

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Μαΐου 2020, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και
Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 546/2020
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) 441/13-04-2020 της ανώνυμης εταιρείας
με την επωνυμία «», που εδρεύει στην, επί του,
νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του (.....), που εδρεύει στο

και της παρεμβαίνουσας μονοπρόσωπης εταιρείας περιορισμένης
ευθύνης με την επωνυμία «» και το διακριτικό τίτλο «
.....», που εδρεύει στον, επί της οδού αριθ.,
νόμιμα εκπροσωπούμενης

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ζητείται να ακυρωθούν α)
η από 20.3.2020 με αριθ. Φ.604.3/12/5/19 απόφαση του Γραφείου
του καθ' ου Προμηθευτικού Οργανισμού, με την οποία αποκλείεται η
προσφεύγουσα από το διαγωνισμό για τη Σύναψη Συμφωνίας – Πλαίσιο
Προμήθειας Γαλακτοκομικών Ειδών, στο Πλαίσιο Κάλυψης Αναγκών Π.
Πλοίων και Ν. Υπηρεσιών Περιοχών, και, για Δύο (2) Έτη
ή Μέχρι Αποδόσεως Διαγωνισμού Διακλαδικού Χαρακτήρα ή Μέχρι
Αναλώσεως της Κατακυρωθείσας Αξίας, Όποιο εκ των Τριών Γεγονότων
Επέλθει Πρώτο, Προϋπολογιζόμενου Κόστους 266.000 Ευρώ (άνευ ΦΠΑ)»
και β) η αρνητική σύμφωνη γνώμη με αριθ. /2.12.2019 (συνεδρίαση
18η) της Γνωμοδοτικής Επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους του άρθρου 73 παρ.8-9 του ν. 4412/2016, η οποία τάχθηκε υπέρ του αποκλεισμού της προσφεύγουσας και ενσωματώνεται στην πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 1.330,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης προ ΦΠΑ ανέρχεται στις 266.000,00€.

2. Επειδή, η προσφυγή ανατέθηκε προς εξέταση στο επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 13-04-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της.

3. Επειδή, ο (.....), που αποτελεί αυτοτελή Υπηρεσία υπαγομένη στον δια του (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. γ' περίπτ. (7) ν. 2292/1995, Α' 35) (εφεξής καλούμενος στην παρούσα «αναθέτουσα αρχή» ή «»), με την υπ' αριθ. (αρ.) διακήρυξη του προκήρυξε ανοικτό μειοδοτικό διαγωνισμό για τη σύναψη συμφωνίας – πλαίσιο για την προμήθεια γαλακτοκομικών ειδών, στο πλαίσιο κάλυψης αναγκών πολεμικών πλοίων και ναυτικών υπηρεσιών περιοχών, και Κέντρου Εκπαίδευσης, για δύο (2) έτη ή μέχρι αποδόσεως διαγωνισμού διακλαδικού χαρακτήρα ή μέχρι αναλώσεως της κατακυρωθείσας αξίας, όποιο εκ των τριών γεγονότων επέλθει πρώτο, προϋπολογιζομένου κόστους 266.000,00€ (άνευ ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (εφεξής «διαγωνισμός»). Η διακήρυξη του

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), όπου έλαβε Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) Ο διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό Η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά και για τις 3 κατηγορίες ειδών της διακήρυξης, ήτοι την κατηγορία 1 υπό τον τίτλο «ΓΑΛΑ ΦΡΕΣΚΟ (CPV)», την κατηγορία 2 υπό τον τίτλο «ΓΑΛΑ ΠΑΣΤΕΡΙΩΜΕΝΟ (CPV)» και την κατηγορία 3 υπό τον τίτλο «ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ (CPV)». Στο διαγωνισμό συμμετείχαν επίσης οι εταιρείες ή ενώσεις εταιρειών: α) «», β) «.....» γ) «.....» και δ) «». Μετά την αποσφράγιση των φακέλων των προσφορών των διαγωνιζομένων, στις 18-10-2019, η Ανώτατη Επιτροπή Προμηθειών του Κέντρου κάλεσε την προσφεύγουσα σε παροχή διευκρινίσεων με την πρόσκληση με α/α και πιο συγκεκριμένα την κάλεσε να υποβάλλει «όλα τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία προκειμένου διερευνηθεί εάν συντρέχει λόγος αποκλεισμού συμφώνως εδαφίου θ' παραγράφου 4, άρθρου 73 του Ν. 4412/16». Η προσφεύγουσα απάντησε στην Ανώτατη Επιτροπή Προμηθειών του Κέντρου με την από 30-10-2019 μέσω του ΕΣΗΔΗΣ επιστολή της με τίτλο «Διευκρινίσεις επί επαγγελματικού παραπτώματος», μεταξύ άλλων, ότι: «Η εταιρεία μας στα πλαίσια της υποβολής δικαιολογητικών ... αναφέρθηκε στο ΕΕΕΣ σε παράπτωμα που εξετάσθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για το διάστημα 2003-2007. Εξεδόθη η υπ' αριθμ. 668/2018 απόφαση (ΦΕΚ Β'5577/12-12-2018), η οποία προβλέπει την επιβολή στην εταιρεία μας προστίμου 11.328,88 € και την παύση συνεργασίας με την για την οποία και μας επεβλήθη το πρόστιμο, όπως ρητώς αναφέρεται ως μέτρο αυτοκάθαρσης στην σχετική απόφαση (σελ. 28), δεδομένου ότι η μοναδική ποινή είναι το χρηματικό πρόστιμο (το οποίο έχει ήδη εξοφληθεί με το α/α: .../23-1-2019 διπλότυπο είσπραξης) και ρητώς επίσης αναφέρεται ότι ουδεμία άλλη διοικητική ή ποινική ποινή μας έχει επιβληθεί. Επισυνάπτουμε επίσης απόσπασμα από την απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΑΕΕΠ με αριθ. 617/2019, η οποία

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

δικαιώνει την εταιρεία μας ως προς το συγκεκριμένο θέμα. Ήδη η εταιρεία μας συμμετέχει σε πλειάδα διαγωνισμών χωρίς κανένα πρόβλημα». Στις 31-3-2020, όμως, μέσω ΕΣΗΔΗΣ κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα η από 20-3-2020 με αρ. Φ.604.3/12/5/19 απόφαση του Γραφείου του Προμηθευτικού Οργανισμού, υπογραφόμενη υπό του (εφεξής «πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση» ή «πρώτη προσβαλλόμενη πράξη»), με την οποία απορρίπτεται ο φάκελος δικαιολογητικών – τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας από το διαγωνισμό, κατόπιν της από 02-12-2019 αρνητικής σύμφωνης γνώμης με αριθμό (συνεδρίαση 18η) της «Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων Επιτροπή επί της Επάρκειας των Ληφθέντων Επανορθωτικών Μέτρων Οικονομικών Φορέων προς Απόδειξη της Αξιοπιστίας» (εφεξής «δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση» ή «δεύτερη προσβαλλόμενη πράξη»). Κατά της απόφασης αυτής του καθ' ου Οργανισμού, καθώς και κατά της ως άνω αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους του άρθρου 73 παρ.8-9 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνεται στην προσβαλλόμενη πρώτη απόφαση, στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (6 παρ. 5 του ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε ποσό χωρίς ΦΠΑ 266.000,00€, του αντικείμενου της (προμήθεια) και της νομικής φύσης του Προμηθευτικού που διενεργεί το διαγωνισμό εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως 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, 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 ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι, όπως προκύπτει από τα αναρτημένα στοιχεία στην λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α συστήματος), οι προσβαλλόμενες πράξεις κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα στις 31-03-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 10-04-2020.

6. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, συνεπώς διατηρεί την προσδοκία να της ανατεθεί η προκηρυχθείσα σύμβαση. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα 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 των προσβαλλόμενων πράξεων, που την αποκλείουν από το διαγωνισμό.

7. Επειδή συνακόλουθα, ως τύποις παραδεκτή, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

8. Επειδή, εξάλλου, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, παρεμβαίνει η μονοπρόσωπη εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «», η οποία επίσης υπέβαλε προσφορά, με την από 24-04-2020, αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού αυθημερόν παρέμβασή της.

9. Επειδή, περαιτέρω, με το με αριθμό πρωτ./15-04-2020 έγγραφο του Διευθυντή του Τμήματος Εφοδιασμού Μονάδων του καθ' ου

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

Οργανισμού του η αναθέτουσα αρχή παραθέτει τις απόψεις της επί της προσφυγής, με τις οποίες αιτείται την απόρριψή της, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει σε αυτές.

10. Επειδή, στο άρθρο 100 παρ. 4 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες μαζί με αντίγραφο των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών του αντίστοιχου σταδίου. ... Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας ...». Εξάλλου, στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» που ενσωμάτωσε το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στην εσωτερική έννομη τάξη, ορίζονται τα εξής: «...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) ... 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.... 6. ... Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

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 ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. ... 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. ... 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.».

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό, στο άρθρο 2 παρ. 8 του Παραρτήματος Β΄ (ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ) ορίζει ότι : «Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμοδίων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζομένων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και των διαδικασιών της κατά περίπτωση Αναθέτουσας Αρχής».

11. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του ν. 4412/2016, στις οποίες παραπέμπει και η διακήρυξη, προκύπτει ότι αν μετά την αποσφράγιση των προσφορών των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό 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, μπορεί να τον αποκλείει από το διαγωνισμό, υπό τις προϋποθέσεις και με τους όρους των παρ. 7-9 του άρθρου 73 του νόμου. Δεν προκύπτει όμως ότι την απόφασή της αυτή πρέπει να τη λάβει με την απόφαση με την οποία θα εγκρίνει και τα αποτελέσματα του σταδίου ελέγχου όλων των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό. Αντιθέτως, από τη διατύπωση της παραγράφου 6 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 με το περιεχόμενο «Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν ...», συνάγεται ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί του αποκλεισμού συμμετέχοντος από το διαγωνισμό, με την αιτιολογία ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του, μπορεί να είναι διακριτή, επομένως μπορεί και να προηγείται από την απόφασή της με την οποία περατώνονται τα αποτελέσματα του σταδίου ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής των λοιπών διαγωνιζόμενων. Αρκεί, να ακολουθείται η ίδια ερμηνεία των οικείων όρων της διακήρυξης και του νόμου, για όλους, όσοι εμπíπτουν στην ίδια κατάσταση, όπως επιβάλλουν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψεως συμβάσεων καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας αξιολόγησης (πρβλ. κατ' αναλογία Απόφαση ΔΕΕ της 18-11-2010 στην υπόθεση C-226/09 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, σκ. 59 και

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I14527, σκέψη 92). Από τις παραταθείσες στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας διατάξεις, εξάλλου, δεν προκύπτει και μάλιστα επί ποινή ακυρότητας ότι για την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει συμμετέχοντα, επειδή συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του, απαιτείται προηγουμένως να έχει συνταχθεί πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού το οποίο η αναθέτουσα αρχή με την απόφασή της να εγκρίνει. Αντιθέτως, τέτοιο πρακτικό με εισήγηση της επιτροπής του διαγωνισμού που διενεργεί την αποσφράγιση, τον έλεγχο και την αξιολόγηση των φακέλων των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό απαιτείται όταν η αναθέτουσα αρχή εγκρίνει τα αποτελέσματα εκάστου σταδίου. Κατόπιν τούτων, όταν η απόφαση περί αποκλεισμού ενός συμμετέχοντος για τις αναφερόμενες στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 αιτίες προηγείται ή σε κάθε περίπτωση είναι διακριτή από την απόφαση με την οποία περατώνονται τα αποτελέσματα εκάστου σταδίου του διαγωνισμού δεν απαιτείται προηγουμένως να έχει συνταχθεί πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού. Αρκεί η αναθέτουσα αρχή να δώσει στο συμμετέχοντα τη δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού.

12. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη, διότι δεν προκύπτει ότι έχει συνταχθεί και σε κάθε περίπτωση δεν της κοινοποιήθηκε, πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης, με αποτέλεσμα να στερείται του δικαιώματος διοικητικής και ένδικης προστασίας της κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφενός διότι δεν γνωρίζει εάν και με ποια αιτιολογία έγινε εισήγηση της Επιτροπής του διαγωνισμού προς την αναθέτουσα αρχή ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού της, αφετέρου δεν γνωρίζει εάν έγιναν δεκτές οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, ώστε να προβάλλει τους λόγους απόρριψής τους. Στην προκειμένη περίπτωση, όμως, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, δεν εισηγήθηκε η Επιτροπή του διαγωνισμού, αντιθέτως η ίδια

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

προσφεύγουσα συνομολόγησε ότι στο πρόσωπο της συντρέχει λόγος αποκλεισμού. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα στο ΕΕΕΣ που είχε υποβάλει στο ερώτημα εάν «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» είχε απαντήσει «ΝΑΙ» και εν συνεχεία υπό το πεδίο «Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες» είχε δηλώσει τα εξής: «ΕΠΙΒΟΛΗ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ 11.328,38 € ΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ 2003-2007 ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (ΑΡ. ΑΠΟΦΑΣΗΣ: 668/2018/ΦΕΚΒ΄5577/12-12-2018 - ΑΡ. 44 ΠΑΡ. 3 Ν 3959/2011)».

Ακολούθως, στο ερώτημα: «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» είχε απαντήσει «Ναι» και υπό το πεδίο «Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν» είχε απαντήσει ως εξής: «ΠΑΥΣΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΝΟΥΝΟΥ ΑΠΟ ΤΟ 2007 ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΜΑΣ ΕΠΕΒΛΗΘΗ ΤΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ, ΟΠΩΣ ΡΗΤΩΣ 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:/23-1-2019 ΔΙΠΛΟΤΥΠΟ ΕΙΣΠΡΑΞΗΣ) ΚΑΙ ΡΗΤΩΣ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΟΤΙ ΟΥΔΕΜΙΑ ΑΛΛΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ Ή ΠΟΙΝΙΚΗ ΠΟΙΝΗ ΕΧΕΙ ΕΠΙΒΛΗΘΕΙ.».

Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν γνωρίζει με ποια αιτιολογία διαπιστώθηκε ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό της προβάλλεται αβάσιμα. Εξάλλου, για την απόφαση της αναθέτουσας αρχής ότι συντρέχει ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη δεν απαιτείτο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, αρκεί η απόφαση να έχει λάβει υπόψη της τα στοιχεία που ο συμμετέχων προσκόμισε προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του και να είναι αιτιολογημένη. Από το φάκελο της υπόθεσης, εξάλλου, προκύπτει ότι δεν έχει εκδοθεί ούτε πρακτικό της επιτροπής περί ελέγχου και αξιολόγησης των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, ούτε και απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης των

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

αποτελεσμάτων του οικείου σταδίου του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στερείται του δικαιώματος ένδικης προστασίας της, διότι δεν γνωρίζει εάν έγιναν δεκτές οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, ώστε να προβάλλει τους λόγους απόρριψής τους, ερείδεται επί ανύπαρκτης προϋπόθεσης και είναι απορριπτέος. Εξάλλου, και υπό την εκδοχή ότι επειδή με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τη διαδικασία δεν έπεται ότι στερείται του δικαιώματός της να προσβάλει με αποτελεσματική προσφυγή την απόφαση που θα εκδώσει η αναθέτουσα αρχή για την περάτωση του σταδίου ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό. Και τούτο, διότι, εφόσον άσκησε προσφυγή κατά του αποκλεισμού του, δεν θεωρείται οριστικός αποκλεισθείσα, ακόμα και αν η προσφυγή της απορριφθεί με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, ομοίως και αν η αίτησή της για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής της προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απορριφθεί, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα της να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο και στην προσφεύγουσα, ακόμη και αν αποκλείσθηκε, αφού προσέβαλε επικαίρως τον αποκλεισμό της και μέχρι τελεσιδίκου αναγνωρίσεως του αποκλεισμού της, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών της (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 235/2019). Συνακόλουθα, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως εκδόθηκε αυτοτελής απόφαση απόρριψης του φακέλου δικαιολογητικών-τεχνικής προσφοράς της, ενώ κατά νόμον έπρεπε να εκδοθεί μία τελική απόφαση, η οποία εγκρίνει τα πρακτικά αξιολόγησης και των δύο σταδίων αποσφράγισης φακέλων δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών και η οποία να αφορά

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

τους φακέλους δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών όλων των διαγωνιζόμενων εταιρειών. Όπως όμως γίνεται δεκτό στην εντέκατη σκέψη της παρούσας, από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 100 και 73 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 2 παρ. 8 Παραρτήματος Β' (ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ) της διακήρυξης, δεν συνάγεται ότι την απόφασή της να αποκλείσει συμμετέχοντα που διαπιστώνει ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να τη λάβει με την απόφαση με την οποία θα εγκρίνει και τα αποτελέσματα του σταδίου ελέγχου όλων των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό. Αντιθέτως, από τη διατύπωση της παραγράφου 6 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 στον οποίο η διακήρυξη παραπέμπει, με το περιεχόμενο «Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν ...», συνάγεται ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί του αποκλεισμού συμμετέχοντος από το διαγωνισμό, με την αιτιολογία ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 του ως άνω νόμου στο πρόσωπό του, μπορεί να είναι διακριτή, επομένως μπορεί και να προηγείται από την απόφασή της με την οποία περατώνονται τα αποτελέσματα του σταδίου ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής των λοιπών διαγωνιζόμενων. Ο δε περί του αντιθέτου ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι αβάσιμος. Καθόσον μάλιστα ούτε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ούτε προκύπτει ότι στο πρόσωπο άλλου συμμετέχοντα στο διαγωνισμό έχει διαπιστωθεί κατά το παρόν στάδιο ότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού που η προσφεύγουσα συνομολόγησε ότι συντρέχει στο πρόσωπό της ή άλλος, δεν μπορεί λυσιτελώς και να προβληθεί ότι η αναθέτουσα αρχή ενήργησε κατά παράβαση της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας με την αιτιολογία ότι δεν ακολούθησε την ίδια ερμηνεία των οικείων όρων της διακήρυξης για όλους. Όπως, άλλωστε, γίνεται δεκτό στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, δεν έχει εκδοθεί ούτε πρακτικό της επιτροπής περί ελέγχου και αξιολόγησης των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, ούτε και απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης των αποτελεσμάτων του οικείου σταδίου του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

προσφεύγουσας ότι στερείται του δικαιώματος ένδικης προστασίας της, διότι δεν γνωρίζει εάν έγιναν δεκτές οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, ώστε να προβάλλει τους λόγους απόρριψής τους, ερείδεται επί ανύπαρκτης προϋπόθεσης και είναι απορριπτέος. Κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος της κρινόμενης προσφυγής.

14. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν προσκλήθηκε να δηλώσει τα μέτρα αποκατάστασης της αξιοπιστίας της και έτσι η αναθέτουσα αρχή παραβίασε την υποχρέωσή της να καλέσει την προσφεύγουσα σε προηγούμενη ακρόαση κατά τα άρθρα 6 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, 20 παρ. 2 Συντ. και 104 ν. 4412/2016 και μη νομίμως εχώρησε η διοικητική διαδικασία εκτίμησης της επάρκειας των μέτρων αυτών κατά τις παρ. 7-8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, δε η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εάν της είχε ζητηθεί και δη με σαφήνεια να δηλώσει τα μέτρα αποκατάστασης, θα είχε δηλώσει και τεκμηριώσει τα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσής της και θα είχε αποφευχθεί η έκδοση της πρώτης προσβαλλόμενης. Πιο συγκεκριμένα, θα είχε τεκμηριώσει: α) την συνεργασία της με την Επιτροπή Ανταγωνισμού, β) την πλήρη εξόφληση του προστίμου, γ) τα τεχνικά μέτρα αυτοκάθαρσης: πιστοποίηση κατά ISO 22000:2005 για το σύστημα διαχείρισης ασφάλειας τροφίμων, ISO 9001:2015 σύστημα διαχείρισης ποιότητας, ISO 14001:2014 σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης, ΕΛΟΤ 1801:2008 / ΟΗΑΣ 18001: 2007 σύστημα διαχείρισης υγείας και ασφάλειας στην εργασία, ISO 22000:2005 σύστημα διαχείρισης ιχνηλασιμότητας ISO 22005:2007, δ) τα οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης, διακοπή συνεργασίας με την «FrieslandCampina Hellas SA» έτερο μέρος της οριζόντιας σύμπραξης, ε) εκπαίδευση προσωπικού, στ) μετατροπή της εταιρείας σε ανώνυμη εταιρεία (ΦΕΚ ΑΕ- ΕΠΕ 4325/2009), ζ) σύσταση στην εταιρεία εσωτερικού τμήματος διαγωνισμών, η) διεύρυνση εμπορικού σκοπού της πέραν των προμηθειών γαλακτοκομικών προϊόντων και προμηθειών του Δημοσίου, θ) ανάπτυξη εξαγωγικής δραστηριότητας της εταιρείας σε τρεις ηπείρους. Όπως όμως, έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ1278/2019) οι διαγωνιζόμενοι, για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

πρόσωπό τους οφείλουν επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους στο ΕΕΕΣ που υποβάλλουν να δηλώσουν ότι δεν βρίσκονται σε κάποια από τις καταστάσεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, μεταξύ των οποίων και ότι δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά τους, σε περίπτωση δε θετικής απαντήσεως οφείλουν να δηλώσουν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 αν είχαν λάβει μέτρα «αυτοκάθαρσης», καθώς και να περιγράψουν τα μέτρα αυτά. Με άλλα λόγια, αν ο ίδιος ο συμμετέχων δηλώσει στο ΕΕΕΣ του ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού και επιπλέον, ως οφείλει, περιγράψει και τα μέτρα «αυτοκάθαρσης» που έχει λάβει, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να ζητήσει από αυτόν να περιγράψει και άλλα τυχόν μέτρα που έλαβε αλλά δεν δήλωσε. Αντιθέτως, κατά τη γραμματική διατύπωση της παραγράφου 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να του ζητήσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι τα μέτρα που δήλωσε ότι έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως γίνεται δεκτό στη δωδέκατη σκέψη της παρούσας, η προσφεύγουσα, στο ΕΕΕΣ που είχε υποβάλει, στο ερώτημα εάν «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» είχε απαντήσει «ΝΑΙ» και εν συνεχεία υπό το πεδίο «Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες» είχε δηλώσει τα εξής: «ΕΠΙΒΟΛΗ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ 11.328,38 € ΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ 2003-2007 ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (ΑΡ. ΑΠΟΦΑΣΗΣ: 668/2018/ΦΕΚΒ΄5577/12-12-2018 - ΑΡ. 44 ΠΑΡ. 3 Ν 3959/2011)». Ακολούθως, στο ερώτημα: «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» είχε απαντήσει «Ναι» και υπό το πεδίο «Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν» είχε απαντήσει ως εξής: «ΠΑΥΣΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΑΠΟ ΤΟ 2007 ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΜΑΣ ΕΠΕΒΛΗΘΗ ΤΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ, ΟΠΩΣ ΡΗΤΩΣ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΩΣ ΜΕΤΡΟ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΣΧΕΤΙΚΗ ΑΠΟΦΑΣΗ (ΣΕΛ. 28), ΔΕΔΟΜΕΝΟΥ ΟΤΙ Η ΜΟΝΑΔΙΚΗ ΠΟΙΝΗ ΕΙΝΑΙ ΤΟ ΧΡΗΜΑΤΙΚΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ (ΤΟ ΟΠΟΙΟ ΕΞΩΦΛΗΘΗ ΜΕ ΤΟ

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

Α/Α:/23-1-2019 ΔΙΠΛΟΤΥΠΟ ΕΙΣΠΡΑΞΗΣ) ΚΑΙ ΡΗΤΩΣ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΟΤΙ ΟΥΔΕΜΙΑ ΑΛΛΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ Ή ΠΟΙΝΙΚΗ ΠΟΙΝΗ ΕΧΕΙ ΕΠΙΒΛΗΘΕΙ.». Ακολούθως, με την τηλεομοιοτυπία Νο.... από 22-10-2019 της Ανωτάτης Επιτροπής Προμηθειών από την προσφεύγουσα ζητήθηκε όπως υποβάλει όλα τα αποδεικτικά στοιχεία προκειμένου να διερευνηθεί αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 εδ. θ' του ν. 4412/2016, η δε προσφεύγουσα με το από 30-10-2019 έγγραφό της με θέμα «Διευκρινίσεις επί επαγγελματικού παραπτώματος», απάντησε ως εξής: «Η εταιρεία μας στα πλαίσια της υποβολής δικαιολογητικών στον ανοικτό μειοδοτικό διαγωνισμό ..., αναφέρθηκε στο ΕΕΕΣ σε παράπτωμα που εξετάστηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για το διάστημα 2003-2007. Εξεδόθη η υπ' αριθμ. 668/2018 απόφαση (ΦΕΚ Β'5577/12-12-2018), η οποία προβλέπει την επιβολή στην εταιρεία μας προστίμου 11.328,88 € και την παύση συνεργασίας με την για την οποία και μας επεβλήθη το πρόστιμο, όπως ρητώς αναφέρεται ως μέτρο αυτοκάθαρσης στην σχετική απόφαση (σελ. 28), δεδομένου ότι η μοναδική ποινή είναι το χρηματικό πρόστιμο (το οποίο έχει ήδη εξοφληθεί με το α/α:/23-1-2019 διπλότυπο είσπραξης) και ρητώς επίσης αναφέρεται ότι ουδεμία άλλη διοικητική ή ποινική ποινή μας έχει επιβληθεί. Επισυνάπτουμε επίσης απόσπασμα από την απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΑΕΕΠ με αριθ. 617/2019, η οποία δικαιώνει την εταιρεία μας ως προς το συγκεκριμένο θέμα. Ήδη η εταιρεία μας συμμετέχει σε πλειάδα διαγωνισμών χωρίς κανένα πρόβλημα.». Προς απόδειξη των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσκόμισε: α) την υπ' αριθμ. 617/2019 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΑΕΠΠ. β) Την υπ' αριθμ. 668/2018 απόφαση (ΦΕΚ Β'5577/12-12-2018), της Επιτροπής Ανταγωνισμού. γ) Το υπό α/α:/23-1-2019 διπλότυπο είσπραξης για την εξόφληση προστίμου. Μετά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή συνέταξε σχέδιο απόφασης (1^ο Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής της προσφεύγουσας), σύμφωνα με το οποίο η Ανωτάτη Επιτροπή Προμηθειών εισηγείται ομόφωνα την επάρκεια των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας, το οποίο και

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

υπέβαλε στην αρμόδια γνωμοδοτική επιτροπή του και για την προβλεπόμενη στις παραγράφους 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/16 σύμφωνη γνώμη. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι και υπό την εκδοχή ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ζήτησε ρητώς και με σαφήνεια από την προσφεύγουσα στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι τα μέτρα που δήλωσε ότι έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της, εντούτοις η προσφεύγουσα σε απάντηση του από 22-10-2019 αιτήματος της αναθέτουσας αρχής προσκόμισε τα στοιχεία αυτά. Αυτά τα στοιχεία, άλλωστε, συνεκτιμώντας η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε σχέδιο απόφασης κρίνοντας τα επαρκή, ενώ αντιθέτως δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της. Συνακόλουθα, όχι μόνον δεν παραβιάστηκε το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης της προσφεύγουσας, αλλά συμφώνως των διατάξεων της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, της δόθηκε η δυνατότητα να αποδείξει ότι αποκατέστησε την αξιοπιστία της, αποδείξεις που καταρχήν από την αναθέτουσα αρχή κρίθηκαν επαρκείς. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα είναι αβάσιμα και απορριπτέα. Συνακόλουθα, απορριπτέος είναι και ο τρίτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

15. Επειδή, περαιτέρω, με τον τέταρτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη, διότι ούτε προκύπτει ότι υφίσταται σχετικό πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης ότι καταφάσκει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. θ του ν. 4412/2016, η οποία μάλιστα έπρεπε να προηγείται της αποστολής του ερωτήματος – σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής προς την Γνωμοδοτική Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, ούτε περαιτέρω ότι υφίσταται σχετικό πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης ότι εισηγείται προς την αναθέτουσα αρχή την αποδοχή της 2ης προσβαλλόμενης κατά παράβαση του άρθρου 100 παρ. 4 και 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Το πρώτο σκέλος, όμως, του στην παρούσα σκέψη λόγου της προσφυγής, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη είναι απορριπτέο ως αβάσιμο. Και τούτο, διότι από το περιεχόμενο του 1^{ου} Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

της προσφεύγουσας, προκύπτει, χωρίς αμφιβολία, ότι αναγνωρίζεται ότι στο πρόσωπο της προσφεύγουσας συντρέχει ο προβλεπόμενος στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 θ λόγος αποκλεισμού, αφού η επιτροπή αξιολογεί τα στοιχεία για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του και μάλιστα αποφαίνεται ότι είναι επαρκή. Η επίκληση δε της απόφασης 1476/2019 της ΑΕΠΠ γίνεται επί εσφαλμένης νομικής βάσης. Και τούτο, διότι η ΑΕΠΠ στην επίμαχη υπόθεση έκρινε επί της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να διαλάβει οιαδήποτε κρίση, παρά τις αντίστοιχες δηλώσεις της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ που στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού είχε υποβάλει, ενώ δεν έκρινε, όπως αβάσιμα η προσφεύγουσα υπολαμβάνει, ότι η αναθέτουσα αρχή και όταν ακόμη αποφαίνεται ότι τα μέτρα που ο συμμετέχων έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, οφείλει να διαλάβει πανηγυρικά και κρίση ότι συντρέχει ο προβλεπόμενος στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 θ λόγος αποκλεισμού. Αντιθέτως, από τις διατυπώσεις της επικαλούμενης απόφασης «..., η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποφανθεί είτε ότι παρά τις σχετικές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο του δηλούντος οικονομικού φορέα είτε είτε ότι τα μέτρα που αυτός έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του», συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, μετά τη συνομολόγηση της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ ότι διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, εφόσον δεν κρίνει ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό της, αρκεί να αποφανθεί επί των μέτρων αποκατάστασης της αξιοπιστίας της. Σχετικώς, δε με το δεύτερο σκέλος του εδώ εξεταζόμενου λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατά τη ρητή και σαφή διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, στα πλαίσια των δυνατοτήτων που παρείχε το ενωσιακό δίκαιο στον Έλληνα νομοθέτη, για την αξιολόγηση των κατά περίπτωση δηλούμενων επανορθωτικών μέτρων υποψηφίου λόγω υπαγωγής του στους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού ιδρύθηκε Επιτροπή, η οποία αποτελεί επιτροπή ειδικού σκοπού (πρβλ Σ.τ.Ε. ΕΑ 237/2019), κατά Νόμον αρμόδια προς κρίση και διατύπωση σύμφωνης γνώμης προς την αναθέτουσα αρχή περί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, σύμφωνα με την

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

οριζόμενη διαδικασία στο άρθρο 73 παρ. 7 και 8 του ν. 4412/2016. Η εν λόγω Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8-9 σύμφωνα με τα οριζόμενα στις ανωτέρω διατάξεις διενεργεί έλεγχο, εκφέροντας ουσιαστική αξιολογική κρίση, επί τη βάσει ουσιαστικής εκτίμησης πραγματικών περιστατικών τα οποία επικαλείται ο φέρων το λόγο αποκλεισμού οικονομικός φορέας, προς απόδειξη λήψης εκ μέρους του συγκεκριμένων επανορθωτικών μέτρων. Η ορθότητα δε, της κρίσης αυτής δεν κρίνεται - υπό στενή έννοια - επί τη βάσει της αντίθεσής της με τις διατάξεις των Οδηγιών, του Ν.4412/2016 και της εκάστοτε διακήρυξης, αλλά σύμφωνα με τα μετ' επικλήσεως προσκομιζόμενα αποδεικτικά έγγραφα του υπόψη οικονομικού φορέα. Η δε αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης δεν δύναται να αποστεί από αυτήν, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά αποφαινεται υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη κατά δέσμια αρμοδιότητα. Από τις διατάξεις, άλλωστε, του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, δεν προκύπτει ότι μετά την παροχή σύμφωνης γνώμης (θετικής ή αρνητικής) της αρμόδιας κατά νόμο Επιτροπής προσαπαιτείται και εισήγηση της επιτροπής του διαγωνισμού προς την αναθέτουσα αρχή για αποδοχή ή μη της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9. Τέτοια εισήγηση, άλλωστε, λόγω της φύσης της γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 (σύμφωνη γνώμη) θα ήταν και αλυσιτελής. Και τούτο, διότι όταν στο νόμο προβλέπεται ρητώς ότι η γνώμη είναι σύμφωνη, τότε η γνώμη δεσμεύει το αποφασίζον όργανο με την έννοια ότι το τελευταίο δεν μπορεί να ενεργήσει κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν που του υποδεικνύεται με τη γνώμη (ΣΤΕ 460/2001, 2271/1998), ούτε έχει διακριτική ευχέρεια να απόσχει από την έκδοση της πράξης. Για τους λόγους αυτούς, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής, είναι απορριπτέος και κατά το δεύτερο σκέλος του.

16. Επειδή, τέλος, επί της κρίσης της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ούτε η Α.Ε.Π.Π., ως ανεξάρτητη διοικητική αρχή και σύμφωνα με τη ρητή νομοθετική πρόβλεψη του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ως ισχύει, δύναται να ασκήσει παρεμπόπτοντα έλεγχο, υφισταμένης, μόνον της αρμοδιότητά της – της Α.Ε.Π.Π. - περί κρίσης της και ελέγχου της πράξεων της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται κατόπιν της εισήγησης της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

και ενσωματώνουν την υπόψη εισήγηση, όσον αφορά το εάν οι πράξεις αυτές της αναθέτουσας αρχής είναι σύμφωνες εν τέλει με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων, αλλά και την εκάστοτε διακήρυξη. Η Α.Ε.Π.Π. εξακολουθεί να έχει αρμοδιότητα να ελέγξει την τυπική νομιμότητα της εν λόγω πράξεως, ήτοι την έκδοση αυτής κατά τα προβλεπόμενα στο οικείο ρυθμιστικό πλαίσιο (πρβλ. ΔΕφΘεσ. 147/2019, βλ. ΔΕφίωαν. Ν6/2019 όπου κρίθηκε ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα δεν απέστειλε φάκελο προς διατύπωση σύμφωνης γνώμης στην αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9), δεν μπορεί όμως να ελέγξει παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα ούτε την κρίση της ούτε την αιτιολογία της. Κατά συνέπεια, η προσφυγή κατά το μέρος της που στρέφεται κατά της αρνητικής σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 περί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, τυγχάνει απαράδεκτη.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, 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

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Μαΐου και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 5 Ιουνίου 2020.

Αριθμός απόφασης: 640 / 2020

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα