

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 10 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος - Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 2/1/2023 και ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 16/4-1-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στη ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στη ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή ζητά την ακύρωση της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 1429/21.12.2022 που περιέχεται στο 51^ο πρακτικό συνεδρίασης του ανωτέρω οργάνου με θέμα «Επικύρωση του πρακτικού αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την εκτέλεση του έργου '...', Τ.Π, Αρ. Μελέτης .../02-06-2022, προϋπολογισμού 1.026.000,00 € (με Φ.Π.Α.)».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 4.137,10 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας – πλαίσιο ύψους 827.419,35 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής που εγκρίθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με αριθμό .../20-07-2022 προκηρύχθηκε ανοικτός

Αριθμός απόφασης: 336/2023

ηλεκτρονικός διαγωνισμός για τη σύναψη συμφωνίας –πλαίσιο με αντικείμενο τη «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 827.419,35 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 3/8/2022 (ΑΔΑΜ: ...). Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 26/8/2022.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν οκτώ (8) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα που κατετάγη πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας και η παρεμβαίνουσα που κατετάγη δεύτερη. Μετά την αποσφράγιση και τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών, διαπιστώθηκε ότι στο ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας με ημερομηνία 25/8/2022 ΕΕΕΣ είχαν δηλωθεί, στα πεδία που αφορούν αφενός το επαγγελματικό παράπτωμα και αφετέρου την προηγούμενη καταγγελία δημόσιας σύμβασης, πραγματικά περιστατικά σχετικά με την έκπτωσή της από προηγούμενη δημόσια σύμβαση και τα συναφή επανορθωτικά μέτρα που αυτή έλαβε προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της.

4. Στις 23/9/2022 η Επιτροπή Διαγωνισμού απηύθυνε, μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, στην προσφεύγουσα πρόσκληση με το εξής περιεχόμενο *«παρακαλούμε να μας προσκομίσετε κάθε σχετικό στοιχείο και τεκμήριο που έλαβε η εταιρεία σας, προς απόδειξη των επανορθωτικών μέτρων που αναγράφονται στο ΕΕΕΣ που υποβάλλατε στις 26-08-2022 μέσω του ΕΣΗΔΗΣ»*. Η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 4/10/2022 τα σχετικά έγγραφα. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε προς την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 τον φάκελο για την έκδοση σύμφωνης γνώμης σχετικά με την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων. Η αρμόδια Επιτροπή εξέδωσε σχετικά την Γνωμοδότηση με αριθμό .../31-10-2022, με την οποία γνωμοδότησε για τη μη επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που είχε λάβει η αιτούσα σχετικά με τα γεγονότα που η ίδια δήλωσε κατά τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και ενδέχεται να εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4.στ' ή/και θ' της Διακήρυξης.

5. Κατόπιν της έκδοσης της αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, η Επιτροπή Διαγωνισμού εξέδωσε το πρακτικό αξιολόγησης φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής & οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού με ημερομηνία 1/9/2022, με το

Αριθμός απόφασης: 336/2023

οποίο εισηγήθηκε να αποκλειστεί «ο οικονομικός φορέας ‘...’ με δ.τ. ‘...’ (Α/Α καταθ. ...) κατόπιν της Γνωμοδότησης της Διυπουργικής Επιτροπής». Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το προαναφερθέν πρακτικό, αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος της συμφωνίας - πλαίσιο. Η προσβαλλόμενη απόφαση, στην οποία ενσωματώνεται η προαναφερθείσα γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 22/12/2022.

6. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

7. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή παραδεκτά και με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους ακύρωσης των προσβαλλόμενων κατά το μέρος τους, με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της από τον διαγωνισμό. Ειδικότερα, απορριπτέος είναι ο προβαλλόμενος από την παρεμβαίνουσα ισχυρισμός περί έλλειψης νομιμοποίησης του υπογράφοντος την προδικαστική προσφυγή ... να την υπογράψει, διότι το πρόσωπο αυτό δηλώνεται στο ΕΕΕΣ ως εκπρόσωπος της προσφεύγουσας με την ιδιότητα του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της. Από τις διατάξεις δε του ν. 4412/2016 και του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (πδ 39/2017) δεν προκύπτει υποχρέωση παροχής ειδικής εξουσιοδότησης προς τον υπογράφοτα την προδικαστική προσφυγή, ούτε προσκόμισης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ σχετικών εγγράφων νομιμοποίησης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας (πρβλ. ΔΕφΑΘ 355/2022, σκ. 10).

8. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στην παρεμβαίνουσα στις 30/12/2022 και υπέβαλε τις απόψεις της επ’ αυτής στις 12/1/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα.

Αριθμός απόφασης: 336/2023

9. Η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση στις 9/1/2023, νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της απόφασης αποκλεισμού της προσφεύγουσας από τον διαγωνισμό.

10. Η προσφεύγουσα βάλλει με την προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, στην οποία ενσωματώνεται η αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, προβάλλοντας ότι: α) η προσβαλλόμενη δεν αιτιολογείται νόμιμα, διότι αντίστοιχα η γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής που αποτελεί την αιτιολογία της είναι συνοπτική, αόριστη και εντελώς ανεπαρκής, αφού δεν αξιολογήθηκαν τα ληφθέντα μέτρα σε σχέση με τη σοβαρότητα της έκπτωσης, τη νομιμότητα της οποίας αμφισβητεί, β) ότι, σε κάθε περίπτωση, τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της μετά τη δηλωθείσα έκπτωση από προηγούμενη σύμβαση δημοσίου έργου είναι επαρκή σε σχέση με τη μοναδική αυτή παράβαση στην οποία υπέπεσε και γ) ότι, ακόμη και εάν κρινόταν ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης ως προς την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων είναι νόμιμη, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω έλλειψης αιτιολογίας, διότι δεν εξειδικεύεται ο λόγος αποκλεισμού, η συνδρομή του οποίου διαπιστώθηκε από την αναθέτουσα αρχή.

11. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει, σχετικά με τα τιθέμενα ζητήματα, τα εξής: «22.A.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του...22.A.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.A.1 και 22.A.4, εκτός από την περίπτωση β, μπορεί να

Αριθμός απόφασης: 336/2023

προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημίες 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. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση. 22.A.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. ... Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. 3.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22.A της παρούσας ... Ο οικονομικός φορέας φέρει την υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ, με ακρίβεια στην αναθέτουσα αρχή, ως έχουσα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού, την κατάστασή του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 22.A

Αριθμός απόφασης: 336/2023

της παρούσης και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του».

12. Κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 22.Α. της Διακήρυξης, οι οποίες αντιστοιχούν προς τις διατάξεις του άρθρου 73 ν. 4412/2016, η γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, με την οποία διαπιστώνεται ότι ο οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης, προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του μετά τη συνδρομή γεγονότος που στοιχειοθετεί ενδεχομένως έναν από τους λόγους αποκλεισμού, μεταξύ των οποίων και αυτός του άρθρου 22.Α.4.στ' της Διακήρυξης, έχει χαρακτήρα αρνητικής σύμφωνης γνώμης. Η γνώμη αυτή παράγει, σύμφωνα με το άρθρο 20 ΚΔΔ/σίας, έννομα αποτελέσματα έναντι της αναθέτουσας αρχής, την οποία υποχρεώνει να εκδώσει στη συνέχεια απόφαση ομοίου περιεχομένου, στην οποία ενσωματώνεται η αρνητική σύμφωνη γνώμη αποτελώντας την αιτιολογία της και εντασσόμενη στην διαγωνιστική διαδικασία. Η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής επάγεται βλαπτικές έννομες συνέπειες για τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, εφόσον διαπιστώνεται η συνδρομή λόγου αποκλεισμού και η ανεπάρκεια των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων, και υπόκειται σε προδικαστική προσφυγή. Με την προδικαστική προσφυγή παραδεκτά προβάλλονται ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ λόγοι αναγόμενοι στη νομιμότητα της αιτιολογίας της αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, η πλημμέλεια της οποίας επηρεάζει τη νομιμότητα της πράξης του αποφαινομένου οργάνου της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕφαΘ 2123/2020, 1795/2020, 1716/2020 κ.α.).

13. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα απάντησε θετικά στις ερωτήσεις του ΕΕΕΣ αφενός εάν *«έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα»* και αφετέρου εάν *«έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση»*. Στα δύο παραπάνω πεδία η προσφεύγουσα ανέφερε τα πραγματικά περιστατικά που συνδέονται με την απόφαση της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του ... με αριθμό .../23.03.2021, με την οποία η προσφεύγουσα κηρύχθηκε έκπτωτη από τη

Αριθμός απόφασης: 336/2023

σύμβαση εκτέλεσης του δημοσίου έργου «...». Η έκπτωση οριστικοποιήθηκε με την απόρριψη της ένστασής της με την απόφαση του Συντονιστή της ... με αριθμό πρωτ. .../05-07-2021.

14. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ ότι, παρά το γεγονός ότι αμφισβητεί τη νομιμότητα της έκπτωσής της και έχει ασκήσει ένδικη προσφυγή κατ' αυτής, το ΔΣ της, με την απόφασή του με ημερομηνία 16/7/2021, αποφάσισε ότι η εταιρεία θα παράσχει με κάθε λεπτομέρεια σε όλες τις αναθέτουσες αρχές όλες τις αναγκαίες πληροφορίες που απαιτούνται σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού των περιπτώσεων στ' και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 και ότι θα λάβει κατάλληλα επανορθωτικά μέτρα. Δήλωσε δε τα εξής σε σχέση με τα επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία έλαβε προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της: *«Πράγματι, προς υλοποίηση της ανωτέρω απόφασης του Δ.Σ. της εταιρείας μας έχουμε διενεργήσει στις 22.07.2021 σεμινάριο νομικού αντικειμένου από τον δικηγόρο παρ' Αρείω Πάγω κ. ... (ΑΜ ...) με μεγάλη εμπειρία και εξειδίκευση στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και με σκοπό την επιμόρφωση όλων των στελεχών και της διοίκησης της εταιρείας, του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με την σύνταξη φακέλων συμμετοχής σε διαγωνισμούς, όπου η εταιρεία υποβάλλει προσφορά, καθώς και του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με την παρακολούθηση των υπό εκτέλεση έργων. Το σεμινάριο αυτό είχε ως αντικείμενα τις ακόλουθες τρεις (3) θεματικές ενότητες: α) Η έννοια της έκπτωσης αναδόχου από δημόσια έργα, οι λόγοι έκπτωσης και η διαδικασία κήρυξης του αναδόχου έκπτωτου, η σημασία της επιβολής της εν λόγω κύρωσης και οι συνέπειές της, β) Η δεσμευτικότητα των εγγράφων της σύμβασης και των εν γένει στοιχείων του προσυμβατικού σταδίου κατά το στάδιο εκτελέσεως της σύμβασης, η υποχρέωση του οικονομικού φορέα να εξετάσει τα έγγραφα της σύμβασης, μεταξύ των οποίων και οι μελέτες των υπό δημοπράτηση έργων, και οι συνέπειες εκ της μη έγκαιρης και προσήκουσας αμφισβήτησής τους, η δυνατότητα του οικονομικού φορέα να ζητήσει διευκρινιστικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, η δυνατότητα αυτού να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της οικείας διακήρυξης και να υποβάλει, στον σχετικό διαγωνισμό, προσφορά με επιφύλαξη, και γ) Η υποχρέωση του αναδόχου δημοσίου έργου να τηρεί απαρέγκλιτα όλους ανεξαιρέτως τους όρους των συμβατικών τευχών, μεταξύ*

Αριθμός απόφασης: 336/2023

των οποίων και τις σχετικές οριζόμενες προθεσμίες της σύμβασης (ενδεικτικές και αποκλειστικές) και τις νόμιμες εντολές της διευθύνουσας υπηρεσίας και της προϊσταμένης αρχής της οικείας σύμβασης, οι συνέπειες από την παραβίαση των ανωτέρω. Περαιτέρω, προς υλοποίηση της ανωτέρω απόφασης του Δ.Σ. της εταιρείας μας έχουμε εκδώσει και εφαρμόζουμε την υπ' αριθμ. πρωτ. .../22-7-2021 ΟΔΗΓΙΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ, σχετικά με τον ενδεδειγμένο έλεγχο των μελετών των υπό δημοπράτηση έργων, τα οποία ενδιαφέρεται να αναλάβει η εταιρεία, ώστε να εξασφαλίζεται ότι η μελέτη είναι ορθή και εφαρμόσιμη πριν την υποβολή προσφοράς στον διαγωνισμό. Σύμφωνα με την οδηγία αυτή, η εταιρεία, σε περίπτωση που διαπιστώνει ότι τίθεται ζήτημα σφαλμάτων ή δυσχέρειας εφαρμοσιμότητας της μελέτης του έργου, θα υποβάλει σχετικά διευκρινιστικά ερωτήματα στην οικεία αναθέτουσα αρχή. Επίσης, εάν αναφύονται μείζονα νομικά ζητήματα, η εταιρεία είτε δεν θα συμμετέχει στον διαγωνισμό, είτε θα ασκεί προδικαστική προσφυγή κατά της οικείας διακήρυξης υποβάλλοντας στον σχετικό διαγωνισμό προσφορά με επιφύλαξη. Επίσης, έχουμε εκδώσει και εφαρμόζουμε την υπ' αριθμ. πρωτ. .../22-7-2021 ΟΔΗΓΙΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ, σχετικά με τους τρόπους παρακολούθησης των υπό εκτέλεση έργων της εταιρείας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την οδηγία αυτή εφιστάται η προσοχή των στελεχών παρακολούθησης των έργων περί της εκτέλεσής τους κατ' εφαρμογή των σχετικών μελετών και των λοιπών συμβατικών τευχών και περί της συνεχούς παρακολούθησης των προθεσμιών εκτέλεσης, ώστε να εξασφαλιστεί ότι δεν θα λάβει χώρα ποτέ στο μέλλον έκπτωση της εταιρείας. Ακόμη, έχουμε εκδώσει και εφαρμόζουμε την υπ' αριθμ. πρωτ. .../22-7-2021 ΟΔΗΓΙΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ, όπου προβλέπεται η διενέργεια ελέγχων σε τακτά χρονικά διαστήματα για την ορθή τήρηση των προειρημένων δύο (2) οδηγιών. Τέλος, έχουμε διενεργήσει, στις 21.02.2022, τεχνικό σεμινάριο οκτώ (8) ωρών διάρκειας υπό τον Πολιτικό Μηχανικό κ. ... (με Α.Μ. ΤΕΕ: ...), με σκοπό την επιμόρφωση των στελεχών και της διοίκησης της εταιρείας, του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με τη σύνταξη φακέλων συμμετοχής σε διαγωνισμούς, όπου η εταιρεία υποβάλλει προσφορά, καθώς και του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με την εκτέλεση και την παρακολούθηση των έργων και, ειδικότερα, στα παρακάτω στελέχη της εταιρείας 1. ..., Πολιτικό Μηχανικό ΤΕ, 2. ..., Πολιτικό Μηχανικό, 3. ..., Εργοδηγό (Επικεφαλής Υδραυλικών Εργασιών), 4. ..., Εργοδηγό

Αριθμός απόφασης: 336/2023

(Επικεφαλής Εργασιών Οπλισμένου Σκυροδέματος), 5. ..., Εργοδηγό (Επικεφαλής Ηλεκτρολογικών Εργασιών) και 6. ... (Επικεφαλής Εργασιών Ενισχύσεων). Το σεμινάριο αυτό είχε ως αντικείμενα τις ακόλουθες πέντε (5) θεματικές ενότητες: α) Κτιριοδομικός Κανονισμός 2016, β) Κανονισμός οπλισμένου σκυροδέματος 2000, γ) Έλεγχος μελετών πριν τη δημοπράτηση των έργων, δ) Τήρηση χρονοδιαγραμμάτων των Έργων και ε) Μέτρα ασφαλείας Εταιρείας. Μπορούμε δε να προβούμε οποτεδήποτε σε περαιτέρω τεκμηρίωση και απόδειξη των όλων τα ανωτέρω αναφερόμενων στοιχείων, εφόσον ζητηθεί».

15. Κατόπιν των παραπάνω, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την προσφεύγουσα να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία για την τεκμηρίωση των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων. Η προσφεύγουσα υπέβαλε συναφώς μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού τα εξής: α) πρακτικό Δ.Σ. της προσφεύγουσας με ημερομηνία 16/7/2021, β) οδηγία Εργασίας .../22-07-2021, γ) οδηγία Εργασίας .../22-07-2021, δ) οδηγία Εργασίας .../22-07-2021, ε) υπεύθυνη δήλωση, μέσω gov.gr, του ... περί διεξαγωγής σεμιναρίου, στ) υπεύθυνη δήλωση, μέσω gov.gr, του ... περί παρακολούθησης σεμιναρίου, ζ) υπεύθυνη δήλωση, μέσω gov.gr, του ... περί παρακολούθησης σεμιναρίου, η) υπεύθυνη δήλωση, μέσω gov.gr, της ... περί παρακολούθησης σεμιναρίου, θ) υπεύθυνη δήλωση, μέσω gov.gr, του ... περί παρακολούθησης σεμιναρίου, ι) υπεύθυνη δήλωση, μέσω gov.gr, της ... περί παρακολούθησης σεμιναρίου, ια) Υπεύθυνη δήλωση, μέσω gov.gr, του κ. ... περί των απασχολούμενων της εταιρείας που παρακολούθησαν σεμινάριο, ιβ) υπεύθυνη δήλωση του κ. ... περί διεξαγωγής σεμιναρίου, ιγ) γνωμοδότηση νομικού συμβούλου Εταιρείας, ιδ) υπόμνημα επεξήγησης για την κήρυξη της εταιρείας μας έκπτωτης, ιε) απόφαση έκπτωσης με αριθμό πρωτ. .../23.03.2021, ιστ) απόφαση του Συντονιστή ... με αριθμό .../05.07.2021, ιστ) προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης με αριθμό κατάθ. .../24-06-2021, ιζ) κατάλογος με τα επιτυχώς εκτελεσμένα έργα της εταιρείας και με τα υπό εκτέλεση έργα αυτής, ιη) υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπρόσωπου της εταιρείας ότι, εκτός από την ανωτέρω έκπτωση που επιβλήθηκε από τον ..., ουδέποτε έχει επιβληθεί εις βάρος αυτής άλλη παρόμοια κύρωση, ούτε έχει λάβει χώρα πρόωρη καταγγελία δημόσιας σύμβασης, αποζημιώσεις κ.λπ., ιθ) πιστοποιητικό του ΤΕΕ περί μη τέλεσης επαγγελματικού παραπτώματος από

Αριθμός απόφασης: 336/2023

την εταιρεία και τα φυσικά πρόσωπα που στελεχώνουν το εργοληπτικό πτυχίο της.

16. Τα προαναφερθέντα στοιχεία διαβιβάστηκαν από την αναθέτουσα αρχή στην αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 για την έκδοση σύμφωνης γνώμης σχετικά με την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων. Η Επιτροπή εξέδωσε την Γνωμοδότηση με αριθμό .../31-10-2022, στην οποία, αφού απαρίθμησε τα παραπάνω στοιχεία, η Επιτροπή κατέληξε στην εξής κρίση: *«Στο σημείο αυτό, η Γνωμοδοτική Επιτροπή για το ανωτέρω θέμα ... της ημερήσιας διάταξης, αφού έλαβε υπόψη τα προαναφερθέντα, μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτή στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως η εταιρεία ‘...’ δεν έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας της. Και τούτο, διότι η εταιρεία ‘...’ δεν έχει λάβει καθόλου επανορθωτικά μέτρα σε τεχνικό επίπεδο, ενώ τόσο τα επανορθωτικά μέτρα σε οργανωτικό επίπεδο (έκδοση τριών οδηγιών) όσο και σε επίπεδο προσωπικού (διοργάνωση νομικού σεμιναρίου 6 ωρών) δεν κρίνονται επαρκή για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Ειδικότερα, για το τελευταίο τονίζεται ότι οι συγκεκριμένοι λόγοι έκπτωσης της εταιρίας λόγω τυχόν πλημμέλειας της τεχνικής ικανότητας ή επάρκειας αυτής δεν δύνανται να θεραπευτούν με την διοργάνωση νομικού σεμιναρίου. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή παρέχει ομόφωνα μη σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης του ... και περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας ‘...’ προς απόδειξη της αξιοπιστίας της».*

17. Με το παραπάνω περιεχόμενο, όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα, η απόφαση αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό δεν αιτιολογείται νόμιμα, ήτοι με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία. Και τούτο, πρωτίστως διότι, από την γνώμη της Επιτροπής, η οποία ενσωματώθηκε στην προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής αποτελώντας την αιτιολογία της, δεν προκύπτει η ρητά αξιούμενη από τα άρθρα 22.A.7. της Διακήρυξης και 73 παρ. 7 ν. 4412/2016 αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις της έκπτωσης, μετά από την οποία ελήφθησαν αυτά. Ειδικότερα, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης δεν περιλαμβάνει καμία αναφορά στο περιεχόμενο και τους λόγους της απόφασης έκπτωσης της προσφεύγουσας

Αριθμός απόφασης: 336/2023

από προηγούμενη δημόσια σύμβαση, η οποία αποτελεί το δηλωθέν από την προσφεύγουσα πραγματικό περιστατικό που μπορεί να στοιχειοθετεί λόγο αποκλεισμού. Περαιτέρω, δεν αξιολογήθηκε καθένα από τα ληφθέντα μέτρα σε σχέση με την έκπτωση, αλλά αναφέρθηκε συλλήβδην ότι οι εσωτερικές οδηγίες, τις οποίες η Επιτροπή ενέταξε στην κατηγορία των οργανωτικών μέτρων, χωρίς να προκύπτει εξειδικευμένη αξιολόγηση του περιεχομένου τους, και το νομικό σεμινάριο, το οποίο η Επιτροπή θεώρησε ως μέτρο σε επίπεδο προσωπικού, δεν κρίνονται επαρκή για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Τέλος, η πραγματοποίηση τεχνικού σεμιναρίου με το ειδικότερο περιεχόμενο που αναφέρεται στην δήλωση της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ και στα προσκομισθέντα αποδεικτικά μέσα δεν αξιολογήθηκε καθόλου, ενώ αντιθέτως αναφέρθηκε ότι η προσφεύγουσα «δεν έχει λάβει καθόλου επανορθωτικά μέτρα σε τεχνικό επίπεδο». Κατά συνέπεια, η γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 δεν αιτιολογείται νόμιμα και, συνακόλουθα, δεν αιτιολογείται νόμιμα η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, στην οποία ενσωματώνεται η αρνητική σύμφωνη γνώμη αποτελώντας την αιτιολογία της (πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 518/2022). Επομένως, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός κατά το σκέλος του αυτό και η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί λόγω πλημμελούς αιτιολογίας.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της προσφεύγουσας παρέλκει ως αλυσιτελής, διότι η προσβαλλόμενη πράξη έχει κριθεί ήδη ακυρωτέα.

19. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 336/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 2 Μαρτίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ