

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 12.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1378/12.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στον ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 933/22.06.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 4/9.02.2021, 5/12.03.2021 και 6/17.06.2021 Πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του και ματαιώνεται ο διαγωνισμός για το Τμήμα 3.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 3.685,48 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

παράβολο με κωδικό ..., την από 9.07.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 3 της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 736.478,60€ ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. 58847/31.10.2019 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 2.275.000€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε τρία Τμήματα.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 16.07.2019 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 12.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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.

6. Επειδή στις 13.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1793/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε μέχρι σήμερα απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής και του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν για το Τμήμα 3 οκτώ οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος υπέβαλε τη με αριθμ. συστήματος προσφορά του. Με την υπ' αριθμ. 1680/21.12.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ανακηρύχθηκε ο προσφεύγων προσωρινός ανάδοχος του Τμήματος 3 του διαγωνισμού. Κατόπιν δε της από 8.01.2021 πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ο προσφεύγων υπέβαλε τα σχετικά έγγραφα. Όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 4/9.02.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, «...κατά τον έλεγχο των αποσπασμάτων των ποινικών μητρώων των μελών του Δ.Σ. της εταιρείας, διαπιστώθηκε ότι στο περιεχόμενο του ποινικού μητρώου του μέλους ...του ...είναι καταγεγραμμένες τρεις αποφάσεις του Πλημμελειοδικείου Πειραιά περί έκδοσης ακάλυπτων επιταγών για τις οποίες επιβλήθηκε ποινή φυλάκισης με αναστολή. Ως ημερομηνία τέλεσης αναγράφεται: Οκτώβριος του 2010, ενώ η ημερομηνία έκδοσης των πρωτόδικων αποφάσεων, καθώς και των αντίστοιχων εφετειακών, είναι εντός του έτους 2017. Κατά την επιτροπή, ενδέχεται το περιεχόμενο του εν λόγω ποινικού μητρώου να εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού του προσφέροντος οικονομικού φορέα από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, με βάση το άρθρο 22.Α της διακήρυξης και την ισχύουσα νομοθεσία. Καθώς όμως, αποτελεί αντικείμενο νομικής φύσεως, προτείνει να επιληφθεί του θέματος και να γνωμοδοτήσει επί του

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

συγκεκριμένου η Νομική Υπηρεσία της Αναθέτουσας Αρχής...», ενόψει δε των ανωτέρω η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την κατακύρωση του Τμήματος 3 του διαγωνισμού στον προσφεύγοντα «εφόσον κριθεί ότι δεν υπάρχει νομικό κώλυμα ως προς το περιεχόμενο του ποινικού μητρώου του μέλους του Δ.Σ. της εταιρείας, ...». Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 5/12.03.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος για το Τμήμα 3 του διαγωνισμού, εφόσον η αναθέτουσα αρχή κρίνει ικανοποιητικές τις διευκρινίσεις που δόθηκαν για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του καθώς « ...Σύμφωνα με την από 15-02-2021 (αρ. πρωτ. 050053/23.02.2021) γνωμοδότηση της Νομικής Διεύθυνσης του Δήμου ..., η εξεταζόμενη περίπτωση δύναται κατ' αρχήν να υπαχθεί στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» και στο δυνητικό λόγο αποκλεισμού που καθιερώνεται στην περίπτωση (θ) του άρθρου 22.Α.4. της Διακήρυξης. Δυνάμει δε του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 22.Α.6. της Διακήρυξης, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.Α.4. η περίοδος αποκλεισμού ανέρχεται στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Βάσει των ανωτέρω, και ανεξαρτήτως αν η εξεταζόμενη περίπτωση συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικείου οικονομικού φορέα που θεμελιώνει τον αποκλεισμό του, ενόψει και του χρόνου τέλεσης των εν λόγω αδικημάτων, έχει παρέλθει η περίοδος αποκλεισμού. Σημειώνεται δε, ότι σε κάθε περίπτωση υπεβλήθησαν τα πιστοποιητικά που απαιτούνται κατά τη Διακήρυξη για την απόδειξη της μη συνδρομής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της περίπτωσης (θ) του άρθρου 22 Α.4. όπως αυτό είχε πρωτίστως δηλωθεί στο ΤΕΥΔ». Ωστόσο, κατόπιν της με αρ. Πρωτ. 125302/14-05-2021 γνωμοδότησης της Νομικής Διεύθυνσης της αναθέτουσας αρχής, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αριθμ. 6/17.06.2021 Πρακτικό, εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού για το Τμήμα 3 του διαγωνισμού διότι « ...συντάσσεται, με την άποψη της Νομικής Διεύθυνσης, η οποία στηριζόμενη στη νομολογία θεωρεί ότι «η έκδοση ακάλυπτων επιταγών επηρεάζουν την επαγγελματική διαγωγή και αξιοπιστία του υποψηφίου, με αποτέλεσμα την καταρχήν υποχρέωση αποκλεισμού από το διαγωνισμό... στο εξεταζόμενο

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

αντίγραφο ποινικού μητρώου μέλους του ΔΣ για αδίκημα το οποίο έχει σχέση με την άσκηση της επαγγελματικής του ιδιότητας (ακάλυπτη επιταγή)», «...Κατά την άποψή μας, ως έχουμε αναφέρει, δεν έχει παρέλθει η τριετία αφού η έναρξη είναι το έτος 2017 και υπολογίζουμε κατά την υποβολή προσφοράς το έτος 2020». Συνεπώς, λόγω του ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο εμπίπτει στο άρθρο 22.Α.4(θ) της διακήρυξης (δυσνητικοί λόγοι αποκλεισμού) και οι καταδικαστικές αποφάσεις επί του αδικήματος εκδόθηκαν το έτος 2017, η τριετής περίοδος αποκλεισμού δεν έχει παρέλθει. Ως εκ τούτου, τα στοιχεία που δηλώθηκαν από τον οικονομικό φορέα στο Τ.Ε.Υ.Δ. -Μέρος ΙΙΙ.(Γ)-είναι ανακριβή». Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 6/17.06.2021 Πρακτικό.

11. Επειδή ο προσφεύγων θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του και στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

12. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο 22 της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι : «... Η τελική, ως άνω, απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ότι, δηλαδή, η εταιρεία μας, η «...», έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο εμπίπτει στην περίπτωση του (θ) του άρθρου 22.Α.4 της διακήρυξης (και τούτο γιατί μέλος του Δ.Σ. της εταιρείας μας, η οποία, σημειωτέον, ιδρύθηκε το 2017, μετέχοντας, κάποτε στο παρελθόν και δη το έτος 2010, στο Δ.Σ. άλλης εταιρείας, της «...», εταιρείας μη συνδεδεμένης με την δική μας, είχε εκδώσει 3 επιταγές της εν λόγω εταιρείας, της «...» οι οποίες δεν καλύφθηκαν κατά την εμφάνισή τους προς πληρωμή, καταδικάσθηκε με ποινή φυλάκισης με αναστολή, με δικαστικές αποφάσεις, πρωτόδικη και κατ'έφεση, εκδοθείσες το 2017), ότι το εν λόγω παράπτωμα επισύρει ποινή αποκλεισμού, εφ'όσον, μάλιστα, κατά την διακήρυξη (όπως αυτή ερμηνεύθηκε εν προκειμένω), η τριετής περίοδος αποκλεισμού αρχίζει από την καταδικαστική απόφαση και όχι από το γεγονός το οποίο συνιστά το παράπτωμα και επέφερε την καταδίκη, όπως και, περαιτέρω, η κρίση ότι τα στοιχεία τα οποία δηλώθηκαν, από τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας μας, στο

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

ΤΕΥΔ (το ότι, δηλαδή, σε απάντηση του ερωτήματος εάν έχει, η εταιρεία μας, διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, απάντησε «όχι»), είναι ανακριβή (γιατί, θα έπρεπε να έχει απαντήσει «ναί», κατά την σχετική κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού, τα αμέσως ανωτέρω, η έκδοση ακάλυπτων επιταγών, το 2010, της «...», συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα της «...», η οποία ιδρύθηκε το 2017 και το 2010 ούτε καν υπήρχε), δεν στερείται, απλώς, νόμιμης και επαρκούς αιτιολόγησης, αλλά είναι παράδειγμα όλως εσφαλμένης, σε βαθμό παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, απόφασης: Κατ'αρχήν και εξ όσων διελήφθησαν στην προσβαλλόμενη απόφαση προς «αιτιολόγησή» της, ουδαμώς προκύπτει ότι ελήφθη, καν, υπόψη το ότι η ποινική καταδίκη της κ. ...της έχει επιβληθεί για πράξεις της, του 2010, στα πλαίσια της τότε σχέσης της με την, τρίτη, ανώνυμη εταιρεία «...» και όχι για οποιαδήποτε πράξη της έχουσα σχέση με την εταιρεία μας, η οποία, μάλιστα, ιδρύθηκε, μόλις, το 2017. Και, επομένως, οποιαδήποτε πράξη, οποιουδήποτε φυσικού προσώπου, λαβούσα χώρα το 2010, δεν είναι δυνατόν να συνιστά παράπτωμα μιας εταιρείας η οποία ιδρύεται μετά από 7 χρόνια. Και, εν πάση περιπτώσει, από τον όλο τρόπο διατύπωσης των επί μέρους σκέψεων και κρίσεων, οι οποίες οδηγούν στην ως άνω τελική κρίση, αποκλείσθηκε της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας η εταιρεία μας για λόγους οι οποίοι δεν έχουν καμία σχέση με την ίδια και ανάγονται, όλοι, στην ανωτέρω, μη μετέχουσα στον διαγωνισμό, τρίτη εταιρεία και σε κάποια δράση της προ πολλών ετών.

Επειδή, επομένως, η όλη αυτή υπόθεση (της ποινικής καταδίκης απλού μέλους του Δ.Σ. της εταιρείας, μη ασκούντος οποιαδήποτε διευθυντικά και, εν γένει διοικητικά, καθήκοντα, αυτοπροσώπως, τουλάχιστον, για πράξεις του οι οποίες είχαν λάβει χώρα, εν έτει 2010, στα πλαίσια της τότε σχέσης του με άλλη, τρίτη, εταιρεία και για λογαριασμό της), δεν συνιστά, ούτε και είναι δυνατόν να συνιστά, επαγγελματικό παράπτωμα της δικής μας εταιρείας, η οποία ιδρύθηκε, μάλιστα, επτά χρόνια μετά τις εν λόγω πράξεις και, μάλιστα, να συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα σε βαθμό οποιός επισύρει και τον αποκλεισμό από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 22.Α.4, περ. (θ) της διακήρυξης. Έτι περαιτέρω, όμως

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

και εν πάση περιπτώσει και εάν, ακόμα, δηλαδή, μετείχε στον διαγωνισμό η ανωτέρω άλλη εταιρεία, η «...», ούτε και αυτή θα έπρεπε να αποκλεισθεί, εφόσον οι επίμαχες πράξεις, οι οποίες επέφεραν την εν έτει 2017 καταδίκη, είχαν λάβει χώρα το έτος 2010 και είναι απολύτως σαφής η σχετική ρύθμιση της διακήρυξης, στο άρθρο 22.Α.6, ότι η τριετής περίοδος αποκλεισμού, σε όλες τις περιπτώσεις του άρθρου – παραγράφου – 22.Α.4 (και, επομένως και στην υπό στοιχείο (θ)) μετράται από «το γεγονός» και όχι από την καταδικαστική απόφαση. Και είναι όλως εσφαλμένη η εν προκειμένω γνώμη της Νομικής Διεύθυνσης του Δήμου ... (την οποία υιοθέτησε και η αναθέτουσα Αρχή στην προσβαλλόμενη απόφασή της), η οποία, στην δεύτερη γνωμοδότησή της, στις 23.3.2021, για να πείσει ότι «...Για την προαναφερόμενη περίπτωση της «...», ο χρόνος επέλευσης του γεγονότος άρχεται από το έτος 2017 και όχι από το έτος 2010...» και ότι, επομένως, κατά την συμμετοχή μας στον διαγωνισμό δεν είχε παρέλθει, ακόμα, τριετία από την καταδικαστική απόφαση, επικαλέσθηκε την απόφαση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης C-124/17 και συνήψε και αντίγραφο της στην εν λόγω γνωμοδότησή της. Όμως, ο συντάκτης της διακήρυξης (η οποία είχε συνταχθεί κατά μήνα Ιούνιο 2019), είχε πλήρη γνώση της εν λόγω απόφασης και των όσων έχουν κριθεί με αυτή και γι'αυτό, εν τέλει του ως άνω άρθρου – παραγράφου 22.Α.6, έθεσε το σημείο της με αριθμό 73 παραπομπής, μεταξύ των 117, εν όλω, παραπομπών εν τέλει της διακήρυξης, στις με αριθμούς 35 έως και 41 σελίδες της, στην οποία αναφέρονται τα εξής (σε συνέχεια του ότι η περίοδος αποκλεισμού στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.Α.4 είναι τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος): «...Πρβλ. άρθρο 73 παρ. 10 ν. 4412/2016, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 107 περ. 9 του ν. 4497/ /2017. Επίσης, βλ. υπ'αριθμ. Πρωτ. 6271/30-11-2018 έγγραφο της Αρχής (ΑΔΑ Ψ3Κ80ΞΤΒ-09Β) σχετικά με την απόφαση ΔΕΕ της 24 Οκτωβρίου 2018 στην υπόθεση C 124/17 Vossloh, ιδίως σκέψεις 38-41, ΣτΕ ΕΑ 40/2019...». Με πλήρη γνώση, επομένως, ο συντάκτης της διακήρυξης, της εν λόγω απόφασης του ΔΕΕ και των σχετικών της κρίσεων, διέτύπωσε, εν τούτοις, ως ανωτέρω, την παρ. 22.Α.6 της διακήρυξης, ορίζουσα ότι η περίοδος αποκλεισμού σε όλες τις περιπτώσεις της παρ. 22.Α.4 είναι τριετής, αρχόμενη

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

από την ημερομηνία του γεγονός και όχι από την ημερομηνία της καταδικαστικής κλπ απόφασης, ενημερώνοντας, όμως, τους ενδιαφερόμενους για συμμετοχή στον διαγωνισμό, ότι, εν σχέσει, ειδικότερα, με την περίπτωση (γ), της ύπαρξης επαρκώς εύλογων ενδείξεων που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ισχύουν και όσα έχει κρίνει το ΔΕΕ και η ΣΤΕ/ΕΑ. Και, επομένως, είναι όλως εσφαλμένη και η τελικώς διατυπωθείσα γνώμη, στην από 14.5.2021 γνωμοδότηση της Νομικής Διεύθυνσης (και, εν πάση περιπτώσει, το αναφερόμενο στην προσβαλλόμενη απόφαση απόσπασμα της) ότι το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού είναι αντιφατικό και ότι, «...μη αποδεχόμενη την γνώμη της νομικής...», η Επιτροπή Διαγωνισμού, «...λανθασμένα θεωρεί... ότι έχει παρέλθει η τριετία...».

13. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

14. Επειδή το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: [...] β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 και πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77, και, κατά περίπτωση, τους κανόνες και τα κριτήρια αμεροληψίας που αναφέρονται στο άρθρο 84.[...]».

15. Επειδή το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «... 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, ... ζ) εάν ο οικονομικός φορέας 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 79...θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του.5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β' της παρ. 4. 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.

8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή...».

16. Επειδή το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ...4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών [...].».

17. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης [...]

δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: I) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Συμπληρωμένο Έντυπο Τπεύθυνης Δήλωσης (ΣΕΤΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, 20 απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας... Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται.[...]

22.A. Λόγοι αποκλεισμού Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων:[...]

22.A.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις [...]

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

(θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του.[...]

22.A.6. Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων

Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.

22.A.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.A.1, 22.A.2α και 22.A.474 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Σα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.

22.A.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016[...].

Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Συμπληρωμένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΣΕΤΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. [...]

23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.

Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας:

Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά [...] (ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22100, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού».

18. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

19. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

20. Επειδή, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

21. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται και δη με επίκληση

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

συγκεκριμένο περί του αντιθέτου λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο δια προδικαστικής προσφυγής αυτού. Σε αντίθετη περίπτωση, η διαδικασία θα κατέληγε σε παράλογα αποτελέσματα, επιτρέποντας τη συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που είτε ψεύδονται με την προσφορά τους είτε είναι προδήλως μη ικανοί να την υλοποιήσουν είτε η προσφορά τους είναι εν τέλει μη νόμιμη και ως εκ τούτου δεν θα είναι σε θέση και δεν θα επιτραπεί να αναλάβουν τη σύμβαση, άρα και να οριστικοποιηθεί η τυχόν κατακύρωση σε αυτούς (ΑΕΠΠ 96/2017)

22. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»*.

23. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*.

24. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι : *«Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένα απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της*

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων.

25. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

26. Επειδή, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

στο πλαίσιο του Ν. 3886/2010, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία ματαιώνεται διεξαγόμενος διαγωνισμός και διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης κατά το μέρος που αφορά τη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, όπως παγίως έχει κριθεί, εάν υποβάλλεται σχετικό αίτημα και συντρέχουν, περαιτέρω, οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής προστασίας, η Επιτροπή Αναστολών, μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης, να διατάξει ως ασφαλιστικό μέτρο τη μη κίνηση ή τη μη συνέχιση τυχόν ήδη κινηθείσας διαδικασίας επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου μάλιστα ότι ο αιτών δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς την ανωτέρω πλημμέλεια με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της νέας διακήρυξης ή των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της διαδικασίας του νέου διαγωνισμού (ΕΑ 604/09, 929, 221, 367/2007, 726/2005, 810, 543/ 2004, 668, 29/2002, 713/2001).

27. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

28. Επειδή για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται έρευνα και μελέτη του

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

ιστορικού καθώς και των λοιπών στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας καθώς και τυχόν αναζήτηση περαιτέρω εγγράφων και διευκρινίσεων.

29. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος από τη ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας και τυχόν την επαναπροκήρυξη αυτής είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 739/2008,1087/2006,822/2005).

30. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Επίσης, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 27 της παρούσας.

31. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, είναι η απαγόρευση επαναπροκήρυξης του Τμήματος 3 του διαγωνισμού, η οποία διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

32. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

33. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του αιτούντος.

Αριθμός απόφασης: Α248/2021

Ορίζει ως προσωρινό μέτρο την απαγόρευση επαναπροκήρυξης του Τμήματος 3 του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ