

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 12 Μαΐου 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 3/4/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 471/4-4-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... (...), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

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

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

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των αποφάσεων του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με αριθμούς 1728/4/10-02-2023 και 1733/5/23-03-2023, αφενός κατά το μέρος τους που απορρίφθηκε η προσφορά της από το διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης ... της αναθέτουσας αρχής (αριθμός Διακήρυξης .../2022) και αφετέρου κατά το μέρος τους που έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων ..., ... και ...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 809/2023

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 4.375,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 875.000,00 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2022 (αριθμός πρωτ. .../20-9-2023) προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «...» διάρκειας δύο (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης για παράταση έξι (6) επιπλέον μηνών. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, ανέρχεται σε 875.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το αντικείμενο της σύμβασης υποδιαιρείται σε δέκα (10) τμήματα, με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα. Προκήρυξη της σύμβασης δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ S: ...). Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 23/9/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 25η/10/2022.
3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν συνολικά δέκα επτά (17) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και οι παρεμβαίνουσες. Με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και αναδείχθηκαν προσωρινές ανάδοχοι των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης οι παρεμβαίνουσες ... και Με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στους παραπάνω οικονομικούς φορείς. Οι προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν στους οικονομικούς φορείς μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 24/3/2023.
4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (παροχή υπηρεσιών), 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, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

6. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους αποκλεισμού των προσφορών της ... και της Όπως, όμως, προκύπτει από τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, οι δύο παραπάνω οικονομικοί φορείς έχουν αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, ο πρώτος λόγω συνδρομής λόγου αποκλεισμού και ο δεύτερος λόγω πλημμέλειας της οικονομικής προσφοράς. Περαιτέρω, από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού προκύπτει ότι οι παραπάνω οικονομικοί φορείς δεν έχουν ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης απόρριψης των προσφορών τους, με αποτέλεσμα τον οριστικό αποκλεισμό τους από τον διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, η προδικαστική προσφυγή ασκείται απαράδεκτα λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, κατά το μέρος της που στρέφεται κατά της αποδοχής των προσφορών των παραπάνω οικονομικών φορέων, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας (πρβλ. ΣτΕ 2514/2022, σκ. 25, ΔΕφΑθ 712/2023, σκ. 12 και 18, 1554/2022 *a contrario* κ.α.)

7. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 5/4/2023 και υπέβαλε στις 13/4/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής. Στις 11/4/2023, η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα επί των απόψεων που είχε υποβάλει η αναθέτουσα αρχή σχετικά με το αίτημα αναστολής στις 6/4/2023. Δεδομένου ότι και στο έγγραφο αυτό παρατίθενται απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της ουσίας της προδικαστικής προσφυγής, το συμπληρωματικό υπόμνημα κρίνεται παραδεκτό και λαμβάνεται υπόψη.

8. Οι παρεμβαίνουσες κατέθεσαν τις παρεμβάσεις τους νόμιμα και εμπρόθεσμα, καθώς επίσης και με έννομο συμφέρον, με αίτημα τη διατήρηση ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής.

9. Η Διακήρυξη συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣτΕ

1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.).

10. Με τον πρώτο παραδεκτά προβαλλόμενο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων αποφάσεων, κατά το μέρος τους που απορρίφθηκε η προσφορά της από τον διαγωνισμό λόγω εσφαλμένου υπολογισμού του επιδόματος άδειας των εργαζομένων για την εκτέλεση της σύμβασης. Συγκεκριμένα, η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι *«έχει υπολογίσει το επίδομα άδειας εργαζόμενου & αντικαταστάτη για χρονικό διάστημα 24 μηνών, όσο είναι η συμβατική διάρκεια, ενώ θα έπρεπε να έχει υπολογιστεί σε ημερολογιακή βάση στα έτη στα οποία εκτείνεται η σύμβαση (1/5/2023-30/4/2025, 3 έτη) ... Γιατί έχει υπολογίσει Επίδομα Αδείας σε ποσοστό 67% του Νόμιμου και συγκεκριμένα: - Νόμιμο επίδομα αδείας: 52,44€/μήνα/εργαζόμενο και έχει υπολογίσει 34,96€/μήνα/εργαζόμενο για την Κεντρική Υπηρεσία. - Νόμιμο επίδομα αδείας: 44,56€/μήνα/εργαζόμενο και έχει υπολογίσει 29,71€/μήνα/εργαζόμενο για κάθε Περιφερειακή Δ/ση.»*. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τις παρατιθέμενες στην προσφυγή εφαρμοστέες διατάξεις του εργατικού δικαίου προκύπτει ότι για τον υπολογισμό του επιδόματος αδείας, όταν η σύμβαση εκτείνεται σε περισσότερα του ενός ημερολογιακά έτη, οι υποψήφιοι οφείλουν να το υπολογίσουν συγκεκριμένα και μόνον για την προκείμενη σύμβαση και για τους μήνες που αντιστοιχούν αναλογικά σε κάθε ημερολογιακό έτος. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, στην προκείμενη περίπτωση οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να υπολογίσουν επίδομα αδείας που αντιστοιχεί σε 8,33 ημερομίσθια για το 2023, 12,5 ημερομίσθια για το 2024 και 4,17 για το 2025, ήτοι συνολικά έπρεπε να υπολογιστούν ως επίδομα αδείας για όλη την σύμβαση 25 ημερομίσθια, δηλαδή έναν μισθό, όπως υπολόγισε και η ίδια.

11. Σύμφωνα με τα άρθρα 1.7 και 4.3.1 της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς, εφόσον επιλεγούν, οφείλουν να τηρούν την εργατική νομοθεσία καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης με τις διατάξεις του άρθρου 68 ν. 3863/2010 προκύπτει ότι είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση

υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από το σύνολο των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων. Ενόψει αυτού, οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, επί ποινή αποκλεισμού, να τηρούν το σύνολο των διατάξεων του εργατικού δικαίου και να παραθέτουν στην προσφορά τους ακριβή δεδομένα για τον καθορισμό του ύψους των πιο πάνω αποδοχών, ώστε να προκύπτει κατά τρόπο σαφή ότι η προσφορά καλύπτει τα ελάχιστα όρια νόμιμου εργατικού κόστους για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 288/2020, 285/2020, ΔΕφΘεσ/νικης 342/2022 κ.ά.).

12. Περαιτέρω, οι κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς διατάξεις του εργατικού δικαίου, όπως ίσχυαν κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, ορίζουν τα εξής:

Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 16 ν. 4504/1966, «*οι επί σχέσει εργασίας του ιδιωτικού δικαίου απασχολούμενοι, παρ' οιωδήποτε εργοδότη, μισθωτοί δικαιούνται κατ' έτος επιδόματος άδειας ίσου προς το σύνολον των αποδοχών των υπό του Α.Ν. 539/1954 ή άλλων διατάξεων καθοριζομένων ημερών άδειας αναπαύσεως μετ' αποδοχών, ων δικαιούται έκαστος μισθωτός, υπό τον περιορισμόν ότι το επίδομα τούτο δεν δύναται να υπερβαίνει τας αποδοχάς ενός 15ημέρου, διά τους επί μηνιαίω μισθώ αμειβομένους, των 13 δε εργασίμων ημερών, διά τους επί ημερομισθίω ή κατά μονάδα εργασίας ή επί ποσοστοίς ή κατ' άλλον τρόπον αμειβομένους μισθωτούς. Το ως άνω επίδομα καταβάλλεται ομού μετά των αποδοχών της άδειας αναπαύσεως του μισθωτού. Εις περίπτωσιν καταγγελίας της συμβάσεως εργασίας, άνευ πταίσματος του μισθωτού, πριν ούτος συμπληρώση, παρά τω αυτών εργοδότη δωδεκάμηνον συνεχή απασχόλησιν, αφ' ης προσελήφθη, ή αφ' ης έλαβε το επίδομα του προηγούμενου έτους, δικαιούται μέρους του ως άνω επιδόματος αναλόγου προς τον χρόνον της εργασιακής σχέσεως, ήτις διέρρευσε, από της προσλήψεως ή από της λήψεως του προηγούμενου επιδόματος, μέχρι της ημέρας λύσεως της συμβάσεως εργασίας».* Επιπροσθέτως, το άρθρο 2 παρ. 1 α.ν. 539/1945, όπως ισχύει, προβλέπει ότι: «*1.α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας με αποδοχές κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση. Το ποσοστό αυτό*

υπολογίζεται με βάση ετήσια άδεια εικοσιτεσσάρων εργάσιμων ημερών ή αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας, είκοσι (20) εργάσιμων ημερών, χωρίς να υπολογίζεται σε αυτές η ημέρα της εβδομάδας κατά την οποία δεν απασχολούνται οι μισθωτοί λόγω του εφαρμοζόμενου συστήματος εργασίας. β. Ο εργοδότης υποχρεούται μέχρι τη λήξη του πρώτου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός να χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις είκοσι δύο (22) εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας».

13. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι σε όλους τους μισθωτούς πρέπει να χορηγείται μέσα σε κάθε ημερολογιακό έτος άδεια αναψυχής (ή "αναπαύσεως"), με τις συνήθεις αποδοχές. Ο εργοδότης πρέπει σε κάθε περίπτωση να χορηγήσει την άδεια, την οποία ο εργαζόμενος δικαιούται, μέσα στο ημερολογιακό έτος για το οποίο πρόκειται και παράλληλα, να καταβάλει τις αποδοχές των ημερών άδειας σαν ο εργαζόμενος να είχε δουλέψει κανονικά (ΑΠ 1050/2018). Επιπρόσθετα, οι μισθωτοί δικαιούνται να λάβουν, κατά την έναρξη της κανονικής τους άδειας και το επίδομα άδειας (ΑΠ 831/2015).

14. Ειδικότερα, από τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 16 του ν. 4504/1966, προκύπτει ότι το επίδομα άδειας ισούται με τις αποδοχές άδειας, περιορίζεται όμως στον μισό μηνιαίο μισθό για τους αμειβόμενους με μισθό πλήρους απασχόλησης και στα δεκατρία (13) ημερομίσθια πλήρους απασχόλησης για τους αμειβόμενους με ημερομίσθιο (βλ. ΑΠ(Ολ) 7/2019, ΑΠ 742/2021, 1008/2017, 520/2017, 183/2016, 522/2015, 1334/2014, 378/2012). Στην περίπτωση δε που οι αποδοχές άδειας υπερβαίνουν τον μισό μηνιαίο μισθό πλήρους απασχόλησης, το επίδομα ισούται σε κάθε περίπτωση με τον μισό μηνιαίο μισθό (βλ. σχετικά με τον υπολογισμό του επιδόματος άδειας Θ. Γεωργόπουλου, Υπολογισμός άδειας, αποδοχών και επιδόματος άδειας σε μικτό σύστημα απασχόλησης κατά το ίδιο ημερολογιακό έτος, ΔΕΝ, Τόμος

68/2021, Τεύχος 1609, σελ. 1163).

15. Περαιτέρω, για τον υπολογισμό του επιδόματος άδειας τα ημερομίσθια των αποδοχών άδειας ισούνται με τις ημέρες άδειας πολλαπλασιαζόμενες επί 1,2. Και τούτο, διότι σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, καθώς και με τις ειδικότερες διατάξεις για την κανονική άδεια των μισθωτών, το ημερομίσθιο (και το αντίστοιχο 1/25 του μηνιαίου μισθού) αντιστοιχεί σε 6,66 ώρες εργασίας (ήτοι 6 ώρες και 40 λεπτά). Το ίδιο ισχύει, όχι μόνο για τούς μισθωτούς με σύστημα εξαήμερης εργασίας, αλλά και για τούς εργαζόμενους με σύστημα οκτάωρης πενθήμερης εργασίας. Η ρύθμιση αυτή στηρίζεται στο άρθρο 6 της ΕΓΣΣΕ με ημερομηνία 26/2/1975, η οποία κυρώθηκε με τον ν. 133/1975 καθιερώνοντας την πενθήμερη οκτάωρη εργασία και στην οποία προβλέπεται ότι και οι μισθωτοί που απασχολούνται επί πέντε (5) ημέρες εβδομαδιαίως, αλλά επί οκτώ (8) ώρες ημερησίως (5X8=40 ώρες εβδομαδιαίως), καλύπτουν με την εργασία τους (1 ώρα και 20 λεπτά επιπλέον των 6 ωρών και 40 λεπτών που αντιστοιχούν στο εξαήμερο) και την έκτη ημέρα εργασίας ανά εβδομάδα. Κατά συνέπεια, για τον υπολογισμό των αποδοχών άδειας σε τόσα ημερομίσθια, όσες είναι και οι ημέρες της ετήσιας κανονικής άδειας, λαμβάνεται υπόψη η αναλογία μεταξύ πέντε (5) και έξι (6) ημερών εργασίας, ώστε τα ημερομίσθια των αποδοχών άδειας για πενθήμερη απασχόληση να ισούνται με τις ημέρες άδειας πολλαπλασιαζόμενες επί 1,2 (βλ. ΔΕΝ, ο.π., σελ. 1162). Άρα, για την εξεύρεση του επιδόματος άδειας ακολουθείται ο εξής υπολογισμός: αριθμός ημερών άδειας x 1,2 x ποσό ημερομισθίου. Εφόσον, όμως το επίδομα άδειας υπερβαίνει το ποσό που αντιστοιχεί στα δεκατρία (13) ημερομίσθια ή στον μισό μηνιαίο μισθό, περιορίζεται σε αυτό, ενώ από τον έβδομο μήνα εργασίας εντός του ίδιου έτους και εξής, οι εργαζόμενοι δικαιούνται ολόκληρο το ετήσιο επίδομα άδειας, ήτοι μισό μηνιαίο μισθό (βλ. ΔΕΦΑΘ 60/2023, ΕΑΔΗΣΥ 1318, 1319/2023).

16. Στην προκείμενη περίπτωση, το άρθρο 6.2 της Διακήρυξης προβλέπει ειδικά ότι «*η διάρκεια της Σύμβασης για την Κεντρική Υπηρεσία και για τις Περιφερειακές Δ/σεις ορίζεται από 01/05/2023 έως 30/04/2025 (24 ΜΗΝΕΣ) με δυνατότητα μονομερούς παράτασης για έξι (6) μήνες*». Εξάλλου, στο άρθρο 2.4.4 - Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών προβλέπεται ότι «*η Οικονομική*

Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα III της διακήρυξης. Στην οικονομική προσφορά θα περιέχεται επί ποινή αποκλεισμού, ανάλυση του τρόπου υπολογισμού των πάσης αμοιβών του προσωπικού και συγκεκριμένα ο τρόπος υπολογισμού των: - τακτικών αποδοχών - εργοδοτικών εισφορών-δώρων, επιδομάτων, λοιπών αμοιβών κλπ για όλο το προσωπικό που θα απασχοληθεί στη φύλαξη (τακτικό και αντικαταστάτες). Ως ημερομηνία έναρξης της φύλαξης θεωρείται η 1η ΜΑΙΟΥ 2023 και ημερομηνία λήξης η 30η ΑΠΡΙΛΙΟΥ 2025, με δυνατότητα παράτασης έξι (6) μηνών».

17. Ενόψει των ρητών αυτών όρων της Διακήρυξης, για τον υπολογισμό του απαιτούμενου για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης εργατικού κόστους, οι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, έπρεπε να καταρτίσουν την προσφορά τους με την παραδοχή ότι η σύμβαση θα εκτεινόταν στο συγκεκριμένο εικοσιτετράμηνο διάστημα από 1/5/2023 έως 30/4/2025, πράγμα που, με την σειρά του, επηρεάζει μία σειρά υπολογισμών, όπως τις ημέρες κανονικής άδειας, το ποσό του επιδόματος αδείας, το εφαρμοστέο ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών κ.λπ.

18. Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να λάβουν υπόψη τους ότι οι υπό ανάθεση υπηρεσίες προβλεπόταν από τη Διακήρυξη να παρασχεθούν για οκτώ (8) μήνες κατά το έτος 2023 (1/5/2023-31/12/2023), για δώδεκα (12) μήνες κατά το έτος 2024 (1/1/2024-31/12/2024) και για τέσσερις (4) μήνες κατά το έτος 2025 (1/1/2025-30/4/2025). Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω, οι εργαζόμενοι για την εκτέλεση της υπό ανάθεσης σύμβασης θα έπρεπε, σε καθένα από τα προαναφερθέντα έτη να λάβουν την άδεια που αντιστοιχεί στα παραπάνω διαστήματα απασχόλησης κατ' έτος και το δικαιούμενο επίδομα αδείας.

19. Συγκεκριμένα, για το έτος 2023 οι εργαζόμενοι του οικονομικού φορέα θα έπρεπε να λάβουν τα 8/12 των ημερών άδειας που δικαιούνται, και σε κάθε περίπτωση τα 8/12 των 20 ημερών που είναι η κατώτατη προβλεπόμενη διάρκεια άδειας. Κατά συνέπεια, οι εργαζόμενοι από 1/5/2023 έως 31/12/2023 θα έπρεπε να λάβουν κατ' αρχήν ως επίδομα αδείας ποσό που να αναλογεί σε αποδοχές 13,33 εργασίμων ημερών $[(20/12)*8]$ πολλαπλασιαζόμενο επί 1,20 (όση η αναλογία μεταξύ 5 και 6 ημερών), ήτοι το επίδομα που αντιστοιχεί σε 16 ημέρες $(13,33*1,2)$ και, άρα, μισό μηνιαίο μισθό. Αντίστοιχα, για τους

δώδεκα (12) μήνες απασχόλησης του έτους 2024 οι εργαζόμενοι δικαιούνται το (μέγιστο) επίδομα άδειας μισού μηνιαίου μισθού και για το έτος 2025 την αναλογία των τεσσάρων (4) μηνών απασχόλησης.

20. Όπως, όμως, διαπίστωσε η αναθέτουσα αρχή και συνομολογεί η προσφεύγουσα, παραθέτοντας τον σχετικό υπολογισμό στην προσφυγή της, η τελευταία δεν υπολόγισε το επίδομα άδειας που αντιστοιχεί στην απασχόληση των εργαζομένων στο συγκεκριμένο διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης, αλλά υπολόγισε για το συνολικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης τη δαπάνη επιδόματος άδειας ίση με μόνο ένα (1) μισθό ανά εργαζόμενο. Άρα, ο υπολογισμός της προσφεύγουσας υπολείπεται του νόμιμου τουλάχιστον κατά το ποσό που αντιστοιχεί στην απασχόληση των εργαζομένων για το τετράμηνο του 2025 και, επομένως, η αιτιολογία των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ότι η προσφεύγουσα δεν υπολόγισε το επίδομα άδειας που αντιστοιχεί στην απασχόληση εργαζομένων για ολόκληρο το διάστημα από 1/5/2023 έως 30/4/2025 είναι νόμιμη και σύμφωνη με τη Διακήρυξη.

21. Οι προβαλλόμενοι με την προσφυγή ισχυρισμοί - με τους οποίους επαναλαμβάνεται, μάλιστα, ο παραπάνω μη νόμιμος υπολογισμός του επιδόματος άδειας - ότι νόμιμα και σύμφωνα με τη Διακήρυξη έχει υπολογίσει η προσφεύγουσα το επίδομα άδειας είναι απορριπτέοι. Επίσης, πρέπει να απορριφθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, με τον οποίο αυτή δεν αμφισβητεί ότι θα οφείλει επίδομα άδειας στους εργαζόμενους που θα απασχοληθούν για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης για το παραπάνω διάστημα, αλλά προβάλλει ότι αυτό δεν θα επιβαρύνει την δαπάνη εκτέλεσης της προκείμενης σύμβασης, αλλά ενδεχομένως άλλες συμβάσεις, είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υπολογίζουν το εργατικό κόστος βάσει των ειδικότερων συνθηκών λειτουργίας της επιχείρησής τους, και όχι βάσει των συνθηκών εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης (βλ. ΔΕΦΑΘ 389/2018, ΕΑΔΗΣΥ 1318,1319/2022). Επομένως, η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας που περιέχεται στην προσβαλλόμενη απόφαση με αριθμό 1728/4/10-02-2023 και συνίσταται στην αναντιστοιχία του υπολογισθέντος με την οικονομική προσφορά της επιδόματος άδειας ως προς το ημερολογιακό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης, είναι νόμιμη και

σύμφωνη με τη Διακήρυξη, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατόπιν των παραπάνω, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

22. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει με την προδικαστική προσφυγή παραδεκτά πρόσθετους λόγους αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας ..., η οποία έχει μεν αποκλειστεί από τον διαγωνισμό με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, αλλά ο αποκλεισμός της δεν έχει καταστεί οριστικός, εφόσον η παρεμβαίνουσα άσκησε προδικαστική προσφυγή επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 797/2023, η προθεσμία για την προσβολή της οποίας ενώπιον του αρμόδιου Δικαστηρίου δεν έχει παρέλθει.

23. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί, διότι, παρά το γεγονός ότι έχει αποκλειστεί από προηγούμενους διαγωνισμούς λόγω ψευδών δηλώσεων/απόκρυψης πληροφοριών και λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δεν το έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ, με αποτέλεσμα να συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα παραθέτει αποσπάσματα από τις αποφάσεις με αριθμούς 614/2022 και 523/2021 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, 115/2021 και 214/2022 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, 235/2021 της ΑΕΠΠ (νυν ΕΑΔΗΣΥ) και ισχυρίζεται ότι από αυτές προκύπτουν οι προηγούμενοι αποκλεισμοί της παρεμβαίνουσας, πράγμα που η τελευταία απέκρυψε και στον προκείμενο διαγωνισμό.

24. Το άρθρο 2.2.3 της Διακήρυξης, οι διατάξεις του οποίου αντιστοιχούν σε αυτές του άρθρου 73 ν. 4412/2016, ορίζει τα εξής: «2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: ... (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών 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 της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας, ... Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία έκδοσης πράξης που βεβαιώνει το σχετικό γεγονός». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.1 της Διακήρυξης, η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού κατά το στάδιο υποβολής προσφορών αποδεικνύεται με το ΕΕΕΣ, υπόδειγμα του οποίου προσαρτάται στη Διακήρυξη και περιέχει, μεταξύ άλλων, την εξής ερώτηση σχετικά με τον παραπάνω λόγο αποκλεισμού: «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; Απάντηση: Ναι / Όχι Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Ναι / Όχι Διαδικτυακή Διεύθυνση - Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων - Αρχή ή Φορέας έκδοσης».

25. Με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή ανήγαγε τον δυνητικό αποκλεισμό του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 σε υποχρεωτικό, υπό την έννοια ότι, εφόσον τον ενέταξε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του και να αποκλείσει οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου διαπιστώνεται η συνδρομή τους (βλ. ΔΕφΑΘ 865/2022, 681/2022, σκ. 8, ΔΕφΘεσ/νικης 359/2022, σκ. 6, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 204/2019, σκ. 15). Εξάλλου, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης, για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα λόγω απόκρυψης πληροφοριών σχετικά με τη συνδρομή ή μη λόγου

αποκλεισμού, αρκεί η στοιχειοθέτηση αντικειμενικά ανακριβούς δηλώσεως, χωρίς να απαιτείται και η διενέργεια συμπληρωματικής έρευνας σχετικά με το εάν η ανακριβής δήλωση είναι απατηλή και προϊόν δόλου, δεδομένου ότι τέτοια αξιολόγηση σχετίζεται με άλλη διακεκριμένη και αυτοτελή περίπτωση αποκλεισμού (*«εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων»*) που συνυπάρχει στην ίδια διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης (βλ. ΣτΕ 2647/2022, 2514/2022, ΔΕΦΑΘ 865/2022 κ.α.).

26. Περαιτέρω, για την προαπόδειξη της μη συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.1 της Διακήρυξης που επαναλαμβάνει τις ρυθμίσεις των άρθρων 79 και 104 ν. 4412/2016, να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που ενδεχομένως εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ ΣτΕ 204/2019, 40/2019 κ.α.). Έτσι, αντικείμενο των οικείων ερωτημάτων του ΕΕΕΣ δεν είναι η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση εάν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, αλλά η περιγραφή τυχόν υφιστάμενου πραγματικού γεγονότος, εξαιτίας του οποίου ενδέχεται, πληρουμένων και των λοιπών προϋποθέσεων της Διακήρυξης και του νόμου, να στοιχειοθετείται ο οικείος λόγος αποκλεισμού, η διαπίστωση του οποίου ανάγεται κατ' αρχήν στις αρμοδιότητες της αναθέτουσας αρχής, και, στη συνέχεια, της ΕΑΔΗΣΥ και των αρμόδιων Δικαστηρίων (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 370/2022, σκ. 11).

27. Ειδικότερα, η απάντηση στο προπαρατεθέν ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης αφορά στη δήλωση γεγονότων που ανάγονται στη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα τόσο στον τρέχοντα, όσο και σε προηγούμενους διαγωνισμούς. Έτσι εξυπηρετείται ο σκοπός των όμοιων διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 και 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης, ο οποίος συνίσταται στην αποτροπή της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφίβολης αξιοπιστίας και ακεραιότητας, η διαπίστωση των οποίων προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της συνολικής

συμπεριφοράς των οικονομικών φορέων διαχρονικά, και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού (βλ. ΔΕΦΑΘ 865/2023, 476/2023, 614/2022, ΔΕΦΘεσ/νίκης 126/2021). Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να δηλώσουν στο παραπάνω ερώτημα του ΕΕΕΣ, το οποίο, προφανώς κατά τη διατύπωσή του, αναφέρεται στο παρελθόν, εκείνα τα πραγματικά περιστατικά που έλαβαν χώρα στο πλαίσιο προηγούμενων διαγωνισμών και που μπορούν να στοιχειοθετήσουν τον οικείο λόγο αποκλεισμού περί ψευδούς δήλωσης ή/και απόκρυψης πληροφοριών. Τέτοια πραγματικά στοιχεία αποτελούν προηγούμενες πράξεις αποκλεισμού άλλων αναθετουσών αρχών ή αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ ή των αρμόδιων Δικαστηρίων, εφόσον αυτές βασίστηκαν σε κρίση περί ψευδούς δήλωσης ή απόκρυψης πληροφοριών στο εκεί υποβληθέν ΕΕΕΣ, ανεξάρτητα από το εάν η οικεία κρίση διατυπώθηκε πανηγυρικά ως εμπίπτουσα στον οικείο λόγο αποκλεισμού ή όχι, και εάν οι αποκρυβείσες πληροφορίες αφορούσαν τον ίδιο ή άλλο λόγο αποκλεισμού (βλ. ΔΕΦΑΘ 614/2022, ΕΑΔΗΣΥ 304/2023).

28. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα στο ΕΕΕΣ της με ημερομηνία 25/10/2022 έδωσε αρνητική απάντηση στο προπαρατεθέν ερώτημα σχετικά με το εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές κ.λπ. Με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής, η προσφεύγουσα υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση (βλ. αρχείο «ΥΠ. ΔΗΛΩΣΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΗ ΤΟΥ ΕΕΕΣ 16_09_2022_signed.pdf»), στην οποία ανέφερε τα εξής: «Σας αναφέρω ότι σε προγενέστερους διαγωνισμούς του Δήμου ..., του Πανεπ. ..., της ..., του ... είχε απορριφθεί η εταιρία μας για ανακρίβεια στο ΕΕΕΣ της γεγονός το οποίο κρίθηκε με τις υπ. 105/2021 Δ.Εφ.Θεσ/κης και 160/2021 Δ.Εφ. Αθήνας [επί αιτήσεων αναστολής] ότι δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού από μεταγενέστερους διαγωνισμούς ούτε οποιασδήποτε μορφής παράπτωμα το οποίο θα πρέπει να αναφέρεται στο ΕΕΕΣ της εταιρίας μας σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες. Για τον ίδιο λόγο εξαιτίας φερόμενης ανακρίβειας του ΕΕΕΣ απορρίφθηκε η εταιρία μας και από άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες, όπως στην ..., πλην όμως με την 690/2022 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών [επί αίτησης ακύρωσης] κρίθηκε ομοίως ότι ορθώς δήλωσε η εταιρία μας στο ΕΕΕΣ της τα απαιτούμενα στοιχεία και ότι δεν συντρέχει ουδείς λόγος αποκλεισμού. Αντιθέτως, με την

614/2022 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών [επί αίτησης ακύρωσης] κρίθηκε, κατ' απόκλιση από την νεότερη 690/2022 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ότι η εταιρία μας όφειλε να δηλώνει στο ΕΕΕΣ και στα οικεία συνοδευτικά έγγραφα τις τυχόν απορρίψεις της από άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες. Το ίδιο έκρινε και η 998/2022 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών ήτοι ότι δεν δηλώθηκε ουδέν ψευδές γεγονός. Διαφορετικά έκριναν η 115/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσ/νίκης για διαγωνισμό του ..., η 214/2022 απόφαση του ΔΕφετείου Θεσσαλονίκης για διαγωνισμό του Πανεπ. ..., ενώ άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες (... κ.λπ.) για όμοιες απορρίψεις εκκρεμούν στα δικαστήρια ή στην ΕΑΔΗΣΥ. 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 η πλειοψηφία των αποφάσεων δεν μας αποδίδει 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».

29. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, μεταξύ των οποίων και η παραπάνω υπεύθυνη δήλωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται βάσιμα ότι η παρεμβαίνουσα, κατά την τριετία που προηγήθηκε του χρόνου υποβολής της προσφοράς της στον προκείμενο διαγωνισμό (25/10/2022), είχε ήδη αποκλειστεί λόγω ψευδών/ανακριβών δηλώσεων που στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' ν. 4412/2016: α) από διαγωνισμό της ... με απόφαση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 27/8/2021 που κρίθηκε νόμιμη τόσο από την ΕΑΔΗΣΥ (απόφαση 1598/2021)

όσο και από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών που διαπίστωσε με την απόφασή του με αριθμό 614/2022 ότι η παρεμβαίνουσα «είχε ήδη αποκλειστεί, κατά τα προεκτεθέντα (σκέψη 8), τουλάχιστον σε τρεις περιπτώσεις προηγούμενων διαγωνισμών εντός της κρίσιμης τριετίας, λόγω ψευδούς δήλωσης/απόκρυψης πραγματικών περιστατικών που σχετίζονταν με την εκεί εξακρίβωση της απουσίας ή μη λόγων αποκλεισμού ... νομίμως η ΑΕΠΠ, κατέληξε στην κρίση ότι ήταν νόμιμη και έπρεπε να διατηρηθεί σε ισχύ η οικεία απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, η οποία, αφ' ής στιγμής διαπίστωσε ότι η αιτούσα προέβη σε ψευδή δήλωση και απόκρυψη κρίσιμων στοιχείων, που ενείχαν σοβαρό χαρακτήρα, ώφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα σύμφωνα με τη διακήρυξη και τον νόμο να αποκλείσει την αιτούσα...», β) από διαγωνισμό του ... με απόφαση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 18/2/2021 που κρίθηκε νόμιμη τόσο από την ΕΑΔΗΣΥ (απόφαση 789/2021), κατά της οποίας ασκήθηκε αίτηση αναστολής που απορρίφθηκε με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης που έκρινε με την απόφασή του με αριθμό 115/2021 ότι «δεν πιθανολογείται σοβαρά ως μη νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης ότι η αιτούσα εταιρεία, απαντώντας αρνητικά στο ως άνω ερώτημα του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας, απέκρυψε πληροφορία που απαιτείτο για την εξακρίβωση της απουσίας νομίμου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της, κατά παράβαση της περίπτωσης (ζ) του άρ. 2.2.3. της διακήρυξης [άρ. 73 παρ. 4 περ. (ζ) ν. 4412 και άρα, ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η σχετική αίτηση της προδικαστικής προσφυγής της παρεμβαίνουσας εταιρείας από την ΑΕΠΠ με την προσβαλλόμενη απόφασή της. Περαιτέρω, εφόσον η επίμαχη αναληθής δήλωση και η συνακόλουθη παράλειψη αναφοράς των ανωτέρω πληροφοριών στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε η αιτούσα, συνιστούν, κατά τα γενόμενα ανωτέρω ερμηνευτικώς δεκτά, υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού της από την επίδικη διαγωνιστική διαδικασία, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν διέθετε την ευχέρεια να την καλέσει προς διόρθωση ή συμπλήρωσή τους, δεδομένου ότι η σχετική δυνατότητα προβλέπεται για επουσιώδεις ασάφειες και ελλείψεις των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων και όχι για το πρώτον υποβολή ή αναπλήρωση δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν μη νομίμως κατά περιεχόμενο (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 1319, 1065, 935, 819/2007 κ.α). Κατά συνέπεια, εφόσον ο αποκλεισμός της αιτούσας πιθανολογείται σοβαρά ότι είναι

υποχρεωτικός κατ' εφαρμογή των όρων της Διακήρυξης, η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής της παρεμβαίνουσας δεν φαίνεται πλημμελής, ενώ οι αντίθετοι λόγοι της κρινόμενης αίτησης, δεν πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμοι», γ) από διαγωνισμό του Πανεπιστημίου ... με απόφαση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 23/2/2021 που κρίθηκε νόμιμη τόσο από την ΕΑΔΗΣΥ (απόφαση 812/2021) όσο και από το Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης που έκρινε με την απόφασή του με αριθμό 214/2022 ότι «τα στοιχεία που δηλώθηκαν από την αιτούσα στο υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ, ως απάντηση στο ερώτημα του πεδίου 'Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών', ήσαν ανακριβή, ενόψει της παραλείψεως αναφοράς της ότι κατά το παρελθόν είχε υποβάλει μη αληθείς δηλώσεις (ανεξαρτήτως αν αυτές συνιστούν σοβαρές ψευδείς δηλώσεις ή όχι) ή είχε αποκρύψει πληροφορίες σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού στα πλαίσια των επικληθεισών από την παρεμβαίνουσα παλαιότερων διαγωνισμών της '...' και ότι είχε αποκλεισθεί από τους εν λόγω διαγωνισμούς για την αιτία αυτή. Επομένως, κατά παράβαση της επιβαλλόμενης από τις προμνημονευθείσες διατάξεις της διακήρυξης υποχρέωσής της, η αιτούσα υπέβαλε ανακριβή δήλωση και απέκρυψε το πραγματικό ως άνω γεγονός, πληροφορίες δηλαδή που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού της από τη διαγωνιστική διαδικασία, πράξη που έχει αναχθεί, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του Ε.Ε.Ε.Σ. διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής», δ) από διαγωνισμό της ... με απόφαση του αναθέτοντος φορέα με ημερομηνία 25.11.2020, η οποία ανεστάλη με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αριθμό 160/2021, αλλά δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι ακυρώθηκε.

30. Με τα παραπάνω δεδομένα και ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω, η παρεμβαίνουσα όφειλε να απαντήσει «ΝΑΙ» στο επίμαχο ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με το εάν έχει κριθεί ένοχη ψευδών δηλώσεων ή έχει αποκρύψει σχετικές πληροφορίες, και στη συνέχεια, απαντώντας διαδοχικά στα επόμενα υποερωτήματα του ΕΕΕΣ, με τα οποία ζητείται η παροχή ειδικότερων

πληροφοριών, όπως της αναθέτουσας αρχής και των στοιχείων των πράξεων αποκλεισμού («επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων»), να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού της από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα όφειλε, ανεξάρτητα από τη νομική της εκτίμηση και την πεποίθησή της σχετικά με τη συνδρομή ή όχι λόγου αποκλεισμού να παραθέσει στο ΕΕΕΣ (τουλάχιστον) τις παραπάνω προβαλλόμενες από την προσφεύγουσα περιπτώσεις αποκλεισμού της από προηγούμενους διαγωνισμούς, επεξηγώντας ενδεχομένως τους λόγους για τους οποίους, κατά την κρίση της, τα πραγματικά αυτά περιστατικά δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού ή/και εκθέτοντας τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα προς άρση των τυχόν λόγου αποκλεισμού (ΕΑΔΗΣΥ 304/2023). Εάν δε η παρεμβαίνουσα διατηρούσε αμφιβολίες ως προς την έννοια των όρων της Διακήρυξης ή των ερωτημάτων του ΕΕΕΣ, είχε τη δυνατότητα, σύμφωνα με το άρθρο 2.1.3 της Διακήρυξης να ζητήσει διευκρινίσεις, απορριπτόμενων των περί ασάφειας της Διακήρυξης ισχυρισμών της, και, εφόσον διαφωνούσε με τους οικείους όρους της, να τους προσβάλει εμπρόθεσμα με προδικαστική προσφυγή, πράγμα που δεν έπραξε.

31. Κατά παράβαση των παραπάνω υποχρεώσεών της, η αιτούσα απάντησε ανακριβώς «ΟΧΙ» στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ και δεν παρείχε τις επιμέρους πληροφορίες που ζητούνται από το προπαρατεθέν ερώτημα του ΕΕΕΣ και τα υποερωτήματά του. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα, χωρίς να παραθέσει τα επίμαχα πραγματικά περιστατικά, αλλά προβαίνοντας, σύμφωνα με την «συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση», με την οποία στην πραγματικότητα υποκατέστησε το ΕΕΕΣ, σε νομική αξιολόγησή τους, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν όφειλε να τα δηλώσει στο ΕΕΕΣ. Όμως, η αρνητική απάντησή της στο ΕΕΕΣ δεν θεραπεύεται από τη συνυποβολή της προαναφερθείσας υπεύθυνης δήλωσης. Και τούτο, διότι, ο όρος 2.2.9.1 της Διακήρυξης που αντιστοιχεί προς το άρθρο 79 παρ. 9 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ» επιτρέποντας την αποσαφήνιση, με τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση των στοιχείων που υποβάλλονται με το ΕΕΕΣ και πρέπει να είναι κατ' αρχήν ακριβή (βλ. και εισηγητική έκθεση ν.

4782/2021, άρθρο 27). Ως εκ τούτου, μία τέτοια υπεύθυνη δήλωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει πλήρως το ΕΕΕΣ ούτε να θεραπεύσει τυχόν ελάττωμά του (βλ. ΔΕφΚομοτηνής 16/2023, σκ. 11), απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

32. Σε κάθε περίπτωση, όμως, και, ανεξάρτητα από το ότι κατ' αρχήν η υπεύθυνη δήλωση λειτουργεί συνοδευτικά και όχι καθ' υποκατάσταση του ΕΕΕΣ, από το ίδιο το σώμα της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι ούτε σε αυτή παρατίθενται όλες οι πληροφορίες που απαιτούνταν από τα έγγραφα της σύμβασης και αφορούν στα πραγματικά περιστατικά που μπορεί να στοιχειοθετούν τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού, δεδομένου ότι η παρεμβαίνουσα δήλωσε μεν ότι έχει αποκλειστεί από προηγούμενους διαγωνισμούς διάφορων αναθετουσών αρχών *«για ανακρίβεια στο ΕΕΕΣ»*, χωρίς να παραθέσει τις ρητά απαιτούμενες από το υπόδειγμα ΕΕΕΣ ακριβείς πληροφορίες σχετικά με τις πράξεις αποκλεισμού των συγκεκριμένων αναθετουσών αρχών ή φορέων (*«επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων»*), καθώς επίσης και όλες τις πληροφορίες που θα επέτρεπαν στην αναθέτουσα αρχή να ασκήσει την αρμοδιότητά της να εκτιμήσει τη συνδρομή ή μη λόγου αποκλεισμού, όπως, ενδεικτικά, τον χρόνο των παραβάσεων, τον χρόνο έκδοσης των αποφάσεων αποκλεισμού, σε τι συνίστατο η «ανακρίβεια» του ΕΕΕΣ, τις πληροφορίες που διαπιστώθηκε ότι δεν είχαν δηλωθεί σε αυτό, εάν ο αποκλεισμός αφορούσε σε ψευδή δήλωση ή απόκρυψη, σύμφωνα με την κρίση των αναθετουσών αρχών, της ΕΑΔΗΣΥ ή των Δικαστηρίων κ.λπ., καθώς επίσης και τη λήψη ή όχι επανορθωτικών μέτρων. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δήλωσε ότι *«άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες (... κ.λπ.) για όμοιες απορρίψεις εκκρεμούν στα δικαστήρια ή στην ΕΑΔΗΣΥ»*, χωρίς να παραθέτει καμία σχετική πληροφορία. Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της μετά τους αποκλεισμούς της. Τέλος, η παρεμβαίνουσα προέβη σε δική της νομική εκτίμηση των πραγματικών γεγονότων που μπορεί να συνιστούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ', τα οποία δεν εξέθεσε, ως όφειλε, στο ΕΕΕΣ, εμμένοντας στην άποψη ότι *«δεν υπέπεσε σε καμία ψευδή δήλωση στο παρελθόν, ώστε να πρέπει να αναφερθεί στο παρόν ΕΕΕΣ»*, παρά την έκδοση σειράς δικαστικών αποφάσεων που επικύρωσαν σχετικές κρίσεις των αναθετουσών

αρχών και της ΕΑΔΗΣΥ και επικαλούμενη, για την δικαιολόγηση της συνειδητής επιλογής της να μην παράσχει τις απαιτούμενες πληροφορίες ότι *«υπάρχει διαφοροποίηση των δικαστικών σχηματισμών για το ακριβώς όμοιο αυτό ζήτημα»*.

33. Με τα παραπάνω δεδομένα και το συγκεκριμένο περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσής της, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι μνημόνευσε στην υπεύθυνη δήλωση όλα τα πραγματικά γεγονότα που θα μπορούσαν να σχετίζονται με τον οικείο λόγο αποκλεισμού του αρ. 2.2.3.4 περ. ζ της Διακήρυξης, και άρα εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να αξιολογήσει τους ισχυρισμούς της και να κρίνει εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού. Αντίθετη ερμηνεία, ότι, δηλαδή, με την «συνοπτική», κατά δήλωση της παρεμβαίνουσας, παράθεση πληροφοριών στην υπεύθυνη δήλωσή της η παρεμβαίνουσα παρείχε τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη στοιχεία, αντιτίθεται τόσο στο περιεχόμενο του ΕΕΕΣ που απαιτεί την παροχή συγκεκριμένων πληροφοριών, όσο και στον σκοπό και τον προορισμό του, ήτοι την ακριβή και ειλικρινή προς την αναθέτουσα αρχή παροχή όλων των στοιχείων για την αξιολόγηση της ακεραιότητας και της αξιοπιστίας των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων. Μόνο με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζονται οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους, με ίσους όρους, η δυνατότητα να θέσουν υπόψη της αναθέτουσας αρχής, που έχει την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28, 36), όλα τα στοιχεία (λήψη επανορθωτικών μέτρων, λήξη περιόδου αποκλεισμού κλπ.), τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. ΔΕφΑΘ 865/2022).

34. Ούτε πάντως οι επικαλούμενες από την παρεμβαίνουσα αντίθετες δικαστικές αποφάσεις, οι οποίες – σε κάθε περίπτωση - εκδόθηκαν σε επίπεδο προσωρινής δικαστικής προστασίας, ενώ, σε ακυρωτικό επίπεδο επιβεβαιώθηκε η νομιμότητα ορισμένων από τους αποκλεισμούς της, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, δικαιολογούν την παράλειψή της να παράσχει τις απαιτούμενες πληροφορίες, δεδομένου ότι δεν ενδιέφερε η νομική αξιολόγηση της προσφεύγουσας, αλλά η παράθεση αντικειμενικών πραγματικών δεδομένων προς αξιολόγησή τους από τα αρμόδια όργανα (βλ.

παραπάνω σκέψη 24). Ομοίως, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι ορθά απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ εάν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων και προσκόμισε εκ περισσού τη συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, ουδέποτε στο παρελθόν της είχε αποδοθεί σκοπός δόλιας παραπλάνησης των αναθετουσών αρχών. Και τούτο, διότι, όπως προαναφέρθηκε, ο οικείος λόγος αποκλεισμού και το αντίστοιχο ερώτημα του ΕΕΕΣ αφορούν και στην αντικειμενική απόκρυψη πληροφοριών εκ μέρους των οικονομικών φορέων.

35. Απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι τυχόν αποκλεισμός της στη βάση του παραπάνω λόγου αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, διότι ο σκοπός των όμοιων ρυθμίσεων των άρθρων 73 παρ. 4 περ. ζ' ν. 4412/2016 και 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης, ο οποίος συνίσταται στην παροχή στην αναθέτουσα αρχή της δυνατότητας να βεβαιωθεί για την ακεραιότητα και την αξιοπιστία καθενός από τους προσφέροντες, ματαιώθηκε εξαιτίας των ανακριβών δηλώσεων της παρεμβαίνουσας (βλ. ΔΕφΑθ 865/2023).

36. Επίσης, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός ότι οι προσβαλλόμενες είναι ακυρωτές, διότι δεν ακολουθήθηκε η διαδικασία διαβίβασης της υπόθεσης στην Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 προς αξιολόγηση επανορθωτικών μέτρων, διότι η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε τη λήψη κανενός επανορθωτικού μέτρου προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της.

37. Τέλος, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας που αναφέρονται στην έλλειψη δόλου εκ μέρους της, δεδομένου ότι ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης στοιχειοθετείται και από την αντικειμενική απόκρυψη των κρίσιμων πληροφοριών (βλ. ΔΕφΑθ 865/2023).

38. Κατόπιν όλων των παραπάνω, προκύπτει ότι η προπεριγραφείσα συμπεριφορά της παρεμβαίνουσας, ήτοι η ανακριβής αρνητική απάντησή της στο ΕΕΕΣ και η παράλειψη παράθεσης όλων των απαιτούμενων κρίσιμων πληροφοριών που θα επέτρεπαν την αξιολόγηση της αξιοπιστίας της και τον έλεγχο της συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού από την αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν στο ΕΕΕΣ, αλλά, σε κάθε περίπτωση, και στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, στοιχειοθετεί την αντικειμενική υπόσταση του λόγου

αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 304/2023, 1616/2023), καθώς η παρεμβαίνουσα απέκρυψε το γεγονός ότι έχει επανειλημμένα αποκλειστεί στο παρελθόν για τον ίδιο λόγο, και μάλιστα ο αποκλεισμός της έχει επικυρωθεί με αποφάσεις των αρμοδίων Δικαστηρίων όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

39. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, η πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και, επομένως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων λόγων αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

40. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει μερικώς δεκτή, οι παρεμβάσεις να γίνουν δεκτές και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις των ... και

Απορρίπτει την παρέμβαση της

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 31 Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ