

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 18 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 10.07.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1041/11.07.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «****» και το διακριτικό τίτλο «****» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ****, επί της οδού **** αρ. **** και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του **ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ****** (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «****», (στο εξής «η παρεμβαίνουσα») που εδρεύει στη ****, επί της ****αρ. ***, και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση του Υπουργού **** με αριθμό πρωτοκ. ****/30.06.2023, με την οποία κατόπιν αποδοχής του Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού με ημερομηνία 26.06.2023 αναδείχθηκε η εταιρεία «****» οριστική ανάδοχος της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.550,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016

Αριθμός Απόφασης : 1396/2023

και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ****).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***/16.11.2020 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης των Αποθηκών **** της Γενικής Γραμματείας **** του Υπουργείου ****, επί της Λεωφόρου ****, στη θέση ****, στον **** Αττικής» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 310.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης για ένα έτος. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 16^η.12.2020. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 16.11.2020 (ΑΔΑΜ: ****) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ****.

3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 10.07.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.06.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1265/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 31.07.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της με αριθμό Πρωτοκ. 235335/24.07.2023, οι οποίες ωστόσο έχουν κατατεθεί εκπρόθεσμα και δεν λαμβάνονται υπόψη.

5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα την παρέμβασή της με ημερομηνία 20.07.2023 ζητώντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

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

7. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με το πρώτο σκέλος του προβαλλόμενου ισχυρισμού η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η δήλωση οφигενών μεταβολών με ημερομηνία 20.06.2023, την οποία κατέθεσε η παρεμβαίνουσα μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, εσφαλμένα έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, καθώς δεν υποβλήθηκε μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και όχι πριν την πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής για την υποβολή τους, κατά παράβαση των οριζόμενων στο άρθρο 104 του ν.4412/2016 ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο. Επίσης, η προσφεύγουσα για την τεκμηρίωση του ισχυρισμού της επικαλείται το περιεχόμενο του όρου 3.2 της επίμαχης Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο ορίζεται ότι *«Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού Αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: ι) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο*

Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.7 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός Ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης ότι πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών προσωρινού Αναδόχου (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του». Για τον παραπάνω λόγο προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

9. Το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές», όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 44 του ν. 4782/2021 (έναρξη ισχύος 01.06.21) ορίζει ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής κατά την παρ. 2, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων». Επίσης, το ίδιο άρθρο κατά την προϊσχύουσα

μορφή του κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της επίμαχης Διακήρυξης 16.11.2020 ορίζει ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ.3 του άρθρου 105. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οφισγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72».

10. Στην κρίσιμη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην παρεμβαίνουσα δια μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «110 187961 ΑΠΟΦΑΣΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΔΙΚΑΣΤΙΚΕΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ (ΑΑ) SIGN αδα-2.pdf», με το οποίο της γνωστοποιήθηκε ότι έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης και ταυτόχρονα κλήθηκε να καταθέσει εντός προθεσμίας δέκα ημερών τα απαιτούμενα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης (άρθρο 103 παρ. 1 του ν. 4412/2106, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 περ. 19 του ν. 4497/2017) και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην

παράγραφο 2.2.8.2. (ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ) της διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.7 αυτής). Στη συνέχεια, η παρεμβαίνουσα ανταποκρινόμενη στην παραπάνω πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής κατέθεσε ηλεκτρονικά στις 20.06.2023 τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η Δήλωση Οψιγενών Μεταβολών με όμοια ημερομηνία 20.06.2023. Με τα παραπάνω δεδομένα , βάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η κατάθεση της Δήλωσης Οψιγενών Μεταβολών εκ μέρους της παρεμβαίνουσας μη νόμιμα έλαβε χώρα ταυτόχρονα με την υποβολή αυτής και όχι μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης (16.11.2020) και κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών (16.12.2020), καθώς όπως έχει κριθεί το πραγματικό γεγονός της συμμετοχής οικονομικού φορέα στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης δεν δύναται να συντρέξει ή να μεταβληθεί μετά την υποβολή των προσφορών (βλ. ΣτΕ ΕΑ 75/2021). Η δε υποβολή της Δήλωσης Οψιγενών Μεταβολών αποτελεί πράξη που κατατείνει στην ανάθεση της σύμβασης, κατά την έννοια των παραπάνω κριθέντων και δεν αποτελεί ενέργεια που λαμβάνει χώρα μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης. Επομένως, προβαλλόμενος ισχυρισμός κατά της αποδοχής της Δήλωσης Οψιγενών Μεταβολών της παρεμβαίνουσας γίνεται δεκτός κατά το πρώτο σκέλος του, καθώς εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε αυτήν μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ενώ η προσήκουσα κατάθεσή της έπρεπε να προηγηθεί της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης.

11. Με το δεύτερο σκέλος του προβαλλόμενου λόγου προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή του Διαγωνισμού εσφαλμένα δεν διαπίστωσε σε βάρος της παρεμβαίνουσας τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 όπως ίσχυε πριν τροποποιηθεί με τον ν.

Αριθμός Απόφασης : 1396/2023

4782/2021, σύμφωνα με το οποίο δεν απαιτείτο να έχει προβεί ο διαγωνιζόμενος σε ανακριβή δήλωση «εκ προθέσεως», καθόσον η εν λόγω απαίτηση περί προθέσεως εισήχθη με την τροποποίηση που εισήγαγε ο ν. 4782/2021, ο οποίος δεν εφαρμόζεται στην προκείμενη περίπτωση. Επικαλείται επίσης η προσφεύγουσα το περιεχόμενο των αποφάσεων 614/2022 και 980/2023 του ΔΕΦΑΘ, σύμφωνα με το οποίο, κατά τα προβαλλόμενα, κρίθηκε οριστικά ότι η παρεμβαίνουσα έχει προβεί σε ψευδείς δηλώσεις ενώπιον άλλων αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών και δη μετά την υποβολή της προσφοράς της στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία του, αλλά και της επιβλήθηκε επιπλέον η παρεπόμενη κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Ακόμα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, μπορεί μεν η κατάπτωση εγγύησης συμμετοχής σε διαδικασία για την ανάθεση δημοσίας σύμβασης να αποτελεί πράξη επιβολής ειδικής ποινικής ρήτρας με χαρακτήρα κύρωσης, η οποία εντάσσεται στις πράξεις της διαδικασίας ανάθεσης που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, ωστόσο αυτό δεν σημαίνει ότι η παρεμβαίνουσα δεν υποχρεούτο να δηλώσει τα περί προηγούμενης υποβολής ψευδούς δήλωσης. Για τον παραπάνω λόγο της προσφυγής λεκτέα τα εξής:

12. Τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψήφιων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του ν. 4412/2016, θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά, και όχι τυπολατρικά, με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων (βλ. Α. Σπυρίδωνος, «Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις», ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. 537 επόμε.). Επομένως, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προβαίνουν σε σχετική δήλωση η οποία, όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους, αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η παραπάνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί συνδρομής στο

πρόσωπό του κάποιας περίπτωσης δυνητικού λόγου αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και τυχόν ανάλυση των επανορθωτικών μέτρων, που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρθρου 73 παρ. 7 επ. του ν. 4412/2016 (ΑΕΠΠ 776/2018). Όπως δε έχει κριθεί (ΣτΕ 753/2020, ΕΑ ΣτΕ 40/2019), η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ, αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Ακόμη, έχει κριθεί πως *«η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα στον οποίον είχε επιβληθεί, στα πλαίσια προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, κύρωση, την οποία αυτός δήλωσε στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, στο πεδίο των λόγων αποκλεισμού. Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της κυρωτικής αποφάσεως και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν πρόκειται για σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους συμβατικής απαίτησης, και αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή της, υπεύθυνος γι' αυτήν, προκειμένου να εκτιμήσει την ακεραιότητα και την αξιοπιστία του και να κρίνει αν έχει κλονιστεί η σχέση εμπιστοσύνης που πρέπει να τη συνδέει μαζί του ενόψει της υπό ανάθεση σύμβασης (πρβλ. απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2019, C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA)»* (ΔΕφΑθηνών 370/2022). Ο δε σκοπός θέσπισης των λόγων αποκλεισμού συνίσταται στην πληρέστερη δυνατή ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής περί της προηγούμενης συμπεριφοράς των συμμετεχόντων, στην οποία συμπεριλαμβάνεται και η συμπεριφορά τους σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες. Συναφώς, δεν ανάγεται στην υποκειμενική κρίση κάθε προσφέροντος περί υπαγωγής κάθε τυχόν πραγματικού περιστατικού σε συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού, καθώς, στην περίπτωση αυτή θα μπορούσε ο προσφέρων να προκαταλάβει την κρίση της αναθέτουσας αρχής και να αποκρύπτει από αυτήν ουσιώδη γεγονότα ή σε κάθε περίπτωση, γεγονότα

την ουσία των οποίων, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, δεν μπορεί να υποθέσει εκ των προτέρων, στερώντας από την αναθέτουσα αρχή την εξουσία άσκησης της ευχέρειάς της σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, σχετικά με τον έλεγχο διάγνωσης ή μη των σχετικών λόγων αποκλεισμού.

13. Ειδικότερα, ως προς τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.3 περ. ζ της Διακήρυξης, που αντιστοιχεί στην περίπτωση ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι ο επίμαχος, αναχθείς από τη διακήρυξη σε αυτοτελή, λόγος αποκλεισμού, αφορά ψευδείς δηλώσεις/αποκρύψεις εκ μέρους του συμμετέχοντος, οι οποίες έλαβαν χώρα **είτε στον τρέχοντα διαγωνισμό, είτε σε προηγούμενους διαγωνισμούς** (ad hoc ΔΕφΑθηνών Α614/2022, σκ. 14). Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να δηλώσουν στο προκείμενο ερώτημα του ΕΕΕΣ εκείνα τα πραγματικά περιστατικά που έλαβαν χώρα στο πλαίσιο προηγούμενων διαγωνισμών, που μπορούν, κατά τα βασικά χαρακτηριστικά τους, να συγκροτήσουν τον οικείο λόγο αποκλεισμού, για ψευδή δήλωση/απόκρυψη. Τέτοια πραγματικά στοιχεία αποτελούν προηγούμενες πράξεις αποκλεισμού άλλων αναθετουσών αρχών ή και της ίδιας, εφόσον αυτές βασίστηκαν σε κρίση περί ψευδούς δήλωσης ή απόκρυψης πληροφοριών στο εκεί υποβληθέν ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, ανεξαρτήτως αν η οικεία κρίση διατυπώθηκε πανηγυρικά ως εμπίπτουσα στον οικείο λόγο αποκλεισμού ή όχι, και ανεξάρτητα αν οι αποκρυβείσες εκεί πληροφορίες αφορούσαν τον ίδιο ή άλλο λόγο αποκλεισμού (ad hoc ΔΕφΑθηνών Α614/2022, σκ. 14).

14. Στην επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 2.2.8.1, προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ, αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της Διακήρυξης. Ειδικότερα, στο άρθρο 2.2.3.3 θεσπίζεται, μεταξύ άλλων, ως λόγος αποκλεισμού, η περίπτωση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.8.2 της

Διακήρυξης (περ. ζ). Επομένως, με τη συμπερίληψη τους στη Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, οι προαναφερθείσες περιπτώσεις ανάγονται σε υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού.

15. Στην προκειμένη περίπτωση η παρεμβαίνουσα εταιρεία κατέθεσε το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της (16.12.2020) (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «esprd-response-v2_signed-6.pdf»). Στο Μέρος III «Λόγοι Αποκλεισμού» και συγκεκριμένα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ **«Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών** - Ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) δεν ήταν σε θέση να υποβάλει, χωρίς καθυστέρηση, τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, και δ) έχει επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση;» η παρεμβαίνουσα έδωσε την απάντηση **«Όχι»**.

16. Στη συνέχεια, κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (20.06.2023) η παρεμβαίνουσα κατέθεσε Δήλωση Οψιγενών Μεταβολών με όμοια ημερομηνία, στην οποία θέτει υπόψη της αναθέτουσας αρχής όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες και τα γεγονότα που μεσολάβησαν στο μεταξύ, προκειμένου να εκτιμηθεί η συνδρομή ή όχι του λόγου αποκλεισμού, που προβλέπεται στον όρο 2.2.3.3 περ. ζ της Διακήρυξης. Στη δήλωση αυτή αναφέρει μεταξύ άλλων ότι με τις αποφάσεις του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αριθμούς 690/2022 και 998/2022 κρίθηκε ότι ορθά δήλωσε η παρεμβαίνουσα στο ΕΕΕΣ της τα απαιτούμενα στοιχεία και ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού σε βάρος της, ενώ αντίθετα με

Αριθμός Απόφασης : 1396/2023

προγενέστερη απόφαση με αριθμό 614/2022 του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κρίθηκε ότι η ίδια όφειλε να δηλώνει στο ΕΕΕΣ και στα οικεία συνοδευτικά έγγραφα τις τυχόν απορρίψεις της από άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες. Όμοια κρίση είχε και η απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αριθμό 98/2023, την οποία επίσης μνημονεύει η παρεμβαίνουσα στην δήλωσή της. Τέλος, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι «*Δια της παρούσης υπεύθυνης δήλωσης μας, διευκρινιστικώς προς την αρνητική απάντησή μας στο ΕΕΕΣ [δεδομένου ότι κατά την άποψή μας και σύμφωνα με τις περισσότερες δικαστικές αποφάσεις δεν υπέπεσε η εταιρία μας σε καμία ψευδή δήλωση στο παρελθόν, ώστε να πρέπει να αναφερθεί στο παρόν ΕΕΕΣ, και επειδή εντούτοις υπάρχει διαφοροποίηση των δικαστικών σχηματισμών για το ακριβώς όμοιο αυτό ζήτημα, σας ενημερώνουμε για τα ανωτέρω γεγονότα συνοπτικώς, θεωρώντας ότι η εταιρία μας ανταποκρίνεται πλήρως στην υποχρέωση αναφοράς όλων των στοιχείων της επαγγελματικής συμπεριφοράς της και είμαστε στη διάθεσή σας για κάθε επιπλέον διευκρίνιση. Σε κάθε περίπτωση, ενόψει των ανωτέρω, η εταιρία μας δεν ενήργησε με πρόθεση ή δόλο, εφόσον πρόκειται για ένα τέτοιο πολύπλοκο ζήτημα, για το οποίο αρκετές δικαστικές αποφάσεις δεν μας αποδίδουν ουδεμία μομφή. Η εταιρία μας παραταύτα γνωστοποιεί τα ανωτέρω στην Αναθέτουσα Αρχή και είναι στη διάθεσή σας για παροχή οποιασδήποτε διευκρίνισης, αναφορικά με τον τρόπο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ της καθώς και για να αιτιολογήσει τις απαντήσεις που έδωσε*».

17. Μετά τα παραπάνω, σχετικά με την παράβαση του όρου 2.2.3.3 περ. ζ', για την προηγούμενη ενοχή του συμμετέχοντος για την παροχή σοβαρών ψευδών δηλώσεων, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ, αποσκοπούσε στην άντληση πληροφοριών σχετιζόμενων με πραγματικά περιστατικά που θα μπορούσαν να στοιχειοθετήσουν νόμιμο λόγο αποκλεισμού του συμμετέχοντος φορέα από τον επίμαχο διαγωνισμό, εφόσον είχε κριθεί ένοχος ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών σε έτερο διαγωνισμό που συμμετείχε, ήτοι λόγο που στοιχεί με τον προβλεπόμενο στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ του ν. 4412/2016 λόγο αποκλεισμού. Από τη σαφή διατύπωση του ερωτήματος, τη σύνδεσή του με πιθανή (και όχι βεβαία) στοιχειοθέτηση λόγου αποκλεισμού και τη

Αριθμός Απόφασης : 1396/2023

συστηματική του θέση στη διάρθρωση των ερωτημάτων του συγκεκριμένου ΕΕΕΣ, προκύπτει ότι, με το συγκεκριμένο ερώτημα, δεν ζητείται από τον οικονομικό φορέα να καταγράψει μόνο εκείνα τα πραγματικά δεδομένα που συνιστούν μετά βεβαιότητας λόγο αποκλεισμού του, αλλά και εκείνα που πιθανώς θα μπορούσαν να υπαχθούν στον οικείο λόγο ή έτερο συναφή, συνεκτιμωμένων και των μέτρων επανόρθωσης/αυτοκάθαρσης που λήφθηκαν και θα έπρεπε να καταγραφούν από αυτόν στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην τελική της εκτίμηση (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 40/2019, σκ. 17 ΔΕφ Πειραιά 231/2022, σκ. 15). Την παραπάνω υποχρέωση τήρησε στο ακέραιο η παρεμβαίνουσα, η οποία, στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ που κατέθεσε κατά την υποβολή της προσφοράς της στις 16.12.2020 είχε δώσει μεν αρνητική απάντηση, καθώς, άλλωστε, κατά το χρόνο αυτό δεν είχαν εκδοθεί οι δικαστικές αποφάσεις, τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα και άρα δεν είχε αναγνωρισθεί οριστικά ο αποκλεισμός της από άλλους διαγωνισμούς για παράβαση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016, προχώρησε ωστόσο σε αναλυτική καταγραφή και ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής για τα γεγονότα, που είχαν λάβει χώρα στο μεταξύ και για την κρίση των Δικαστηρίων επί αυτών, προκειμένου η τελευταία να είναι σε θέση να εκτιμήσει και να αποφανθεί τελικά αν συντρέχει ή όχι ο οικείος λόγος αποκλεισμού. Επομένως, η παρεμβαίνουσα έχει ορθά προβεί στις απαιτούμενες δηλώσεις προς την αναθέτουσα αρχή συμπληρωματικά προς την αρχική απάντησή της στο ΕΕΕΣ, ενόψει και του μεγάλου χρονικού διαστήματος που μεσολάβησε μεταξύ της κατάθεσής του και της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, δεδομένου μάλιστα ότι **ο λόγος αυτός αποκλεισμού έγκειται ακριβώς στον έλεγχο της αληθούς δήλωσης εκ μέρους του οικονομικού φορέα**, λαμβάνοντας ειδικότερα υπόψη ότι το ΕΕΕΣ ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη περί πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Άλλωστε, όπως έχει κριθεί και με την απόφαση του ΔΕφΑΘ 1388/2023, την οποία επικαλείται και η παρεμβαίνουσα, εφόσον ο συμμετέχων οικονομικός φορέας δηλώσει τα κρίσιμα στοιχεία που αφορούν τη συνδρομή ή μη του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4 περ. ζ του ν. 4412/2016, δεν συντρέχει περίπτωση απόκρυψης πληροφοριών και άρα δεν

Αριθμός Απόφασης : 1396/2023

υφίσταται και δεν συντρέχει αυτός ο λόγος αποκλεισμού. Μάλιστα η πιο πάνω απόφαση έχει εκδοθεί επί αίτησης ακύρωσης – αναστολής της παρεμβαίνουσας και έχει κρίνει επί συναφών πραγματικών περιστατικών ότι εφόσον δηλώθηκαν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής συμπληρωματικά προς το ΕΕΕΣ τα κρίσιμα περιστατικά, που αναφέρονται στη δικαστική απόφαση του ΔΕφΑθ 614/2022, στην οποία αναφέρεται και η προσφεύγουσα, δεν συντρέχει αυτός ο λόγος αποκλεισμού του 73 παρ.4 περ. ζ του ν.4412/2016. Συνεπώς, ο κρινόμενος λόγος προσφυγής απορρίπτεται κατά το δεύτερο σκέλος αυτού.

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

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμφωνα με το σκεπτικό.
- 3.** Απορρίπτει την παρέμβαση.
- 4.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 9 Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ