

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 13 Δεκεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 1714/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1357/05-11-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στον, επί της συμβολής των οδών, όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Και κατά της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην –....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προσφυγή αυτή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό 108/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, η οποία ελήφθη στο πλαίσιο ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού, τον οποίο ο Δήμος διενεργεί για την «Προμήθεια τροφίμων και την προμήθεια γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου για τα έτη 2020 και 2021».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 634,52€, σύμφωνα με τις

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

συνδυασμένες διατάξεις των παρ. 1 και 2 των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η εκτιμώμενη αξία του τμήματος της σύμβασης, για το οποίο ασκείται η προσφυγή (Ομάδα Λ΄) ανέρχεται σε ποσό προ ΦΠΑ 126.904,80€.

2. Επειδή, ο Δήμος(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «Δήμος») με την με αρ. πρωτ. διακήρυξή του προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου/ων της ως άνω αναφερόμενης προμήθειας, ο οποίος έλαβε αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής «διαγωνισμός»). Η προκηρυχθείσα προμήθεια υποδιαιρείτο σε 19 Τμήματα – Ομάδες, προσφορές δε μπορούσαν να υποβληθούν για μία, περισσότερες ή και όλες τις ομάδες. Ο συνολικός προϋπολογισμός της σύμβασης ορίστηκε στα 809.352,11€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ή το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό, στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά τιμή λιανικής πώλησης όπως αυτή προκύπτει από το εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών του Τμήματος Εμπορίου – Γεν. Δ/σης Ανάπτυξης – Περιφέρειας Μετά την υποβολή προσφορών, την αποσφράγισή τους και τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, ο Δήμος, με την προσβαλλόμενη με αριθμό 108/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του (Απόσπασμα Πρακτικού της 35ης/16-10-2019 Συνεδρίασης της) αποφάσισε την έγκριση των Πρακτικών με αριθμό α) 1/30-09-2019 περί Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών και 2/07-10-2019 περί Αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών καθώς και Ανάδειξης Προσωρινού Μειοδότη του επίμαχου διαγωνισμού και, σε σχέση με την ομάδα Λ΄ της προκηρυχθείσας προμήθειας, με την ονομασία «Γάλα για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου», απέρριψε την προσφορά της, ενώ έκανε δεκτές τις προσφορές της προσφεύγουσας και της εταιρείας «.....», ήδη παρεμβαίνουσας και ανακήρυξε τη δεύτερη, προσωρινή ανάδοχο της επίμαχης ομάδας, επειδή είχε υποβάλει την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Κατά της απόφασης αυτής, κατά το μέρος που δεν απέρριψε την προσφορά της εταιρείας και δεν

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

απέκλεισε την εταιρεία αυτή από την επίμαχη ομάδα του διαγωνισμού (Ομάδα Λ'), άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε προ ΦΠΑ ποσό 710.343,85€, του αντικειμένου της (προμήθεια), της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και της νομικής της φύσης, ως Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ Βαθμού (μη κεντρική κυβερνητική αρχή), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή της οικείας προκήρυξης της σύμβασης στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 21-06-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται κρινόμενη προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα αναρτημένα στοιχεία στη λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α), η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 23-10-2019 και η προσφυγή κατατέθηκε ηλεκτρονικά στις 04-11-2019, δηλαδή την πρώτη εργάσιμη ημέρα μετά το πέρας της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας, που έληγε ημέρα Σάββατο, δηλαδή μέρα εξαιρετέα, ασκήθηκε, μάλιστα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του πιο πάνω π.δ.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά για το επίμαχο τμήμα της σύμβασης (Ομάδα Λ΄ με την

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

ονομασία «Γάλα για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου»), η οποία έγινε αποδεκτή, με μόνη έτερη αποδεκτή προσφορά αυτή της παρεμβαίνουσας εταιρείας. Κατά συνέπεια, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος, διότι με μόνη αποδεκτή προσφορά τη δική της, η προσφεύγουσα θα ανακηρυσσόταν αυτή ανάδοχος, ανεξαρτήτως, μάλιστα, αν είχε προσφέρει και τη χαμηλότερη τιμή, συνεπώς ενδέχεται να υποστεί ζημία από τη μη νόμιμη κατά τους ισχυρισμούς της αποδοχή της προσφοράς της καθ' ης εταιρείας.

6. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Κατά πρώτον, ότι κατά παράβαση των όρων 2.2.3.4 (θ) της διακήρυξης, στο ΕΕΕΣ που η καθ' ης εταιρεία υπέβαλε, μολονότι στο σχετικό ερώτημα αν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα απάντησε καταφατικά, δηλώνοντας σχετικά τη με αριθμό 668/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία της είχε επιβληθεί πρόστιμο, λόγω προηγούμενης συμμετοχής της σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, ωστόσο, για τις συμφωνίες στρέβλωσης ανταγωνισμού, προβλέπεται ειδικός αυτοτελής όρος στην διακήρυξη (2.2.3.4 γ') και άλλο πεδίο με σχετικό ειδικό ερώτημα στο ΕΕΕΣ που πρέπει να απαντηθεί, στο οποίο όμως η καθ' ης εταιρεία απάντησε αρνητικά. Επιπλέον, καίτοι συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο της μη νόμιμα έγινε δεκτή η προσφορά της καθ' ης εταιρείας, διότι ούτε η διακοπή της συνεργασίας της με την εταιρεία με την οποία είχαν συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού κατά τη με αριθμό 668/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, συνιστά επαρκές μέτρο αυτοκάθαρσης, κατά την έννοια του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016, ούτε ζητήθηκε και ελήφθη από την αρμόδια κατά νόμο επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 η σύμφωνη γνώμη της ότι με τα επανορθωτικά μέτρα που επικαλείται ότι έλαβε αποδεικνύεται ότι αποκατέστησε την αξιοπιστία της, κατά τα οριζόμενα στην

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

παρ. 7 του άρθρου 73 του ίδιου νόμου. Η καθ' ης εταιρεία, τέλος, παρά τα ανωτέρω, υπέβαλε και υπεύθυνη δήλωση στην οποία δηλώνει ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 2.2.3 της διακήρυξης λόγοι αποκλεισμού, δήλωση, που ως ψευδής, συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού (όρος 2.2.3.4 ζ' της διακήρυξης).

7. Επειδή, εξάλλου, με το με αριθμό 24264/13-11-2019 έγγραφο της Επιτροπής του Διαγωνισμού ο Δήμος παραθέτει τις απόψεις του επί της προσφυγής, με τις οποίες υποστηρίζει τα εξής: Η Επιτροπή δέχτηκε ως αληθή όσα δηλώθηκαν από το νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας «.....» στο Ε.Ε.Ε.Σ. χωρίς να κρίνει την ορθότητα των δηλωθέντων της εταιρείας ούτε και την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που δηλώνει ότι έλαβε, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός βρίσκεται εν εξελίξει και θα πραγματοποιηθεί σχετικός έλεγχος κατά τη φάση της αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν από τη σύναψη της σύμβασης. Με αυτό το κριτήριο η Επιτροπή προχώρησε στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «.....», η οποία ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει τιμής και γνωμοδότησε υπέρ του να κηρυχθεί η ως άνω εταιρεία προσωρινός ανάδοχος. Σε καμία περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν θα προχωρούσε σε οριστική κατακύρωση της σύμβασης, χωρίς προηγούμενο έλεγχο, από την αρμόδια επιτροπή, των υποβληθέντων τεκμηρίων για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού, σύμφωνα με τις προβλέψεις του νόμου και της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, τα δικαιώματα της προσφεύγουσας δεν θίγονται, δεδομένου ότι σε οποιαδήποτε φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας αποδειχτεί ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσωρινής αναδόχου η κατακύρωση της σύμβασης θα γίνει στην προσφεύγουσα, ως ο επόμενος προσφέρων κατά σειρά μειοδοσίας.

8. Επειδή, περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα, τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017 και εμπροθέσμως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, στις 13-11-2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την από ίδιας

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

ημερομηνίας παρέμβασή της, με την οποία με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων, επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής κατά το μέρος που τη θίγει και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος που κάνει αποδεκτή την προσφορά της, ισχυριζόμενη τα εξής: α) Η προσφυγή είναι απαράδεκτη, με βάση τις διατάξεις του άρθρου 235 παρ. 3 και παρ. 5 του νόμου 4635/2019, που τροποποίησαν τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 και 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 44.3.β. του ν. 3959/2011. β) Βάσει της δηλωθείσας στο ΕΕΕΣ Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ουδέποτε υπήρξε ποινή αποκλεισμού της από τους διαγωνισμούς, ζήτημα για το οποίο έχει πρόσφατα κρίνει και η ΑΕΠΠ με την 617/2019 (σημείο 5) Απόφασή της. γ) Το παράπτωμα για το οποίο έχει γίνει δήλωση στο ΕΕΕΣ αναφέρεται στην περίοδο 2003 – 2007. δ) Δηλώθηκε ρητά ότι από το έτος 2007 έχει διακόψει τη συνεργασία της με την εταιρεία για την οποία επεβλήθη το πρόστιμο, γεγονός που επιβεβαιώνεται και αποδεικνύεται και από τα σημεία 31 και 58 της δηλωθείσας στο ΕΕΕΣ Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού και ότι δεν υπάρχει οποιοδήποτε άλλο μέτρο εκτός από την παύση συνεργασίας με την εν λόγω εταιρεία και την εξόφληση του προστίμου κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 73 του νόμου 4412/2016 που θα μπορούσε να ληφθεί στην προκειμένη περίπτωση και για το συγκεκριμένο γεγονός που ολοκληρώθηκε προ 12 ετών. Αυτός είναι και ο λόγος που ούτε «διέλαθε» της προσοχής της επιτροπής αξιολόγησης το συγκεκριμένο θέμα, ούτε και η αναθέτουσα αρχή απευθύνθηκε στην επιτροπή του άρθρου 73 του νόμου 4412/2016, αφού ειδικά στην περίπτωση αυτή δεν υπάρχουν ούτε και νοούνται «οργανωτικά ή άλλα διορθωτικά μέτρα» που θα μπορούσαν να υιοθετηθούν από αυτήν πέραν της αποδεδειγμένης διακοπής της συνεργασίας ώστε να απαιτείται η γνώμη της επιτροπής. Με βάση αυτό το σκεπτικό η αναθέτουσα αρχή έκρινε παραδεκτή την προσφορά της και ως μειοδότη πρότεινε την κατακύρωση σε αυτήν του επίμαχου τμήματος του διαγωνισμού που αφορά στο γάλα. ε) Βάσει των άρθρων 93, 102 και 103 του νόμου 4412/2016 και των άρθρων 2.2.9.1 και 3.2 της διακήρυξης, υπέβαλε το ΕΕΕΣ και όχι τα αποδεικτικά των λόγων μη αποκλεισμού / κριτηρίων επιλογής που δηλώνονται στο ΕΕΕΣ, τα οποία και προσκομίζονται κατά τη μετέπειτα

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

φάση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επικουρικά, με την παρέμβαση συνημμένα υποβάλλει το σύνολο των απαραίτητων αποδεικτικών εγγράφων από τα οποία και προκύπτει το οριστικό κλείσιμο του θέματος του επαγγελματικού παραπτώματος του 2007 (απόφαση Επιτροπής Ανταγωνισμού – (συνημμένο 1), επιβληθέν πρόστιμο / εξόφληση προστίμου (συνημμένο 2), αποδεικτικό παύσης συνεργασίας με εταιρία (συνημμένο 3). στ) Το θέμα του «επαγγελματικού παραπτώματος» που έλαβε χώρα το 2007 και δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ στο πεδίο του επαγγελματικού παραπτώματος ταυτίζεται με την περίπτωση της στρέβλωσης του ανταγωνισμού για την συγκεκριμένη υπόθεση του 2007, συνεπώς το υποβληθέν στο διαγωνισμό ΕΕΕΣ είναι πλήρες, έχει όλα τα απαιτούμενα δηλωθέντα στοιχεία και για τούτο η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης δεν χρειάστηκε να ζητήσει περισσότερα στοιχεία σε σχέση με τα αναφερόμενα στο ΕΕΕΣ για το παρελθόν παράπτωμα αλλά ούτε και συμπλήρωση ή διευκρίνιση βάσει του άρθρου 102 του νόμου 4412/2016, διότι δεν υπάρχει κάποιο άλλο στοιχείο που θα μπορούσε να δηλωθεί προκαταρκτικά και να έχει παραληφθεί.

9. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα στις 06-12-2019 ανήρτησε στη λειτουργικότητα της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της, κατά την έννοια του άρθρου 365 παρ. 1, εδάφιο τελευταίο του ν. 4412/2016, όπως το άρθρο αυτό έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Στο υπόμνημά της αυτό η προσφεύγουσα επισημαίνει τα εξής: α) Ο έλεγχος της επάρκειας των δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης δεν εντάσσεται στον προβλεπόμενο στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που διενεργείται πριν την υπογραφή της σύμβασης, διότι ο έλεγχος αυτός δεν αφορά την αλήθεια ή μη της δήλωσης στο ΕΕΕΣ, όπως εσφαλμένως υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Αντιθέτως, η διαπίστωση από την αναθέτουσα αρχή της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης αποτελεί όρο/αίρεση αυτής καθ' εαυτής της προαποδεικτικής ισχύος του ΕΕΕΣ ως προς ότι δεν συντρέχει - άλλως ότι κατ' ουσίαν αίρεται - ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσφέροντος, όπως απαιτείται να αποδεικνύεται προαποδεικτικώς σύμφωνα με τα άρθρα 104 παρ. 1 και 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016 για τη νόμιμη συμμετοχή

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

οποιοδήποτε οικονομικού φορέα στον δημόσιο διαγωνισμό. Επομένως, από όλα τα ανωτέρω καθίσταται προφανές ότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή, κατά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, παρέλειψε να ζητήσει στο στάδιο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής την υποχρεωτική σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 σχετικά με την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που επικαλείται στο υποβληθέν ΕΕΕΣ η παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....». β) Κατά τα λοιπά, η αναθέτουσα αρχή ρητά ή σιωπηρά συνομολογεί και πάντως δεν αντικρούει την προσφυγή. γ) Οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας είναι αβάσιμοι, προβάλλονται δε και αλυσιτελώς.

10. Επειδή, σχετικά με τους προβαλλόμενους στην προσφυγή λόγους, η διακήρυξη που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει τον διαγωνισμό, ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 2.2 με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», ότι: «2.2.1 Δικαίωμα συμμετοχής. Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτών, που ... 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: ... 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις: ... 2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ... (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτήριων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας, ... (θ) εάν έχει

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (η) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. ...

2.2.3.6. Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μια από τις ως άνω περιπτώσεις.

2.2.3.7. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) 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 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 ...

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. 4412/2016. ...», στο άρθρο 2.2.9 με τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής», ότι: «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 ..., 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 διακήρυξη το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986 ...», στο άρθρο 2.4.2.3. ότι: «Οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά. ...», στο άρθρο 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Πρόσφορά», ότι: «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία 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 και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο Άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα Άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη [www. promitheus. gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης ... γ) κατά τη διάρκεια 2018-2019, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 2 συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, και να προσκομίσουν βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από τους αναθέτοντες φορείς. δ) να διαθέτουν πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, ... ε) Άδεια Ίδρυσης και λειτουργίας της επιχείρησης. στ) Άδεια ή έγκριση καταλληλότητας από την Δ/ση Κτηνιατρικής ή Άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες, για τα μέσα μεταφοράς, που αφορούν στην διακίνηση προϊόντων ζωικής προέλευσης. Για την διακίνηση των λοιπών προϊόντων η βεβαίωση καταλληλότητας παρέχεται από την Διεύθυνση Υγιεινής ή Άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες. ζ) Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/86 όπως ισχύει, του φυσικού προσώπου ή των νόμιμων εκπροσώπων της επιχείρησης στην οποία θα δηλώνεται: - ότι έλαβαν γνώση των όρων της διακήρυξης των σχετικών με αυτή διατάξεων και των τεχνικών προδιαγραφών και ότι τους αποδέχονται πλήρως και ανεπιφύλακτα, - η χώρα προέλευσης και παραγωγής των προς

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

προμήθεια ειδών, εκτός αν πρόκειται για προϊόντα κοινοτικής προέλευσης, - ο χρόνος παράδοσης των υπό προμήθεια ειδών, - ότι τα είδη τροφίμων θα είναι αρίστης ποιότητας και σύμφωνα με τις προδιαγραφές που επιβάλλει η σχετική νομοθεσία, θα έχουν τις ιδιότητες και τα χαρακτηριστικά που προβλέπουν οι όροι αυτοί, είναι απαλλαγμένα από ξένα σώματα, προσμίξεις κ.λπ. και ότι είναι κατάλληλα από κάθε πλευρά για κατανάλωση. - τα είδη των ομάδων για τα όποια συμμετέχει. Η ως Άνω Υπεύθυνη Δήλωση υπογράφεται ψηφιακά και φέρει ημερομηνία, από την τελευταία δημοσίευση στον τύπο της παρούσας διακήρυξης έως και την καταληκτική ημέρα υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεν απαιτείται θεώρηση του γνησίου της υπογραφής.», στο άρθρο 2.4.6 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), ... β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ...» και στο άρθρο 3.1 με τίτλο «Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών», ότι: « ... 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών. Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Ειδικότερα : α) το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

μέλη του οργάνου. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση μόνο των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη. Η αξιολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσεται πρακτικό για την απόρριψη όσων τεχνικών προσφορών δεν πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και την αποδοχή όσων τεχνικών προσφορών αντίστοιχα πληρούν τα ανωτέρω. Για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών μπορεί να συντάσσεται ενιαίο πρακτικό, το οποίο κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», μόνο στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να ορίσει την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης του (υπό)φακέλου των οικονομικών προσφορών. ...».

11. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο προσφέροντος οικονομικού φορέα ελέγχεται από την επιτροπή του διαγωνισμού σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, ασφαλώς και κατά το πρώτο στάδιο, κατά το οποίο ελέγχεται και αξιολογείται ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς του. Αν μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, διαπιστωθεί ότι συμμετέχων οικονομικός φορέας είτε δεν έχει δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, είτε δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής είτε συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του, η προσφορά του απορρίπτεται. Λαμβανομένου υπόψη, εξάλλου, ότι δεν απαιτείται να υποβληθεί, εκτός της οικονομικής προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής, κανένα άλλο έγγραφο ή δικαιολογητικό, πλην και μόνον του ΕΕΕΣ, συμπληρωμένου κατά το πρότυπο που έχει περιληφθεί στα έγγραφα της σύμβασης και της τεχνικής προσφοράς, η οποία θα πρέπει να περιέχει και μία υπεύθυνη δήλωση στην οποία ο προσφέρων φορέας θα δηλώνει ότι έλαβε γνώση των όρων της διακήρυξης των σχετικών με αυτή διατάξεων και των τεχνικών προδιαγραφών και ότι τους αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα, τη χώρα προέλευσης και παραγωγής των προς προμήθεια ειδών, εκτός αν πρόκειται για προϊόντα κοινοτικής προέλευσης, το χρόνο παράδοσης των υπό

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

προμήθεια ειδών, ότι τα είδη τροφίμων θα είναι αρίστης ποιότητας και σύμφωνα με τις προδιαγραφές που επιβάλλει η σχετική νομοθεσία, θα έχουν τις ιδιότητες και τα χαρακτηριστικά που προβλέπουν οι όροι αυτοί, είναι απαλλαγμένα από ξένα σώματα, προσμίξεις κ.λπ. και ότι είναι κατάλληλα από κάθε πλευρά για κατανάλωση και τα είδη των ομάδων για τα όποια συμμετέχει, κατά συνέπεια η διαπίστωση περί της συνδρομής λόγων αποκλεισμού λαμβάνει χώρα μετά από τον έλεγχο και την αξιολόγηση του ΕΕΕΣ. Τα δε δικαιολογητικά που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής όφειλε να τα υποβάλει, κατόπιν πρόσκλησης, ο προσωρινός ανάδοχος μόνον. Συνακόλουθα, αν από τις δηλώσεις και απαντήσεις στο ΕΕΕΣ του ίδιου του προσφέροντος οικονομικού φορέα προκύπτει γεγονός που μπορεί να συνιστά λόγο αποκλεισμού στο πρόσωπό του, δεν μπορεί ούτε η οικονομική του προσφορά να αποσφραγιστεί ούτε και πολύ περισσότερο να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος, αν προηγουμένως η αναθέτουσα αρχή δεν αποφανθεί νομίμως αιτιολογημένα είτε ότι παρά τις σχετικές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο του δηλούντος οικονομικού φορέα είτε ότι τα μέτρα που αυτός έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του. Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή και την παρεμβαίνουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

12. Επειδή, εξάλλου, για τη διαπίστωση συνδρομής ή μη των λόγων αποκλεισμού από την επίμαχη διαδικασία, μεταξύ των οποίων α) αν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και β) αν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία, στο σχέδιο ΕΕΕΣ που είχε συμπεριληφθεί στα έγγραφα της σύμβασης και όφειλαν οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς να

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

συμπληρώσουν είχαν συμπεριληφθεί σχετικά πεδία και ερωτήματα. Συγκεκριμένα, στο Μέρος III αυτού με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού», στο τμήμα Γ' με τίτλο: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, είχε συμπεριληφθεί πεδίο με τίτλο «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», κάτω από το οποίο είχε τεθεί το ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;», στο οποίο ο προσφέρων οικονομικός φορέας καλούνταν να απαντήσει με «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ» και αν είχε απαντήσει θετικά σε επόμενο πεδίο καλούνταν να αναφέρει λεπτομερείς πληροφορίες, επιπλέον καλούνταν να απαντήσει με «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ» στο ερώτημα «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» και να περιγράψει τα μέτρα που λήφθηκαν, αμέσως δε πιο κάτω είχε συμπεριληφθεί πεδίο με τίτλο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», κάτω από το οποίο είχε τεθεί το ερώτημα «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», στο οποίο ο προσφέρων οικονομικός φορέας καλούνταν να απαντήσει με «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ» και αν είχε απαντήσει θετικά σε επόμενο πεδίο καλούνταν να αναφέρει λεπτομερείς πληροφορίες, επιπλέον καλούνταν να απαντήσει με «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ» στο ερώτημα «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» και να περιγράψει τα μέτρα που λήφθηκαν. Καίτοι στο σχετικό σχέδιο ΕΕΕΣ κατά τους ορισμούς των διατάξεων του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συναφώς με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016, με τον οποίο προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία στην ως άνω Οδηγία, καθιερώνεται ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση, δοθέντος ότι οι παραβιάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού εξακολουθούν να εντάσσονται συστηματικά στα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα (πρβλ. αιτιολογική σκ. 101 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, Απόφαση ΔΕΕ εκδοθείσας στις 3-1-2019 επί της υπόθεσης C-267/18 - Delta Antrepriză de Construcții și Montaj), η δήλωση συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού από

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

οικονομικό φορέα στα οικεία πεδία περί επαγγελματικού παραπτώματος και όχι στα ειδικά πεδία του σχεδίου ΕΕΕΣ, δεν θα καθιστούσε την προσφορά άνευ ετέρου απορριπτέα. Τούτο δε διότι, δεν αποκρύβονται οι επίμαχες πληροφορίες σχετικά με το γεγονός της σύναψης στρεβλωτικών του ανταγωνισμού συμφωνιών, ούτε η συμπερίληψή τους στο αμέσως προηγούμενο πεδίο του ΕΕΕΣ και υπό τον ίδιο γενικό τίτλο και κεφάλαιο περί των σχετικών με την αφερεγγυότητα λόγων αποκλεισμού καθιστά δυσχερή την εξέταση και αξιολόγηση του ΕΕΕΣ και τη σύγκριση των ΕΕΕΣ όλων των προσφερόντων μεταξύ τους, συνεπώς θα ήταν δυσανάλογα επαχθής η άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς για τον λόγο αυτό. Αντίθετα, και παρά την ήσσονος σημασίας συμπλήρωση των σχετικών πληροφοριών όχι στο ορθό πεδίο του ΕΕΕΣ αλλά στο αμέσως προηγούμενο, οι δηλώσεις αυτές, λόγω της φύσης του ΕΕΕΣ, ως ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, συνιστούν επαρκή προκαταρκτική απόδειξη της σύναψης στρεβλωτικών του ανταγωνισμού συμφωνιών από τον δηλούντα οικονομικό φορέα και συνεπώς, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά το στάδιο ελέγχου του ΕΕΕΣ και όχι σε μεταγενέστερο στάδιο να αποφανθεί νομίμως αιτιολογημένα είτε ότι παρά τις σχετικές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο του δηλούντος οικονομικού φορέα είτε ότι τα μέτρα που αυτός έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του. Και ναι μεν από τη διάταξη της παραγράφου 6 του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και την αντίστοιχου περιεχομένου διάταξη της παραγράφου 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και τους όρους της παρ. 2.2.3.7. της διακήρυξης συνάγεται ότι δεν μπορεί η αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει τον εν λόγω φορέα, αν προηγουμένως δεν εξετάσει τα στοιχεία σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης που αυτός έχει λάβει σε απόδειξη αποκατάστασης της αξιοπιστίας, ωστόσο δεν μπορεί και να τα κρίνει επαρκή, χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της προβλεπόμενης στις διατάξεις των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 Διυπουργικής Επιτροπής.

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

13. Επειδή, τέλος, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, δεν προκύπτει ρητή επί ποινή απόρριψης της προσφοράς απαίτηση στην υπεύθυνη δήλωση που συμπεριλαμβάνεται στα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς των προσφερόντων οικονομικών φορέων να δηλώνεται και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους οι προβλεπόμενοι στη διακήρυξη λόγοι αποκλεισμού, απαίτηση που λόγω της υποχρέωσης υποβολής του ΕΕΕΣ θα ήταν και περιττή. Τούτου έπεται ότι, αν προσφέρων στην οικεία υπεύθυνη δήλωση περιλάβει σχετικό χωρίο, καίτοι μη αληθές, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει την προσφορά του για το λόγο αυτό. Και τούτο, διότι τέτοια δήλωση δεν απαιτείται να περιλαμβάνεται στην υποβληθησόμενη με την τεχνική προσφορά υπεύθυνη δήλωση και αν περιλαμβάνεται, δεν πρέπει καν να ληφθεί υπόψη. Τούτο δε διότι, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, δεν μπορεί να αποκλειστεί διαγωνιζόμενος για τη μη νόμιμη υποβολή μη αξιούμενων από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικών και στοιχείων για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (πρβλ .Ε.Α. ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008).

14. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα περιεχόμενα στοιχεία και έγγραφα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας, στο υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ, στο Μέρος ΙΙΙ με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού», στο τμήμα Γ' με τίτλο: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, στο πεδίο με τίτλο «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», κάτω από το οποίο είχε τεθεί το ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» η παρεμβαίνουσα απάντησε «ΝΑΙ», περαιτέρω δε συμπλήρωσε τις εξής πληροφορίες: «ΕΠΙΒΟΛΗ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ 11.328,38€ ΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ 2003-2007 ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (ΑΡ. ΑΠΟΦΑΣΗΣ: 668/2018 - ΑΡ. 44 ΠΑΡ. 3 Ν 3959/2011)». Στο ερώτημα δε, «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» ομοίως απάντησε «ΝΑΙ», τα οποία και περιέγραψε ως εξής: «ΠΑΥΣΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΝΟΥΝΟΥ ΑΠΟ ΤΟ 2007 ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΜΑΣ ΕΠΕΒΛΗΘΗ ΤΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ, ΟΠΩΣ ΡΗΤΑ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΩΣ ΜΕΤΡΟ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΣΧΕΤΙΚΗ ΑΠΟΦΑΣΗ, ΣΕΛ. 28, ΔΕΔΟΜΕΝΟΥ ΟΤΙ Η ΜΟΝΑΔΙΚΗ ΠΟΙΝΗ ΕΙΝΑΙ ΤΟ ΧΡΗΜΑΤΙΚΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ (ΤΟ ΟΠΟΙΟ ΕΞΩΦΛΗΘΗ ΜΕ ΤΟ Α/Α: 757/23-1-2019 ΔΙΠΛΟΤΥΠΟ ΕΙΣΠΡΑΞΗΣ) ΚΑΙ ΡΗΤΩΣ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΟΤΙ ΟΥΔΕΜΙΑ ΑΛΛΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ Ή ΠΟΙΝΙΚΗ ΠΟΙΝΗ ΈΧΕΙ ΕΠΙΒΛΗΘΕΙ.». Στο αμέσως πιο κάτω πεδίο, τέλος, με τίτλο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», κάτω από το οποίο είχε τεθεί το ερώτημα «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», η παρεμβαίνουσα απάντησε «ΟΧΙ». Από το υποβληθέν από την παρεμβαίνουσα ΕΕΕΣ προκύπτει ότι, καίτοι δεν έχει συμπληρωθεί το οικείο προβλεπόμενο πεδίο του ΕΕΕΣ, πάντως δηλώνεται ότι κατά το έτος 2018 επιβλήθηκε στην παρεμβαίνουσα πρόστιμο από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, προφανώς λόγω αντανταγωνιστικής συνεργασίας της με την εταιρεία, κατά την περίοδο 2003-2007. Κατά συνέπεια, από το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας προκύπτουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι η παρεμβαίνουσα συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και συνεπώς, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις σκέψεις 11 και 12 της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε προτού αποσφραγίσει την οικονομική της προσφορά και πολύ περισσότερο προτού την ανακηρύξει προσωρινή ανάδοχο της επίμαχης ομάδας της σύμβασης, να αποφανθεί νομίμως αιτιολογημένα είτε ότι παρά τις σχετικές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ δεν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο της είτε ότι τα μέτρα που αυτή έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της. Εφόσον, καμία σχετική κρίση δεν διαλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του καθ’ ου Δήμου, επομένως, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων στην επίμαχη ομάδα (Ομάδα Α΄) της σύμβασης, απορριπτομένης ως αβάσιμης και της

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

συμπληρωματικής αιτιολογίας, την οποία, κατά την έννοια των διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή παραθέτει, ότι η διαπίστωση τυχόν λόγου αποκλεισμού προβλέπεται μετά από έλεγχο των πιστοποιητικών και λοιπών εγγράφων πριν από την οριστική κατακύρωση της σύμβασης. Τούτο δε διότι, αν μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, διαπιστωθεί ότι συμμετέχων οικονομικός φορέας είτε δεν έχει δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, είτε δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής είτε συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του, η προσφορά του απορρίπτεται. Και υπό την εκδοχή, πάντως, ότι κατά το στάδιο αυτό και με βάση τις δηλώσεις στο ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας μπορεί να θεωρηθεί ότι τα μέτρα που δηλώθηκαν κρίθηκαν επαρκή και ότι αποδεικνύουν την αξιοπιστία της, περίπτωση, ωστόσο, που ούτε από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης προκύπτει, ούτε από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής συνομολογείται, και στην περίπτωση αυτή, η αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας θα ήταν μη νόμιμη, διότι, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 12^η σκέψη της παρούσας, δεν μπορεί τα μέτρα αυτά να κριθούν επαρκή, χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της προβλεπόμενης στις διατάξεις των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 Διυπουργικής Επιτροπής. Είναι συνεπώς βάσιμος ο οικείος λόγος της κρινόμενης προσφυγής και πρέπει για τους ανωτέρω λόγους να γίνει δεκτός.

15. Επειδή, αντίθετα, και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις σκέψεις 12 και 13 της παρούσας, αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας θα έπρεπε να απορριφθεί και για τον λόγο ότι δια της αρνητικής απάντησής της στο οικείο για τις αντιανταγωνιστικές συμφωνίες πεδίο του ΕΕΕΣ και του αρνητικού χωρίου περί συνδρομής λόγων αποκλεισμού στην υποβληθείσα με την τεχνική της προσφορά από 19-07-2019 Υπεύθυνη Δήλωση, η παρεμβαίνουσα υπέπεσε στον προβλεπόμενο στο άρθρο 2.2.3.4 (ζ) λόγο αποκλεισμού. Και τούτο, διότι ως ανωτέρω γίνονται δεκτά, σχετικώς με το ΕΕΕΣ δεν απεκρύβησαν οι επίμαχες πληροφορίες σχετικά με το γεγονός της σύναψης στρεβλωτικών του ανταγωνισμού συμφωνιών, ούτε η συμπερίληψή τους στο αμέσως προηγούμενο πεδίο του ΕΕΕΣ και υπό τον ίδιο γενικό τίτλο και κεφάλαιο περί

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

των σχετικών με την αφερεγγυότητα λόγων αποκλεισμού καθιστά δυσχερή την εξέταση και αξιολόγηση του ΕΕΕΣ και τη σύγκριση των ΕΕΕΣ όλων των προσφερόντων μεταξύ τους, συνεπώς θα ήταν δυσανάλογα επαχθής η άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για τον λόγο αυτό, σχετικώς με την υπεύθυνη δήλωση, τέτοια δήλωση δεν απαιτείται να περιλαμβάνεται στην υποβληθησόμενη με την τεχνική προσφορά υπεύθυνη δήλωση και αν περιλαμβάνεται, δεν πρέπει καν να ληφθεί υπόψη.

16. Επειδή, κατά τα λοιπά, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι το γεγονός το οποίο δηλώθηκε κατά τα ανωτέρω στο ΕΕΕΣ δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 73 παρ. 4 περ. γ' και 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν από το άρθρο 235 του ν. 4635/2019, είναι αβάσιμος διότι, εκτός άλλων, η διάταξη τροποποιήθηκε μετά την από 19-07-2019 υποβολή του ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, συνεπώς σε καμία περίπτωση δεν καταλαμβάνει την επίμαχη διαδικασία, οι λοιποί δε ισχυρισμοί σχετικά με την ανυπαρξία υποχρέωσής της για δήλωση στο ΕΕΕΣ της επίμαχης αντιανταγωνιστικής συμφωνίας της και σχετικά με την πληρότητα και επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που δήλωσε ότι έλαβε, είναι απορριπτέοι, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Και τούτο, διότι, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα έκανε δεκτή την προσφορά της, χωρίς να διαλάβει κρίση επί του ανωτέρω δηλωθέντος γεγονότος και των μέτρων για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της.

17. Επειδή, κατ' ακολουθία, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η δε παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει, σύμφωνα με το σκεπτικό, τη με αριθμό 108/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, η οποία ελήφθη στο

Αριθμός απόφασης: 1476 / 2019

πλαίσιο ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού, τον οποίο ο Δήμος διενεργεί με α/α ΕΣΗΔΗΣ, για την «Προμήθεια τροφίμων και την προμήθεια γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του δήμου για τα έτη 2020 και 2021», κατά το μέρος με το οποίο για την Ομάδα Λ΄ της σύμβασης με την ονομασία «Γάλα για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου» έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 13 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 31^η Δεκεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα