

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 73/2021 και 77/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1035/21.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην Κεντρική Αγορά ... (...-...), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 138/29.04.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του από 12.04.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στον ..., προέκταση ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ του διαγωνισμού και το από 12.04.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής

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, ποσού 905 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 20.05.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας των Ομάδων 2.Γ (46.904,50€) και 3.Γ (134.033,00€) της σύμβασης για την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 180.937,50 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 37/27852/30.11.2020 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοιχτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Προμήθεια ειδών κρεοπωλείου, κατεψυγμένων ψαριών, γαλακτοκομικών, οπωρολαχανικών, παντοπωλείου, άρτου και έτοιμου φαγητού για τις ανάγκες του Δήμου ...και των Νομικών του Προσώπων, για δύο (2) έτη» και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και υψηλότερου ποσοστού έκπτωσης, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 2.339.932,20 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 25 Ομάδες, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για μια ή περισσότερες Ομάδες και για το σύνολο των ειδών και ποσοτήτων έκαστης Ομάδας.

3. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 2.12.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 3.12.2020 με ΑΔΑΜ ...,

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 20.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 11.05.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 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 Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει υποβάλλει προσφορά στον διαγωνισμό και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ του διαγωνισμού. Περαιτέρω, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης ή και εισήγησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, και για το λόγο αυτό, ως μη εκτελεστές πράξεις, δεν υπόκεινται αυτοτελώς σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣτΕ (Ασφ), ΣτΕ 323/2012, ΕΑ ΣτΕ 721/2011, ΔΕφΑθ 93/2013). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως αιτείται ο προσφεύγων την ακύρωση του από 12.04.2021 Πρακτικού δεδομένου ότι συνιστά μη εκτελεστή πράξη.

7. Επειδή την 20.05.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1295/2021 και 1318/2021 Πράξεις της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 31.05.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3363/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 10.06.2021 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

11. Επειδή στις 22.06.2021 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 28.06.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν δεκαεννέα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 206197 και 205245 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 12.04.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού, εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου για τις Ομάδες 2.Γ και 3.Γ και την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος στις εν λόγω Ομάδες διότι «...μετά από τον έλεγχο που πραγματοποιήθηκε στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής, διαπιστώθηκε – όπως δηλώνεται και από τον ίδια στο ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙΙ, κεφ Γ', πεδίο: Πρώρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, σελ. 9) – τόσο ότι έχει εκπέσει η υπ' αρ. 009/2019 (γ) Σύμβαση με το ..., όσο και οι ενέργειες στις οποίες έχει προβεί λόγω της έκπτωσης αυτής (δηλαδή άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής κλπ, και στην συνέχεια προσφυγή ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (12-2-2021)[...] Κατά πρώτον από τα υποβληθέντα – ηλεκτρονικά αρχεία κατά το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής - που έχει καταθέσει ο Οικονομικός Φορέας και συγκεκριμένα από τις αποφάσεις “ΔΣ 24η-17.09.2020” και “ΔΣ 31η-17-12-2020 με ΘΕΜΑ 107ο”, “ΕΝΔΙΚΟΦΑΝΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ...” και στην συνέχεια μέσω της επικοινωνίας με το ΕΣΗΔΗΣ: “ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ.signed1” και “ΠΡΟΣΦΥΓΗ ...” διαπιστώθηκε ότι: Κατά την εκτέλεση της προαναφερόμενης σύμβασης με το ..., η συμβαλλόμενη εταιρεία ...είχε έξι συνεχόμενες παρατηρήσεις της Επιτροπής Παραλαβής. Συγκεκριμένα είχαν συνταχθεί τα Πρακτικά Παράβασης: 1408/21-7-2020, 16037/7-8-2021, 16530/17-8-2020, 16850/21-8-2020, 16981/24-8-2020 και 17373/28-8-2020, όπου δηλώνουν κατά εξακολούθηση την ίδια πλημμέλεια από την πλευρά της συμβαλλόμενης εταιρίας ...

Κατόπιν των ανωτέρω, η Ε.Δ.Δ. εκτιμά ότι ο Οικονομικός Φορέας “...” δεν δύναται να προχωρήσει στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, παρόλο που επικαλείται τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει ώστε να ενταχθεί στις ευνοϊκές διατάξεις του άρθρου 2.2.3.7 της παρούσας διακήρυξης, για τους εξής λόγους:

παρουσίασε συνεχόμενη και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, σε περίοδο λίγο μεγαλύτερη του ενός μηνός.

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

□ η δήλωση της εταιρίας ..., ότι έχει ορίσει “επόπτη” για την επικοινωνία με διάφορους φορείς, δεν αποτελεί στοιχείο ισχυροποίησης της νόμιμης συμβατικής συμπεριφοράς της, διότι αυτή η ενέργεια απαιτούνταν για την ορθή εκτέλεση των όρων των συμβάσεων που έχει συνάψει.

□ Στα ένδικα μέσα που άσκησε ενώπιον του Εφετείου Θεσσαλονίκης ο Οικονομικός Φορέας «...», προκειμένου να ακυρωθεί η απόφαση έκπτωσης του από το “...”, δηλώνεται από το σκεπτικό της προσφυγής, η αναγνώριση – ομολογία από την προσφεύγουσα εταιρεία ότι η απόφαση έκπτωσης αποτελεί λόγω αποκλεισμού της εταιρείας από μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες λόγω σοβαρού «επαγγελματικού παραπτώματος» (αρ. 73 ν. 4412/2016) και

□ ο ισχυρισμός του Οικονομικού Φορέα «...» ότι συντρέχει υπαιτιότητα και του Νοσοκομείου, για την περίπτωση έκπτωσης του όπως αναλυτικά παρουσιάστηκε ανωτέρω, δεν τελεί υπό ουσιώδη συνάφεια με την παρούσα διαγωνιστική αυτοτελή και ανεξάρτητη διαδικασία. Αλλά, είναι μία περίπτωση που θα κριθεί και θα αποφασισθεί ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, με την σχετική εκδίκαση της προσφυγής της εταιρείας “...”.» Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

14. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τους όρους 2.2.3.4, 2.2.3.7 και 2.2.3.8 της διακήρυξης καθώς και το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «[...] Καταρχάς, έγινε δεκτό ότι: «... είχαν συνταχθεί τα Πρακτικά Παράβασης: 1408/21-7-2020, 16037/7-8-2021, 16530/17-8-2020, 16850/21-8-2020, 16981/24-8-2020 και 17373/28-8-2020, όπου δηλώνουν κατ’ εξακολούθηση την ίδια πλημμέλεια από την πλευρά της συμβαλλόμενης εταιρίας ...». Τα αναφερόμενα Πρακτικά δεν ανάγονται, ωστόσο, ανεξάρτητα από το εάν ανταποκρίνονται στα πράγματα, στην διάπραξη κατ’ εξακολούθηση της «ίδιας» πλημμέλειας από την πλευρά της εταιρίας μας, όπως έγινε δεκτό. Έτσι, η προμήθεια του Νοσοκομείου με «φυσικούς χυμούς πορτοκαλιού 100%» με βάση το αρ. 1408/21-7-2020 Πρακτικό, παρότι τέτοια πρόβλεψη δεν υπήρχε ούτε στην διακήρυξη, ούτε στη σύμβαση, εμφανίσθηκε άπαξ, καθόσον, παρά την έλλειψη σχετικής υποχρέωσης, η εταιρία μας κάλυψε την απαίτηση

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

του νοσοκομείο στην ακριβώς αμέσως παράδοση, ώστε να μην νοείται επανάληψη της φερόμενης αυτής παράβασης. Αυξημένη ποσότητα στην παράδοση των προϊόντων εμφανίζεται μόνον στο αρ. 1603/7-8-2020 και 16530/17-8-2020 Πρακτικό, το αρ. 16850 Πρακτικό αναφέρεται στην ωριμότητα της παραδοθείσας παρτίδας μπανανών καθώς και στην ύπαρξη σπόρων (κουκουτσιών) στα σταφύλια, το αρ. 16981 στην μη παράδοση μίας παρτίδας φυσικών χυμών ενώ το αρ. 17373 Πρακτικό στην καθυστέρηση για τρεις (3) ώρες της παράδοσης των εμπορευμάτων. Ανεξάρτητα από την συνδρομή σοβαρών λόγων υπαιτιότητας της Υπηρεσίας, τους οποίους εκθέσαμε με την οικεία προσφυγή μας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (αρ. κατ. ΠΡ60/12-2-2021), δικάσιμος της οποίας έχει προσδιορισθεί την 7-9-2021, τα ανωτέρω φερόμενα παραπτώματα της εταιρίας μας δεν ανάγονται στην ίδια παράβαση, ούτε και προκύπτει ότι η εταιρία μας «παρουσίασε συνεχόμενη και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια σε περίοδο λίγο μεγαλύτερη του μηνός», όπως δέχεται η υπηρεσία, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν.

β- Σε κανένα σημείο δεν αιτιολογείται ότι επρόκειτο για σοβαρές πλημμέλειες κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Αντιθέτως, η στήριξη της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης σε 'συνεχόμενη' παράβαση υποδεικνύει, ότι η αναθέτουσα αρχή αντιλαμβάνεται (ορθά) ότι οι φερόμενες παραβάσεις έχουν δευτερεύουσα σημασία. Για τον λόγο αυτό από κανένα σημείο της αιτιολογίας της πράξης δεν προκύπτει ότι παραβιάσθηκε «ουσιώδης απαίτηση στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης», όπως απαιτεί ο νόμος αυτοτελή πλέον (σωρευτική) προϋπόθεση. Δεν μνημονεύεται η προϋπόθεση αυτή διόλου, ακριβώς διότι δεν επρόκειτο για ουσιώδεις πλημμέλειες κατά την εκτέλεση της σύμβασης από την πλευρά της εταιρίας μας. Τούτο αποδεικνύεται από τα ακόλουθα:

β1- Τα εμπορεύματα παραληφθηκαν από το Νοσοκομείο και εξοφλήθηκαν πλήρως ενώ υφίστατο η δυνατότητα επιστροφής τους ως ελαττωματικών ή τουλάχιστον επιστροφής όσων ποσοτήτων είχαν κριθεί αυξημένες σε σχέση με την παραγγελία.

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

β2- Δεν επιτρέπεται να χαρακτηρίζονται ως «σοβαρές», παραβάσεις με βάση υποχρεώσεις, που δεν αποτυπώνονται με σαφήνεια ούτε στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού, ούτε και στο συμβατικό κείμενο. Χαρακτηριστικό τέτοιο παράδειγμα συνιστά το αρ. 1408/21-7-2020 Πρακτικό, με το οποίο διαπιστώθηκε η μη παράδοση χυμών πορτοκαλιού «100%» φυσικών. Ωστόσο, η σύμβαση αναφερόταν σε «χυμό πορτοκαλιού» χωρίς άλλη διευκρίνιση ενώ οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης σε «φυσικό χυμό πορτοκαλιού». Επίσης, στην περίπτωση του πρακτικού 1698/24-8-2020, όπου ενώ η σύμβαση προσδιόριζε τους φυσικούς χυμούς σε «τεμάχια» η υπό κρίση παραγγελία έχει λάβει χώρα σε «παλέτα» και να ανακύπτει εύλογη αμφιβολία για την ποσότητα. Επίσης, στο πρακτικό 17373/28-8-2020 ενώ η σύμβαση προέβλεπε παραγγελία σε «κιλά» το Νοσοκομείο απέστειλε παραγγελία σε τεμάχια, με αποτέλεσμα, επίσης, την δημιουργία σχετικής αμφιβολίας.

β3-Δεν επιτρέπεται να χαρακτηρίζονται ως «σοβαρές» παραβάσεις με βάση εσφαλμένα δεδομένα από την Επιτροπή παραλαβής, όπως το μικτό βάρος των εμπορευμάτων έναντι του καθαρού, που απαιτούσε η διακήρυξη και η σύμβαση.

β4-Δεν επιτρέπεται να χαρακτηρίζονται ως «σοβαρές» παραβάσεις, για τις οποίες δεν τηρείται η αρχή της αναλογικότητας σε σχέση με το είδος της 'παραβάσης', το είδος και τον όγκο των προς παράδοση ειδών καθώς και τον αριθμό των παραδόσεων, που έλαβαν χώρα στο πλαίσιο της σύμβασης και της αναλογίας σε σχέση με αυτές των 'παραβάσεων', την βλάβη, που υπέστη εξ' αυτών τυχόν η αναθέτουσα αρχή καθώς και το δημόσιο συμφέρον. Τα στοιχεία αυτά δεν εκτιμήθηκαν, ως όφειλαν, από τον Δήμο ..., ώστε να κρίνει, έστω κι αν είχε δεχθεί (εσφαλμένα) ότι οι φερόμενες παραβάσεις αποτελούσαν μία επαναλαμβανόμενη παράβαση, ότι πάντως δεν συνέτρεχε η δεύτερη αυτοτελής προϋπόθεση για τον αποκλεισμό της εταιρίας μας, δηλ. η παράβαση επιπλέον «ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης» ήτοι παράβασης «σοβαρής» και όχι παντελώς δευτερεύουσας σημασίας, όπως όσες προαναφέρθηκαν ενόψει του όγκου των



## Αριθμός απόφασης:1156/2021

προς παράδοση ειδών, τους είδους τους (φρέσκα οπωρολαχανικά) και της διάρκειας της σύμβασης. Στο μέτρο, που στον (ουσιαστικό) αυτό έλεγχο δεν προέβη η αναθέτουσα αρχή, αυτό οφείλει να το πράξει η Ανεξάρτητη Αρχή σας στο πλαίσιο της παρούσας ενδικοφανούς προσφυγής μας λαμβάνοντας υπόψη τα ακόλουθα:

Ως προς το είδος των παραβάσεων: Πρόκειται για δευτερεύουσας σημασίας παραβάσεις, όπως η φερόμενη άπαξ παράδοση ροδάκινων αντί για νεκταρίνια ή σταφύλια (με κουκούτσια) ενώ είχαν ζητηθεί από το Νοσοκομείο σταφύλια σουλτανίνα (χωρίς κουκούτσια) λαμβανομένου υπόψη ότι όλα αυτά τα είδη εντάσσονταν στα προς προμήθεια είδη της σύμβασης. Αυτό κατά τα ανωτέρω φαίνεται να γίνεται δεκτό και από την αναθέτουσα αρχή.

Ως προς την δυνατότητα θεραπείας των παραβάσεων: Δεν επιτρέπεται να χαρακτηρίζονται ως 'ουσιώδεις' παραβάσεις, δηλαδή αναντιστοιχίες μεταξύ των προβλεπόμενων και προς προμήθεια ειδών οι οποίες ευχερώς μπορούν να αρθούν με την επίδειξη καλής πίστης από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής, όπως χαρακτηριστικά στην περίπτωση υπέρβασης των ποσοτήτων με την επιστροφή των επιπλέον ποσοτήτων.

Ως προς βλάβη της αναθέτουσας αρχής: Επίσης, συνεκτιμητέο στοιχείο για το εάν επρόκειτο πράγματι για ουσιώδεις παραβάσεις των όρων της σύμβασης και εάν η εκτέλεση από μέρους μας της σύμβασης ήταν σοβαρά πλημμελής, συνιστά το γεγονός ότι παρά την έκδοση πράξης «έκπτωσης» εις βάρος της εταιρίας μας ήδη από τον Σεπτέμβριο του έτους 2020, η σύμβαση εξακολούθησε να εκτελείται από το Νοσοκομείο μέχρι και τον Δεκέμβριο του ίδιου έτους χωρίς να μας κοινοποιήσει εν τω μεταξύ την απόφαση έκπτωσης.

Ως προς την (μη) βλάβη του δημοσίου συμφέροντος: Πρόκειται για παραβάσεις, οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν έθεσαν σε κίνδυνο την δημόσια υγεία ή το δημόσιο συμφέρον εν γένει.

Ως προς την (μη) ύπαρξη παραβάσεων καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Επίσης, αίσθηση προξενεί το γεγονός ότι πριν από την 'συστάδα' αυτών των Πρακτικών (δήθεν) παραβάσεων κατά τον Αύγουστο 2020, δεν υφίσταται άλλη

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

τέτοια καταγραφή κατά την διετή εκτύλιξη της σύμβασης παρά μόνον ελάχιστες στη συνέχεια, που επιβεβαιώνουν τον κανόνα της καθόλα ομαλής και νόμιμης εκτέλεσης της σύμβασης. Το ίδιο αποδεικνύεται και από το πλήθος συμβάσεων, που εκτελέσαμε ομαλά σε δημόσιους φορείς χωρίς ποτέ να προκύψει οποιοδήποτε πρόβλημα κατά την 40ετή σχεδόν δραστηριοποίηση της εταιρίας μας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων.

ΜΕΜΟΝΩΜΕΝΕΣ ΑΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΠΑΡΑΓΓΕΛΙΩΝ ΚΑΙ ΤΩΝ ΠΡΟΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ ΔΕΝ ΕΠΙΤΡΕΠΕΤΑΙ ΝΑ ΟΔΗΓΟΥΝ ΌΧΙ ΜΟΝΟΝ ΣΕ ΕΚΠΤΩΣΗ ΤΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΣΕ ΕΚ ΠΡΟΟΙΜΙΟΥ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟ ΤΟΥ ΑΠΟ ΑΛΛΟΥΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ, ΣΤΟ ΜΕΤΡΟ, ΠΟΥ, ΟΠΩΣ ΕΝ ΠΡΟΚΕΙΜΕΝΩ, ΠΡΟΚΕΙΤΑΙ ΓΙΑ ΔΥΝΗΤΙΚΟ ΛΟΓΟ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΚΑΙ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΟΦΕΙΛΕΙ ΝΑ ΕΚΤΙΜΗΣΕΙ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΜΕΝΑ ΤΗ ΦΥΣΗ ΤΩΝ ΠΑΡΑΒΑΣΕΩΝ ΩΣ ΟΥΣΙΩΔΩΝ Ή ΜΗ (ΤΗΡΗΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ)

ΕΠΕΙΔΗ τα μέτρα αυτοκάθαρσης απαιτούνται να έχουν ληφθεί κατά το άρ. 73 παρ. 7 ν. 4412/2016, προκειμένου να αποσοβηθεί η κήρυξη τελικά εκπτώτου του διαγωνιζομένου, μόνον σε περίπτωση, που συντρέχουν οι προϋποθέσεις έκπτωσης, ήτοι 'σοβαρά' παραπτώματα κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης ή συνεχόμενη παράβαση. Κατά συνέπεια, δεν υφίσταται απαίτηση να έχουν ληφθεί τέτοια μέτρα, εφόσον δεν συντρέχει αυτός ο όρος, όπως στην περίπτωσή μας. Εκ περισσού η εταιρία μας όρισε επόπτη στην παράδοση των εμπορευμάτων, όπως επισήμανε κατά την σχετική της δήλωση στο έντυπο. Η κρίση άλλωστε της αναθέτουσας αρχής ότι τα μέτρα αυτά όφειλαν να είχαν ληφθεί πριν την διάπραξη των φερόμενων παραβάσεων, δεν στηρίζεται προφανώς στον νόμο. Διότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης προϋποθέτουν διάπραξη των προαναφερόμενων αναφερόμενων στον νόμο παραβάσεων, προϋπόθεση, που εν προκειμένω δεν συντρέχει

ΕΠΕΙΔΗ στην προσφυγή μας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης χαρακτηρίσαμε την απόφαση έκπτωσης (ορθά) ως (δυνητικό) λόγο αποκλεισμού μας. Πάντως, ακόμη κι αν είχαμε δηλώσει εσφαλμένα το

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

αντίθετο στο εν λόγω δικόγραφο, για να δείξουμε την (εσφαλμένη) πρακτική των διοικητικών αρχών να αποκλείουν ανατιολόγητα αιτήσεις συμμετοχής λόγω υφιστάμενης έκπτωσης, δεν αποτελεί αυτό λόγο η αναθέτουσα αρχή να μην τηρήσει την νομιμότητα, όπως την αποδώσαμε ανωτέρω

ΕΠΕΙΔΗ η αναφορά στην εν λόγω προσφυγή μας σχετικά με την υπαιτιότητα του συμβαλλόμενου Νοσοκομείου είναι κρίσιμη για την υπό κρίση υπόθεση, στο μέτρο, που συνδέεται με την σοβαρότητα των λόγων έκπτωσης, την έλλειψη υπαιτιότητάς μας δηλαδή στην διάπραξη των φερόμενων παραβάσεων, που συνιστά κρίσιμο μέγεθος για την απόφαση αποκλεισμού ΕΠΕΙΔΗ σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία η έκδοση πράξης έκπτωσης από το Ψυχιατρικό Νοσοκομείο ... δεν συνεπάγεται την απαγόρευση ελέγχου, βάσει του τεκμηρίου νομιμότητας, των φερόμενων παραβάσεων, που οδήγησαν στην έκδοσή της, ώστε η αναθέτουσα αρχή επόμενης σύμβασης να αποκλείει αυτομάτως διαγωνιζόμενο, επειδή κηρύχθηκε έκπτωτος από προηγούμενη σύμβαση. Αντιθέτως, το άρ. 73 του ν. 4412/2016 επιβάλλει τον έλεγχο αυτόν (βαρύτητας των φερόμενων παραβάσεων, που καταγράφονται στα οικεία πρακτικά), ώστε η απόφαση της οικείας Επιτροπής του Διαγωνισμού να είναι αιτιολογημένη».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι : «[...] Στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής, διαπιστώθηκε – όπως δηλώνεται και από τον ίδια στο ΕΕΕΣ (Μέρος III, κεφ Γ', πεδίο: Πρώρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, σελ. 9) – ότι έχει εκπέσει η υπ' αρ. 009/2019 (γ) Σύμβαση με το ..., αλλά και οι ενέργειες στις οποίες έχει προβεί λόγω της έκπτωσης αυτής (δηλαδή άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής κλπ, και στην συνέχεια προσφυγή ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (12-2-2021).

Μεταξύ των εγγράφων που κατατέθηκαν, υπάρχουν και οι σχετικές αποφάσεις "ΔΣ 24η-17.09.2020" και "ΔΣ 31η-17-12-2020 με ΘΕΜΑ 107ο" "ΕΝΔΙΚΟΦΑΝΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ..." και στην συνέχεια μέσω της επικοινωνίας με το ΕΣΗΔΗΣ: "ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ.signed1" και "ΠΡΟΣΦΥΓΗ ...", από τα οποία

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

διαπιστώθηκε ότι: Κατά την εκτέλεση της προαναφερόμενης σύμβασης με το ..., η συμβαλλόμενη εταιρεία ...είχε έξι συνεχόμενες παρατηρήσεις της Επιτροπής Παραλαβής. Συγκεκριμένα είχαν συνταχθεί τα Πρακτικά Παράβασης: 1408/21-7-2020, 16037/7-8-2021, 16530/17-8-2020, 16850/21-8-2020, 16981/24-8-2020 και 17373/28-8-2020, όπου δηλώνουν κατά εξακολούθηση την ίδια πλημμέλεια από την πλευρά της συμβαλλόμενης εταιρίας ...

Κατόπιν των ανωτέρω, η Ε.Δ.Δ. εκτιμά ότι ο Οικονομικός Φορέας "...' δεν δύναται να προχωρήσει στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, παρόλο που επικαλείται τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει ώστε να ενταχθεί στις ευνοϊκές διατάξεις του άρθρου 2.2.3.7 της παρούσας διακήρυξης, για τους εξής λόγους:

παρουσίασε συνεχόμενη και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, σε περίοδο λίγο μεγαλύτερη του ενός μηνός κατά την εκτέλεση της σύμβασης με το....

Η έκπτωση, λόγω μη συνεπούς εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων της εταιρείας ..., από το Νοσοκομείο και συγχρόνως η ολική κατάρπτωση της εγγύησης καλής εκτέλεσης σε σύμβαση όμοια με αυτή του ένδικου διαγωνισμού, στοιχειοθετεί την επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα.

για την οριστικοποίηση της έκπτωσης δεν απαιτείται η έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης, ούτε είναι δυνατός ο έλεγχος από την αναθέτουσα αρχή της νομιμότητας της απόφασης έκπτωσης.

η δήλωση της εταιρίας ..., ότι έχει ορίσει “επόπτη” για την επικοινωνία με διάφορους φορείς, δεν αποτελεί στοιχείο ισχυροποίησης της νόμιμης συμβατικής συμπεριφοράς της, διότι αυτή η ενέργεια απαιτούνταν για την ορθή εκτέλεση των όρων των συμβάσεων που έχει συνάψει.

Στα ένδικα μέσα που άσκησε ενώπιον του Εφετείου Θεσσαλονίκης ο Οικονομικός Φορέας «...», προκειμένου να ακυρωθεί η απόφαση έκπτωσης του από το “...”, δηλώνεται από το σκεπτικό της προσφυγής, η αναγνώριση –

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

ομολογία από την προσφεύγουσα εταιρεία ότι η απόφαση έκπτωσης αποτελεί λόγω αποκλεισμού της εταιρείας από μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες λόγω σοβαρού «επαγγελματικού παραπτώματος» (αρ. 73 ν. 4412/2016) και

□ ο ισχυρισμός του Οικονομικού Φορέας «...» ότι συντρέχει υπαιτιότητα και του Νοσοκομείου, για την περίπτωση έκπτωσης του όπως αναλυτικά παρουσιάστηκε ανωτέρω, δεν τελεί υπό ουσιώδη συνάφεια με την παρούσα διαγωνιστική αυτοτελή και ανεξάρτητη διαδικασία. Αλλά, είναι μία περίπτωση που θα κριθεί και θα αποφασισθεί ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου ..., με την σχετική εκδίκαση της προσφυγής της εταιρείας "...».

16. Επειδή ο παρεμβαίνων προβάλλει τα ακόλουθα : « [...] Την 26-11-2020 αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα ΔΙΑΥΓΕΙΑ, απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του... (...) με αριθμό ΑΔΑ ..., με την οποία η εταιρία «...» κηρύχθηκε έκπτωτη από την υπ' αριθμόν 009/2019 σύμβασή της με το ανωτέρω Νοσοκομείο. Ακολούθησε η έκδοση της από 17-12-2020 απόφασης του Δ.Σ. του ίδιου Νοσοκομείου, με αριθμό ΑΔΑ ..., με την οποία τροποποιήθηκε η πιο πάνω όμοια και αποφασίστηκε ειδικότερα η κήρυξη έκπτωτης της εταιρίας «...» από τη σύμβαση, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης και η διατύπωση επιφύλαξης του Νοσοκομείου προς αποκατάσταση οποιασδήποτε ζημίας του απορρέει από την πιο πάνω αιτία.

μεταξύ των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016, οι οποίοι καθίστανται υποχρεωτικοί σε περίπτωση που περιληφθούν στη διακήρυξη του διαγωνισμού, συγκαταλέγεται και η περίπτωση της σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, με αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις (περ. στ'). Ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού συνιστά ειδικότερη περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα. Εξάλλου, όπως γίνεται νομολογιακώς δεκτό, η έκπτωση, λόγω μη συνεπούς εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων υποψήφιου οικονομικού φορέα από προηγούμενες

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

εργολαβίες με αντικείμενο συναφές με αυτό του ένδικου διαγωνισμού, στοιχειοθετεί κατ' αρχήν σοβαρή ή/ και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα, η οποία συνιστά λόγο αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό, ενώ, κατά την έννοια των ίδιων διατάξεων, για την οριστικοποίηση της έκπτωσης δεν απαιτείται η έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης, ούτε εξάλλου, είναι δυνατός ο παρεμπόμπων έλεγχος από την αναθέτουσα αρχή της νομιμότητας της απόφασης έκπτωσης

γ. Εν προκειμένω, η εταιρία «...» σύμφωνα με τις προαναφερθείσες αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., κηρύχθηκε έκπτωτη από απολύτως ομοίου περιεχομένου σύμβαση του ανωτέρω Νοσοκομείου (προμήθεια οπωρολαχανικών ή/ και ειδών διατροφής), λόγω ουσιώδους, προφανώς, παράβασης των συμβατικών της υποχρεώσεων, ενώ παράλληλα με την έκπτωση, επιβλήθηκε σε βάρος της και η κύρωση της ολικής κατάπτωσης της εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης.

Εκ των ανωτέρω καθίσταται πρόδηλο ότι συντρέχει στο πρόσωπο της εταιρίας «...» ο λόγος αποκλεισμού της περ. στ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, συνεπεία της πλημμελούς εκτέλεσης «ουσιώδους» απαίτησης στα πλαίσια προηγούμενης σύμβασης που εκτελούσε ο εν λόγω οικονομικός φορέας, εφόσον ήταν μετά βεβαιότητας – και πάντως κατ' αντικειμενική κρίση – «σοβαρή» και είχε ως αποτέλεσμα την κήρυξή του έκπτωτου από την προαναφερθείσα σύμβαση με το Ψυχιατρικό Νοσοκομείο ... (ήτοι την πρόωρη καταγγελία αυτής) και την ολική κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της σύμβασης.

δ. Όπως προαναφέρθηκε, ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού συνιστά ειδικότερη περίπτωση «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» κατά την έννοια της περ. θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν 4412/2016. Σύμφωνα δε και με όσα παγίως γίνονται δεκτά από τη νομολογία, η πλημμελής εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, ακόμη κι αν δεν οδήγησε στην επιβολή κυρώσεων σε βάρος του οικονομικού φορέα, είναι δυνατόν να εκτιμηθεί από την

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

αναθέτου-σα αρχή κατά την εξέταση της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας. Εξάλλου, όπως κρίθηκε με την ΕΑΣΤΕ 274/2018, κατά την ερμηνεία της εν λόγω διάταξης, η έκπτωση, λόγω μη συνεπούς εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων, υποψήφιου οικονομικού φορέα από προηγούμενες εργολαβίες με αντικείμενο συναφές με αυτό του ένδικου διαγωνισμού, στοιχειοθετεί κατ' αρχήν σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με τον αναθέτοντα φορέα, η οποία συνιστά λόγο αποκλεισμού αυτού από τον διαγωνισμό, ενώ, κατά την έννοια των ίδιων διατάξεων, για την οριστικοποίηση της έκπτωσης δεν απαιτείται η έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης, ούτε εξάλλου, είναι δυνατός ο παρεμπόμπων έλεγχος από την αναθέτουσα αρχή της νομιμότητας της πράξης έκπτωσης

ε. Δοθείσης, συνεπώς, και της σχετικής πρόβλεψης της διακήρυξης [...] καθίσταται πρόδηλο ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν διέθετε διακριτική ευχέρεια να κρίνει εάν η έκπτωση της εταιρίας «...» από την προαναφερθείσα σύμβαση του ...αποτελούσε ή όχι σοβαρό παράπτωμα, αφού, σύμφωνα με το νόμο (άρθρο 203 παρ. 1 Ν. 4412/2016), η κήρυξη προμηθευτή έκπτωτου λαμβάνει χώρα σε περιπτώσεις σοβαρής πλημμέλειας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ενώ οι λοιπές προβλεπόμενες κυρώσεις (όπως π.χ. αυτές του άρθρου 207 του Ν. 4412/2016) επιβάλλονται σε περιπτώσεις ήσσονος σημασίας παρατυπιών.

Από την άποψη αυτή, ουδεμία επιρροή ασκεί το γεγονός ότι η ως άνω εταιρία, όπως δηλώνει, έχει ήδη ασκήσει κατά της απόφασης του Δ.Σ. του Νοσοκομείου, με την οποία απορρίφθηκε η κατά το άρθρο 205 του Ν. 4412/2016 προσφυγή της, την υπ' αριθ. καταχώρησης ΠΡ60/12-2-2021 προσφυγή ουσίας στο Διοικητικό Εφετείο ..., διότι, όπως έχουμε ήδη αναφέρει, για την οριστικοποίηση της έκπτωσης δεν απαιτείται η έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης, ούτε εξάλλου, είναι δυνατός ο παρεμπόμπων έλεγχος από την αναθέτουσα αρχή της νομιμότητας της απόφασης έκπτωσης [πρβλ. ΕΑΣΤΕ 274/2018, ομοίως και Β. Γκέρτσος, ό.π., σελ. 269 επ]. Συνεπώς, ουδόλως απαιτείτο να καταστεί «αμετάκλητη» η απόφαση κήρυξης έκπτωτης

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

της εταιρίας «...». Αξίζει επίσης να σημειωθεί ότι, αν και η αίτηση αναστολής της προσφεύγουσας επί της οποίας έχει εκδοθεί η υπ' αριθ. 8/2021 απόφαση τους Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (χωρίς μάλιστα να πιθανολογηθούν ως βάσιμοι οι λόγοι της προσφυγής) ασκήθηκε την 12-2-2021, δηλαδή ένα (1) μήνα μετά τη διενέργεια του προκείμενου, δεν υποβλήθηκε αίτημα της προσφεύγουσας να ανασταλούν οι συνέπειες της έκπτωσης κατά το μέρος που αφορούν τον προκείμενο διαγωνισμό και, αντιστοίχως, η ενέργεια της αναστολής δεν εκτείνεται στην επίμαχη διαδικασία ανάθεσης.

στ. Τέλος, όσον αφορά στα δηλωθέντα «μέτρα αυτοκάθαρσης» με το ΕΕΕΣ της εταιρίας «...», επισημαίνουμε ότι η εν λόγω εταιρία δεν έχει επικαλεστεί κανένα απολύτως στοιχείο προκειμένου να αποδείξει ότι πράγματι έχει λάβει και τηρεί οποιοδήποτε επανορθωτικό μέτρο, πέραν της εκ μέρους της άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής του άρθρου 205 και 205Α του Ν. 4412/2016. [...] είναι προφανές ότι δεν συνέτρεχαν εν προκειμένω οι τασσόμενες από το νόμο αντικειμενικές προϋποθέσεις, για την τήρηση της διαδικασίας των παρ. 7, 8 και 9 του πιο πάνω άρθρου, ώστε να στοιχειοθετείται από την άποψη αυτή πλημμέλεια που θα μπορούσε να επιφέρει την ακύρωση της πληττόμενης απόφασης.

4.α. Επί αντίστοιχων, προς τους ανωτέρω, ισχυρισμών της Εταιρίας μας έχει ήδη αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π. και με την υπ' αριθ. 823/2021 απόφαση του 7ου Κλιμακίου, στο πλαίσιο όμοιας διαγωνιστικής διαδικασίας του Δήμου ..., κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής από την εταιρία «...», κατά την εξέταση της οποίας παρενέβη υπέρ του Δήμου ... η Εταιρία μας.[...]

Σύμφωνα, συνεπώς, με τα ανωτέρω, γίνεται φανερό ότι ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... ότι η εταιρία «...» δέον όπως αποκλειστεί από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, κατά το μέρος που συντρέχει στο πρόσωπό της ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ' του Ν. 4412/2016[...].

17. Επειδή στο υπόμνημα ο προσφεύγων προβάλλει τα κάτωθι: «[...] Η διακήρυξη μπορεί, βέβαια, να καθιερώσει δυνητικό λόγο αποκλεισμού ως



## Αριθμός απόφασης:1156/2021

υποχρεωτικό, υπό την προϋπόθεση, ωστόσο, ότι καθιερώνεται πράγματι ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού ως υποχρεωτικός στην διακήρυξη. Εάν, αντιθέτως, η διακήρυξη ρητά ορίζει ότι ο λόγος αυτός ισχύει ως δυνητικός, δεν τίθεται, βέβαια, ζήτημα μετατροπής του σε υποχρεωτικού.

Εν προκειμένω, στη Διακήρυξη και, πιο συγκεκριμένα, στους υπό στοιχείο 2 «Γενικούς και ειδικούς όρους συμμετοχής» ορίσθηκαν οι λόγοι αποκλεισμού (2.2.2), και ειδικότερα (υπό 2.2.3.4), ότι: «Αποκλείεται (παραπομπή 37) από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις (παραπομπή 38): ... στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις». Η παραπομπή -37- στη λέξη «αποκλείεται» της διακήρυξης ρητά διευκρινίζει παρά πόδα τα εξής: «Οι λόγοι της παραγράφου 4 αποτελούν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 ν. 4412/2016»\_ Κατά συνέπεια, καμία μεταβολή του δυνητικού χαρακτήρα του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού έλαβε χώρα με την διακήρυξη. Δεν υφίστατο, κατά συνέπεια, δέσμια αρμοδιότητα του Δήμου ...ως αναθέτουσας αρχής να μας αποκλείσει από τον διαγωνισμό [...]

Στο μέτρο που ο αποκλεισμός από τον παρόντα διαγωνισμό λόγω έκπτωσης από προηγούμενο έχει δυνητικό χαρακτήρα, προϋποθέτει την ουσιαστική κρίση του αρμοδίου οργάνου του διαγωνισμού ως προς την βαρύτητά του. Ωστόσο, όπως αναλυτικά αναπτύξαμε με την προδικαστική προσφυγή μας, η κρίση της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού στις 15/1/2021, η οποία επικυρώθηκε από την Οικονομική Επιτροπή, αιτιολογείται πλημμελώς, πλην όσων ήδη αναπτύξαμε με την προδικαστική προσφυγή μας και κατά τα ακόλουθα:

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

Όπως αναπτύξαμε αναλυτικά στην προδικαστική προσφυγή μας, οι λόγοι έκπτωσης ούτε στην ίδια πλημμέλεια αναφέρονται, όπως δέχεται η εκεί αναθέτουσα αρχή, ούτε σοβαρές ή συνεχόμενες παραβάσεις αφορούν. Αναφερόμαστε στο κείμενο της προδικαστικής προσφυγής μας για σχετική λεπτομερή επιχειρηματολογία.

Περαιτέρω, ναι μεν ατομική διοικητική πράξη, η οποία έχει εκφύγει του δικαστικού ελέγχου ως καλυπτόμενη από το τεκμήριο νομιμότητας δεν ελέγχεται παρεμπιπτόντως, ωστόσο, ο κανόνας αυτός δεν ισχύει, εάν ρητή διάταξη νόμου προβλέπει την αρμοδιότητα διοικητικού οργάνου να προβαίνει σε παρεμπτίπτοντα έλεγχο. Τέτοια αρμοδιότητα καθιερώνει το άρθρο 73, παρ. 4, περ. στ' ν. 4412/2016, το οποίο έχει μεταφέρει το άρ. 56 παρ. 4 περ. ζ της οδηγίας 2014/24. Ειδικότερα, στη διάταξη αυτή προβλέπεται η αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής του νέου διαγωνισμού να ελέγχει προγενέστερη απόφαση έκπτωσης ως προς το «εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις». Κατά συνέπεια, όσα περί του αντιθέτου σημειώνονται στην παρέμβαση σε σχέση με την αδυναμία ελέγχου της πράξης έκπτωσης λόγω του τεκμηρίου νομιμότητας, με το οποίο αυτή καλύπτεται, είναι αβάσιμα.

Επιβάλλεται, δηλαδή, στην αναθέτουσα αρχή η αξιολόγηση του κατά πόσο οι λόγοι έκπτωσης συνιστούν σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης.

Σε αντίθετη περίπτωση, κατά την οποία η νέα αναθέτουσα αρχή δεσμευόταν από την απόφαση έκπτωσης, οποιαδήποτε απόφαση έκπτωσης θα συνιστούσε αυτόματο λόγο αποκλεισμού σε κάθε νεότερη διαγωνιστική διαδικασία σε αντίθεση με το γράμμα του άρθρου προβλεπόμενο στην οδηγία

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

2014/24, πρέπει να σέβεται τα βασικά χαρακτηριστικά του, όπως προβλέπονται στην οδηγία. Το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24, ορίζοντας ότι τα κράτη μέλη καθορίζουν «τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου», «τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου», απαγορεύει στα κράτη μέλη να αλλοιώνουν τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στην εν λόγω διάταξη ή να παραβλέπουν τους σκοπούς ή τις αρχές από τις οποίες διαπνέεται καθένας από τους λόγους αυτούς (βλ. *ad hoc* σκέψη 33 απόφασης *Meca Sri κατά Comune di Napoli*). Περαιτέρω, από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι ο νομοθέτης της Ένωσης είχε την πρόθεση να αναθέσει αποκλειστικά και μόνο στην αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο της επιλογής των διανωνιζομένων, το έργο να εκτιμά κατά πόσον ένας υποψήφιος ή ένας διανωνιζόμενος πρέπει να αποκλειστεί από διαδικασία συνάψεως συμβάσεως. (βλ. *ad hoc* σκέψη 34 απόφασης *Meca Sri κατά Comune di Napoli*).

Ενόψει των ανωτέρω, ο Δήμος ...ως αναθέτουσα αρχή όφειλε να είχε κρίνει επί της ουσίας τους λόγους έκπτωσης ως προς την βαρύτητά τους, αν δηλαδή αφορούσαν σε ουσιώδη απαίτηση κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, η οποία μάλιστα παραβιάσθηκε επανειλημμένα και διαρκώς. Όπως προκύπτει από την προδικαστική προσφυγή μας υποβάλλαμε σειρά στοιχείων, από τα οποία προκύπτει το αντίθετο, όπως τα έχουμε άλλωστε καταγράψει και στην συνημμένη εκεί προσφυγή μας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης Περαιτέρω, όφειλε ο Δήμος κατά την εν λόγω εκτίμησή του να είχε τηρήσει την αρχή της αναλογικότητας, ώστε να μην μας είχε αποκλείσει από την παρόντα διαγωνισμό ενόψει του επουσιώδους χαρακτήρα των παραβάσεων, στις οποίες στηρίχθηκε η έκπτωση. Τέτοια κρίση δεν διέλαβε, ωστόσο, για τον λόγο αυτόν η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή απόφαση είναι ακυρωτέα. Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται από την πρόσφατη αρ. πρωτ. 9779/13-5-2021 απόφαση του Ψυχιατρικού Νοσοκομείου ...(το οποίο αποφάσισε την έκπτωση), με την οποία μας επιστράφηκαν οι 2 εγγυητικές επιστολές καλής εκτέλεσης της σύμβασης «καθότι έχει εκλείψει ο

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

λόγος, για τον οποίον εκδόθηκαν». Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής δεν συνάδει με την διατυπωθείσα στην απόφαση έκπτωσης επιφύλαξη για την αναζήτηση τυχόν ζημίας του Νοσοκομείου από την φερόμενη πλημμελή εκπλήρωση της παροχής από μέρους μας. Στην επιφύλαξη αυτή φαίνεται ότι το Νοσοκομείο έπαψε να εμμένει.

Τέλος, παρότι εν προκειμένω δεν συνέτρεχε λόγους αποκλεισμού, ακόμη και υπό αυτή την εκδοχή, ουδόλως συνεκτιμήθηκαν οι λόγοι «αυτοκάθαρσης», που προβάλλαμε, με την αιτιολογία ότι έπρεπε να είχαν ληφθεί πριν από την διάπραξη των παραβάσεων (!), ώστε σε καμία περίπτωση να μην νοούνται - υπό την αιτιολογία αυτή- μέτρα αυτοκάθαρσης. Ωστόσο, ο ισχυρισμός μας ήταν ουσιώδης, στο μέτρο, που οι καταγραφόμενες στην απόφαση έκπτωσης «αποκλίσεις» μπορούν πλέον να αποφεύγονται με τον ορισμό επόπτη κατά την εκτέλεση της σύμβασης προμήθειας (έλεγχος των προϊόντων κατά τη φόρτωση και κατά την παράδοση, επικοινωνία με τις αναθέτουσες αρχές κ.λπ.). Ειδικότερα, με το αρ. 1/2021 Πρακτικό της Εταιρίας μας, το οποίο επισυνάπτεται στην παρούσα, αποφασίσθηκε ότι «Ο κ. Πρόεδρος ενημερώνει τους εταίρους και αναθέτει στον κ. ...τον έλεγχο, την επίβλεψη της ποιότητας και της ποσότητας των οπωρολαχανικών σύμφωνα με τις παραγγελίες των φορέων του Δημοσίου, με τους οποίους η εταιρία έχει συνάψει συμβάσεις προμήθειας οπωρολαχανικών καθώς και την επίλυση οποιουδήποτε προβλήματος προκύψει σχετικά με τις παραδόσεις αυτών». Η απόφαση αυτή ελήφθη στο πλαίσιο των μέτρων «αυτοκάθαρσης» της εταιρίας μας. Όπως αποδεικνύεται, μάλιστα, από την εκτέλεση υφιστάμενων συμβάσεων της εταιρίας μας, ο θεσμός αυτός (του επόπτη) γνώρισε εφαρμογή στη συνέχεια και επέλυσε ζητήματα. Όπως αποδεικνύεται από την με σημερινή ημερομηνία αρ. πρ. 11159/18-6-2021 «Βεβαίωση» του Γενικού Καταστήματος Κράτησης ..., η εταιρία μας παραδίδει εμπρόθεσμα τα προϊόντα «ενώ παράλληλα επισημαίνεται η άμεση επίλυση οποιουδήποτε προβλήματος προκύψει, κατόπιν επικοινωνίας με τον κο ..., εταίρο της ομόρρυθμης εταιρίας». Επίσης, με την επίσης με σημερινή ημερομηνία αρ. πρωτ. 2068/18-6- 2021

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

«Βεβαίωση» του «Αγροτικού Καταστήματος Κράτησης ...» ομοίως βεβαιώνεται ότι το Κατάστημα Κράτησης «επικοινων[εί] με τον κ. ..., ο οποίος επιλύει κάθε πρόβλημα, που τυχόν προκύπτει σχετικά με τις παραδόσεις οπωρολαχανικών». Πρόκειται για οφισγενή έγγραφα, τα οποία σας υποβάλλουμε με την παρούσα. Εσφαλμένα, επομένως, το συγκεκριμένο μέτρο αυτοκάθαρσης κρίθηκε ανεπαρκές, ενόψει και της πορείας της επιχείρησής μας στις δημόσιες συμβάσεις και της το πρώτον έκδοσης απόφασης έκπτωσης εις βάρος της.».

18. 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[...].».

19. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ...περιέχουν ιδίως :[...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...].».

20. Επειδή το άρθρο 73 του ν.4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: [...]4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις [...] 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 ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες 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. [...] 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

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικο βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή....»

21. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «. [...]1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από 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 των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...]».

22. Επειδή στους όρους της διακήρυξης, προβλέπεται ότι : « [...] 2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις [...] (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις,[...]

2.2.3.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ)43 και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 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, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, 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.

2.2.3.8. 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. 4412/201645.[...]

### 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

#### 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα IV, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.

Το ΕΕΕΣ55 καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1.[...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –



## Αριθμός απόφασης:1156/2021

*Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα.*

*2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία επί ποινή αποκλεισμού περιλαμβάνουν*

*α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης [...].».*

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

24. 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 επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

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).

25. 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.

26. 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 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)

27. Επειδή όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία.

28. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του νέου Ν 4412/2016 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων. Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89) η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περι συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιος κατά τα ως άνω περίπτωσης

## **Αριθμός απόφασης:1156/2021**

αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ.(ΑΕΠΠ 118/2017).

29. Επειδή στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ προς τον σκοπό προαπόδειξης, μεταξύ άλλων, της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.4 (στ) της διακήρυξης, αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Επομένως, με τη συμπερίληψη της στη διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, η προαναφερθείσα περίπτωση (στ) του όρου 2.2.3.4 ανάγεται σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.3.7 της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι αν ο συμμετέχων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στον όρο 2.2.3.4 τότε μπορεί να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, η δε απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται κατά τη διαδικασία των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 25-27, στην περίπτωση που ένας διαγωνιζόμενος δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της αλλά δεν δηλώσει μέτρα αυτοκάθαρσης αποκλείεται αυτόματα καθώς η ευνοϊκή διαδικασία των παρ. 7 επ. του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 ενεργοποιείται μόνον δια της δήλωσης συγκεκριμένων

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

επανορθωτικών μέτρων στο ΕΕΕΣ και την προσκόμιση στην προσφορά των σχετικών υποστηρικτικών εγγράφων.

30. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων έχει απαντήσει καταφατικά στο ερώτημα του Τμήματος Γ του Μέρους ΙΙΙ του ΕΕΕΣ του «Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση» δηλώνοντας «*ΕΚΠΤΩΣΗ ΑΠΟ ΤΗΝ ΥΠ. ΑΡΙΘΜ. 009/2019(γ) ΣΥΜΒΑΣΗ ... ΑΠΟΦΑΣΗ 24/17/9/20, 31/17/12/20 ΚΟΙΝΟΠΟΙΗΣΗ ΤΩΝ ΔΥΟ ΣΤΙΣ 30/12/20*», στο δε πεδίο περί ληφθέντων μέτρων αναφέρει «*ΑΣΚΗΣΗ ΕΝΔΙΚΟΦΑΝΟΥΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΑΡΘΡΟ 205 ΚΑΙ 205Α ΤΟΥ ΝΟΜΟΥ 4412/2016 ΜΕ ΑΥΤΟΔΙΚΑΙΟ ΑΝΑΣΤΑΛΤΙΚΟ ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑ ΤΗΣ ΕΚΠΤΩΣΗΣ ΑΡΘΡΟ 205 ΕΔ.Γ ΤΟΥ ΝΟΜΟΥ 4412/16 ΣΤΙΣ 8/1/2021 ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ ΠΡΩΤΟΚΟΛΛΟΥ 448/8/1/21*». Επιπροσθέτως, ο προσφεύγων έχει προσκομίσει με την προσφορά του τις υπ' αριθμ. 24/17.09.2020 και 31/17.12.2020 αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του ...περί κήρυξης έκπτωσης και αντίγραφο της ενδικοφανούς προσφυγής που έχει ασκήσει κατά των εν λόγω αποφάσεων. Ως εκ τούτου, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν συντρέχει στην περίπτωση του ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4. (στ) της διακήρυξης διότι η έκπτωση, λόγω μη συνεπούς εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων υποψήφιου οικονομικού φορέα από προηγούμενες εργολαβίες με αντικείμενο συναφές με αυτό του ένδικου διαγωνισμού, στοιχειοθετεί κατ' αρχήν σοβαρή ή/ και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή, η οποία συνιστά καταρχήν λόγο αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό. Η δε δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος διοικητική προσβολή της απόφασης έκπτωσης ουδόλως αποτελεί επανορθωτικό μέτρο, καθώς τα μέτρα αυτοκάθαρσης συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση

## Αριθμός απόφασης:1156/2021

της εταιρείας προς τον σκοπό αποφυγής επανάληψης παρόμοιων καταστάσεων, ως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων. Επισημαίνεται ότι, κατόπιν αποσφράγισης των προσφορών, ο προσφεύγων υπέβαλε την 15.02.2021 μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού έγγραφο υπό τίτλο «ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ» στο οποίο δηλώνει ότι έχει ασκήσει τη με αριθμ. καταχ. ΠΡ 60/12.02.2021 προσφυγή κατά των αποφάσεων με τις οποίες κηρύσσεται έκπτωτος καθώς και ότι, ως μέτρο αυτοκάθαρσης, έχει ορίσει επόπτη ο οποίος έχει αναλάβει την καθημερινή επικοινωνία με τους συμβαλλόμενους φορείς και εν γένει θα επιβλέπει την ομαλή εξέλιξη των συμβάσεων. Τα εν λόγω στοιχεία, καταρχάς, δεν δύνανται να ληφθούν υπόψιν διότι προσκομίστηκαν μετά την υποβολή της προσφοράς, ακόμη όμως και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι εδύναντο νομίμως να ληφθούν υπόψιν για την αξιολόγηση της προσφοράς του προσφεύγοντος, αφενός μεν η δικαστική προσβολή της απόφασης έκπτωσης δεν αποτελεί επανορθωτικό μέτρο, αφετέρου ο ορισμός επόπτη δηλώνεται αορίστως καθώς ουδέν προσκομίζεται από τον προσφεύγοντα προς απόδειξη του ισχυρισμού του. Απαραδέκτως δε ο προσφεύγων προσκομίζει το πρώτον με το υπόμνημα του το από 2.02.2021 Πρακτικό Γενικής Συνέλευσης σχετικά με τον ορισμό επόπτη. Εξάλλου, απαραδέκτως ο προσφεύγων προσκομίζει το πρώτον με την προσφυγή την υπ' αριθμ. 8/2021 δικαστική απόφαση περί αναστολής των συνεπειών της κήρυξης του σε κατάσταση έκπτωσης, σε κάθε δε περίπτωση σημειώνεται ότι, η έκδοση της εν λόγω απόφασης, ουδόλως αναιρεί την ύπαρξη του λόγου αποκλεισμού του προσφεύγοντος βάσει του όρου 2.2.3.4 (στ) της διακήρυξης καθώς δεν προκύπτει από τα προσκομισθέντα έγγραφα ότι έχει ακυρωθεί η απόφαση έκπτωσής του. Πέραν των ανωτέρω, όπως έχει νομολογιακώς κριθεί, εάν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, αλλά εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη κατά το συγκεκριμένο τμήμα του διατακτικού της με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988), καθόσον η πράξη κρίνεται ορθή ως προς το διατακτικό της(βλ. Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος»,

## **Αριθμός απόφασης:1156/2021**

εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμε.). Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, στην προκειμένη περίπτωση, αν και εν μέρει με πλημμελή αιτιολογία, ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

33. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

34. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 32, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε την 29 Ιουνίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**