

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 07.02.2022 με ΓΑΚ 213/07.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ... ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 13/21.01.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ... ποσού €11.627,65.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στις 09.04.2021 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) και με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ ...) τη Διακήρυξη ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, για τη σύναψη δημόσιας μικτής σύμβασης έργου-προμηθειών-παροχής υπηρεσιών, με την ανοιχτή διαδικασία του άρθρου 27 Ν. 4412/2016, για την κατασκευή του έργου: «Ανοικτά κέντρα εμπορίου –,...» προϋπολογισμού 2.325.529,03€ (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Το έργο χρηματοδοτείται κατά ένα μέρος από πιστώσεις από το Ενιαίο Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης (ΕΤΠΑ) στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού

Αριθμός απόφασης: 518/2022

Προγράμματος με τίτλο «Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα & Καινοτομία», (υποέργο 1 της Πράξης με ... «ΑΝΟΙΚΤΑ ΚΕΝΤΡΑ ΕΜΠΟΡΙΟΥ - ...» με κωδικό ΟΠΣ ...), και συγκεκριμένα κατά το ποσό των 1.450.000,00€ με βάση την απόφαση ένταξης, υπ' αριθμόν πρωτ. 4287/1449/Α3/28.06.2019, ενώ κατά υπόλοιπο μέρος από πόρους του Δήμου ..., και συγκεκριμένα πόρους ύψους 1.433.656,00€. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 14 της Διακήρυξης, ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας προσφοράς με βάση την τιμή, ενώ ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 31.05.2021, ημέρα Δευτέρα και ώρα 12:00, σύμφωνα με το άρθρο 18 της Διακήρυξης.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως προσφορά στις 31.05.2021. Προσφορά υπέβαλαν, επίσης, οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: (α) η εταιρεία με την επωνυμία «...» και δ.τ. «...», (β) η Κοινοπραξία εταιρειών με την επωνυμία «...», (γ) η εταιρεία με την επωνυμία «...», (δ) η εταιρεία με την επωνυμία «...» και (ε) η Κοινοπραξία εταιρειών «...». Την 11.06.2021 συνήλθε η Επιτροπή Διαγωνισμού, προκειμένου να προβεί στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των φακέλων προσφορών που κατατέθηκαν στο πλαίσιο του επίμαχου Διαγωνισμού και να ελέγξει το περιεχόμενο αυτών. Η Επιτροπή προέβη κατά την ως άνω ημεροχρονολογία σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και του υποφακέλου «Οικονομική Προσφορά», διαδικασία κατά την οποία δεν τέθηκαν ζητήματα προς διευκρίνιση στα υποβληθέντα εκ των προσφερόντων δικαιολογητικά. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου υποβληθεισών προσφορών, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το από 11.06.2021 Πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών, το οποίο υποβλήθηκε ηλεκτρονικά στην Αναθέτουσα Αρχή μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, με το οποίο εισηγήθηκε να γίνουν δεκτοί οι τρεις (3) εκ των έξι (6) συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Εντούτοις, με την υπ' αριθμόν 478/16.06.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., αποφασίσθηκε η αναβολή της έγκρισης του ως άνω από 11.06.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, προκειμένου να προσκληθούν οι συμμετέχοντες για συμπληρωματικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τις διατάξεις

Αριθμός απόφασης: 518/2022

των άρθρων 102 (όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021) και 103 του Ν. 4412/2016. Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή Διαγωνισμού απέστειλε, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, την από 28.06.2021 πρόσκληση για συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών τόσο στην εταιρεία με την επωνυμία «...» και την Κοινοπραξία «...», όσο και στην προσφεύγουσα. Οι συμμετέχουσες εταιρείες ανταποκρίθηκαν νομίμως και επιτυχώς στα αντίστοιχα αιτήματα της Αναθέτουσας Αρχής, όπως προκύπτει από το δεύτερο, από 22.07.2021, Πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών, της Επιτροπής Διαγωνισμού. Το εν λόγω Πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμόν 703/25.08.2021 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., συμφώνως με την οποία αποφασίστηκε η ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης και η απεύθυνση πρόσκλησης προκειμένου να προσκομίσει τα οριζόμενα στη Διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης. Στις 17.09.2021, κατόπιν της σχετικής υπ' αριθμόν πρωτ. ... πρόσκλησης εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, η προσφεύγουσα υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τόσο ηλεκτρονικά στο σύστημα ΕΣΗΔΗΣ, όσο και στο πρωτόκολλο του Δήμου Στο πλαίσιο της διαδικασίας υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, πέραν των προβλεπόμενων δικαιολογητικών, η προσφεύγουσα υπέβαλε και Υπεύθυνη Δήλωση περί οψιγενών μεταβολών κατ' άρθρα 104 Ν.4412/2016 και 4, 22 και 23 της Διακήρυξης. Με τη δήλωση αυτή ενημέρωσε την Αναθέτουσα Αρχή ότι επήλθαν μεταβολές στα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ στοιχεία, εν σχέσει με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, λόγω έκδοσης οριστικής απόφασης έκπτωσης εις βάρος της από προηγούμενη δημόσια σύμβαση, στις 05.07.2021, ήτοι μετά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της στον επίμαχο διαγωνισμό. Με την ίδια Υπεύθυνη Δήλωση Οψιγενών Μεταβολών η προσφεύγουσα έθεσε υπόψη της Αναθέτουσας Αρχής και το σύνολο των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Τα επανορθωτικά μέτρα αυτά περιλαμβάνουν (συνοπτικά): (α) Τη διενέργεια, στις 22.07.2021, σεμιναρίου νομικού αντικειμένου με σκοπό την επιμόρφωση όλων των στελεχών και της διοίκησης της εταιρείας, του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με την σύνταξη φακέλων συμμετοχής σε διαγωνισμούς, όπου η εταιρεία υποβάλλει προσφορά, καθώς και του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με την παρακολούθηση των υπό εκτέλεση έργων, (β) την έκδοση και εφαρμογή της υπ'

Αριθμός απόφασης: 518/2022

αριθμόν πρωτ. 2485/22.07.2021 Οδηγίας Εργασίας, σχετικά με τον ενδεδειγμένο έλεγχο των μελετών των υπό δημοπράτηση έργων, τα οποία ενδιαφέρεται να αναλάβει η εταιρεία, ώστε να εξασφαλίζεται ότι η μελέτη είναι ορθή και εφαρμόσιμη πριν την υποβολή προσφοράς στον διαγωνισμό, καθώς και της υπ' αριθμόν πρωτ. 2486/22.07.2021 Οδηγίας Εργασίας, σχετικά με τους τρόπους παρακολούθησης των υπό εκτέλεση έργων της εταιρείας, και (γ) την έκδοση και εφαρμογή της υπ' αριθμόν πρωτ. 2487/22.07.2021 Οδηγίας Εργασίας, όπου προβλέπεται η διενέργεια ελέγχων σε τακτά χρονικά διαστήματα για την ορθή τήρηση των προειρημένων δύο (2) οδηγιών. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε απαραίτητο να αποστείλει έγγραφο ερώτημα στη Μονάδα Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων (Μο.Πα.Δι.Σ.). Η τελευταία απέστειλε την υπ' αριθμόν πρωτ. 16445/ΦΓ/ΕΑ/14.10.2021 γνωμοδότησή της, συμφώνως με την οποία η Αναθέτουσα Αρχή δέον να εξετάσει αν η προσφεύγουσα εμπίπτει αφενός στον λόγο αποκλεισμού περί σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης (άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ Ν. 4412/2016) και αφετέρου στον λόγο αποκλεισμού περί απόκρυψης ουσιωδών πληροφοριών (άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ Ν. 4412/2016). Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 13.10.2021 έγγραφό της, ζήτησε από την προσφεύγουσα κάθε σχετικό στοιχείο και τεκμήριο προς απόδειξη των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει. Ακολούθως η προσφεύγουσα ανταποκρίθηκε στο εν λόγω αίτημα της Επιτροπής Διαγωνισμού, προσκομίζοντας, στις 20.10.2021 και στις 22.10.2021, τα αποδεικτικά έγγραφα εν σχέσει με τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού, αφού εξέτασε το σύνολο των προσκομισθέντων εγγράφων, γνωμοδότησε με το υπ' αριθμόν πρωτ. 286046/05.11.2021 έγγραφό της, τον μη αποκλεισμό της προσφεύγουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης, την άρση των δυνητικών λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4(στ) και 4(ζ) του Ν.4412/2016 εν σχέσει με αυτήν και την εξέταση των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από την (γνωμοδοτική) Επιτροπή Επανορθωτικών Μέτρων. Η ανωτέρω υπ' αριθμόν πρωτ. 286046/05.11.2021 γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού έγινε δεκτή με την υπ' αριθμόν 1035/10.11.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., ενώ με την υπ' αριθμόν 1036/10.11.2021 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή ενέκρινε την αποστολή

Αριθμός απόφασης: 518/2022

Σχεδίου Απόφασης προς τη Διυπουργική Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 για τη διαπίστωση της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας. Ακολούθως, ο φάκελος της υπόθεσης διαβιβάστηκε, με το υπ' αριθμόν πρωτ. 286090/11.11.2021 έγγραφο του Δήμου ..., προς την Επιτροπή Επανορθωτικών Μέτρων, η οποία, αφού εξέτασε την υπόθεση, εξέδωσε την υπ' αρ. 45Μ/07.12.2021 Πράξη της, με την οποία διατυπώθηκε μη σύμφωνη γνώμη για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας. Κατόπιν τούτου, η Οικονομική Επιτροπή, με την υπ' αριθμόν 13/21.01.2022 απόφασή της υιοθέτησε πλήρως την αρνητική γνώμη της Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων και αποφάσισε τη διαπίστωση της μη επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε η προσφεύγουσα και συνακόλουθα τον αποκλεισμό της από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία.

4. Επειδή, κατά της ως άνω υπ' αριθμόν 13/21.01.2022 απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 26.01.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 07.02.2022 (ημέρα Δευτέρα), με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΑΕΠ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσβαλλόμενης πράξης προς τον σκοπό να γίνει δεκτή η προσφορά της και να παραμείνει προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 07.02.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. 53697/22.02.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 28.02.2022 Υπόμνημά της (ημέρα κατάθεσης Δευτέρα 28.02.2022).

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η

Αριθμός απόφασης: 518/2022

οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί διότι η υπ' αριθμόν 45Μ/07.12.2021 γνώμη της Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων διαβιβάστηκε στην αναθέτουσα αρχή μετά το πέρας της προθεσμίας των 40 ημερών και ως εκ τούτου απώλεσε τον χαρακτήρα της σύμφωνης γνώμης με αποτέλεσμα η τυχόν αποδοχή της από την Αναθέτουσα Αρχή να απαιτεί σαφή και ειδική αιτιολογία, στο μέτρο που η ίδια Αναθέτουσα ρητώς είχε εκφράσει θετική κρίση περί της επάρκειας των ληφθέντων από την ίδια επανορθωτικών μέτρων. Όμως από την επισκόπηση της προσβαλλομένης απόφασης ουδεμία τέτοια ειδική και σαφής αιτιολογία υφίσταται, τόσο στο σώμα της επίμαχης απόφασης όσο και στα στοιχεία του φακέλου. Μάλιστα, ενώ μνημονεύονται ρητώς τόσο η υπ' αριθμόν πρωτ. 286046/05.11.2021 εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού όσο και η υπ' αριθμόν 1035/10.11.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με τις οποίες είχαν κριθεί ως επαρκή τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε η προσφεύγουσα, τελικώς η προσβαλλόμενη απόφαση την απέκλεισε από τον διαγωνισμό άνευ αιτιολογίας, επαναλαμβάνοντας απλώς το περιεχόμενο της γνώμης υπ' αριθμόν 45Μ/07.12.2021 της Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων, η οποία ωστόσο δεν έχει τον χαρακτήρα σύμφωνης γνώμης και ως εκ τούτου δεν ηδύνατο να καθορίζει άνευ άλλου τινός την κρίση της Αναθέτουσας Αρχής, ενώ όφειλε να παραθέσει στο πλαίσιο έκδοσης της προσβαλλομένης απόφασης συγκεκριμένη αιτιολογία, με βάση την οποία να εξηγεί με πληρότητα και σαφήνεια τους λόγους για τους οποίους αποφάσισε να υιοθετήσει την απλή γνώμη της Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων και να αποστεί σε απόλυτο

βαθμό από την ήδη ρητώς εκφρασθείσα κρίση της περί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής: Το άρθρο 73 παρ. 8 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4782/2021 ορίζει ότι: *«Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9»*. Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη προκύπτει σαφώς ότι για την έκδοση της σύμφωνης γνώμης της επιτροπής της παρ. 9 ο κρίσιμος χρόνος είναι οι σαράντα ημέρες από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή και όχι η κοινοποίηση της σύμφωνης γνώμης στην αναθέτουσα αρχή, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Εν προκειμένω, με την υπ' αριθ. 1036/10.11.2021 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε την αποστολή σχεδίου απόφασης προς την επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, στο οποίο διατυπωνόταν η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής περί της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας και ζητείτο η σύμφωνη γνώμη της εν λόγω Επιτροπής. Η Επιτροπή Επανορθωτικών Μέτρων όμως με την υπ' αριθμόν 45Μ/07.12.2021 γνώμη έκρινε ως ανεπαρκή τα ληφθέντα μέτρα της προσφεύγουσας. Η ως άνω γνώμη εκδόθηκε εντός της προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, όπως ορίζει ο νόμος και ως εκ τούτο δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή. Οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η ανωτέρω γνώμη της επιτροπής δεν δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή επειδή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μετά την πάροδο των σαράντα ημερών, απορρίπτονται ως αβάσιμοι αφού η νομοθετική διάταξη, όπως αναφέρθηκε, ορίζει ως κρίσιμο χρονικό σημείο μόνο την έκδοση της σύμφωνης γνώμης και όχι την κοινοποίηση αυτής. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό

κρίση πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι είναι πλημμελώς αιτιολογημένη και σε κάθε περίπτωση εσφαλμένη η κρίση περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων και ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει από μη νόμιμη και ελλιπή αιτιολογία. Ειδικότερα αναφέρει ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία περιορίζεται στις κρίσεις της υπ' αριθμόν 45Μ/07.12.2021 γνώμης της Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων, παρίσταται εξαιρετικά συνοπτική και όλως ανεπαρκής. Πιο συγκεκριμένα, όλη η αξιολόγηση και εκτίμηση των ληφθέντων από την προσφεύγουσα επανορθωτικών μέτρων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος που της αποδίδεται, εξαντλείται από την αρμόδια Επιτροπή σε μόλις λίγες γραμμές με αποτέλεσμα να μην διαλαμβάνεται η οιαδήποτε κρίση εν σχέσει με το γιατί η μοναδική μέχρι σήμερα έκπτωσή της προσφεύγουσας, δεδομένων των επανορθωτικών μέτρων που ήδη έλαβε, επηρεάζει την τεχνική και επαγγελματική αξιοπιστία της για την εκτέλεση του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου αλλά και με ποιον τρόπο την επηρεάζει συγκεκριμένα· (β) δεν εξειδικεύεται σε τι συνίσταται η έλλειψη απόδειξης επάρκειάς των ληφθέντων μέτρων και ποιο ακριβώς ήταν το αποδεικτέο ζήτημα που τελικώς δεν αποδείχθηκε στην προκείμενη περίπτωση· και (γ) δεν υφίσταται *ad hoc* αξιολόγηση των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος της.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής: Η σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 ενσωματώνεται στην απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από τον διαγωνισμό, της οποίας αποτελεί την αιτιολογία. Την ουσιαστική ορθότητα και τη νομιμότητα της αιτιολογίας της κατά τα ανωτέρω γνωμοδότησης της Επιτροπής μπορεί να εξετάσει το κρίνον Κλιμάκιο, στο μέτρο που επηρεάζει τη νομιμότητα της πράξης της αναθέτουσας αρχής που προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή. Η απόφαση με την οποία η Αναθέτουσα Αρχή διαπιστώνει την επάρκεια ή ανεπάρκεια των ληφθέντων

επανορθωτικών μέτρων, σύμφωνα με το άρθρο 73 Ν. 4412/2016, πρέπει να περιέχει σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία περί του εάν η έκπτωση από μια διαγωνιστική διαδικασία, δεδομένων των επανορθωτικών μέτρων, επηρεάζει ή όχι την τεχνική και επαγγελματική αξιοπιστία του οικονομικού φορέα για την εκτέλεση του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου, με ποιο τρόπο την επηρεάζει και γιατί. Εν προκειμένω, η αιτιολογία απόρριψης τως επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας που αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, περιορίζεται στις κρίσεις της υπ' αριθμόν 45Μ/07.12.2021 γνώμης της Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων και αναφέρει επί λέξει τα εξής: *«Η εταιρεία «VALCON A.T.E.» δεν έχει λάβει καθόλου επανορθωτικά μέτρα σε τεχνικό επίπεδο, ενώ τόσο τα επανορθωτικά μέτρα σε οργανωτικό επίπεδο (έκδοση τριών οδηγιών) όσο και σε επίπεδο προσωπικού (διοργάνωση νομικού σεμιναρίου 6 ωρών) δεν κρίνονται επαρκή για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Ειδικότερα για το τελευταίο τονίζεται ότι οι συγκεκριμένοι λόγοι έκπτωσης της εταιρίας λόγω τυχόν πλημμέλειας της τεχνικής ικανότητας ή επάρκειας αυτής δεν δύναται να θεραπευτούν με την διοργάνωση νομικού σεμιναρίου».* Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αξιολόγηση και εκτίμηση των ληφθέντων από αυτήν επανορθωτικών μέτρων δεν είναι αιτιολογημένες νομίμως, ήτοι ειδικώς, σαφώς και επαρκώς. Ειδικότερα, η εν λόγω γνωμοδότηση δεν αναφέρει τους λόγους για τους οποίους η προσφεύγουσα κηρύχθηκε έκπτωτη και ούτε προκύπτει ότι τους έλαβε υπόψη της προτού προβεί στην αόριστη κρίση ότι υπάρχουν τυχόν πλημμέλειες της τεχνικής της ικανότητας ή επάρκειας, με αποτέλεσμα να μην αιτιολογείται πώς επηρεάζεται η τεχνική και επαγγελματική αξιοπιστία της για την εκτέλεση του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου. Περαιτέρω, η γνωμοδότηση δεν αξιολόγησε ούτε τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα εν σχέσει και σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα των λόγων που οδήγησαν στην έκπτωση της προσφεύγουσας αφού δεν εκτίμησε το περιεχόμενο των τριών Οδηγιών, τις οποίες εξέδωσε η τελευταία και τη σχέση τους με την έκπτωσή της, προκειμένου να μπορέσει να κρίνει αν έχει αποκατασταθεί η αξιοπιστία της ή αν εξακολουθεί να επηρεάζεται η εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Επίσης η αναφορά στο νομικό σεμινάριο που διοργανώθηκε από την προσφεύγουσα ότι δεν ήταν επαρκές, είναι επίσης αόριστη, διότι δεν κρίθηκε η επάρκεια του μέτρου σε συνάρτηση με τη φύση, το είδος και τις ιδιαίτερες συνθήκες του παραπτώματος.

Αριθμός απόφασης: 518/2022

Επιπροσθέτως, δεν λήφθηκαν υπόψη τόσο το στοιχείο της πρότερης ομαλής επιχειρηματικής συνεργασίας και εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων από την προσφεύγουσα, όσο και το μεμονωμένο της σχετικής έκπτωσης. Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής δεν προχώρησε σε καμία συμπληρωματική αιτιολογία προς άρση της ασάφειας ως προς την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι ως άνω γνωμοδότηση πάσχει κατά την αιτιολογία με την οποία απέρριψε τα επανορθωτικά μέτρα, χωρίς εν τέλει ουδόλως να αξιολογήσει κανένα εξ αυτών, απορρίπτοντας τα με αόριστη, ανεπαρκή και εσφαλμένη αιτιολογία, ομοίως δε πάσχει και η ίδια η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, ως προς την απόρριψη των μέτρων αυτών, αφού εξ ολοκλήρου οφείλεται στην ως άνω εσφαλμένα αιτιολογημένα κρίση της παραπάνω γνωμοδότησης. Επομένως ο υπό κρίση λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η εξέταση του τρίτου λόγου της υπό κρίση προσφυγής παρίσταται αλυσιτελής, διότι η προσβαλλόμενη πράξη έχει κριθεί ήδη ακυρωτέα.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 13/21.01.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 07 Απριλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ