

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20/12/2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)- Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/ 388/21.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) ΙΙΙ/65/21.12.2017 της προσφεύγουσας Ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Αμαρουσίου και της με αρ. 304 (αρ. πρωτ. 58366/19-12-2017) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου με την οποία αποκλείστηκε από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αρ. 304 (αρ. πρωτ. 58366/19-12-2017) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου με την οποία αποκλείστηκε από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί δυνάμει της με αρ. ΔΥ/21-12-2017 Βεβαίωσης ελέγχου και δέσμευσης ηλεκτρονικού παραβόλου της ΑΕΠΠ, το υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 181124766958 0220 0064, το οποίο πληρώθηκε

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

εμπρόθεσμα την 20-12-2017, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή με τη με αρ. 38445/25-8-2017 Διακήρυξη του Δήμου Αμαρουσίου προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοιχτός Δημόσιος Διαγωνισμός για την Προμήθεια Γάλακτος για τους δικαιούχους εργαζόμενους του Δήμου και λοιπών τροφίμων (αρτοποιείο, κρεοπωλείο, ιχθυοπωλείο, παντοπωλείο, οπωροπωλείο) για τις ανάγκες του Ν.Π. ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ «Ο.ΚΟΙ.Π.Α.Δ.Α (ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΔΗΜΟΥ ΑΜΑΡΟΥΣΙΟΥ), α) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για τις ομάδες 1 και 2, β) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (του μεγαλύτερου ποσοστού έκπτωσης επί τοις εκατό (%)) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του κάθε είδους, την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της υπηρεσίας εμπορίου της οικείας Περιφέρειας για τις ομάδες 3,4 και 6, γ) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής καθώς και μεγαλύτερου ποσοστού έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στο σύνολο της Ομάδας 5 Είδη Παντοπωλείου, η οποία προκύπτει από το άθροισμα των περιπτώσεων 3.1 και 3.2, που περιλαμβάνεται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό στην 18/2017 μελέτη της Δ/σης Διεύθυνσης Περιβάλλοντος & Ποιότητας Ζωής, Τμήματος Περιβαλλοντικού Σχεδιασμού. Η συνολική δαπάνη για την ανωτέρω προμήθεια προϋπολογίζεται ενδεικτικά στο συνολικό ποσό των 341.870,61 € (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%) και θα καλυφθεί από ίδιους πόρους του Δήμου και του Νομικού του Προσώπου. Ο ενδεικτικός προϋπολογισμός για την προμήθεια με τίτλο «Προμήθεια γάλακτος για τους εργαζομένους του Δήμου

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

Αμαρουσίου» ανέρχεται στο ποσό των 119.638,75€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και επιβαρύνει τον προϋπολογισμό του Δήμου για το οικονομικό έτος 2017. Ο ενδεικτικός προϋπολογισμός για την προμήθεια με τίτλο «Δαπάνες αρτοποιείου, Κρεοπωλείου, Ιχθυοπωλείου, Παντοπωλείου, Οπωροπωλείου» ανέρχεται στο ποσό των 222.231,86€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και επιβαρύνει τον προϋπολογισμό του Ν.Π.Δ.Δ. Ο.ΚΟΙ.Π.Α.Δ.Α. για το οικονομικό έτος 2017. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25/8/2017 και αυθημερόν καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το συστημικό αριθμό 44036. Στο διαγωνισμό αυτόν, συμμετείχε, μεταξύ των άλλων και η προσφεύγουσα, με την υποβολή φακέλου, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς και δικαιολογητικών συμμετοχής για την ομάδα 1. Η ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς κάθε συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας έλαβε χώρα την 4-12-2017. Εν συνεχεία η ανωτέρω επιτροπή αξιολόγησης προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς κάθε συμμετέχουσας εταιρίας και προέβη στην κατάρτιση του υπ' αριθ. Πρωτ. 57754/4-12-2017 πρακτικού επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης διαγωνισμών συμβάσεων προμηθειών, δυνάμει του οποίου, ως προς την ομάδα 1, καμία συμμετέχουσα εταιρεία δεν προκρίθηκε στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, ήτοι το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και ως εκ τούτου ματαιώθη η διαδικασία προμήθειας της ομάδας 1 (γάλα εργαζομένων) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη λόγω μη συμφωνίας των κατατεθειμένων δικαιολογητικών με τις απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 304 (αρ. πρωτ. 58366/19-12-2017) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και ακολούθως η ως άνω έγκριση αναρτήθηκε την 19-12-2017 στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Ειδικότερα, αναφορικά με την τεχνική προσφορά προσφεύγουσας εταιρείας με την υπ' αριθ. 304/2017 απόφαση κρίθηκαν τα εξής : *«Ανακριβές ΕΕΕΣ σε ότι αφορά το μέρος ΙΙΙ – λόγοι αποκλεισμού – Τμήμα Γ΄: «Ο οικονομικός φορέας: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού ή την*

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

ικανοποίηση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες τις πληροφορίες αυτές....» η απάντηση που δίδεται είναι «ΟΧΙ». Η ανωτέρω δήλωση είναι ανακριβής διότι η εν λόγω εταιρεία συμμετείχε σε παρόμοιους διενεργηθέντες διαγωνισμούς στους Δήμους Ν. Ιωνίας και Καλλιθέας υποβάλλοντας ανακριβείς υπεύθυνες δηλώσεις σύμφωνα με την 391/2016 απόφαση Ο . Ε. (οικονομικής επιτροπής) του Δήμου Ν. Ιωνίας και τις 321/2016 και 381/2016 αποφάσεις Ο . Ε. (οικονομικής επιτροπής) του Δήμου Καλλιθέας και των με αρ. Ν 35/6-2-2017 Απόφασης Δ/κού Εφετείου Αθηνών και την με αρ.Απόφαση Αποκεντρωμένης Δ/σης Αττικής. Σύμφωνα με το άρθρο 10.1.1. της 38445/25-08-2017 διακήρυξης σε περίπτωση είτε μη συμπλήρωσης των απαιτούμενων πεδίων των Ε.Ε.Ε.Σ., είτε μη ορθής συμπλήρωσης αυτού συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς του συμμετέχοντα. Συνεπώς η εταιρεία..... αποκλείεται από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. »

4. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 20/12/2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στις 20/12/2017, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αρ. 304 (αρ. πρωτ. 58366/19-12-2017) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 57754/4-12-2017 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και αξιολόγησης, για την αξιολόγηση δικαιολογητικών και τεχνικών προσφορών που αφορούν στην προμήθεια με τίτλο " Προμήθεια γάλακτος για τους δικαιούχους εργαζόμενους του Δήμου και λοιπών τροφίμων (αρτοποιείο, κρεοπωλείο, ιχθυοπωλείο, παντοπωλείο, οπωροπωλείο) για τις ανάγκες του Ν.Π. ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ «Ο.ΚΟΙ.Π.Α.Δ.Α " κατά το σκέλος που αφορά στην ομάδα 1 (γάλα εργαζομένων) με την οποία η προσφεύγουσα αλλά και όλες οι συμμετέχουσες εταιρείες στην εν λόγω ομάδα, αποκλείστηκε από την επόμενη φάση του διαγωνισμού, και αφού κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός για το εν λόγω τμήμα του διαγωνισμού, ήτοι την ομάδα 1, λόγω μη συμφωνίας των κατατεθειμένων δικαιολογητικών με τις απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης,

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

ματαιώθηκε η διαδικασία της εν λόγω προμήθειας , η οποία, σύμφωνα με την ως άνω προσβαλλομένη απόφαση, θα επαναληφθεί χωρίς τροποποίηση των όρων της διακήρυξης.

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, η Α.Ε.Π.Π. είναι χρονικά αρμόδια να επιληφθεί της υπό κρίση κατατεθείσας προδικαστικής προσφυγής, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 379 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

8. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα στον επίδικο διαγωνισμό και δη για την προμήθεια της ομάδας 1 (γάλα εργαζομένων) υποβάλλοντας τη με αρ. 75901 προσφορά για τον υπόψη διαγωνισμό.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα με την υπο κρίση της Προδικαστική Προσφυγή αιτείται να ακυρωθεί η με αρ. 304 (αρ. πρωτ. 58366/19-12-2017) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 57754/4-12-2017 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και αξιολόγησης, για την αξιολόγηση δικαιολογητικών και τεχνικών προσφορών που αφορούν στην προμήθεια με τίτλο " Προμήθεια γάλακτος για τους δικαιούχους εργαζόμενους του Δήμου και

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

λοιπών τροφίμων (αρτοποιείο, κρεοπωλείο, ιχθυοπωλείο, παντοπωλείο, οπωροπωλείο) για τις ανάγκες του Ν.Π. ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ «Ο.ΚΟΙ.Π.Α.Δ.Α " κατά το σκέλος που αφορά στην ομάδα 1 (γάλα εργαζομένων) και απορρίπτει την προσφορά της στο διαγωνισμό, εσφαλμένως, κατά την προσφεύγουσα, για τους λόγους που αναφέρει στην κρινόμενη Προδικαστική της Προσφυγή, προκειμένου να γίνει αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας και να συνεχίσει στην επόμενη φάση του διαγωνισμού.

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

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

13. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαίνεται αιτιολογημένα

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α)....., 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, [...] 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

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. 10».

15. Επειδή, περαιτέρω, με τη διάταξη του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «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. 5. Ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος Βιβλίου, σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους, επιφέρει αυτοδίκαια και τον αποκλεισμό του

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

από μελλοντικές ή εν εξελίξει διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έργων, προμηθειών, υπηρεσιών του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 222 έως 338) ή συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών του ν. 4413/2016 (Α' 148) για ίσο χρονικό διάστημα. 6. Οι αποφάσεις που εκδίδονται βάσει της παρ. 3 γνωστοποιούνται στην Αρχή, στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας του Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και στη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων τηρείται κατάλογος των αποκλεισθέντων οικονομικών φορέων, στον οποίο καταχωρούνται τα στοιχεία και η περίοδος αποκλεισμού εκάστου εξ αυτών, υπό την επιφύλαξη των διατάξεων του ν. 2472/1997 (Α' 50).».

16. Επειδή, από το περιεχόμενο των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι μέσω αυτών επιδιώκεται η κατά το δυνατόν μεγαλύτερη εξασφάλιση της φερεγγυότητας και αξιοπιστίας των υποψηφίων αναδόχων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, θεσπίζοντας για το λόγο αυτό ειδικότερες ρυθμίσεις τόσο αναφορικά με τη λήψη κατάλληλων μέτρων για την απόδειξη της φερεγγυότητας των διαγωνιζομένων στο πεδίο αυτό, όσο και αναφορικά με τη διαδικασία επιβολής της ποινής του αποκλεισμού από τη διαγωνιστική διαδικασία για τους ως άνω λόγους.

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, κάνοντας χρήση της σχετικής δυνατότητας που προβλέπει το άρθρο 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, ορίζει στο άρθρο 6 της Διακήρυξης με τίτλο «Προϋποθέσεις για τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό» ότι: «[...] Αποκλείεται του διαγωνισμού οικονομικός φορέας που 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. Επίσης, αν έχει κριθεί ένοχος ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την

πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ούτε έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή αν έχει αποκλειστεί σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν.4412/2016. »

18. Επειδή, όταν η αναθέτουσα αρχή εξετάζει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού που έχει συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, πρέπει να δίδει ιδιαίτερη προσοχή στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις να αποκλείει οικονομικούς φορείς για ελάχιστονες παρατυπίες, εκτός αν γεννώνται αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία τους λόγω επαναλαμβανόμενων ελασσόνων παρατυπιών.

19. Επειδή 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. (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.20/2017)

20. Επειδή, ειδικότερα, η υποβολή ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των απαιτούμενων με τη Διακήρυξη πληροφοριών (ή η μη παροχή αυτών) δύναται να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου, εφόσον, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, επηρεάζεται εξ αυτών η φερεγγυότητα και αξιοπιστία αυτού [πρβλ. ΣτΕ (ΕΑ) 403/2010 και].

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 1 και 2 του Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (Α΄ 45): «Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. Η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης.». Επίσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ορίζεται ότι: «Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου

οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου πού έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση [...]. Η γνώμη [...] πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. Το όργανο πού έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης [...]. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης [...], καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς [...].».

22. Επειδή σύμφωνα με την ειδική διάταξη της παραγράφου 1 του αρ. 365 Ν.4412/2016 *«η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης».*

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 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 [...] 2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. [...]».

24. 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

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

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 .

25. Επειδή την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό), οικονομικών φορέων.

26. 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 [...].»

27. Επειδή, στο άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. [...].»

28. Επειδή στο άρθρο 10.1.1 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά συμμετοχής» ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «Οι προσφέροντες υποβάλλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά: Α. Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), συμπληρωμένο βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, σε ηλεκτρονική μορφή, ψηφιακά υπογεγραμμένο σε μορφή pdf. [...] Σε περίπτωση είτε μη συμπλήρωσης των απαιτούμενων πεδίων του Ε.Ε.Ε.Σ (που σχετίζονται με τις απαιτήσεις της διακήρυξης), είτε μη ορθής συμπλήρωσης αυτού, συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς του συμμετέχοντα.»

29. Επειδή στο Μέρος III: Λόγοι Αποκλεισμού, Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα του ΕΕΕΣ (σελ. 12), η προσφεύγουσα εταιρία δήλωσε «ΟΧΙ» στο

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

ερώτημα «α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων [...], β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές [...]»

30. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ορθώς συμπλήρωσε το Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης καθότι ουδέποτε διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και ουδέποτε κρίθηκε ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων ως περιγράφεται στο ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου η προσβαλλομένη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου τυγχάνει παράνομη και ακυρωτέα. Ειδικότερα προβάλλει ότι «το γεγονός ότι η εταιρεία μας το 2012 είχε λάβει συμβατική κύρωση από τον Προμηθευτικό Οργανισμό Ναυτικού και εσφαλμένως θεωρηθέν τούτο ως επαγγελματικό παράπτωμα είχε ως συνέπεια η εταιρεία μας να αποκλειστεί σε συγκεκριμένες διαγωνιστικές διαδικασίες (εκκρεμούν και τα σχετικά ένδικα βοηθήματα), δεν καθιστά τη δήλωση μας ψευδή. [...] Η συμβατική ποινή που μας επιβλήθηκε από τον ΠΟΝ δεν αποτελεί σε καμία περίπτωση επαγγελματικό παράπτωμα που θα μπορούσε καν να οδηγήσει σε αποκλεισμό από διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων κατά την έννοια του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 [...] Σε κάθε δε περίπτωση η δήλωση μας ήταν αληθής. Το υποτιθέμενο παράπτωμα της εταιρείας μας το οποίο αποκρύψαμε δήθεν δεν είναι σοβαρό, σε κάθε δε περίπτωση είναι παλαιό [...] Αλλά και από την ίδια τη φύση της υπεύθυνης δήλωσης η οποία μπορεί να αφορά αποκλειστικώς και μόνο γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα και όχι αξιολογήσεις, προκύπτει ότι δεν μπορεί να θεωρηθεί σε καμία περίπτωση ότι μπορεί να επέλθει αποκλεισμός μας διότι δήθεν δηλώσαμε κάτι αναληθώς ή ψευδώς. Και τούτο διότι εμείς δηλώσαμε αυτό το οποίο γνωρίζαμε και ξέραμε, ότι δηλαδή δεν έχουμε αποκλειστεί από διαδικασία αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως σύμφωνα με το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ή την αντίστοιχη προγενέστερη νομοθεσία»

31. Επειδή, όπως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη με αριθ. 304/2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου, η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφεύγουσα από την υπόψη διαγωνιστική διαδικασία επικαλούμενη το άρθρο 10.1.1 της διακήρυξης ήτοι λόγω μη ορθής

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

συμπλήρωσης των απαιτούμενων πεδίων των ΕΕΕΣ και συγκεκριμένα λόγω ανακριβούς ΕΕΕΣ σε ότι αφορά το μέρος ΙΙΙ Τμήμα Γ ως προς την συμπλήρωση με ΟΧΙ στο πεδίο α) *έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού ή την ικανοποίηση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες τις πληροφορίες αυτές....»*, διότι «η εν λόγω εταιρεία συμμετείχε σε παρόμοιους διενεργηθέντες διαγωνισμούς στους Δήμους Ν. Ιωνίας και Καλλιθέας υποβάλλοντας ανακριβείς υπεύθυνες δηλώσεις σύμφωνα με την 391/2016 απόφαση Ο . Ε. (οικονομικής επιτροπής) του Δήμου Ν. Ιωνίας και τις 321/2016 και 381/2016 αποφάσεις Ο . Ε. (οικονομικής επιτροπής) του Δήμου Καλλιθέας και των με αρ. Ν 35/6-2-2017 Απόφαση Δ/κού Εφετείου Αθηνών και την με αρ. ΑΔΑ: ΩΛ4ΘΟΡ1Κ-ΖΕΖ Απόφαση Αποκεντρωμένης Δ/σης Αττικής». Προκύπτει δε, αν και δεν αναφέρεται ρητά στο σώμα της προσβαλλόμενης πράξης, ότι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας στηρίζεται στη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ) του Ν. 4412/2016, περί του αν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού.

32. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. 61357/28-12-2017 έγγραφο της, στο οποίο αποτυπώνονται οι απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, αναφέρει ότι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας στηρίχτηκε στη διάταξη του άρθρου 6 της διακήρυξης και στο άρθρο 73 παρ. 4 εδ. στ) του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο αποκλείεται του διαγωνισμού οικονομικός φορέας που 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, ήτοι σε διαφορετική βάση από εκείνη που αποτέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού της προσφεύγουσας από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, καθώς η προαναφερομένη περίπτωση στ) της παραγράφου 4 του

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ουδόλως μνημονεύεται στο σκεπτικό της προσβαλλόμενης πράξης (βλ. σκέψη 31 της παρούσας). Πολλώ δε μάλλον οι ως άνω απόψεις της αναθέτουσας αρχής, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της παραθέτει συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, περιέχουν ασαφείς και αντιφατικές αιτιάσεις, όπως εμφανώς προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση τους και τούτο διότι αναφέρεται ότι *«η επιτροπή αποφάνθηκε εξετάζοντας και τις παρατηρήσεις της εταιρείαςμε τα συνημμένα σε αυτές στοιχεία, σύμφωνα με τις οποίες η εταιρείασυμμετείχε σε παρόμοιους διενεργηθέντες διαγωνισμούς υποβάλλοντας σχετικές ανακριβείς υπεύθυνες δηλώσεις»* καταλήγοντας ότι *«Για τους λόγους αυτούς η προαναφερόμενη απόφαση του Δήμου Αμαρουσίου είναι νόμιμη, βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 6 της Διακήρυξης και στο του άρθρο 73 παρ. 4 εδάφιο στ) του Ν.4412/2016 (ΦΕΚ 147/08.08.2016 τεύχος Α'): Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ). «(...) 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, (...)»*, και είναι επαρκώς αιτιολογημένη, καθιστάμενης της προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας *«.....»* αβάσιμης.»

33. Επειδή ωστόσο από τις προσκομιζόμενες με τις απόψεις της από την αναθέτουσα αρχή και αναφερόμενες στην προσβαλλόμενη απόφαση, αποφάσεις οικονομικών επιτροπών και συγκεκριμένα τη με αριθμό πράξης 68, απόσπασμα πρακτικών συνεδρίασης Οικον. Επιτροπής Ν. Ιωνίας με ΑΔΑ: 6ΠΦ5ΩΚΥ-Φ2Ρ, τη με αρ. πρωτ: 17127/5987 + 15568/5455 + 14979/5298 + 14654/5239/14-03- 2017 Απόφ. Γ.Γ. Αποκ. Διοίκησης Αττικής με ΑΔΑ: ΩΛ4ΘΟΡ1Κ-ΖΕΖ, τη με αρ. 67/19-05-2017 Απόφαση Αποκ. Διοίκησης της Επιτροπής του άρθρου 152 του Ν. 3463/2006, τη με αρ. πρωτ: 15117/07-04-2017 Απόφ. Οικ. Επιτροπής Δήμου ΙΛΙΟΥ με ΑΔΑ: 64ΖΖΩΕΒ-ΤΜΚ, τη με αρ.

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

175/16-06-2017 Αποφ. Οικ. Επιτροπής Δήμου Μοσχάτου Ταύρου με ΑΔΑ:Ψ1Ν6ΩΚΡ-07Φ, τη με αριθ. απόφαση 304 Οικ. Επιτροπής Δήμου Φυλής με ΑΔΑ: Ψ64ΧΩΗΤ-0ΞΡ και τη με αρ. απόφαση 379/28-08-2017οικ. επιτροπής δήμου Βάρης-Βούλας-Βουλιαγμένης με ΑΔΑ: 7ΘΔ3ΩΨΖ-ΖΟΨ ουδόλως προκύπτει αν αυτές έχουν καταστεί τελεσίδικες.

34. Επειδή, ως ανεφέρθη, οι λόγοι αποκλεισμού αποκτούν, βάσει των διατάξεων της νέας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2016, ουσιαστικό χαρακτήρα και δεν εξετάζεται μόνο η τυπική εκπλήρωσή τους, διασφαλίζοντας με τον τρόπο αυτόν, την τήρηση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού.

35. Επειδή και αν ήθελε υποθεθεί ότι οι ως άνω αποφάσεις των οικονομικών επιτροπών είχαν καταστεί τελεσίδικες, το γεγονός αυτό καθαυτό (ύπαρξη τελεσίδικης απόφασης για ψευδείς δηλώσεις οικονομικού φορέα σε προηγούμενη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης) δεν συνεπάγεται αυτόματο αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, τηρουμένης της θεμελιώδους αρχής της αναλογικότητας.

36. Επειδή, σε κάθε περίπτωση που στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχουν δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016), η αναθέτουσα αρχή οφείλει, προτού τον αποκλείσει να εξετάσει καταρχάς, εάν αυτός έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και, κατά δεύτερον, εάν αυτά κρίνονται επαρκή, κατά τη διαδικασία του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016.

37. Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, μετά την από την εταιρείαγνωστοποίηση του αποκλεισμού της προσφεύγουσας από παρόμοιους διαγωνισμούς λόγω υποβολής κατά το παρελθόν ανακριβών δηλώσεων, η αναθέτουσα αρχή όχι μόνο δεν εμποδιζόταν, αλλά ανεξαρτήτως δηλώσεως της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ, όφειλε η ίδια να ζητήσει δικαιολογητικά, διευκρινήσεις και έγγραφα προκειμένου να εκτιμήσει και να κρίνει αιτιολογημένα αν πράγματι συντρέχει λόγος αποκλεισμού της λόγω ανακριβούς συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ και κατά πόσον

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

αυτός ο λόγος επηρεάζει τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία του διαγωνιζομένου (ΕΑ 428/2011).

38. Επειδή η αναθέτουσα αρχή σε κάθε περίπτωση δεν εξέτασε τον βαθμό υπαιτιότητάς της προσφεύγουσας, τις επιπτώσεις, τυχόν επαναλαμβανόμενες συμπεριφορές και κατά πόσο επηρεάζεται η φερεγγυότητα και η αξιοπιστία της, όπως απαιτείτο να πράξει πριν να αποκλείσει την προσφεύγουσα αιτιολογημένα, κρίνοντας αυτή ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων, κατά το άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ του Ν. 4412/2016 ή, σύμφωνα με την συμπληρωματική αιτιολογία που περιέχεται στις απόψεις της αναθέτουσας, έχουσα 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 το άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ του Ν. 4412/2016

39. Επειδή εν προκειμένω ουδόλως αποδείχθηκε ότι πράγματι ήταν σε γνώση της προσφεύγουσας ο χαρακτηρισμός (ήτοι ο βαθμός σοβαρότητας) των σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά το χρόνο σύνταξης του ΕΕΕΣ ούτε ότι η προσφεύγουσα 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.

40. Επειδή από τα εξεταζόμενα στοιχεία τα οποία περιήλθαν εις γνώση της εισηγήτριας, δυνάμει του άρθρου 12 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017, προέκυψε ότι στο πλαίσιο σύμβασης προμήθειας τυροκομικών προϊόντων, ο Προμηθευτικός Οργανισμός Ναυτικού (Π.Ο.Ν), με την Αρ. Φακ. 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 αντισυμβαλλομένης του και νυν προσφεύγουσας εταιρίας, λόγω αστοχίας κατά τη συσκευασία και

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

παράδοση συγκεκριμένης παρτίδας του προς προμήθεια προϊόντος (Ημίσκληρο τυρί), το οποίο εξοφλήθηκε εμπρόθεσμα την 19.06.2012, χωρίς ουδέποτε να κηρυχθεί έκπτωτη, ή να θεωρηθεί ότι επλήγη η αξιοπιστία της (ως αντισυμβαλλόμενης), αφού σε μετέπειτα χρόνο, ο Π.Ο.Ν της ανέθεσε και άλλες συμβάσεις προμήθειας γαλακτοκομικών προϊόντων. Επιπρόσθετα, στο από 20.10.2017 έγγραφο, που κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π, 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. Ο Π.Ο.Ν. δε συνήψε και τις υπ' αριθμ. 174/13.10.2016, 2/11.1.2017, 157/28.6.2017 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.

41. Επειδή, η αστοχία προϊόντος, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 7/12/27.01.2012 σύμβασης με τον Π.Ο.Ν., οφείλεται σε κακές συνθήκες συσκευασίας και παράδοσης συγκεκριμένης παρτίδας του υπό προμήθεια προϊόντος (Ημίσκληρο τυρί) από τον προμηθευτή της προσφεύγουσας εταιρίας (ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...»), και όχι σε δόλο ή σοβαρή, πόσο μάλλον σε επαναλαμβανόμενη αμέλεια της προσφεύγουσας, υπό την έννοια του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ). Ν. 4412/2016 («σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης»)(βλ ΑΕΠΠ 117/2017). Μάλιστα στο με το από 17.10.2017 έγγραφο της προσφεύγουσας προς την Α.Ε.Π.Π, η προσφεύγουσα εταιρία επισημαίνει ότι, μετά το περιστατικό αστοχίας προϊόντος που ανέκυψε στη συμβατική σχέση της με τον Π.Ο.Ν., προέβη σε όλες τις αναγκαίες διορθωτικές ενέργειες (πλάνο δειγματοληψίας και ελέγχου, εκπαίδευση προσωπικού, επικοινωνία με τον προμηθευτή της κλπ), σύμφωνα με τη στρατηγική της.

42. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρία ορθώς δήλωσε στο ΕΕΕΣ (Μέρος III, Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, σελ. 13-14), ότι δεν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, δεδομένου ότι δεν έχει αποκλειστεί, ως βάσιμα ισχυρίζεται και απεδείχθη από τα προσκομιζόμενα συμπληρωματικά έγγραφα , από τις διαδικασίες ανάθεσης σύμβασης προμήθειας του Δημοσίου ή των Ο.Τ.Α, σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016, αλλά εκκρεμεί η έκδοση δικαστικών αποφάσεων επί αιτήσεων αναστολής και ακύρωσης που έχει ασκήσει η προσφεύγουσα στα αρμόδια δικαστήρια επί αποφάσεων Οικονομικών Επιτροπών Δήμων για αποκλεισμό της από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία λόγω εφαρμογής του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (βλ. ενδεικτικά την από 26/5/2017 αίτηση ακύρωσης της Προσφεύγουσας κατά του Δήμου Ν. Ιωνίας για την ακύρωση της 391/17-11-2016 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ν. Ιωνίας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αρ. κατ. 1031/26-5-2017, την από 30/6/2017 αίτηση ακύρωσης της Προσφεύγουσας κατά του Υπουργού Εσωτερικών και του Δήμου Καλλιθέας για την ακύρωση της 67/19-5-2017 απόφασης της Επιτροπής του άρθρου 152 του ν. 3463/2006 Περιφερειακής Ενότητας Δυτικής Αττικής Δυτικού Τομέα Αθηνών και Νοτίου Τομέα Αθηνών της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής, της 17127/5987+15568/5455+14979/5928+14654/5239 από 14-3-2017 απόφασης της Ασκούσας Καθήκοντα Γ. Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης, της 381/2006 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας και της 151/2017 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, την από 4/7/2017 αίτηση αναστολής της Προσφεύγουσας κατά του Δήμου Μοσχάτου – Ταύρου Αττικής για την ακύρωση της 175/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μοσχάτου – Ταύρου Αττικής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς με αρ. κατ. ΑΝ 150/4-7-2017) και συνεπώς η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα έκρινε ότι η προσφεύγουσα ήταν ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού και σύμφωνα με την

Αριθμός Απόφασης : 51 /2018

συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, ως έγινε δεκτό στη σκέψη 22 της παρούσας, ότι 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.

43. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

44. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 304 (αρ. πρωτ. 58366/19-12-2017) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ. Πρωτ. 57754/4-12-2017 πρακτικό επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης διαγωνισμών συμβάσεων προμηθειών, κατά το σκέλος που αφορά στον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€),

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 22 Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 23 Ιανουαρίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα