

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 19-8-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 12-7-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1401/13-7-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου (εφεξής «πρώτος προσφεύγων»).

Και την από 12-7-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1414/16-7-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου (εφεξής «δεύτερος προσφεύγων»).

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

Και του παρεμβαίνοντος προς απόρριψη αμφοτέρων των προσφυγών οικονομικού φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με τις ως άνω προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγοντες ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 2-7-2021 με αριθμό 4046/23-06-2021 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα με τον εξ αρχής στηρίζοντα αυτόν τρίτο, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, συνολικής άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας 990.000 ευρώ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ .., που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. 10323/20-7-2020 και με αρ. ΤΔ-051/20 διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-7-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 22-7-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Ο αναθέτων υποβάλλει τις από 12-7-2021 Απόψεις του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. 391367103951 0910 0082 και για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής παράβολο με αρ. ..., αμφότερα ποσού 4.950 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούνται εκ των αποδεκτών μετεχόντων οι από 12-7-2021 προσφυγές τους κατά της του αποδεκτού προσφεύγοντος κατά της από 2-7-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, προς συμμόρφωση στην Απόφαση ΑΕΠΠ 506/2021 και κατόπιν εκ του καθ' ου κατάθεσης νέων εγγράφων και αξιολόγησης αυτών, καθ' ο μέρος ο εξ αρχής προσωρινός ανάδοχος κρίθηκε εκ νέου αποδεκτός με τον ίδιο εξ αρχής στηρίζοντα αυτόν τρίτο οικονομικό φορέα. Ο παρεμβαίνων εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί τις από 23-7-2021 παρεμβάσεις του, εκάστη προς απόρριψη της αντίστοιχης ως άνω πρώτης και δεύτερης προσφυγής, κατόπιν της από 13-7-2021 κοινοποίησης των προσφυγών. Προδήλως αβάσιμα, ο παρεμβαίνων προβάλλει έλλειψη εννόμου συμφέροντος του δεύτερου προσφεύγοντος και τρίτου μειοδότη, λόγω μη στροφής του και κατά του πρώτου προσφεύγοντος και δεύτερου μειοδότη, αφού μόνη της η ακύρωση αποδοχής του παρεμβαίνοντος θα ωφελήσει τον πρώτο προσφεύγοντα με αύξηση της κατάταξης της προσφοράς του, περαιτέρω δε, μόνη της η αποδοχή του παρεμβαίνοντος βλάπτει και διακινδυνεύει το δικαίωμα του προς ανάληψη της σύμβασης, παρεμβάλλοντας τον παρεμβαίνοντα μεταξύ του ιδίου και της δυνατότητας ανάδειξης του ως αναδόχου. Επομένως, οι προσφυγές και οι παρεμβάσεις πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά την Απόφαση ΑΕΠΠ 506/2021, που δεν προσβλήθηκε και ούτως παράγει δεσμευτικό προς όλους, ως και την ΑΕΠΠ (ΣτΕ ΕΑ 54/2018), αποτέλεσμα, κρίθηκε ότι νομίμως ο αναθέτων έκρινε ως αποκλειστέο τον παρέχοντα στήριξη προς πλήρωση κριτηρίων επιλογής στον

παρεμβαίνοντα, τρίτο, οικονομικό φορέα .., λόγω συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού 2.2.3.4.θ της διακήρυξης περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, η δε ΑΕΠΠ δεν δύναται να επανέλθει επί του πραγματικού και της κρίσης ως προς τούτο, με συνέπεια αλυσιτελώς να προβάλλεται κάθε εκατέρωθεν, πλήττων επί της ουσίας την Απόφαση ΑΕΠΠ 506/2021, ως και την δι' αυτής επικυρωθείσα κρίση του αναθέτοντος περί -κατά τον χρόνο της προσφοράς- σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του ως άνω τρίτου, ισχυρισμός. Περαιτέρω όμως, κρίθηκε ότι μη νόμιμα ο αναθέτων απέκλεισε και δη, απευθείας τον νυν παρεμβαίνοντα, ακριβώς λόγω του αληθούς λόγου αποκλεισμού του ως άνω τρίτου, επαφιομένης περαιτέρω, στον αναθέτοντα της αρμοδιότητας κίνησης της κατ' άρ. 308 παρ. 2 Ν. 4412/2016, διαδικασίας περί αντικατάστασης του τελευταίου. Σε συμμόρφωση με την ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ, ο αναθέτων άσκησε την οικεία κατ' άρ. 308 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ευχέρεια του προς κλήση αντικατάστασης του τρίτου, κρίνοντας αυτόν ως αντικαταστατέο με τη με αρ. 3991/23-4-2021 απόφαση του ΔΣ του και ζήτησε στις 29-4-2021 από τον παρεμβαίνοντα αντικατάσταση του ως άνω τρίτου, στις δε 14-5-2021 γνωστοποιήθηκε η αντικατάστασή του δια του εαυτού του, ήτοι εκ νέου επέμεινε ο παρεμβαίνων στον ίδιο τρίτο. Ειδικότερα, δε στις από 14-5-2021 σχετικές απαντήσεις του ανέφερε τα εξής «...Διά του παρόντος, προτείνουμε την εταιρεία «...», στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η εταιρεία μας και η οποία ΔΕΝ εμπίπτει σήμερα στον λόγο αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 περ. θ της υπό κρίση Διακήρυξης. Και τούτο διότι σύμφωνα δε με το άρθρο 68 παρ. 2 του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 39 του Ν. 4488/13.9.2017 (ΦΕΚ Α' 137), η Αναθέτουσα Αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, κατά την τελευταία διετία, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υ.α. 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2)

πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Εντούτοις, εν προκειμένω, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την 29.04.2021, ήτοι την ημερομηνία κοινοποίησης στην εταιρεία μας της Επιστολής της .., με την οποία μας κοινοποιεί την υπ' αρ. 3991/23.04.2021 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της .., με την οποία μας καλεί σε αντικατάσταση της τρίτης δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «..», έχει επιβληθεί στην εν λόγω εταιρεία, ήτοι την εταιρεία «..» ΜΟΝΟ μία πράξη επιβολής προστίμου, και συγκεκριμένα: • Η με αριθμό πρωτοκόλλου 305439-18.07.2019 Πράξη Επιβολής Προστίμου «Πολύ υψηλής» σοβαρότητας του Τμήματος Συντονισμού ..4, ΤΗΛ. ... FAX. ..., Περιφερειακής Διεύθυνσης Επιθεώρησης ..., η οποία κοινοποιήθηκε την 23/08/2019 και με την οποία επιβλήθηκε στην εταιρεία αυτή πρόστιμο για παραβίαση του άρθρου 80 του Ν. 4144/2013, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα, αφορά δηλαδή τροποποίηση του ωραρίου εργασίας του εργαζομένου. Κατά της ανωτέρω Πράξης Επιβολής Προστίμου έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως ενώπιον του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών η από 16/10/2019 (αρ. καταθ. ΠΡ14063/16-10-2019) προσφυγή και για το λόγο αυτό η ΠΕΠ 305439-18.07.2019 δεν έχει τελεσιδικήσει και δεν έχει δεσμευτική ισχύ. Σημειωτέον δε ότι η εν λόγω παράβαση, με την Υ.Α. 60201/Δ7.1422/31-12-2019 (ΦΕΚ Β' 4997/31-12-2019) κατηγοριοποίησης παραβάσεων και καθορισμός ύψους προστίμων που επιβάλλονται από τους Επιθεωρητές Εργασιακών Σχέσεων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ), έχει ήδη τραπεί σε «Σημαντικής» σοβαρότητας (βλ. Παράρτημα ΙΙ, περίπτωση 31 της ανωτέρω Υπουργικής Απόφασης). Επομένως, προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφισβήτησης ότι η εταιρεία «..» ΔΕΝ εμπίπτει σήμερα και ήδη από τις 29.04.2021, ήτοι την ημερομηνία κατά την οποία μας κοινοποιήθηκε η υπ' αρ. 3991/23.04.2021 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της .., σε κανένα λόγο αποκλεισμού της Διακήρυξης του διαγωνισμού ΤΔ- 051/20 της .. Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων, προτείνουμε ως τρίτη δανείζουσα εμπειρία εταιρεία, στις ικανότητες

της οποίας στηριζόμαστε ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (κριτήριο 2.2.5, παρ. Α. της υπό κρίση Διακήρυξης)... και ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (κριτήριο 2.2.6, παρ. Α. της υπό κρίση Διακήρυξης), την εταιρεία «...», καθότι δεν συντρέχει σήμερα στο πρόσωπο της ο λόγος αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4. περ. θ' της υπό κρίση διακήρυξης και γενικά δεν συντρέχει στο πρόσωπο της κανένας απολύτως λόγος αποκλεισμού της υπό κρίση Διακήρυξης.». Άρα, ο παρεμβαίνων δεν αντικατέστησε τον ως άνω τρίτο, παρά την κλήση του προς αντικατάσταση, αλλά επέμεινε σε αυτόν, με τη δικαιολογία ότι παρήλθε και έληξε το χρονικό διάστημα του λόγου αποκλεισμού, με χρόνο λήξης την ημερομηνία κλήσης του προς αντικατάσταση του τρίτου. Πλην όμως, πρώτον, ο ως άνω τρίτος ήδη κατά το ΤΕΥΔ του και δι' αυτού και άρα, κατά τον αυτοτελώς κρίσιμο για τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, χρονικό σημείο του άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δήλωσε και συνομολόγησε τις εκ τριών ελέγχων, 3 πράξεις επιβολής προστίμου παραβάσεων «υψηλής/πολύ υψηλής σοβαρότητας», εντός 2 ετών πριν την ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών, ιδιότητα συντρέχουσα ήδη κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο, συνομολογηθείσα και ανεπίδεκτη πλέον ελέγχου και τροποποίησης, δεδομένου άλλωστε ότι τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς και αναδρομική μεταβολή των δηλώσεων αυτής. Υπό τα ως άνω δεδομένα άλλωστε, κρίθηκε ότι ορθώς και βασίμως ο αναθέτων διέγνωσε λόγο αποκλεισμού, όσον αφορά αυτόν καθαυτόν τον τρίτο, επί τη βάσει του κατ' άρ. 2.2.3.4.θ της διακήρυξης, σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς του αναθέτοντος, η συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του άρ. 2.2.3.4.θ της διακήρυξης, ως και του άρ. 68 παρ. 2γ Ν. 3863/2010 ουδόλως συνέχονται με κάποια διατήρηση τους κατά τον εκάστοτε λαμβανόμενο υπόψη ως «παρόντα» χρόνο ούτε δύνανται να παρακάμψουν τον κανόνα περί σωρευτικής έλλειψης των λόγων αποκλεισμού ήδη εκ του σταδίου υποβολής προσφορών και κατόπιν αυτοτελώς και διακριτά και κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όπως κατ' άρ. 315 Ν. 4412/2016 εφαρμόζεται και εν προκειμένω. Ούτε το αντικείμενο κρίσης περί αντικαταστατέου ή μη χαρακτήρα

του τρίτου, ως και διάγνωσης ή μη λόγου αποκλεισμού αυτού, ανάγεται στην κατάσταση και τις ιδιότητές του κατά τον χρόνο της προσφοράς αυτοτελώς (και επιπλέον, ομοίως και διακριτά νομικά σημαντικού του χρόνου υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης). Επομένως, η αιτιολογία αποδοχής του παρεμβαίνοντος δια της νυν προσβαλλομένης, ερείδεται επί συνθηκών, γεγονότων και ιδιοτήτων ως έχουν και συντρέχουν κατά τον χρόνο της κλήσης προς αντικατάσταση του τρίτου, ήτοι μετά τον χρόνο της προσφοράς και άρα, ουδόλως αναιρεί τον λόγο αποκλεισμού του τρίτου κατά τον αυτοτελώς κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς. Ουδόλως δε η το πρώτον κτήση εκ του τρίτου των προσόντων συμμετοχής που όφειλε ήδη κατά τον χρόνο της προσφοράς να διαθέτει, καθιστούν αυτόν μη αντικαθιστώμενο, αφού το κρίσιμο σημείο για τη διάγνωση ακριβώς συνδρομής λόγου αποκλεισμού του ως τρίτου και της χρείας αντικατάστασής του, είναι αυτό της υποβολής της προσφοράς. Δεύτερον, ούτως ή άλλως, δεδομένου ότι κρίθηκε δια της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ ο οικείος λόγος αποκλεισμού του τρίτου και δη, σε επικύρωση μάλιστα προηγούμενης κρίσης του αναθέτοντος ακριβώς περί συνδρομής τέτοιου λόγου (όσον αφορά τον αποκλεισμό του τρίτου και όχι του προσφέροντος απευθείας), ο αναθέτων δύνατο να ζητήσει αντικατάσταση του τρίτου και ειδικότερα, εφόσον ασκούσε τη σχετική διακριτική του ευχέρεια, όπως και άσκησε, όφειλε πλέον να αποδεχθεί την προσφορά του παρεμβαίνοντος μόνο σε περίπτωση τέτοιας αντικατάστασης από τρίτο που όντως πληροί τα προσόντα συμμετοχής. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς του αναθέτοντος, η έννοια της αντικατάστασης είναι όλως σαφής και ουδόλως χρήζει ειδικότερης επισήμανσης περί αντικατάστασης του τρίτου με άλλον εκτός του εαυτού του ούτε υφίσταται το επικαλούμενο νομοθετικό κενό, αφού η ίδια η αντικατάσταση φύσει σημαίνει αλλαγή του αντικαθιστώμενου με άλλο πρόσωπο και δεν νοείται αντικατάσταση κάποιου από τον εαυτό του και άρα, εν προκειμένω, απλώς δεν έλαβε χώρα αντικατάσταση. Κατ' άρ. 308 παρ. 2 Ν.. 4412/2016 ο τρίτος αντικαθίσταται όποτε συντρέχει εις βάρος του λόγος αποκλεισμού και δη, ήδη αν προκύψει τέτοιος κατά τον χρόνο της προσφοράς, όπως αντιστοίχως θα αποκλειόταν άνευ ετέρου ο προσφέρων αν ο λόγος αποκλεισμού συνέτρεχε στο πρόσωπό

του, ουδόλως δε νοείται θεώρηση του ιδίου του αντικαθιστωμένου ως νέου και αντικαταστάτη του εαυτού του, υπό «άλλες ιδιότητες και προσωπικά χαρακτηριστικά» που το πρώτον κτώνται κατά τον χρόνο αξιολόγησης του αντικαταστάτη, όπως αντιστοίχως δεν νοείται αποδοχή προσφέροντος, ήδη αποκλειστέου κατά τον χρόνο της προσφοράς, επειδή τυχόν απέκτησε εν μέσω της αξιολόγησης τα προσόντα που όφειλε να έχει, ήδη κατά τον χρόνο προσφοράς του και τυχόν θεωρούμενου ως «νέου προσφέροντος» στη θέση του αρχικού, που ήταν ο εαυτός του. Άλλωστε, ούτε ζήτημα «οψιγενών μεταβολών» συντρέχει εν προκειμένω, καθώς εκτός του ότι κατ' άρ. 104 παρ. 2-3 Ν. 4412/2016, ως τέτοιες ορίζονται συνθήκες το πρώτον, μεταξύ προσφοράς και χρόνου υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, απώλειας προσόντων συμμετοχής και όχι το πρώτον κτήσης τους, μετά την υποβολή της προσφοράς, σε κάθε περίπτωση ουδόλως διασώζουν αποκλειστέα προσφορά, παρά η ειλικρινής και επιμελής τους δήλωση άγει στη μη κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής τους. Όλες δε οι σχετικές αιτιάσεις του αναθέτοντος, που άλλωστε αιτιολογούν τη νυν προσβαλλομένη, είναι στο σύνολο τους παράνομες και όχι μόνο διαστρεβλώνουν το νόμο, αλλά και άγουν σε ευθεία παράβαση των κριθέντων στο πλαίσιο της προηγηθείσας Απόφασης ΑΕΠΠ, που έκρινε ότι ναι μεν ο νυν παρεμβαίνων δεν ήταν άνευ ετέρου και δη, ακριβώς άνευ κλήσης προς αντικατάσταση του τρίτου, αποκλειστέος, αλλά σε κάθε περίπτωση ότι ο ως άνω τρίτος ήταν αποκλειστέος και άρα, μη δυνάμενος να παράσχει στήριξη στο νυν παρεμβαίνοντα. Τρίτον, η νυν προσβαλλομένη διαγνώσει έλλειψη των λόγων αποκλεισμού 2.2.3.4.α και 2.2.3.2.γ, ενώ ο ως άνω τρίτος κρίθηκε αποκλειστέος, κατά την προηγούμενη πράξη της, που προσβλήθηκε από το νυν παρεμβαίνοντα και εν τέλει κρίθηκε δια της Απόφασης ΑΕΠΠ 506/2021 ως ορθή (όσον αφορά τη διάγνωση λόγου αποκλεισμού του τρίτου, σε κάθε περίπτωση), βάσει του λόγου αποκλεισμού 2.2.3.4.θ περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Εν προκειμένω, η νυν προσβαλλομένη επανέρχεται επί του ιδίου ζητήματος, που κρίθηκε σε κάθε περίπτωση από την ΑΕΠΠ και άρα, πλέον όσον αφορά αυτό καθαυτό το ίδιο ακριβώς ζήτημα και το ίδιο ακριβώς πραγματικό και κανόνα, δεν χωρεί παρά συμμόρφωση κατ' άρ.

367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 του αναθέτοντος (άλλως, θα δύνατο ο αναθέτων αενάως να επανέρχεται στο ίδιο ζήτημα και να μεταβάλλει την εξαρχής κρίση του, ώστε να αποφεύγει τη συμμόρφωση με την επικυρωτική της προηγούμενης κρίσης του, Απόφασης ΑΕΠΠ) και μάλιστα, δεν διαγνώσκει τυχόν μη συνδρομή του πραγματικού του ως άνω λόγου αποκλεισμού, αλλά αναφέρει ότι απλώς ο ως άνω τρίτος δεν δήλωσε συνδρομή του, ζήτημα που ούτε εμπόδισε τον αναθέτοντα εξαρχής να κρίνει τέτοιο λόγο αποκλεισμού ούτε άλλωστε αναιρεί και αποκλείει τον εντοπισμό τέτοιου λόγου αποκλεισμού. Τούτο ενώ άλλωστε, ουδόλως εν τέλει ο αναθέτων αιτιολογεί την προσβαλλομένη επί τη βάσει τυχόν εξαρχής έλλειψης τέτοιου λόγου αποκλεισμού του ως άνω τρίτου κατά τον χρόνο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, παρά μόνο στην εξαιτίας ενδιάμεσης διαδρομής του χρόνου, λήξη του οικείου διαστήματος των τελευταίων δύο ετών, κατ' άρ. 68 Ν. 3863/2010, για όλα πλην ενός των οικείων προστίμων και άρα, δεν εκτίμησε τυχόν με νέο τρόπο τα εξαρχής κριθέντα και αφορώντα τον χρόνο προσφοράς, περιστατικά, αλλά δέχθηκε την παράβαση της κλήσης της προς αντικατάσταση του τρίτου και τη μη αντικατάσταση του τρίτου δια κρίσης περί λόγου αποκλεισμού επί χρονικού σημείου μεταγενέστερου του χρόνου προσφοράς του. Τέταρτον, η προσβαλλομένη ουδόλως έκρινε εν τέλει ότι δεν συνέτρεχε λόγος άσκησης της κατ' άρ. 308 παρ. 2 Ν. 4412/2016 διακριτικής ευχέρειας περί μη αντικατάστασης του τρίτου ούτε ανακάλεσε τη με αρ. 3991/23-4-2021 απόφαση του αναθέτοντος περί χρείας αντικατάστασης του τρίτου, στο επικυρωθέν δια της οποίας πρακτικό άλλωστε, τονίστηκε ο δυνητικός εκ μέρους του αναθέτοντος, χαρακτήρας τέτοιας κλήσης και άρα, εγκρίθηκε η κλήση προς αντικατάστασή του, ακριβώς κατ' ενάσκηση τέτοιας ευχέρειας ούτε η νυν προσβαλλομένη έκρινε ότι τυχόν εν τέλει δεν συνέτρεχε λόγος άσκησης της ή ανακάλεσε καθ' οιονδήποτε τρόπο την ως άνω από 23-4-2021 εκτελεστή πράξη του αναθέτοντος, τυχόν κρίνοντας ότι δεν συντρέχει λόγος αντικατάστασης του τρίτου παρά την ύπαρξη του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ή ότι η συντρέχουσα και κρινόμενη με βάση τον χρόνο της προσφοράς φύση αυτού δεν ήταν τέτοια, ώστε να δικαιολογεί ανάγκη για σχετική αντικατάσταση ούτε έκρινε ότι δεν υφίστατο κατά τον χρόνο της

προσφοράς τέτοιο παράπτωμα, αλλά ο αναθέτων απεδέχθη εν τέλει τον παρεμβαίνοντα κατά παράβαση της κλήσης προς αντικατάσταση του τρίτου, δεχόμενος ότι έπαυσε ο λόγος αποκλεισμού του τρίτου κατά τον χρόνο κλήσης προς αντικατάστασή του, κατά τρόπο ώστε να θεωρείται κατά την ίδια την αιτιολογία της προσβαλλομένης, όπως και δια των Απόψεων του επιρρωνύει, ότι ο «αρχικός» τρίτος, ήτοι ο τρίτος «ως είχε» κατά τον χρόνο της προσφοράς και έφερε τον οικείο λόγο αποκλεισμού (γεγονός ως προς το οποίο ουδόλως αντέλεξε ή μετέβαλε αιτιολογία ο αναθέτων), αντικαταστάθηκε δια του «μεταγενεστέρου», ήτοι κατά τον χρόνο κλήσης προς αντικατάσταση, εαυτού του, ο οποίος εαυτός του δεν φέρει πλέον τον ίδιο λόγο αποκλεισμού, διότι η ενδιάμεση διαδρομή του χρόνου απέσβεσε τις προϋποθέσεις συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά τον νομικά αδιάφορο χρόνο, πλέον της κλήσης προς αντικατάσταση. Η παραπάνω αιτιολογία είναι όλως μη νόμιμη και καταστρατηγεί άλλωστε και τον σκοπό, ως και το γράμμα του άρ. 308 παρ. 2 Ν. 4412/2016, κατά τρόπο άλλωστε, που η διάταξη, ως και αυτή του άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, θα καθίσταντο άνευ αντικειμένου, με κάθε προσφέροντα να δύναται να αποφύγει την αντικατάσταση ακόμη και επί υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού ή έλλειψη κριτηρίου επιλογής, δια επικλήσεως απόσβεσης του πρώτου ή το πρώτον κτήσης του δεύτερου, κατά τον χρόνο αντικατάστασης, κατ' εκμετάλλευση εξάλλου και της ενδιάμεσης χρονοτριβής, λόγω της χρείας κλήσεων ή και διαδικασιών προσφυγών, για τον σκοπό της διάγνωσης έλλειψης προσόντων συμμετοχής όσον αφορά τον τρίτο. Συνεπεία όλων των ανωτέρω, η εκ του παρεμβαίνοντος εκ νέου δήλωση ως τρίτου, παρά την κλήση προς αντικατάστασή του, του ιδίου του οικονομικού φορέα, δεν συνιστά παρά άρνηση αντικατάστασής του, κατόπιν της οποίας με μη νόμιμη αιτιολογία έγινε δεκτή η προσφορά του. Εκ τούτου προκύπτει, πως κατ' αποτέλεσμα αυτής της αρνήσεως και εν τέλει στήριξης σε τρίτο, εις βάρος του οποίου συντρέχει, εκ του ίδιου του αναθέτοντος κριθείς και πλέον οριστικά, κατόπιν μη αμφισβητήσεως της Απόφασης ΑΕΠΠ 506/2021 λόγος αποκλεισμού, περαιτέρω δε και χρεία αντικαταστάσεως του, κατά την από 23-4-2021 σχετική απόφαση του αναθέτοντος, βλ. ανωτέρω και εν τέλει τρίτο που

δεν αντικαταστάθηκε, παρά τη σχετική κλήση προς αντικατάστασή του, οι πόροι και η στήριξη του τελευταίου δεν δύνανται να χρησιμοποιηθούν από τον παρεμβαίνοντα και επομένως, η προσφορά του παρεμβαίνοντα μη νομίμως έγινε δεκτή, αφού εξάλλου, ουδόλως πληροί μόνος του τα οικεία κριτήρια επιλογής, επί των οποίων ο ως άνω κληθείς προς αντικατάσταση και μη αντικατασταθείς τρίτος του παρέχει στήριξη.

4. Επειδή, επομένως πρέπει να γίνουν δεκτές αμφότερες οι Προδικαστικές Προσφυγές. Να απορριφθούν δε οι Παρεμβάσεις. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος ενέκρινε την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανακήρυξε αυτόν προσωρινό ανάδοχο.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται τις Προδικαστικές Προσφυγές.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ακυρώνει τη με αριθμό 4046/23-06-2021 απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό και προσωρινό ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 19-8-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ