούτε τέτοια μέτρα, ήτοι μέτρα που έχουν την κατά νόμο έννοια του «επανορθωτικού» ούτε επεξηγεί σε τι συνίστατο ακριβώς το οικείο παράπτωμα, ώστε η αναθέτουσα να ασκήσει την κατά τα ως άνω κατά τη σκ. 25 διακριτική της ευχέρεια εκτιμήσεως πρώτον αν το παράπτωμα ήταν όντως σοβαρό και δεύτερον αν έχει επαρκώς επανορθωθεί με τα επικαλούμενα ληφθέντα μέτρα (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 118/2017). Ούτως, ένα δηλούμενο από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα, ως «σοβαρό» επαγγελματικό παράπτωμα, δεν στοιχειοθετεί άνευ ετέρου λόγο αποκλεισμού του φορέα κατ' άρ. 73 παρ. 4 και δη κατά την περίπτωση θ' αυτού, όπως επαναλαμβάνεται στη διακήρυξη, όμως η καταρχήν δήλωση ή και αυτεπάγγελτη ανεύρεση οικείων στοιχείων από την αναθέτουσα καθιστά αυτή υπόχρεη όπως αξιολογήσει και αιτιολογήσει σχετικώς αν το οικείο παράπτωμα είναι τέτοιο ώστε να οδηγήσει στη συγκεκριμένη περίπτωση σε αποκλεισμό, αξιολόγηση όμως που φυσικά προϋποθέτει γνώση και αναλυτική δήλωση αυτού από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα. Επομένως, η καταρχήν δήλωση υπάρξεως τέτοιου παραπτώματος παράγει ένα εις βάρος του δηλούντος τεκμήριο. Το τεκμήριο αυτό είναι όμως μαχητό, υπό την έννοια ότι ο οικονομικός φορέας έχει πρώτον τη δυνατότητα να επεξηγήσει τις συνθήκες που οδήγησαν στην ως άνω έκπτωση, τυχόν προβάλλοντας αιτιάσεις ότι αυτή δεν έλαβε χώρα με περιστάσεις που συγκροτούν το επαγγελματικό παράπτωμα ως σοβαρό. Είναι δε αυτονόητο ότι λόγω του τεκμηρίου νομιμότητας των διοικητικών

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

πράξεων μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται και μια πράξη έκπτωσης ή μια πράξη επιβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ ή άλλη αρμόδια αρχή, δεν είναι δυνατός ο παρεμπόδιων έλεγχος από τις αναθέτουσες αρχές της νομιμότητας έκπτωσης από σύμβαση με άλλη αναθέτουσα ούτε έχουν τέτοια αρμοδιότητα οι αναθέτουσες και συνεπώς δεν μπορούν να προβληθούν δια της οικείας, πάντα στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης με την υποβολή της προσφοράς, δηλώσεως του οικονομικού φορέα και φυσικά δεν δύνανται να αξιολογηθούν κατόπιν από τις αναθέτουσες, αιτιάσεις περί αμφισβητήσεως της νομιμότητας ή ορθότητας σχετικής τέτοιας, καταρχήν συγκροτούσας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, πράξης συνεχόμενης με προηγούμενη σύμβαση. Είναι δυνατό μόνο, και δη όχι μετά από εκ μέρους της προκείμενης αναθέτουσας επανεκτίμηση των πραγματικών στοιχείων που αφορούν την πρότερη σύμβαση και περί του αν συνέτρεχαν αληθώς ή αν η έκπτωση ήταν δικαιολογημένη, αλλά απλώς μετά από αξιολόγηση της ίδιας της αιτιολογίας αυτής της εκπτώσεως όπως την αναφέρει η οικεία πράξη ή αντίστοιχα του οικείου προστίμου, να εξεταστεί αν τα γεγονότα που οδήγησαν σε αυτήν και όπως μνημονεύονται στον οικείο φάκελο επί του οποίου βασίστηκε, συγκροτούν επαγγελματικό παράπτωμα χαρακτηριζόμενο ως σοβαρό. Δεύτερον, ο οικονομικός φορέας έχει τη δυνατότητα, αποκλειστικά ή σωρευτικά με τα ως άνω υπό "πρώτον", να επικαλεστεί σχετικά επανορθωτικά μέτρα, επεξηγώντας τα και επιχειρηματολογώντας για την επάρκειά τους, ακόμη και με την συμπερίληψη στα οικεία σημεία του ΕΕΕΣ του οιονεί υπομνήματος με επιχειρηματολογία του περί των ως άνω και με συνυποβολή μετά της προσφοράς του των όποιων οικείων αποδεικτικών μέσων επικαλείται. Όμως, μόνη η αόριστη επίκληση μη συνδρομής παραπτώματος ή παράβασης υποχρεώσεων ή περί άσκησης ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής ή οριστικής δικαστικής προστασίας, επί των οποίων ακόμη δεν εξεδόθη απόφαση δεν συγκροτούν ούτε στοιχειοθετημένα κατά τα ως άνω και δυνάμενη την αποτροπή του αποκλεισμού, άρνηση της εκ μέρους του πλήρωσης των ως άνω λόγων αποκλεισμού, προσκρούοντας εξάλλου στο τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων ούτε προφανώς επίκληση επανορθωτικού μέτρου. Σημειωτέον δε, ότι η έννοια του επανορθωτικού μέτρου ορίζεται με σαφήνεια στο άρ. 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016, χωρίς να καταλείπεται διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα ή την Επιτροπή του άρ. 73

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

παρ. 8-9 ή την Α.Ε.Π.Π. περί οριοθέτησης της ίδιας της έννοιας αυτής, παρά μόνο στην αξιολόγηση των επικαλούμενων προς απόδειξη της στοιχείων, τα οποία είναι και αυτά που τίθενται ενδεικτικά, ως και την κρίση περί του αν μπορούν να υπαχθούν ανά περίπτωση σε αυτήν. Ειδικότερα, η επίκληση των επανορθωτικών μέτρων προϋποθέτει ότι προσκομίζονται *“...στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος.”*. Προφανώς, η επίκληση της μελλοντικής ή και παρούσας δικαστικής αμφισβητήσεως ή πρόθεσης περί αμφισβητήσεως του παραπτώματος ή της ενδοσυμβατικής παράβασης, όπως εν προκειμένω, η οποία φύσει ενέχει άρνηση επανόρθωσης, δεν συγκαταλέγονται στο ως άνω πραγματικό της διάταξης, η οποία κατά το ως άνω γράμμα της (“παρότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού”) προϋποθέτει παραδοχή εκ μέρους του επικαλούμενου τα επανορθωτικά μέτρα φορέα του λόγου αποκλεισμού του και αναφέρεται σε μέσα που σκοπούν στην απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας μεταμέλησε και προσπάθησε να διορθώσει ή να αποζημιώσει ή μερίμνησε για να μην επαναλάβει το παράπτωμα-παράβαση του παρελθόντος. Σε κάθε περίπτωση, όμως, όλα τα παραπάνω προϋποθέτουν αναγκαία και αυτονόητα την το πρώτον δήλωση του φορέα περί της περιγραφής, ταυτότητας και προσδιοριστικών στοιχείων του παραπτώματος, εντός του ως άνω οικείου σημείου του ΕΕΕΣ του. Σε περίπτωση, που όχι απλά η καταρχήν συνδρομή αυτής της περίπτωσης, αλλά και η περιγραφή της, δεν αναφερθεί στο ΕΕΕΣ, τότε όχι μόνο ο οικονομικός φορέας χάνει τη δυνατότητα επίκλησης λόγων ανατροπής του ως άνω

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

τεκμηρίου, το οποίου ούτως το καθιστά ο ίδιος, λόγω της ίδιας της παραλείψεώς του, αμάχητο, χωρίς μάλιστα πλέον η αναθέτουσα να έχει ούτε καν διακριτική ευχέρεια να τον καλέσει για εξηγήσεις ή για το πρώτον δήλωση των όποιων τυχόν επανορθωτικών μέτρων έλαβε, αφού κάτι τέτοιο θα προσέβαλε την αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας των διαγωνιζομένων. Αλλά επιπλέον, υποπίπτει σε παράβαση και παράλειψη επί ουσιώδους τυπικής προϋπόθεσης συμμετοχής του σε διαγωνισμό, δηλαδή της εκ μέρους του αληθούς, σαφούς, ακριβούς και πλήρους συμπληρώσεως του ΕΕΕΣ του (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 89, 96, 118 και 119/2017), παράβαση η οποία και αυτοτελώς επάγεται επαρκή λόγο αποκλεισμού του, άνευ χρείας και ανεξαρτήτως της στοιχειοθέτησης ειδικότερης παραβάσεως ή ελλείψεως προσόντος του ή πλήρωσης λόγου αποκλεισμού, η οποία προκύπτει από το συγκεκριμένο ανά περίπτωση πραγματικό που σχετίζεται με το επιμέρους τμήμα του ΕΕΕΣ που συμπληρώθηκε ελλιπώς, ανακριβώς ή εσφαλμένα και από τα συγκεκριμένα ανά περίπτωση στοιχεία που αποδεικνύουν έλλειψη ειδικότερου κριτηρίου επιλογής ή συνδρομή ειδικότερου λόγου αποκλεισμού, έλλειψη και συνδρομή αντίστοιχα που τυχόν απεκρύφθη ή αποσιωπήθηκε δια του σφάλματος, ανακρίβειας ή έλλειψης στη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ. Ούτε δε η αναθέτουσα έχει στην ως άνω περίπτωση δυνατότητα να κρίνει τον οικονομικό φορέα ως μη άξιο αποκλεισμού, καθώς η ως άνω ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας προϋποθέτει γνώση των στοιχείων που συγκροτούν το παράπτωμα, ώστε εν συνεχεία να προβεί στις ανάλογες κατά τις παραπάνω σκέψεις και ιδίως τη σκ. 25 σταθμίσεις. Άλλως, μια εκ των προτέρων κρίση της αναθέτουσας περί άνευ ετέρου αποδοχής της προσφοράς, καίτοι δηλώθηκε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αλλά εν απουσία και εν αγνοία από την πλευρά της αναθέτουσας των στοιχείων που το συγκροτούν, θα συνιστούσε αυθαίρετη και αδικαιολόγητη ευμενή διάκριση υπέρ του οικονομικού φορέα και εκ μέρους της αθέτηση των ίδιων των όρων της διακήρυξης περί λόγων αποκλεισμού.

27. Επειδή, εν προκειμένω, ο ως άνω τέταρτος διαγωνιζόμενος επικαλέσθηκε στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, για τον οποίο υπέβαλε και το οικείο ΕΕΕΣ, μεταξύ των οποίων και για τη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Στο οικείο δε ερώτημα στο Μέρος III

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

του ΕΕΕΣ περί διαπράξεως σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ο παραπάνω τρίτος οικονομικός φορέας δήλωσε θετικά (“ΝΑΙ”), εν συνεχεία δε στο περί περιγραφής του τυχόν παραπτώματος ερώτημα δεν απάντησε ποια γεγονότα και στοιχεία προσδιόριζαν και συνέθεταν το εκ της ίδιας της πρώτης ως άνω απαντήσεώς του, προκύπτουν και δηλούμενο παράπτωμα, αλλά απλώς ανέφερε ότι *“Κατά την παροχή υπηρεσιών φύλαξης δεν έχουν επιβληθεί σε βάρος της εταιρείας, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β΄ 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως “υψηλής” ή “πολύ υψηλής” σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους.”*. Περαιτέρω, καίτοι στο επόμενο ερώτημα απάντησε θετικά (“ΝΑΙ”) στο ερώτημα αν έχει λάβει μέτρα επανόρθωσης της αξιοπιστίας του, εν συνεχεία στο επόμενο ερώτημα περί περιγραφής τους απάντησε ότι *«Η εταιρεία έχει ασκήσει νομοτύπως και εμπροθέσμως κατάλληλο ένδικο μέσο (προσφυγή) ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου και αναμένεται ορισμός δικασίμου καθόσον δεν αποδέχεται- αναγνωρίζει την επιβολή της κύρωσης.»*. Με τις ως άνω όμως δηλώσεις του, ο παραπάνω τρίτος οικονομικός φορέας δεν περιέγραψε καθόλου ούτε καν με αναφορά των ελάχιστων τυχόν οικείων περιγραφικών και προσδιοριστικών στοιχείων του, το δηλωθέν από τον ίδιο σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αλλά απλώς περιέγραψε το πραγματικό του άρ. 73 παρ. 2 περ. γ΄ Ν. 4412/2016, τα οποία κατά τον Ν. 4497/2017 προέκυψε ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, δηλώνοντας ότι δεν το πληροί. Η ως άνω δήλωσή του ήταν ούτως όλως άσχετη με το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αφού αναφέρεται στο τι δεν έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας και όχι στο τι έχει διαπράξει, και εκ του ΕΕΕΣ του δεν προκύπτει τίποτα απολύτως σχετικά με αυτό. Επομένως η αναθέτουσα δεν δύνατο ούτως ή άλλως να κρίνει σχετικά με τη σοβαρότητά του, το δικαιολογημένο τυχόν κρίσης περί αποκλεισμού ή μη αποκλεισμού βάσει

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

αυτού του δηλούμενου παραπτώματος ή ακόμη και την τυχόν κάλυψη και επανόρθωσή του με βάση τα τυχόν ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης. Τούτο δε θα ίσχυε, ακόμη και αν κρίσιμο δίκαιο ήταν αυτό που προέκυψε μετά την από 13-9-2017 τροποποίηση του Ν. 4412/2016, αφού σε κάθε περίπτωση, το τι ορίζεται ως λόγος υποχρεωτικού αποκλεισμού και τι ως δυνητικού, δεν μεταβάλλει το γεγονός ότι ο ίδιος ο οικονομικός φορέας δήλωσε συνδρομή κάποιου, άδηλου και μη περιγραφόμενου σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο δεν περιέγραψε. Εξάλλου, ανεξαρτήτως όλων των παραπάνω, σύμφωνα και με τα αναφερθέντα και στη σκ. 26, το εν προκειμένω επικαλούμενο μέτρο επανόρθωσης δεν πληροί το αξιούμενο από το άρ. 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016 περιεχόμενο, στο οποίο δεν ανήκει η δήλωση περί άσκησης ενδίκων βοηθημάτων και μέσων κατά της διοικητικής πράξης που συγκροτεί το παράπτωμα, η οποία μάλιστα εν προκειμένω παραμένει αγνώστου περιεχομένου και έτσι, και για αυτόν τον λόγο η αναθέτουσα εμποδίζεται εξ αρχής να κρίνει την εφεξής καταλληλότητα, άρα και τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού του οικονομικού φορέα και αυτοτελώς και για αυτόν τον λόγο. Συνεπώς, αφενός το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα συμπληρώθηκε ελλιπώς ως προς τα ως άνω κρίσιμα και ουσιώδη στοιχεία του (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 89, 118 και 119/2018) και η συμμετοχή του είναι αποκλειστέα αρκούντος τούτου του λόγου, αφετέρου η εκ μέρους του μεν δήλωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συγκροτεί ένα καταρχήν τεκμήριο εκ μέρους του πλήρωσης του οικείου λόγου αποκλεισμού, η δε μη περιγραφή του καταλήγει στη μη κίνηση της διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας περί αξιολόγησης του και απόρριψής του άρα και αποδοχής της προσφοράς και επομένως ο τρίτος οικονομικός φορέας πρέπει να αποκλειστεί και για παράβαση του παραπάνω όρου 2.2.3.4. περ. θ' της διακήρυξης. Κατ' αποτέλεσμα, δεδομένου ότι κατά τη σκ. 22 (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017), η υποβολή νομότυπου ΕΕΕΣ τρίτου οικονομικού φορέα του άρ. 78 Ν. 4412/2016 συνιστά στοιχείο του εν όλω παραδεκτού της προσφοράς του προσφέροντος, η προσφορά του τέταρτου έτερου διαγωνιζόμενου είναι επομένως εν όλω απορριπτέα, ενώ εξάλλου ο τελευταίος δεν μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες του ως άνω τρίτου φορέα, τις οποίες επικαλέστηκε για την εκ μέρους του πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική-επαγγελματική

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

ικανότητα, δεδομένης της κατά τα παραπάνω συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού, με συνέπεια να είναι αποκλειστέα η προσφορά του τέταρτου έτερου διαγωνιζόμενου και για αυτόν τον σωρευτικό λόγο. Άρα, πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής κατά του τέταρτου έτερου διαγωνιζόμενου, να αποκλειστεί η εν όλω προσφορά του τελευταίου και απορριπτομένου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της αναθέτουσας, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το αντίστοιχο σκέλος της με το οποίο έκρινε την παραπάνω προσφορά ως αποδεκτή.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, όσον αφορά το σκέλος της με το οποίο στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αυτή έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές του δεύτερου παρεμβαίνοντος και του τέταρτου έτερου διαγωνιζόμενου, απορρίπτεται δε κατά τα λοιπά. Πρέπει, ακολούθως, να γίνουν δεκτές η πρώτη και η τρίτη παρέμβαση, να απορριφθεί δε η δεύτερη.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την πρώτη και τρίτη παρέμβαση.

Απορρίπτει τη δεύτερη παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. πρωτ. 7313/9.11.2017 Απόφαση του Πρύτανη του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών, στο πλαίσιο του Ηλεκτρονικού Ανοικτού Διαγωνισμού άνω των Ορίων (Διεθνούς) για την ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης-επιτήρησης των εγκαταστάσεων του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών, ο οποίος προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. 167/2017 (αρ. πρωτ. 5775/13-9-2017) Διακήρυξη, κατά το σκέλος της με

Αριθμός Απόφασης: 231/2017

το οποίο, εγκρίνοντας το από 7-11-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών (α) "... " και (β) "...", οι οποίες κρίνονται ως αποκλειστές από τον διαγωνισμό.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού δύο χιλιάδων επτακοσίων (2.700,00) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8-12-2017 και εκδόθηκε στις 22-12-2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ