

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Δεκεμβρίου 2017 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)/217/6.11.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) ΙΙΙ/38/6.11.2017 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. Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα όπως διαταχθεί με ασφαλιστικό μέτρο η συνέχιση της συμμετοχής της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό και το άνοιγμα και της οικονομικής προσφοράς της.

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 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, σπωροπωλείο) 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 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.Δ.Η.Σ. όπου έλαβε το συστημικό αριθμό 44036.

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.), η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αρ. 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) , ως συνάγεται από την συνολική επισκόπηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, 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,

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 της Οδηγίας της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ως εκ τούτου 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 από Προδικαστική της Προσφυγή στην οποία ενσωματώνει και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων 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 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».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

13. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

14. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

15. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

16. Επειδή η Προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της σωρεύει και αίτημα να διαταχθεί με ασφαλιστικό μέτρο η συνέχιση της συμμετοχής της στο διαγωνισμό και το άνοιγμα και της οικονομικής προσφοράς της, αίτημα το οποίο θα οδηγούσε σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος .

17. Επειδή ωστόσο η ΑΕΠΠ, κατά την εξέταση της φερόμενης προς κρίση ενώπιόν της προσφυγής, έχει τη δυνατότητα και αυτεπαγγέλτως, εντός των πλαισίων εξέτασης των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής, να λάβει προσωρινά μέτρα, εκδίδοντας πράξη αναστολής εκτέλεσης της

προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα που πρέπει να ληφθούν, έως ότου αποφανθεί για την προδικαστική προσφυγή (βλ. άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017).

18. 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) ..., 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 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. 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».

19. 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 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).».

20. 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.

21. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ορθώς συμπλήρωσε το Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης καθότι ουδέποτε διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ως αυτό περιγράφεται στο ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου η προσβαλλομένη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου τυγχάνει παράνομη και ακυρωτέα.

22. Επειδή στο άρθρο 10.1.1 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά συμμετοχής» ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «[...]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.»

23. Επειδή, εν προκειμένω, από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης με αριθ. 304/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Αμαρουσίου προκύπτει ότι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας στηρίζεται στη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ) του Ν. 4412/2016, ήτοι στην ανακριβή δήλωση μέσω της συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ διότι «η εν λόγω εταιρεία συμμετείχε σε παρόμοιους 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. ΑΔΑ: ΩΛ4ΘΟΡ1Κ-ΖΕΖ 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.». Λαμβάνοντας δε υπόψη το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης σε συνδυασμό με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με την εσφαλμένη εφαρμογή του ως άνω όρου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ) και αντιστοίχως του όρου 10.1.1 της διακήρυξης, αλλά και το γεγονός ότι η τελευταία ισχυρίζεται ότι το γεγονός ότι η ίδια έχει λάβει συμβατική κύρωση από τον Προμηθευτικό Οργανισμό Ναυτικού δεν καθιστά τη δήλωση της ψευδή καθόσον σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της εσφαλμένως θεωρήθηκε ως επαγγελματικό παράπτωμα με συνέπεια να αποκλειστεί από συγκεκριμένες διαγωνιστικές διαδικασίες, εκκρεμούντων και των σχετικών ένδικων βοηθημάτων, καθίσταται σαφές ότι οι ως άνω ισχυρισμοί λόγω και του νομικού τους χαρακτήρα, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας και ερμηνείας των όρων της διακήρυξης σε σχέση με τα υποβληθέντα έγγραφα της επίμαχης προσφοράς, την κείμενη νομοθεσία καθώς και περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, δικαστικών αποφάσεων κ.ά., εμπεριέχουν δε κρίσεις που δε μπορούν να συναχθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/15, 10/15, 20/15, 35/15, 41/15, 46/15).

24. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας εκ της επανάληψης της διαδικασίας με την προκήρυξη εκ νέου της ίδιας διακήρυξης με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο και όρους είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

25. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την προμήθεια γάλακτος για τους δικαιούχους εργαζόμενους του Δήμου και λοιπών

τροφίμων. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη επανάληψη της διαδικασίας προμήθειας της ομάδας 1 (γάλα εργαζομένων) με την επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.

26. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ως προς την ομάδα 1 (γάλα εργαζομένων), η μη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας προμήθειας της ομάδας 1 (γάλα εργαζομένων) και η μη επανάληψη της ως άνω διαγωνιστικής διαδικασίας.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει αυτεπάγγελα σύμφωνα με το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 366 παρ. του Ν. 4412/2016 την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης ως προς την ομάδα 1 (γάλα εργαζομένων) και διατάσσει τη μη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας προμήθειας της ομάδας 1 (γάλα εργαζομένων) και τη μη κήρυξη άγονης της ως άνω διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα