

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/96/05.02.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Νέας Ιωνίας Αττικής [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «.....».

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 14/23.01.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα από 08.01.2018 και 19.01.2018 Πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, που διενεργείται δυνάμει της υπ' αριθμ. 39117/28.11.2017 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια ειδών διατροφής για τις Υπηρεσίες του Δήμου (γάλα δικαιούχων εργαζομένων και Κοινωνικό Παντοπωλείο) και του Ν.Π.Δ.Δ. ΚΕ.ΒΡΕ.ΦΟ.», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 441.828,52€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

Με την Παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 188992437958 0403 0049, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 441.828,52€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 26.01.2018.

5. Επειδή, η αιτούσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, αφενός λόγω της απόρριψης της προσφοράς της κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και αφετέρου λόγω της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία κατά την αιτούσα αντίκειται σε όρους της Διακήρυξης και έπρεπε να απορριφθεί.

6. Επειδή, η Παρέμβαση έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ την 08.02.2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ ΠΑΡ/43 και ημερομηνία 08.02.2018. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 06.02.2018.

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον, καθώς η Προδικαστική Προσφυγή της αιτούσας στρέφεται κατά αυτής και επιδιώκει τον αποκλεισμό της προσφοράς της κατά το στάδιο αξιολόγησης των Τεχνικών προσφορών, ασκείται δε εν γένει παραδεκτώς.

8. Επειδή, στον υπό κρίση Διαγωνισμό συμμετέχουν και έχουν υποβάλει προσφορά οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: 1) (Α/Α), 2) (Α/Α), 3) (Α/Α), 4) (Α/Α), 5) (Α/Α), 6) (Α/Α), 7) (Α/Α), 8) (Α/Α), 9) (Α/Α) και 10) (Α/Α). Επισημαίνεται ότι για το

Αριθμός απόφασης: 188/2018

φρέσκο παστεριωμένο γάλα, που προορίζεται για τους εργαζόμενους του Δήμου (Τμήμα 1 του ενιαίου Διαγωνισμού), έχουν υποβάλει προσφορά μόνο η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, ενώ για τα γαλακτοκομικά είδη του ΚΕ.ΒΡΕ.ΦΟ. (Τμήμα 10 του ενιαίου Διαγωνισμού), έχει υποβάλει προσφορά μόνο η προσφεύγουσα. Κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών απορρίφθηκαν οι υπό Α/Α 85476, 85812 και 85508 ανωτέρω προσφορές, μεταξύ των οποίων και της αιτούσας και έγιναν δεκτές και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών οι έτερες υπό Α/Α 85400, 85405, 85731, 85411, 85423, 85402 και 85576, μεταξύ των οποίων και η προσφορά της παρεμβαίνουσας. Η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε, κατόπιν της έκδοσης της υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότησης της Νομικής Συμβούλου της αναθέτουσας αρχής, λόγω αμφιβολιών ως προς την αξιοπιστία, φερεγγυότητα και επαγγελματική επάρκεια της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότηση, η αιτούσα είχε υποβάλει ψευδή υπεύθυνη δήλωση στο πλαίσιο παλαιότερης διαγωνιστικής διαδικασίας της αναθέτουσας αρχής και συγκεκριμένα της υπ' αριθμ. 21059/03.08.2016 Διακήρυξης, καθώς είχε αποκρύψει το πρόστιμο ύψους 2.000€, που της είχε επιβληθεί από το Γενικό Επιτελείο Ναυτικού το έτος 2012, λόγω παράδοσης ημίσκληρου τυριού, ακατάλληλου για κατανάλωση. Περαιτέρω, η Γνωμοδότηση της Νομικής Συμβούλου της αναθέτουσας αρχής επικαλείται την υπ' αριθμ. 110/2016 Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο ελέγχου της νομιμότητας της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχων και των σχεδίων συμβάσεων για προμήθεια τροφίμων του Δήμου Ζωγράφου και η οποία αναφέρει ότι η ανακήρυξη της αιτούσας ως αναδόχου καθίσταται πλημμελής, λόγω της προϋπάρχουσας απόφασης του Υπαρχηγού ΓΕΝ περί επιβολής προστίμου. Τέλος, η Γνωμοδότηση επικαλείται την υπ' αριθμ. 118/2016 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας, δυνάμει της οποίας η προσφορά της αιτούσας απορρίφθηκε για τον ίδιο λόγο κατά τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας προμήθειας τροφίμων και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η

αιτούσα, η οποία απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του Μέρους ΙΙΙ του ΕΕΕΣ, εάν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων, δεν μπορεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, γιατί έχουν γεννηθεί αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία, φερεγγυότητα και επαγγελματική επάρκειά της.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε: α) να έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και β) να έχει αποκλειστεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται κατωτέρω. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αναφορικά με την προσφορά της ότι αποκλείστηκε μη νόμιμα, δεδομένου ότι: α) ουδέποτε προέβη σε ψευδή δήλωση στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας του Δήμου Νέας Ιωνίας και του Δήμου Καλλιθέας, β) ουδέποτε αποκλείστηκε από δημόσιες συμβάσεις, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016, γ) η συμβατική κύρωση που επιβλήθηκε το 2012 από τον Προμηθευτικό Οργανισμό Ναυτικού (Π.Ο.Ν.), για την οποία εκκρεμούν ένδικα βοηθήματα, εσφαλμένα θεωρήθηκε επαγγελματικό παράπτωμα και επέφερε τον αποκλεισμό της από συγκεκριμένες διαγωνιστικές διαδικασίες, καθώς επρόκειτο για ανυπαίτια αστοχία υλικού, ενώ το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι επαγγελματικό παράπτωμα αποτελεί είτε η παράβαση διατάξεων περί ανταγωνισμού, είτε συμβατική παράβαση που οδηγεί σε έκπτωση από τη σύμβαση, δ) σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016, εφόσον δεν υπάρχει τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση, η περίοδος του αποκλεισμού δεν δύναται να υπερβαίνει την τριετία από την τέλεση του σχετικού γεγονότος, ενώ εν προκειμένω έχει παρέλθει μεγαλύτερο χρονικό διάστημα, ε) είναι αμφίβολο κατά πόσο αρκεί η διαπίστωση μίας και μόνης περίπτωσης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων, για να στοιχειοθετηθεί σοβαρή ψευδής δήλωση και στ) το Ελεγκτικό Συνέδριο, με την υπ' αριθμ. 110/2016 Πράξη του, έκρινε ότι κωλύοταν η υπογραφή της σύμβασης, όχι εξαιτίας της ύπαρξης επαγγελματικού παραπτώματος, αλλά για τον λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε αιτιολογήσει την απόφασή της. Επιπροσθέτως, αναφορικά με την

προσφορά της παρεμβαίνουσας, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έπρεπε να αποκλειστεί γιατί: α) ο μεταφορέας που έχει δηλώσει στην προσφορά της («.....») δεν διαθέτει το απαιτούμενο ISO, β) το ΕΕΕΣ της εταιρείας «.....» έχει κενό το πεδίο της ημερομηνίας, γ) έχει επισυνάψει – χωρίς να απαιτείται – άδεια φορτηγών από Κτηνιατρική για μεταφορά συσκευασμένων γαλακτοκομικών προϊόντων, ενώ η άδεια κυκλοφορίας του Υπουργείου Συγκοινωνιών αναγράφει τυποποιημένα είδη παντοπωλείου – οπωρολαχανικά και δ) τα υποβληθέντα ISO (22000-9001) δεν καλύπτουν τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη πεδία.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 4117/12.02.2018 Απόψεις της εμμένει στην απόφασή της, παραθέτοντας αυτούσιο το κείμενο της υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότησης της Νομικής Συμβούλου της, ενώ δεν υπεισέρχεται στους λόγους της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής που σχετίζονται με την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Επιπροσθέτως, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί στην ΑΕΠΠ τα έγγραφα που ελήφθησαν υπόψη για την έκδοση της υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότησης.

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ισχυριζόμενη ότι: α) το πιστοποιητικό ISO 22000:2005 της εταιρείας «.....» αναφέρει ως πεδίο εφαρμογής «Εμπορία, αποθήκευση και διανομή τυποποιημένων προϊόντων, τροφίμων και ποτών» και συνοδεύεται από Βεβαίωση της εταιρείας πιστοποίησης «.....» ότι το ανωτέρω πεδίο εφαρμογής περιλαμβάνει και τυποποιημένα προϊόντα με βάση το γάλα, β) η ημερομηνία υπογραφής του ΕΕΕΣ της εταιρείας «.....» προκύπτει με σαφήνεια από την ψηφιακή υπογραφή, γ) οι άδειες των φορτηγών ψυγείων δεν απαιτούνταν από τη Διακήρυξη, αλλά σε κάθε περίπτωση είναι οι προσήκουσες και δ) για τη διακίνηση και μεταφορά των γαλακτοκομικών προϊόντων η παρεμβαίνουσα έχει δηλώσει στην προσφορά της ότι στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων, για τους οποίους έχει υποβάλει όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016: «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. [...]».

13. Επειδή, στο άρθρο 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) [...], β) [...], γ) [...], δ) [...], ε) [...], 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, ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει

διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του».

14. Επειδή στο άρθρο 74 («Αποκλεισμός οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις (άρθρο 57 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») του Ν. 4412/2017, εισάγεται μια νέα ρύθμιση, που αφορά στους διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους για την επιβολή μιας ιδιαίτερης ποινής, αυτής του αποκλεισμού από εν εξελίξει και μελλοντικές διαγωνιστικές διαδικασίες, για τον οικονομικό φορέα που δεν καταφέρει να υιοθετήσει τα κατάλληλα μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του, ώστε να μην αποκλεισθεί από τον Διαγωνισμό, παρότι συντρέχει ή συνέτρεξε στο πρόσωπό του κάποιος εκ των υποχρεωτικών ή δυνητικών λόγων αποκλεισμού. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 74: «1. Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 κι ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 7 του άρθρου 73, μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα. 2. Η περίοδος αποκλεισμού καθορίζεται, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τη σοβαρότητα του αδικήματος ή παραπτώματος, τον χρόνο που έχει παρέλθει από τη διάπραξη του αδικήματος ή παραπτώματος, τη διάρκειά του, υποτροπή, την πρόθεση ή τον βαθμό αμέλειας του εκάστοτε οικονομικού φορέα και τα μέτρα που αυτός λαμβάνει προς αποφυγή διάπραξης παρόμοιων αδικημάτων ή παραπτωμάτων στο μέλλον. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2γ και 4 του άρθρου 73. 3. Ο αποκλεισμός επιβάλλεται με κοινή

απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, αρμόδιου για θέματα καταπολέμησης διαφθοράς, καθώς και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, που εκδίδεται μετά από αιτιολογημένη εισήγηση της αναθέτουσας αρχής που διαπιστώνει την συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και (α) για τις διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών κατόπιν γνώμης του συλλογικού οργάνου της παρ. 5 του άρθρου 41, και (β) για διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, κατόπιν γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου της Γενικής Γραμματείας Υποδομών. Πριν από την έκδοση της απόφασης περί αποκλεισμού ορισμένου οικονομικού φορέα, παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα ακροάσεως. 4. Η απόφαση του πρώτου εδαφίου της παρ. 3 κοινοποιείται στην αναθέτουσα αρχή και τον θιγόμενο οικονομικό φορέα. [...]».

15. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επίσης, μια άλλη πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας.

16. Επειδή στην αιτιολογική σκέψη 102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, μνημονεύεται ότι: «Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του» και επίσης ότι : «[...] Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία [...]».

17. Επειδή στην Απόφαση Δ.Ε.Ε της 13.12.2012, Υπόθεση C-465/11 Forrosta SA, που αφορά στον αποκλεισμό εταιρίας από διαγωνισμό για την ανάθεση υπηρεσιών ταχυδρομείου, λόγω «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», κρίθηκε ότι, μια παραβατική συμπεριφορά, δε θα πρέπει να θεωρηθεί αυτομάτως ως λόγος αποκλεισμού, αλλά πρωτίστως θα συνεκτιμηθεί με τη πρόθεση ή το βαθμό αμέλειας του παραπτώματος και εν συνεχεία, με την επαγγελματική συνείδηση, την αξιοπρέπεια και την ηθική του αναδόχου στο πλαίσιο του επαγγελματικού χώρου. Σύμφωνα δηλαδή με την ως άνω Απόφαση, εκτός από τον τρόπο, τον τόπο, το μέσο και τη βλάβη που προξένησε η παραβατική συμπεριφορά, η αναθέτουσα αρχή, θα πρέπει να σταθμίσει τη πρόθεση και κυρίως το βαθμό υπαιτιότητας τέλεσης ενός παραπτώματος, προκειμένου να το χαρακτηρίσει «σοβαρό» και να αποκλείσει τον υποψήφιο οικονομικό φορέα από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Στην ίδια Απόφαση (σκέψη 30), το Δ.Ε.Ε αποφάνθηκε ότι: «[...]πλημμελής εκτέλεση σύμβασης ή μέρους αυτής, δύναται ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου αναδόχου, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με «σοβαρό παράπτωμα». Κατά συνέπεια, η τυχόν μη τήρηση των συμβατικών υποχρεώσεων απαιτεί συγκεκριμένη εκτίμηση και

εξατομίκευση της στάσης του οικείου οικονομικού φορέα και δεν οδηγεί σε αυτόματο αποκλεισμό (automatic exclusion) του διαγωνιζομένου.

18. Επειδή, ακόμη και σε περίπτωση Διαγωνισμού, κατά τον οποίο προβλεπόταν από τη Διακήρυξη ότι, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συνιστά λόγο αποκλεισμού, κρίθηκε ότι, μόνη η διάπραξη του αδικήματος (εν προκειμένω, τελεσίδικη δικαστική απόφαση για το αδίκημα της παρακώλυσης συγκοινωνιών), δε συνιστά λόγο αποκλεισμού, εφόσον δεν κριθεί αιτιολογημένα κατά πόσον αυτός ο λόγος επηρεάζει τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία του διαγωνιζομένου (ΣτΕ ΕΑ 428/2011).

19. Επειδή, στις παραγράφους 2.2.3.4. - 2.2.3.8. της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) [...], (β) [...], (γ) [...], (δ) [...], (ε) 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, (στ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας, (ζ) εάν επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (η) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το

δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση β΄ της παρ. 4, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεδειγμένα ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας. 2.2.3.5. 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 μία από τις ως άνω περιπτώσεις. 2.2.3.6. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 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. 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. 2.2.3.7. 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. 2.2.3.8. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης».

20. Επειδή οι προϋποθέσεις συμμετοχής στον Διαγωνισμό αποτυπώνονται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελεί υπεύθυνη δήλωση των οικονομικών φορέων προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και παρέχει προκαταρκτική απόδειξη ότι : α) ο οικονομικός φορέας δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 παρ. 1, 73 παρ. 2 και 73 παρ. 4 εδαφ. α έως και θ του Ν. 4412/2016 και β) ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75, 76 και 77 του ίδιου νόμου. Η προσφεύγουσα απάντησε αρνητικά σε όλα τα ερωτήματα του Κεφαλαίου Γ του Μέρους ΙΙΙ του ΕΕΕΣ, περί συνδρομής λόγων που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα (ιδίως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, πρόωρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα παροχής των απαιτούμενων εγγράφων και πληροφοριών εμπιστευτικού χαρακτήρα της παρούσας διαδικασίας).

21. Επειδή, από τα εξεταζόμενα στοιχεία προέκυψε ότι, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 17/11/8.02.2011 σύμβασης προμήθειας τυροκομικών προϊόντων, ο Προμηθευτικός Οργανισμός Ναυτικού (Π.Ο.Ν.), με την υπ' αρ. φак. 604.3/3/6/10/23.04.2012 Απόφασή του (ΑΔΑ: Β4Ω86-ΔΣ1), επέβαλε συμβατική ποινή (ποινική ρήτρα), ύψους 2.000 ευρώ σε βάρος της αντισυμβαλλόμενης του και νυν προσφεύγουσας εταιρίας, επειδή η τελευταία παρέδωσε τυρί ακατάλληλο για ανθρώπινη κατανάλωση. Σημειώνεται δε ότι, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, επρόκειτο για αστοχία κατά τη συσκευασία και παράδοση συγκεκριμένης παρτίδας του προς προμήθεια προϊόντος. Ο Π.Ο.Ν. δεν κήρυξε την προσφεύγουσα έκπτωτη, ούτε θεώρησε ότι επλήγη η αξιοπιστία της (ως αντισυμβαλλόμενης), αφού μετέπειτα, της ανέθεσε και άλλες συμβάσεις προμήθειας γαλακτοκομικών προϊόντων. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στη σκέψη 27 της απόφασης ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο) 117/2017, η οποία έκρινε επί Προδικαστικής Προσφυγής της ίδιας προσφεύγουσας κατά απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Φυλής και η οποία πρέπει να ληφθεί υπόψη για την εξέταση της παρούσας

Προσφυγής: «[...] Περαιτέρω, στο από 20.10.2017 έγγραφο, που κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ, ο Π.Ο.Ν. βεβαιώνει την καλή εκτέλεση των υπ' αριθμ. 73/10/10.05.2010, 17/11/8.02.2011, 7/12/27.01.2012 και 81/16/14.10.2014 συμβάσεων προμήθειας γαλακτοκομικών προϊόντων, που συνήψε η προσφεύγουσα εταιρία με την ως άνω αναθέτουσα αρχή. Επιπροσθέτως σημειώνεται ότι, ο Π.Ο.Ν. συνήψε και τις υπ' αριθμ. 174/13.10.2016 και 210/10.10.2017 συμβάσεις προμήθειας γαλακτοκομικών προϊόντων με την προσφεύγουσα εταιρία, γεγονός που, επίσης, καταδεικνύει την επαγγελματική αξιοπιστία και τη φερεγγυότητα της εν λόγω εταιρίας».

22. Επειδή, το «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» του άρθρου 73 παρ. 4 περ. θ) του Ν. 4412/2016 υποδηλώνει συνήθως συμπεριφορά του οικείου οικονομικού φορέα που ενέχει πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή αμέλεια ορισμένου βαθμού. Επίσης, οποιαδήποτε εσφαλμένη, ανακριβής ή πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα». Επειδή, περαιτέρω, κατά την κρατούσα νομολογία που παρατίθεται ανωτέρω, η διάπραξη, από τον υποψήφιο ανάδοχο ή, επί νομικού προσώπου, από τα πρόσωπα τα επιφορτισμένα με την διοίκηση και εκπροσώπησή του, «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», συναφούς με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή σε σχέση με την επαγγελματική τους ιδιότητα, καθώς και η ψευδής δήλωση κατά την παροχή των ζητούμενων από τις σχετικές διατάξεις πληροφοριών, αποτελούν λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου, εφόσον, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, επηρεάζεται εξ όλων αυτών η φερεγγυότητα και η αξιοπιστία αυτού. Συναφώς, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να κρίνουν αιτιολογημένα, εάν η ύπαρξη καταδίκης ή η επιβολή τυχόν κυρώσεων επηρεάζει ή όχι τη φερεγγυότητα, την ηθική και την επαγγελματική αξιοπιστία του υποψήφιου οικονομικού φορέα.

23. Επειδή, η επιβολή μεμονωμένης συμβατικής ποινής (πρόστιμο ύψους 2.000 ευρώ), στο πλαίσιο εκτέλεσης προηγούμενης δημόσιας σύμβασης

με τον Π.Ο.Ν., δε συνιστά «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», υπό την έννοια του άρθρου 73 παρ. 4 περ. θ) του Ν. 4412/2916, δεδομένου μάλιστα ότι, όπως αναλύεται και στη σκέψη 21 ανωτέρω, ο Π.Ο.Ν. δεν κήρυξε την προσφεύγουσα έκπτωτη, αλλά αντίθετα της ανέθεσε στη συνέχεια και άλλες συμβάσεις. Επιπροσθέτως, ο νόμος δεν καθορίζει με σαφήνεια τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν «σοβαρές» οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή, αλλά αυτές θα πρέπει να κρίνονται ad hoc, λαμβάνοντας υπόψη τον βαθμό υπαιτιότητας (θα πρέπει να ενέχουν δόλια συμπεριφορά), τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς. Συνακόλουθα, η απάντηση «ΟΧΙ» στο ερώτημα κατά πόσο η προσφεύγουσα «έχει διαπράξει επαγγελματικό παράπτωμα συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή σε σχέση με την επαγγελματική της ιδιότητα ή δραστηριότητα», η οποία δόθηκε στο πλαίσιο προγενέστερων διαγωνιστικών διαδικασιών του Δήμου Νέας Ιωνίας αλλά και του Δήμου Καλλιθέας και την οποία επικαλείται η Νομική Σύμβουλος στην υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότησή της, δεν στοιχειοθετεί σοβαρή ψευδή υπεύθυνη δήλωση και μάλιστα ικανή να την αποκλείσει από μελλοντικές διαδικασίες. Τέλος, επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 74 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, εάν η περίοδος του αποκλεισμού των οικονομικών φορέων από τις δημόσιες συμβάσεις δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος του αποκλεισμού δεν υπερβαίνει (για τους λόγους της παρ. 4 του άρθρου 73) τα τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.

24. Επειδή, η αναφορά της υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότησης ότι «σύμφωνα με την με αρ. 604.3/3/6/10/410/23.4.12 απόφαση Υπαρχηγού ΓΕΝ σαφώς προκύπτει ότι η επιβληθείσα στην συμμετέχουσα εταιρεία ποινή δεν οφειλόταν σε αντικειμενικό γεγονός (αστοχία υλικού, δηλαδή της συσκευασίας), αλλά οφειλόταν στο γεγονός ότι την 1-3-2012 αυτή παρέδωσε τυρί ακατάλληλο για ανθρώπινη κατανάλωση» δεν είναι ακριβής. Ειδικότερα, με την εν λόγω απόφαση Υπαρχηγού ΓΕΝ επιβάλλεται το

πρόστιμο, διαπιστώνεται η παράδοση είδους ακατάλληλου για ανθρώπινη κατανάλωση και, τέλος, γίνεται αναφορά στις διατάξεις που αποδεικνύουν ότι το τυρί είναι ακατάλληλο για βρώση, χωρίς όμως να αναφέρονται οι αιτίες και εν γένει ο βαθμός υπαιτιότητας της προσφεύγουσας. Επειδή, επιπροσθέτως, σύμφωνα με την Πράξη 110/2016 του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, την οποία επικαλείται η υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότηση, η κατακύρωση συγκεκριμένων ειδών από τον Δήμο Ζωγράφου στην εταιρεία «.....» δεν είναι νόμιμη, γιατί, εφόσον είχε τεθεί ενώπιον της Επιτροπής Διενέργειας η με αρ. 604.3/3/6/10/410/23.4.12 απόφαση Υπαρχηγού ΓΕΝ, η Επιτροπή όφειλε «πριν κρίνει τη συμμετοχή της αποδεκτή, να συνεκτιμήσει το υποβληθέν αποδεικτικό στοιχείο και να διατυπώσει τελικώς αιτιολογημένη κρίση σχετικά με τη σοβαρότητα και τη βαρύτητα του αναφερόμενου επαγγελματικού παραπτώματος και κατά πόσο αυτό δύναται να επηρεάσει τη φερεγγυότητα και την επαγγελματική της αξιοπιστία στον παρόντα διαγωνισμό. Η έλλειψη δε τέτοιας αιτιολογίας εν προκειμένω καθιστά την πρόκριση της εν λόγω εταιρείας στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και, συνακόλουθα, την ανακήρυξη αυτής ως αναδόχου πλημμελή». Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι, ενώ στην υπ' αριθμ. 1904/18.01.2018 Γνωμοδότηση της Νομικής Συμβούλου της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται ότι, σύμφωνα με την Πράξη 110/2016 του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου «η προϋπάρχουσα με αρ. 604.3/3/6/10/410/23.4.12 απόφαση του Υπαρχηγού ΓΕΝ περί επιβολής στην ανωτέρω εταιρεία προστίμου λόγω παράδοσης σε συμβατική της σχέση προϊόντος ακατάλληλου προς κατανάλωση, καθιστά την ανακήρυξη της ανωτέρω εταιρείας ως αναδόχου πλημμελή, κωλυομένης, εκ του λόγου τούτου της υπογραφής των σχεδίων σύμβασης μεταξύ του Δήμου Ζωγράφου και της ανωτέρω εταιρείας, καθόσον κατά την άποψη του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το αναφερόμενο επαγγελματικό παράπτωμα επηρεάζει την φερεγγυότητα και την επαγγελματική αξιοπιστία της ανωτέρω εταιρείας», με την Πράξη 110/2016 του Ελεγκτικού Συνεδρίου διαπιστώνεται ότι η απόφαση κατακύρωσης δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη, χωρίς όμως να προεξοφλείται

ότι η επιβολή του προστίμου επηρεάζει τη φερεγγυότητα του προσωρινού αναδόχου.

25. Επειδή, για τον αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας η προσβαλλόμενη πράξη λαμβάνει υπόψη το υπ' αριθμ. 759/9.1.2018 έγγραφο της Επιτροπής Αξιολόγησης προς την Νομική Σύμβουλο και την υπ' αριθμ. 1904/18.1.2018 Γνωμοδότηση, η οποία καταλήγει στην ύπαρξη αμφιβολιών ως προς την αξιοπιστία, φερεγγυότητα και επαγγελματική επάρκεια της προσφεύγουσας. Επειδή, ωστόσο, από το συνδυασμό των σκέψεων 21-24 ανωτέρω, προκύπτει ότι η Γνωμοδότηση και, κατά συνέπεια και η προσβαλλόμενη πράξη, δεν απέδειξαν τελικώς ότι επηρεάζεται η αξιοπιστία και η φερεγγυότητα της προσφεύγουσας και μάλιστα σε βαθμό που να οδηγεί στον αποκλεισμό της από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα, το εναρκτήριο γεγονός, ήτοι η παράδοση ακατάλληλου τυριού στον Π.Ο.Ν., το οποίο έλαβε χώρα το 2012 και δεν οδήγησε σε έκπτωση του οικονομικού φορέα, ούτε σε αποκλεισμό του από μεταγενέστερους Διαγωνισμούς του Π.Ο.Ν., δεν στοιχειοθετεί «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», με αποτέλεσμα η μη δήλωσή του σε μεταγενέστερες διαγωνιστικές διαδικασίες να μη συνιστά «σοβαρή ψευδή δήλωση». Από τις ανωτέρω σκέψεις συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη δεν απέδειξε τη συνδρομή κάποιου λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και, κατά συνέπεια, η, κατά παράβαση των διατάξεων του εν λόγω άρθρου, απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν ήταν ορθή.

26. Επειδή, όπως γίνεται παγίως δεκτό, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από Διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το Διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Αντιθέτως, όμως, η προσφορά της προσφεύγουσας, όπως προκύπτει από τις ανωτέρω σκέψεις, δεν αποκλείστηκε νομίμως αλλά παρανόμως, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα να έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα

συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου, προβάλλοντας λόγους ακύρωσης κατά της αντίστοιχης απόφασης. Επειδή, κατά συνέπεια θα πρέπει να εξεταστούν οι αιτιάσεις της περί εσφαλμένης αποδοχής της προσφοράς της ανταγωνίστριας της και ήδη παρεμβαίνουσας (πρβλ. και ΔΕΕ C-131/2016, Archus και Gama, απόφαση της 11.05.2017, ECLI:EU:C:2017:358, σκέψεις 50-59).

27. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

28. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

29. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

30. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, ότι η παρεμβαίνουσα έχει δηλώσει ως διανομέα την «.....», η οποία δεν έχει το απαιτούμενο ISO για διακίνηση γάλακτος, επισημαίνεται καταρχάς ότι η παρεμβαίνουσα έχει συμπεριλάβει στην προσφορά της: α) το ISO 22000:2005 του διανομέα, στο οποίο αναγράφεται ότι το πεδίο εφαρμογής του καλύπτει εμπορία, αποθήκευση και διανομή τυποποιημένων προϊόντων τροφίμων και ποτών και β) την από 19/4/2017 βεβαίωση του φορέα πιστοποίησης (.....), που είναι ο υπεύθυνος φορέας για τον έλεγχο στα πλαίσια διενέργειας σχετικής επιθεώρησης και διαμόρφωσης του πεδίου εφαρμογής του πιστοποιητικού με βάση τις απαιτήσεις του σχετικού προτύπου και της οικείας τεχνικής προδιαγραφής, στην οποία βεβαίωση αναφέρεται ως προς το υπό κρίση ISO ότι «το ανωτέρω πεδίο εφαρμογής περιλαμβάνει και τυποποιημένα προϊόντα με βάση το γάλα».

31. Επειδή, στην παράγραφο 2.2.7 της Διακήρυξης (Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης) αναφέρεται: «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να διαθέτουν και συμμορφώνονται με τα κατωτέρω πρότυπα: α) Για το ΤΜΗΜΑ 1 όσον αφορά τα φρέσκο γάλα των δικαιούχων υπαλλήλων των υπηρεσιών του Δήμου: θα πρέπει να διαθέτουν Πιστοποιητικά ISO 22000:2005 & ISO 9001:2008, ή ισοδύναμα σχετικά και το αντικείμενο δραστηριότητάς τους, που εμπίπτει στις απαιτήσεις της παρούσας σύμβασης, υπό την προϋπόθεση να περιλαμβάνεται η διακίνηση ή μεταφορά των ειδών [...]». Περαιτέρω, στην παράγραφο 2.2.9.2 της Διακήρυξης (Αποδεικτικά μέσα) αναφέρεται: «[...] Β.4. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας

και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: για το ΤΜΗΜΑ 1 – ΓΑΛΑ ΠΑΣΤΕΡΙΩΜΕΝΟ, Πιστοποιητικά ISO 22000:2005 & ISO 9001:2008, ή ισοδύναμα σχετικά και το αντικείμενο δραστηριότητάς τους, που εμπίπτει στις απαιτήσεις της παρούσας σύμβασης, υπό την προϋπόθεση να περιλαμβάνεται η διακίνηση ή μεταφορά των ειδών [...]».

32. Επειδή, όπως έγινε δεκτό και στην απόφαση ΑΕΠΠ (1ο Κλιμάκιο) 8/2018, «από τη γραμματική ερμηνεία του αναγραφόμενου πεδίου εφαρμογής του υπό κρίση πιστοποιητικού ISO, που αφορά εν γένει σε εμπορία, αποθήκευση και διανομή τυποποιημένων προϊόντων τροφίμων και ποτών, καθίσταται σαφές ότι το εν θέματι πιστοποιητικό περιλαμβάνει και την εμπορία/διανομή του υπό προμήθεια προϊόντος», γεγονός που ενισχύεται και από την προσκομισθείσα από 19/4/2017 βεβαίωση του φορέα πιστοποίησης (.....), η οποία αναφέρει ότι «το ανωτέρω πεδίο εφαρμογής περιλαμβάνει και τυποποιημένα προϊόντα με βάση το γάλα». Επειδή, η απόφαση ΑΕΠΠ (3ο Κλιμάκιο) 52/2018, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα εκδόθηκε στο πλαίσιο άλλης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπου η Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής περιελάμβανε ρητό όρο, ο οποίος μάλιστα είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, ότι «σε όλα τα ανωτέρω απαιτούμενα ISO θα γίνεται σαφής αναφορά στο πεδίο εφαρμογής για το γάλα (ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ)», όρος ο οποίος δεν περιλαμβάνεται στην υπό κρίση Διακήρυξη. Επειδή, συνακόλουθα, ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

33. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, ότι το ΕΕΕΣ της εταιρείας «.....» έχει κενό το πεδίο της ημερομηνίας και ότι η ημερομηνία στο αντίστοιχο πεδίο πρέπει να ταυτίζεται με αυτήν της ψηφιακής υπογραφής, επισημαίνονται τα εξής: α) το ΕΕΕΣ της εταιρείας «.....» έχει συνταχθεί και υπογραφεί σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, β) η παράλειψη συμπλήρωσης του πεδίου ημερομηνία είναι άνευ ουσίας, δεδομένου ότι η ημερομηνία σύνταξης του ΕΕΕΣ (22.12.2017) προκύπτει από την ψηφιακή υπογραφή, η οποία εμφανίζεται στο

τέλος της πρώτης σελίδας και γ) η προκαταρκτική απόδειξη σχετικά με την απουσία λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής έχει επιτευχθεί. Κατά συνέπεια, και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

34. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η παρεμβαίνουσα έχει επισυνάψει άδεια φορτηγών από Κτηνιατρική για μεταφορά συσκευασμένων γαλακτοκομικών προϊόντων, ενώ η άδεια κυκλοφορίας του Υπουργείου Συγκοινωνιών αναγράφει τυποποιημένα είδη παντοπωλείου – οπωρολαχανικά, επισημαίνονται τα εξής: α) η υποβολή των εν λόγω αδειών έχει γίνει εκ του περισσού, δεδομένου ότι δεν απαιτείται από την Διακήρυξη, β) το προσφερόμενο προϊόν (φρέσκο παστεριωμένο γάλα) είναι πράγματι τυποποιημένο και γ) σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι εντελώς αόριστος και άρα απορριπτός, δεδομένου ότι δεν αναφέρει ποιες διατάξεις της Διακήρυξης θεωρεί ότι παραβιάζει η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

35. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι τα υποβληθέντα ISO (22000-9001) της παρεμβαίνουσας δεν καλύπτουν τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη πεδία και συγκεκριμένα τη διακίνηση ή μεταφορά ειδών, επισημαίνεται ότι, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου προέκυψε πως η παρεμβαίνουσα, για τη διακίνηση και μεταφορά των προσφερόμενων προϊόντων έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα και συγκεκριμένα στις ικανότητες της εταιρείας «.....», της οποίας τα ISO έχουν υποβληθεί. Κατά συνέπεια, και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

36. Επειδή, ορθώς η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

37. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

38. Επειδή, ύστερα από τις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 14/23.01.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26.02.2018 και εκδόθηκε στις 07.03.2018.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός