

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 28-3-2022 με την εξής σύνθεση:, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Σωτηρία Σταματοπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5-3-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 347/4-3-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. 1695/2/25-02-2022 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., καθ' ο μέρος αποφασίζεται η κατάπτωση του συνόλου των εγγυητικών συμμετοχής του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής –συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων (Σχολικά Γεύματα), σε μαθητές Πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης, ως εξής :-για το σχολικό έτος 2021- 2022 για 158 διδακτικές ημέρες, -για το σχολικό έτος 2022-2023 για 158 διδακτικές ημέρες με δυνατότητα παράτασης για 158 διδακτικές ημέρες για το σχολικό έτος 2023-2024, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, συνολικής προϋπολογισμένης δαπάνης 224.335.075,22 € πλέον Φ.Π.Α., που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 15-4-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 23-4-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 11-3-2021 Απόψεις της περί των προσωρινών μέτρων και εκ νέου τις από 18-3-2022 Απόψεις της περί της προσφυγής και ο προσφεύγων αντιστοίχως κατά των οικείων Απόψεων, τα από 15-3-2022 και από 23-3-2022 Υπομνήματά του, κατά

αντιστοίχως των Απόψεων περί προσωρινών μέτρων και των Απόψεων περί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 15.000 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευση, ασκείται εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος η από 4-3-2021 προσφυγή κατά της από 1-3-2022 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης απόρριψης του προσφεύγοντος και κατάπτωσης των εγγυητικών συμμετοχής του τελούσας σε γνώση του προσφεύγοντος και δη, καθ' ο μέρος ειδικά ορίστηκε η κατάπτωση των εγγυητικών συμμετοχής του. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, η κατάπτωση των εγγυητικών συμμετοχής του προσφεύγοντα, αιτιολογήθηκε από την προσβαλλομένη και κατά ρητή μνεία της «σύμφωνα με την παρ.3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 και σε συνδυασμό με την αριθ. 1490 /2021 απόφασή της ΑΕΠΠ». Με την Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021 ακυρώθηκε η με αρ. 1672/3/09-07-2021 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά του προσφεύγοντος στα Τμήματα 1, 16, 41 και 53 και ανέδειξε αυτόν προσωρινό ανάδοχο στο Τμήμα 16 της διαδικασίας. Με την ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ, απερρίφθη το αίτημα του τότε προσφεύγοντος προς ακύρωση αποδοχής του νυν προσφεύγοντος, περί κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής του τελευταίου, αφού κρίθηκε, σκ. 4, ότι «άνευ εννόμου συμφέροντος και απαραδέκτως, ο προσφεύγων αιτείται την κατάπτωση εγγυητικής συμμετοχής του παρεμβαίνοντος, αφού τούτο δεν προσπορίζει κάποια ωφέλεια στον ίδιο,

ενώ η τυχόν περαιτέρω κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής θα κριθεί ούτως ή άλλως από την αναθέτουσα, στο πλαίσιο άσκησης των οικείων αρμοδιοτήτων της και κατ' αποτέλεσμα άλλωστε, της συμμόρφωσης της στην ακύρωση της αποδοχής του παρεμβαίνοντος κατά την ανωτέρω αιτιολογία.». Η αίτηση αναστολής και η αίτηση ακύρωσης του νυν προσφεύγοντος κατά της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ απερρίφθησαν με την ΔΕφΑΘ Α29/2022. Η Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021 έκρινε αποκλειστέο το νυν προσφεύγοντα με την εξής αιτιολογία, σκ. 3, ήτοι διότι «συμπλήρωσε εσφαλμένα το νυν ΕΕΕΣ του, αλλά και εμπίπτει ως προς τη νυν διαδικασία στους λόγους αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. ζ-η' Ν. 4412/2016 και των όρων 2.2.3.4.ζ-η' της διακήρυξης και δη για καθεμία εκ των ως άνω τριών βάσεων αποκλεισμού του, ήτοι λόγω μη νόμιμης συμπλήρωσης ΕΕΕΣ και λόγω δύο διακριτών βάσεων αποκλεισμού αυτοτελώς και σωρευτικά. Και τούτο ισχύει αυτοτελώς και σωρευτικά, ως προς το πραγματικό των κριθέντων δια των Αποφάσεων ΑΕΠΠ 1033/2018 και 468/2019, η κάθε μία εκ των οποίων αφορά διακριτή διαδικασία και διακριτή τέτοια προηγηθείσα διαπίστωση, εκάστη και μόνη αυτοτελώς δηλωτέα και με τη μη δήλωση της συγκροτούσα καθ' εκάστη αυτοτελώς και επαρκής τους ως άνω λόγους αποκλεισμού.». Η δε αίτηση αναστολής-ακύρωσης απερρίφθη με την αιτιολογία, σκ. 12, ότι «...προβάλλονται αιτιάσεις μόνο κατά των σκέψεων της προσβαλλομένης με τις οποίες κρίθηκε ότι η προσφορά της αιτούσας ήταν απορριπτέα λόγω ανακρίβειας του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ., καθόσον δεν δήλωσε ότι είχε αποκλειστεί από δύο προγενέστερους διαγωνισμούς λόγω σοβαρών ψευδών δηλώσεων, και υποστηρίζεται ότι το γεγονός αυτό δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού, καθώς και ότι οι εν λόγω ανακριβείς δηλώσεις της δεν ήταν "σοβαρές ψευδείς δηλώσεις", αλλά ούτε συνιστούν "απόκρυψη πληροφοριών", κατά τα προβλεπόμενα στην περ.α) του Μέρους ΙΙΙ του επίμαχου Ε.Ε.Ε.Σ. και στην περ.ζ της παρ.4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Δεν προβάλλεται, όμως, κανένα παράπονο κατά του σκέλους της αιτιολογίας με το οποίο κρίθηκε επιπροσθέτως, αφενός ότι συμπληρώθηκε ανακριβώς (αρνητικά) το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. παρά την κατά τα προαναφερθέντα ρητή κρίση της 468/2019 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. περί συνδρομής, στην τότε

διαγωνιζόμενη ένωση στην οποία συμμετείχε η αιτούσα, του αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού της περ.η της παρ.4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και του όρου 2.2.3.4.8. της διακήρυξης, αφετέρου ότι υφίσταται και αυτοτελής λόγος αποκλεισμού "εκ νέου" στην ένδικη διαδικασία, λόγω παραβίασης του όρου 2.2.3.4 η της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ.4 περ.η του ν. 4412/2016) λόγω της κατά ανωτέρω παροχής, έστω και από αμέλεια, παραπλανητικών πληροφοριών που επηρεάζουν ουσιωδώς τις αποφάσεις της αναθέτουσας για την αποδοχή της προσφοράς της στην υπό σύναψη σύμβαση, όπως βάσιμα προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα. Αντιθέτως, τόσο με το δικόγραφο των πρόσθετων λόγων όσο και με το κατατεθέν στις 14.12.2021 υπόμνημα, η αιτούσα συνομολογεί ότι πρόκειται για εξ αμελείας απόκρυψη πληροφοριών για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής. Ενόψει αυτών και δεδομένου ότι οι ως άνω κρίσεις αρκούσαν, κατ' αρχάς, να στηρίξουν την απόρριψη της προσφοράς της αιτούσας, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς όλοι οι λόγοι της κρινόμενης αίτησης που βάλλουν κατά των λοιπών αιτιολογιών της προσβαλλόμενης απόφασης της Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ 386/2020, ΕΑ ΣτΕ 87/2019, 358/2008, κ.ά.), κατ' αποδοχή και έτερων αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής της παρεμβαίνουσας ένωσης.». Ο όρος 3.2 της διακήρυξης ορίζει ότι «Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του ... 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: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), 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 - 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας». Σημειωτέον πάντως, ότι ουδόλως ο ως άνω αποκλεισμός του προσφεύγοντα έλαβε χώρα στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι κατόπιν τυχόν εκ μέρους του

κλήσης προς υποβολή αυτών, αλλά ρητά αφορούσε, όσον αφορά την αχθείσα ενώπιον της ΑΕΠΠ τότε διαφορά, την τότε εκτελεστή πράξη περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών (με αρ. 1672/3/09-07-2021 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας), που αποτέλεσε και το αντικείμενο προσφυγής, εξέτασης και ακύρωσης εκ της ΑΕΠΠ, συνεπεία δε ακυρώσεως αυτής, εν τέλει αποκλείστηκε ο προσφεύγων εκ της αναθέτουσας, σε συμμόρφωση με την ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021 και επομένως και η δικαστική ως άνω επικύρωση της κρίσης της ΑΕΠΠ, δια της απορρίψεως της κατ' αυτής αίτησης αναστολής-ακύρωσης, αναφέρεται ομοίως σε ακύρωση αποδοχής στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής και άρα, σε αποκλεισμό στο στάδιο αυτό και όχι στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Το δε γεγονός ότι δια της τότε προσβαλλομένης πράξης της αναθέτουσας, ο προσφεύγων είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα όπου μειοδότησε, δεν αναιρεί τα ανωτέρω, διότι η ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου ήταν το αποτέλεσμα της πράξης αυτής και της αξιολόγησης του ως αποδεκτού στο εγκριθέν και περατωθέν δια της προσβαλλομένης στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, ενώ ο νυν προσφεύγων δεν κρίθηκε ως αποκλειστέος, βάσει εγγράφων που προσκόμισε ή δεν προσκόμισε ή πληροφοριών που αξιολογήθηκαν κατά το επόμενη της τότε προσβαλλομένης, στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Άρα, ο νυν προσφεύγων δεν απεκλείσθη ως προσωρινός ανάδοχος που δεν συμμορφώθηκε με τις υποχρεώσεις του ως προσωρινού αναδόχου, προκειμένου νομίμως να καταστεί οριστικός ούτε για δεδομένα που ανέκυψαν κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά απεκλείσθη ως προσφέρων που μη νομίμως έγινε δεκτός στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής και ένεκα γεγονότων και δηλώσεων του που ανέκυψαν, έλαβαν χώρα και αξιολογήθηκαν κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής. Ούτε κρίθηκε καθ' οιονδήποτε τρόπο, πολλώ δε μάλλον βέβαιο, ότι ο προσφεύγων προέβη σε σκόπιμη μεθόδευση προκειμένου να γίνει δεκτός, ότι αποπειράθηκε να εξαπατήσει την αναθέτουσα και ότι έφερε πρόθεση και δόλο ψευδούς δήλωσης ή απόκρυψης, επί τω τέλει αποδοχής του, ασχέτως ότι οι δηλώσεις του κρίθηκαν ανακριβείς. Επιπλέον, το άρ. 103 παρ. 3 Ν.

4412/2016, ως έχει μετά το άρ. 43 Ν. 4782/2021, ήτοι από την 1-6-2021 (άρ. 142 παρ. 3 Ν. 4782/2021), αναφέρει ότι η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει «Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών [κατακύρωσης], διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία». Εν προκειμένω όμως, ο αποκλεισμός δεν έλαβε χώρα κατά και επί τη βάσει του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης ούτε κρίθηκε ποτέ εκ προθέσεως δήλωση απατηλών στοιχείων ή εν γένει πρόθεση εξαπάτησης δια δήλωσης ή μη δήλωσης, της αναθέτουσας. Ως είχε δε το άρ. 103 παρ. 3 Ν. 4412/2016, προ τροποποίησής με τον Ν. 4782/2021, η εγγυητική συμμετοχής κατέπιπτε «[α]ν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών [κατακύρωσης] διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή», πλην όμως, όπως αναφέρθηκε, εν προκειμένω, δεν διαγνώσθηκε ανακρίβεια των στοιχείων που δηλώθηκαν, βάσει δικαιολογητικών κατακύρωσης και εν γένει υποβληθέντων κατά το στάδιο αυτό, αλλά βάσει όσων ήδη με την προσφορά υποβλήθηκαν και μάλιστα, κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής. Άρα, η εκ της αναθέτουσας επικληθείσα διάταξη του άρ. 103 παρ. 3 Ν. 4412/2016 ουδόλως στηρίζει κατάπτωση των εγγυητικών συμμετοχής εν προκειμένω και δη, είτε ληφθεί υπόψη η μορφή της πριν τον Ν. 4782/2021, ήτοι όταν έλαβε χώρα ο διαγωνισμός και υποβλήθηκαν οι προσφορές και εκκίνησε η διαδικασία είτε ληφθεί υπόψη η μορφή της μετά τον Ν. 4782/2021, ήτοι όταν έλαβε χώρα ο νυν αποκλεισμός, αλλά και ελήφθη η νυν προσβαλλομένη. Ακόμη και ο όρος 3.2 της διακήρυξης περί περιπτώσεων κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής («Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του ... 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: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), 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 - 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας,», αναφέρεται σε πλημμέλειες που λαμβάνουν χώρα ή σε ανακριβείς ή ψευδείς δηλώσεις που διαπιστώνονται στο ΕΕΕΣ κατά τον χρόνο ειδικώς των δικαιολογητικών κατακύρωσης και δια του ελέγχου των τελευταίων και δεν έχει καμία εφαρμογή σε περιπτώσεις απόρριψης προσφοράς σε προηγούμενα στάδια της διαδικασίας και συγκεκριμένα, βάσει στοιχείων που η διακήρυξη προορίζει περί του σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής. Ούτε εν προκειμένω τυχόν προέκυψε αποκλεισμός του διαγωνιζόμενου, λόγω προώρως υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης ή λόγω δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης του άρ. 2.2.9.2 της διακήρυξης που κάλεσε αυτόν η αναθέτουσα (η οποία τον είχε κρίνει δεκτό και η ΑΕΠΠ ακύρωσε κατόπιν προσφυγής την αποδοχή του, βάσει στοιχείων που επικλήθηκε ο τότε προσφεύγων και όχι ο νυν προσφεύγων και τότε παρεμβαίνων) να υποβάλει πριν το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατ' άρ. 79 παρ. 5 εδ. α' Ν. 4412/2016. Ομοίως, εσφαλμένα επικλήθηκε η προσβαλλομένη την Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021, αφού, βλ. αναλυτικά και κατωτέρω, ουδόλως αυτή έκρινε ούτε ότι πρέπει να καταπέσει η εγγυητική συμμετοχής του τότε παρεμβαίνοντα και ήδη, νυν προσφεύγοντα (αντιθέτως μάλιστα, ανέφερε, ότι τούτο συνιστά αντικείμενο νεότερης κρίσης) ούτε ότι συντρέχει οιοδήποτε στοιχείο, που πάντως εν συνεχεία θα δικαιολογούσε τέτοια κατάπτωση εγγυητικής συμμετοχής. Ούτε αναφέρθηκε σε οτιδήποτε σχετικό η ως άνω δικαστική απόφαση που απέρριψε την αίτηση αναστολής-ακύρωσης. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, ουδόλως συντρέχει περίπτωση του όρου 2.2.2.3 της διακήρυξης και του άρ. 72 παρ. 2β Ν. 4412/2016 («Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.8, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης»), αφού δεν προκύπτει ούτε κρίθηκε εν

προκειμένω, οιαδήποτε σκόπιμη και εκ προθέσεως αναληθής δήλωση, αλλά όπως και η Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021 αναφέρει, συνέτρεξε ανακριβής δήλωση στο ΕΕΕΣ, η οποία ακριβώς επειδή, ο νόμος δεν θέτει ως προϋπόθεση συνδρομής των λόγων αποκλεισμού των όρων 2.2.3.4.ζ και η', την πρόθεση, δεν αναιρεί, τη συνδρομή των λόγων αυτών, αποκλεισμού, ανεξαρτήτως υποκειμενικής υπόστασης και υπαιτιότητας του οικονομικού φορέα. Επιπλέον ρητά αναφέρθηκε στην ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ, ότι η έννοια του ψεύδους παραπέμπει σε σκόπιμα εσφαλμένη δήλωση, πλην όμως, ότι για την κατάγνωση του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.η («(η) εάν επιχείρησε ... να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση,») δεν απαιτείται δόλος, αλλά ακρεί και αμέλεια, όπως και αναφέρθηκε στην ίδια Απόφαση, ότι και για την κατάγνωση του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.ζ («ζ) εάν 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 23 της παρούσας,»), αρκεί και η απόκρυψη, ήτοι το πραγματικό γεγονός της μη δήλωσης κρίσιμου ως προς την αποδοχή προσφοράς, στοιχείου, ανεξαρτήτως σκοπιμότητας, αλλά και η αδυναμία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, που όντως κρίθηκε εις βάρος του νυν προσφεύγοντα στην Απόφαση ΑΕΠΠ 1033/2018 και πληροί τον λόγο αποκλεισμού 2.2.3.4.ζ, χωρίς να καταγιγνώσκεται σχετικός δόλος και σκοπιμότητα (σελ. 18 Απόφασης «ο ως άνω λόγος αποκλεισμού [του όρου 2.2.3.4.ζ] δεν περιορίζεται μόνο σε ψευδείς θετικές δηλώσεις, αλλά αναφέρεται και σε αποκρύψεις πληροφοριών, ήτοι ανακριβείς αρνήσεις περί συνδρομής γεγονότων που συγκροτούν λόγο αποκλεισμού στη νυν διαδικασία», ομοίως σελ. 18 «ο όρος 2.2.3.4.ζ της νυν διακήρυξης και το άρ. 73 παρ. 4 περ. ζ' Ν. 4412/2016 δεν περιορίζονται στη ψευδή δήλωση και την απόκρυψη πληροφοριών, αλλά ακόμη και στην κάθε περίπτωση κριθείσα κατά την Απόφαση ΑΕΠΠ 1033/2018, διαπίστωση ότι δεν

ήταν «σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά» κατακύρωσης και δη, να αποδείξει με τα αναγκαία σχετικά δικαιολογητικά την πλήρωση των τότε κριτηρίων επιλογής...», σελ. 19-20 «Άλλωστε, και μόνος του ο σωρευτικά προκύπτων σε αμφότερες τις περιπτώσεις των Αποφάσεων ΑΕΠΠ 1033/2018 και 468/2019 και σε κάθε περίπτωση, ρητά στην τελευταία, αυτοτελής λόγος αποκλεισμού 2.2.3.4.η και άρ. 73 παρ. 4 περ. η' Ν. 4412/2016 και δη, η μη δήλωση αυτού στη νυν διαδικασία, αρκεί για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος, και δη, ενώ, σε αντίθεση με τον απαιτούμενο «ψεύδος», δηλαδή γνώση και βούληση περί της δήλωσης ανακριβούς πληροφορίας, όρο 2.2.3.4.ζ, δεν απαιτεί τέτοια υποκειμενική υπόσταση, αλλά αρκείται ακόμη και στη μετ' αμελείας παροχή πληροφοριών (εξ ου και εκτός των άλλων και προς τούτο, οι περί έλλειψης δόλου και πλάνης, προβάλλονται προεχόντως και αλυσιτελώς), που είχαν τη δυνατότητα να επηρεάσουν τις περί αποδοχής του αποφάσεις («να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση»). Συνεπώς, ουδόλως καταγνώσθηκε δόλος του προσφεύγοντα στην υποβολή ψευδών στοιχείων στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας ούτε άλλωστε, κρίθηκε, ότι απαιτείτο τούτο ως αναγκαία προϋπόθεση για τον αποκλεισμό του (το αντίθετο μάλιστα κρίθηκε ρητά, ήτοι, ότι δεν απαιτείτο τέτοιος δόλος και συνειδητό και σκόπιμο ψεύδος), όπως κρίθηκε και ότι δεν απαιτείτο τέτοιος δόλος και σκοπιμότητα, αλλά ούτε αυτό καθαυτό «ψεύδος», για τη συγκρότηση των λόγων αποκλεισμού 2.2.3.4.ζ-η' στο πλαίσιο της νυν και των προηγούμενων διαδικασιών και άρα, η δια της Απόφασης ΑΕΠΠ 1490/2021 διάγνωση εις βάρος του συνδρομής των ως άνω λόγων αποκλεισμού ούτε συνεπάγεται συγχρόνως και διάγνωση ότι υπέβαλε ειδικώς ψευδείς πληροφορίες ούτε ότι προέβη σε σκόπιμη παραπλάνηση ή απόπειρα εξαπάτησης της αναθέτουσας ούτε ταύτισε καθ' οιονδήποτε τρόπο τη συνδρομή των λόγων αυτών αποκλεισμού, με την αναγκαία συνδρομή και τέτοιας συνθήκης, ήτοι ψεύδους, συνθήκη που δεν κρίθηκε καν, έστω και παρεμπιπτόντως, ως συντρέχουσα εν προκειμένω. Όμως, ο όρος 2.2.2.3 της διακήρυξης δεν αναφέρεται σε ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ ή σε απόκρυψη

πληροφοριών ή σε εξ αμελείας παραπλανητικά στοιχεία ή σε βαρεία ή ελαφρά αμέλεια ή σε εν γένει μόνο υπαιτιότητα ή μη ανυπαιτιότητα ως προς την υποβολή ανακριβών στοιχείων, αλλά αναφέρεται ειδικώς και μόνο σε «ψευδή» στοιχεία, χαρακτηρισμός που αναγκαία προϋποθέτει επίγνωση του ψεύδους και συνειδητή δήλωση γεγονότων που δεν αποκρίνονται στην πραγματικότητα. Άρα, σε αντίθεση με όσα προβάλλει η αναθέτουσα, ο αποκλεισμός ένεκα των όρων 2.2.3.4.ζ'-η' δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, παρά μόνο υπό ειδικότερες προϋποθέσεις συνδρομής των ως άνω λόγων αποκλεισμού (εκ των περισσότερων εναλλακτικών συνθηκών που δύναται εκάστη να τους συγκροτήσει), ήτοι ψεύδος, που εν προκειμένω ούτε κρίθηκε ότι συντρέχει και δη, κατά σαφή και βέβαιο τρόπο ούτε αιτιολογεί με οιοδήποτε στοιχείο η αβασίμως προς τούτο επικαλουμένη, την Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021, αναθέτουσα. Σημειωτέον δε, ότι η Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021 δεν αναφέρθηκε σε δόλο και πρόθεση του προσφεύγοντα ως προς τις ανακριβείς δηλώσεις του, αλλά σε μη «ανυπαιτιότητά» του, σελ. 20 Απόφασης και ενώ η υπαιτιότητα περιλαμβάνει και την έννοια της αμέλειας, ακόμη και της σοβαρής και μη συγγνωστής, που όμως δεν εξομοιώνεται με δόλο και σκοπιμότητα, όπως προϋποθέτει το ψεύδος. Κατά το δε άρθρ. 72 παρ. 1.α Ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά την υποβολή των προσφορών και ενσωματώθηκε στον ως άνω όρο 2.2.2.3 της διακήρυξης που δημοσιεύθηκε πριν την ισχύ της τροποποίησης του άρθρ. 72 με τον Ν. 4782/2021, ορίζεται ότι «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. ... Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες «στις κάτωθι περιπτώσεις: α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β).» απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης

αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως.». Άρα, σε κάθε περίπτωση απόρριψης προσφοράς σε προγενέστερα του σταδίου κατακύρωσης στάδια και άρα, ακριβώς εν προκειμένω, η εγγυητική συμμετοχής επιστρέφεται (εν προκειμένω, απορρίφθηκαν και αμετάκλητα τα ένδικα βοηθήματα κατά της Απόφασης ΑΕΠΠ 1490/2021), με την επιφύλαξη αποκλεισμού για παροχή ψευδών (και όχι ανακριβών) στοιχείων (ούτε για μη παροχή στοιχείων, χωρίς μάλιστα να αποδεικνύεται δόλος και σκοπιμότητα περί τούτου), που κατά τα ανωτέρω ούτε κρίθηκε ότι έλαβε χώρα ούτε αιτιολογείται τούτο από την αναθέτουσα. Επιπλέον, κατ' άρ. 72 παρ. 2 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει μετά τον Ν. 4782/2021, «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων: α) αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, ή β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, ή γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά, ή δ) δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή του συμφωνητικού, ή ε) υπέβαλε μη κατάλληλη προσφορά με την έννοια της περ. 46 της παρ. 1 του άρθρου 2, ή στ) στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών.». Επομένως, σε περίπτωση αποκλεισμού προ του σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεδομένου ότι εν προκειμένω, ο προσφεύγων δεν υπέβαλε μη κατάλληλη προσφορά κατά την ως άνω έννοια της περ. 46 παρ. 1 άρ. 2 Ν. 4412/2016 («ως «μη κατάλληλη» νοείται μία προσφορά όταν δεν σχετίζεται με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης»), η κατάπτωση λαμβάνει χώρα μόνο λόγω «εν γνώσει του» παροχής ψευδών στοιχείων. Ήτοι, η νέα διάταξη δεν μεταβάλλει κάτι σε σχέση με την αληθή έννοια της ίδιας περίπτωσης κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής, κατά την προγενέστερη διατύπωση, αλλά αντίθετα, καθιστά εισέτι σαφέστερο, ότι δεν αρκεί εξ αμελείας ανακριβής δήλωση ή εξ εσφαλμένης πεποίθησης του προσφέροντα ότι δηλώνει ορθώς ή ότι δεν χρειαζόταν να προβεί σε συγκεκριμένη δήλωση ή σε συγκεκριμένο περιεχόμενο δήλωσης, αλλά πρέπει να υφίσταται πλήρης γνώση ότι όσα

δηλώνει είναι ψευδή. Άλλωστε, η έννοια της γνώσης δεν αφορά τα γεγονότα που συνιστούν αντικείμενο δήλωσης, δηλαδή το σχετικό πραγματικό, αλλά αφορά το ψεύδος της ίδιας της δήλωσης. Αυτή όμως, ενδεχομένως να είναι και ανακριβής και να μην αποκρίνεται στην πραγματικότητα, επειδή ο προσφέρων, γνωρίζει μεν το πραγματικό, υπήγαγε δε αυτό εσφαλμένα στο συναφές ερώτημα και κατανόησε διαφορετικά το ζητούμενο και το προσήκον αντικείμενο της δήλωσης ή προέβη (εσφαλμένα μεν, μη αναγκαία δολίως και εν γνώσει και εν συνειδήσει του ότι αυτό συνιστά «ψεύδος») στη δήλωση της δικής του νομικής ερμηνείας για το προηγηθέν γεγονός που συνιστά βάση της νυν δήλωσης και τα παραπάνω, ακόμη και κατά μη συγγνωστή πλάνη ή και λόγω βαρειάς αμέλειας αυτού, που πάντως δεν εξομοιώνεται με εν γνώσει του πρόθεση δήλωσης ψεύφους. Τούτο, ενώ όχι μόνο η αναθέτουσα δεν αιτιολογεί ειδικώς, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων και δη, δεν αιτιολογεί ούτε δια της συμπληρωματικής αιτιολογίας μέσω των Απόψεών της, τη συνδρομή του ειδικού αυτού γνωστικού, ως και του περί ψεύδους αναγκαίου, βουλευτικού στοιχείου και δη, όχι μόνο σε σχέση με το πραγματικό που αφορούσαν οι δηλώσεις του, αλλά ειδικώς και ως προς το ότι δηλώνει ψευδώς δια των δηλώσεων αυτών. Αλλά και ενώ και η Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021 έκρινε μόνο ότι δεν είναι συγγνωστό και όλως ανυπαίτιο το σφάλμα της ανακριβούς δήλωσης του προσφεύγοντα, λόγω του ότι γνώριζε τι είχε κριθεί στις προηγηθείσες Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1033/2018 και 468/2019, περί των βάσεων των προηγηθέντων αποκλεισμών του και τούτο, διότι είναι αδιάφορη, όσον αφορά το αντικείμενο και το προσήκον περιεχόμενο των νυν δηλώσεων του, η νομική υπαγωγή και ερμηνεία που απέδωσε στο πραγματικό που ήδη έκριναν οι ως άνω Αποφάσεις. Πλην όμως, το γεγονός ότι δεν είναι ανυπαίτιο και συγγνωστό ένα σφάλμα και ότι ο επιμελής διαγωνιζόμενος οφείλει να τηρεί συγκεκριμένη στάση και κανόνες, ως προς την εκ μέρους του συμπλήρωση του ΕΕΕΣ (και όχι να καταγράφει τις απόψεις του περί παρελθοντικών γεγονότων, αλλά τις εν τέλει περί αυτών κρίσεις), δεν συνεπάγεται αναγκαία, ότι σε περίπτωση που παραβαίνει τα ανωτέρω, προβαίνει σε σκόπιμη και εκ προθέσεως ψευδή δήλωση και δη, εν γνώσει ότι αυτά που αναφέρει

συγκροτούν «ψευδή δήλωση». Ούτε κάθε σφάλμα ταυτίζεται αναγκαία με ειδική σκοπιμότητα δι' αυτού αθέμιτης και σκόπιμης παραπλάνησης της αναθέτουσας ούτε η Απόφαση ΑΕΠΠ 1490/2021 προέβη σε συναφείς κρίσεις ούτε η αναθέτουσα παρέθεσε με τις νυν Απόψεις της ή την προσβαλλομένη, στοιχεία που δικαιολογούν έστω και το πρώτον πλέον, τέτοιο συμπέρασμα. Συνεπώς, δεν πληρούνται οι περί κατάπτωσης όροι του άρ. 72 Ν. 4412/2016, ως είχε κατά την υποβολή των προσφορών και ενσωματώθηκε στη διακήρυξη ούτε ως είχε μετά τον Ν. 4782/2021. Περαιτέρω, δεδομένου ότι η προσφορά υποβλήθηκε πριν την 1-6-2021 (και δη, την 12-5-2021) και ότι ο προσφεύγων απεκλείσθη αποκλειστικά βάσει όσων υπέβαλε με την προσφορά, δεν δύναται να εφαρμοστούν εις βάρος του τυχόν δυσμενέστερες και αντίθετες με τους όρους της διακήρυξης και όρους μη προβλεφθέντες στο κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, που εκκίνησε πριν τον ν. 4782/2021, διατάξεις που εισήγαγε στο άρ. 72 Ν. 4412/2016, το άρ. 21 Ν. 4782/2021, με έναρξη από 1-6-2021, κατ' άρ. 142 παρ. 3 Ν. 4782/2021, τούτο δε άλλωστε, θα αντίκειτο και στην αρχή της χρηστής διοίκησης. Άρα, σε αντίθεση με την αιτιολογία της προσβαλλομένης και δη, όπως συμπληρώνεται αυτή δια των δύο δικογράφων Απόψεων της αναθέτουσας, η κατάπτωση των εγγυητικών συμμετοχής του προσφεύγοντος, όπως βάσιμα προβάλλει αυτός κατ' αμφοτέρους τους λόγους της προσφυγής του περί μη νόμιμης αιτιολογίας βάσει τόσο του άρ. 103, όσο και του άρ. 72 Ν. 4412/2016, έλαβε χώρα με εσφαλμένες βάσεις και εν γένει, μη νομίμως, κατά παράβαση του όρου 2.2.2.3 και του όρου 3.2 της διακήρυξης, ως και των άρ. 72 και 103 Ν. 4412/2016 και επιπλέον, με μη νόμιμα και εσφαλμένα αιτιολογικά ερείσματα.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος όρισε την κατάπτωση των εγγυητικών συμμετοχής του προσφεύγοντος.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 1695/2/25-02-2022 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., καθ' ο μέρος αποφασίζεται η κατάπτωση του συνόλου των εγγυητικών συμμετοχής του.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 28-3-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ