

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 17 Νοεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9.10.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1444/12.10.2020 Προδικαστική Προσφυγή της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «“...” », που κατοικοεδρεύει στη «...» , νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του “...” και δη κατά της με αρ. 376/2020 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής (31^η συνεδρίαση, από 28.9.2020) της ως άνω αναθέτουσας αρχής με θέμα «Έγκριση 1ου, 2ου και 3ου Πρακτικών Διεξαγωγής Διαγωνισμού για την «...», όπως τούτη η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάτω των ορίων, που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. “...” διακήρυξη του “...” με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενου προϋπολογισμού 86.502,86€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Της παρεμβαίνουσας συμμετέχουσας στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία εταιρείας με την επωνυμία «“...” », που εδρεύει «...» , νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 23.10.2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ απόρριψης της υπό κρίση Προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Επειδή, ο «...» διά της με αρ. πρωτ. “...” διακήρυξης του, προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, κάτω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάθεση της προμήθειας φρέσκου γάλακτος εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 86.502,86€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, διαγωνισμός ο οποίος διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό “...” . Αντικείμενο της προκείμενης σύμβασης είναι η προμήθεια 69.592 λίτρων φρέσκου γάλακτος για το προσωπικό που υπηρετεί στον “...” κατά τη χρονική περίοδο ενός έτους από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Δικαιούχοι φρέσκου γάλακτος είναι ίδιοι με τους δικαιούχους στους οποίους παρέχονται τα μέσα ατομικής προστασίας, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 53361/2-10-2006 Κοινή Υπουργική Απόφαση των υπουργών Εξωτερικών Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης & Οικονομίας & Οικονομικών, Απασχόλησης και Κοινωνικής Προστασίας (ΦΕΚ 1503/11-10-2006 / ΤΕΥΧΟΣ Β). Η ποσότητα που καθορίζεται από την ανωτέρω απόφαση αναλογεί σε ένα (1) λίτρο γάλακτος ημερησίως, για κάθε εργαζόμενο εκτός Κυριακών και αργιών, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα οι εξής: “...”, “...” , “...” και “...” , η οποία αποκλείστηκε λόγω μη έγκαιρης προσκόμισης των απαιτούμενων δειγμάτων. Ύστερα δε και από το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, σύμφωνα με την προσβαλλομένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης «για τον διαγωνισμό «...» , η εταιρεία “...” με 0,836€ ανά τεμάχιο (1) λίτρο χωρίς ΦΠΑ, με συνολικό τίμημα για τα 69.592 τεμάχια σε 58.178,91€ συν Φ.Π.Α (13%) 7.563,26€ ήτοι συνολικό τίμημα 65.742,17€ ήτοι έκπτωση 24%.» Κατά δε της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους και κατά τα ειδικότερα αιτήματα της.

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ. 1 του Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) καθώς και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στους Φορείς της Γενικής Κυβέρνησης, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, ενόψει και του χρόνου εκκίνησης της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία δημοσίευσης της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του ως άνω νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτηθέντα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του Π.Δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 354698892950 1207 0067), ποσού 600,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, το οποίο αποτελεί και το κατώτατο κατά νόμο ποσό παραβόλου, δοθέντος ότι ο υπολογισμός του ποσού του παραβόλου επί της προϋπολογισθείσας αξίας της εν λόγω σύμβασης, άνευ ΦΠΑ, υπολείπεται των 600,00€ ($76.551,20 \times 0,50\% = 382,75$). Δοθέντος δε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 5.10.2020, η προσφεύγουσα εμπροθέσμως ασκεί την παρούσα προσφυγή στις 9.10.2020, ήτοι εντός της κατά νόμον δεκαήμερης προθεσμίας.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας έγινε αποδεκτή κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, με έννομο συμφέρον,

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ.39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής που έκανε αποδεκτές τις προσφορές των έτερων συμμετεχόντων. Και τούτο, διότι κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, η αποδοχή των ανωτέρω προσφορών, στην περίπτωση δε που είχαν απορριφθεί, και μάλιστα της εταιρείας "...", θα είχε αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης, ούσα η ίδια δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας. Περαιτέρω, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ασκεί τη Παρέμβαση της, η συμμετέχουσα εταιρεία "...", επιδιώκοντας την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, δοθέντος ότι δυνάμει της προσβαλλομένης αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης. Επιπλέον, η προσφυγή κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες από την αναθέτουσα αρχή, στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 13.10.2020 και η παρεμβαίνουσα άσκησε τη Παρέμβαση της στις 23.10.2020, επομένως εμπροθέσμως και στη νόμιμη αποκλειστική δεκαήμερη προθεσμία από την κοινοποίηση της προσφυγής. Επέκεινα, η αναθέτουσα αρχή στις 26.10.2020 αποστέλλει τις απόψεις της, διά της με αρ. 460/2020 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής, η οποία αν και κοινοποιήθηκε πλέον των δέκα ημερών από την κατάθεση της υπό εξέταση προσφυγής, γίνεται δεκτή ως συμπληρωματική αιτιολογία, διατυπώνοντας, κατ'ορθή επισκόπηση αυτής, την αποδοχή εν προκειμένω της πλειοψηφίας των λόγων της προσφυγής.

5. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρανόμως και κατά παράβαση των όρων της οικείας διακήρυξης έγινε δεκτή, δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης, η προσφορά της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία "...", αφού στην υπ' αριθ. 183733 προσφορά της ανωτέρω έχουν υποβληθεί έγγραφα με τίτλο «ΦΕΚ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» και «ΔΙΠΛΟΤΥΠΟ ΕΞΟΦΛΗΣΗΣ» ενώ στην

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

υποβληθείσα Υπεύθυνη Δήλωση Γενική αναφέρεται ότι: «[...] 10. Δεν έχουμε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά μας για το οποίο να μας επιβλήθηκε ποινή που να μας στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημόσιων έργων και να καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Σημειώνεται η επιβολή προστίμου 11.328,38 € στην εταιρεία μας την περίοδο 2003-2007 από την επιτροπή ανταγωνισμού (“...”), ως μοναδική ποινή και το οποίο εξωφλήθη με το α/α: “...” διπλότυπο είσπραξης (συνυποβάλλεται). Βάσει του άρθρου 235 παρ.3 & παρ. 5 του νόμου 4635/2019 ορίζεται ότι : στην ανωτέρω περίπτωση η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων.» Ωστόσο υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι, κατά παράβαση του νόμου και των όρων της διακήρυξης, τα ανωτέρω δεν έχουν δηλωθεί - ως έπρεπε- στο Ε.Ε.Ε.Σ στην αντίστοιχη ερώτηση, προκειμένου ταυτόχρονα να αναφερθούν και τα τυχόν μέτρα αυτοκάθαρσης που έχουν ληφθεί. Για το συγκεκριμένο, μάλιστα, παράπτωμα ο “...” είχε ήδη λάβει γνώση μέσω του διαγωνισμού για την προμήθεια γάλακτος που πραγματοποιήθηκε σχεδόν ένα χρόνο πριν, την 2/5/2019 με α/α “...”. Ανεξάρτητα από αυτό, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η επίκληση από την παρεμβαίνουσα, των διατάξεων του άρθρου 235 του Ν. 4365/2019 είναι αβάσιμη και δεν έχει εφαρμογή, καθώς όπως προβλέπεται στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ του Ν.4412/2016 ο λόγος αποκλεισμού της δε συνιστά εννοιολογικά διοικητική κύρωση παραπτώματος και η σοβαρότητα αυτού αποτελούν κριτήρια εκτίμησης της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και όχι κριτήρια διαπίστωσης συνδρομής του λόγου αποκλεισμού, που επιβάλλεται ipso facto (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 672/2020, σκ.8) Εν προκειμένω, ακόμα και αν, υπό την ισχύ του άρθρου 235 παρ.3 και 5 του Ν.4365/2019, δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ της παρ. 4 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 (σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), ενόψει των πραγματικών δεδομένων, έχει ισχύ εντούτοις ο λόγος αποκλεισμού της περ. θ της ίδιας παραγράφου, δηλαδή η

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά της, καθώς η περιγραφόμενη στην υπ' αριθ. 668/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού συμπεριφορά της αντιβαίνει τους κανόνες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, με συνέπεια να πλήττεται το δημόσιο συμφέρον. Εξάλλου, το άρθρο 235 παρ. 2,3 και 5 του Ν.4365/2019, κατά το μέρος που ενδιαφέρει εν προκειμένω, δεν αφορά γενικά στις επιπτώσεις από τη διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θα μπορούσε να κλονίσει την αξιοπιστία και φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα, αλλά στην άρση των συνεπειών από την παράβαση των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 44 παρ. 3β του Ν.3956/2011. Σύμφωνα με τα παραπάνω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε προτού προβεί στην ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου να αποφανθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα του άρθρου 73 παρ. 7-9 του Ν. 4412/2016 εάν, σύμφωνα με τη δήλωση της εταιρίας στην προαναφερθείσα υπεύθυνη δήλωση που έχει υποβάλει, συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος) ή εάν τα μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία η εταιρία δηλώνει ότι έλαβε κρίνονται επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας της- όπως άλλωστε είχε πράξει και στο παρελθόν, στον αντίστοιχο προηγούμενο διαγωνισμό. Δοθέντος, λοιπόν, ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του «...» δεν εμπεριέχεται ουδεμία κρίση ως προς το εάν συντρέχει ο προαναφερθείς σχετικός λόγος αποκλεισμού, καθώς και ως προς το εάν τα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης επαρκούν για την απόδειξη της αξιοπιστίας του εν λόγω οικονομικού φορέα, κατά την προσφεύγουσα, μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας «...» » και δεν είναι νόμιμη ούτε η ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της κατά της αποδοχής της προσφοράς της ανωτέρω συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω, η εταιρία «...» βάσει της υπ' αριθ. 489/17.12.19 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του «...» (ΑΔΑ: «...») κηρύχθηκε έκπτωτη από την απολύτως όμοιου περιεχομένου σύμβαση του ανωτέρω Δήμου («...»), όπερ όφειλε να

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

δηλώσει στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ της. Το γεγονός, εντούτοις, ότι στο υποβαλλόμενο από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ παραλείφθηκαν/ απεκρύβησαν κρίσιμες πληροφορίες, συνιστά λόγο αποκλεισμού από την διαδικασία. Το παραπάνω έχει μάλιστα κριθεί και στους πρόσφατα διενεργηθέντες διαγωνισμούς για την προμήθεια γάλακτος στους «...» (αρ. πρωτ. διακήρυξης «...») και «...» (αρ. πρωτ. διακήρυξης «...»). Ενόψει των παραπάνω, και αφού σύμφωνα με το άρθρο 74 παρ. 4 περ.στ του Ν.4412/2016 αποτελεί υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού και η περίπτωση της σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση της προηγούμενης σύμβασης, με αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, η προσφορά της παρεμβαίνουσας και για αυτό το λόγο είναι απορριπτέα.

6. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες ορίζεται: «2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: 2.2.3.1. Όταν υπάρχει σε βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: 1. Αποκλείεται του διαγωνισμού οικονομικός φορέας που υπάρχει εις βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: α) ... β) ... γ) ... δ) ... ε) ... στ) ... [...] Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (στ) η κατά τα ανωτέρω, περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση. 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) ... β) ... γ) [...] 2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) ..., (β), (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δ) ..., (ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας, (η) ..., (θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρούσας παραγράφου, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεδειγμένα ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας. 2.2.3.5. Δεν προβλέπεται. 2.2.3.6. Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις 2.2.3.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4 μπορεί να

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση. 2.2.3.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. 2.2.3.9. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης. [...] 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. [...]»

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

7. Επειδή, ως γίνεται δεκτό, ο λόγος αυτός αποκλεισμού, ήτοι της διαπίστωσης ύπαρξης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού είναι καταρχήν δυνητικός, υπό την έννοια ότι η επιλογή του εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλήφθηκε ωστόσο εν προκειμένω στη διακήρυξη του εξεταζόμενου διαγωνισμού και ως εκ τούτου κατέστη υποχρεωτικός, η δε, αναθέτουσα αρχή αφ' ης στιγμής συμπεριέλαβε αυτόν στους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, υποχρεούται όπως εξετάζει τη συνδρομή ή μη αυτού κατά δεσμία αρμοδιότητα. Εν προκειμένω με τη δήλωση του υπόψη λόγου αποκλεισμού στην υποβληθείσα Υπεύθυνη Δήλωση από την ώδε παρεμβαίνουσα και τη μη σχετική δήλωση της στο ΕΕΕΣ, τεκμαίρεται ότι ο δηλών, αντί να δηλώνει ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, δηλώνει ότι καταρχήν συντρέχει τέτοιος λόγος αλλά παραλλήλως δηλώνει και τα μέτρα που έλαβε προκειμένου να αρθεί ο λόγος αποκλεισμού. Και τούτο διότι παρόλο που δηλώνει η ανωτέρω εταιρεία ότι δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σημειώνει την επιβολή προστίμου 11.328,38€ σε αυτήν, την περίοδο 2003-2007 από την επιτροπή ανταγωνισμού (αρ. 44 παρ. 3 ν.3959/2011) και την εξόφληση του με το α/α: 757/23-1-2019 διπλότυπο είσπραξης, το οποίο συνυποβάλλει με την προσφορά της. Ωστόσο, αφ' ης στιγμής δηλώνεται από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο, πολλώ δε μάλλον αφού αρκεί να υπάρχουν εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, εναργώς συνάγεται ότι ο λόγος αποκλεισμού συντρέχει και αίρεται μόνον εάν διαπιστωθεί η επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης (διαλυτική αίρεση) και όχι το αντίστροφο. Κατ' ακολουθίαν, στην υπό κρίση υπόθεση, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να κρίνει ότι τα δηλωθέντα από την παρεμβαίνουσα στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού και ουχί η ίδια η συμμετέχουσα. Ενόψει τούτων, αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι τα ανωτέρω, διά του νόμου και του οικείου κανονιστικού πλαισίου επιβαλλόμενα, δεν έχουν εφαρμογή, μετά τις τροποποιήσεις που επέφερε ο Ν. 4635/2019 στον Ν.4412/2016 και ειδικότερα εξαιτίας των οριζομένων στις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 44 του

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

N.3959/2011, υπολαμβάνοντας εν προκειμένω εσφαλμένως ότι αφού δηλώθηκε από πλευράς της ότι δεν υποπίπτει σε επαγγελματικό παράπτωμα, δεν υπάρχει πλέον καμία δυνατότητα αποκλεισμού της από το διαγωνισμό εξαιτίας της συμμόρφωσής της, συγκεκριμένα διά της εξόφλησης του επιβληθέντος από την Επιτροπή Ανταγωνισμού προστίμου. Και είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός τούτος διότι ο λόγος αποκλεισμού της, όπως προβλέπεται στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016, δε συνιστά εννοιολογικά διοικητική κύρωση, αλλά κατάσταση στην οποία τελεί ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και η οποία δεν του επιτρέπει την ανάληψη δημόσιας σύμβασης, συνιστώντας εκ του Νόμου σχετικό κώλυμα. Άλλωστε, από τη διατύπωση του τέταρτου εδαφίου της παραγράφου 7 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, σαφώς συνάγεται ότι οι περιστάσεις τέλεσης του παραπτώματος και η σοβαρότητα αυτού αποτελούν κριτήρια εκτίμησης της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και όχι κριτήρια διαπίστωσης συνδρομής του λόγου αποκλεισμού, που επιβάλλεται *ipso facto*, κατά τα προαναφερόμενα.

8. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης και δη της προσφοράς της ανωτέρω συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας (με αρ. 183733) στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ καθώς και την εφαρμογή των παρατεθέντων στη σκέψη 6 της παρούσας όρων της οικείας διακήρυξης προκύπτει ότι η ανωτέρω παρέλειψε να δηλώσει στο υποβληθέν από αυτήν ΤΕΥΔ και στο σχετικό πεδίο αυτού, ΜΕΡΟΣ ΙΙΙ (Λόγοι Αποκλεισμού), παράγραφος Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα), όσα εντέλει δήλωσε στη (Γενική) Υπεύθυνη Δήλωση που συνυπέβαλε με την προσφορά της. Ειδικότερα, υποβάλει η παρεμβαίνουσα με την προσφορά της έγγραφα με τίτλο «ΦΕΚ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» και «ΔΙΠΛΟΥΤΥΠΟ ΕΞΟΦΛΗΣΗΣ» ενώ στην από 28.7.2020 Υπεύθυνη Δήλωση της αναφέρεται ότι: «[...] 10. Δεν έχουμε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά μας για το οποίο να μας επιβλήθηκε ποινή που να μας στερεί το

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημόσιων έργων και να καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Σημειώνεται η επιβολή προστίμου 11.328,38€ στην εταιρεία μας την περίοδο 2003-2007 από την επιτροπή ανταγωνισμού (αρ. 44 παρ. 3 ν 3959/2011), ως μοναδική ποινή και το οποίο εξωφλήθη με το α/α: "...” διπλότυπο είσπραξης (συνυποβάλλεται). Βάσει του άρθρου 235 παρ.3 & παρ.5 του νόμου 4635/2019 ορίζεται ότι : στην ανωτέρω περίπτωση η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων.» Εν προκειμένω, ωστόσο και παρόλο που η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται μετ'επιτάσεως και στο έντυπο της παρέμβασης της ότι η επίμαχη παράβαση δεν αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, καθώς έχει εξοφλήσει το επιβληθέν από την Επιτροπή Ανταγωνισμού πρόστιμο και μετά την τροποποίηση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ του Ν. 4412/2016 με την παρ. 3 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 (Α' 167/30.10.2019) 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) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», αβασίμως υποστηρίζει την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 3959/2011, διότι ερείδεται σε εσφαλμένη νομική αφετηρία. Και τούτο ειδικότερα διότι υπολαμβάνει εσφαλμένως ότι υπερισχύει η εφαρμογή και η επικληθείσα από αυτήν ερμηνεία των διατάξεων της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011, όπου ορίζεται ότι «3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2 (γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης...» έναντι των όρων του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης. Αντιθέτως, η διακήρυξη ως κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ως προελέχθη, ενόψει τήρησης της αρχής της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, υπερισχύει έναντι πάντων, ακόμη και όταν εμπεριέχει «παράνομη» διάταξη - με μόνη εξαίρεση αυτή της επιλογής δικονομικού πλαισίου επίλυσης των διαφορών από το οποίο δεν δύναται να απόσχει του νομίμου - εφόσον αυτή δεν έχει προσβληθεί επικαίρως, εν προκειμένω δε ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, διά της υπόψη διακήρυξης, έχει καταστεί υποχρεωτικός. Άλλοις λόγοις, ακόμη και στη περίπτωση που αληθείς υποτεθείς οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι δηλαδή διά της εξόφλησης πληρωμής του προστίμου επέρχεται και απαλλαγή από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις και ότι η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις, δεν συνεπάγεται ότι αναιρείται ωστόσο η υποχρέωση του οικονομικού φορέα προς λήψη μέτρων που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού («αυτοκάθαρση»). Για αυτό, άλλωστε, κατά πρώτον, ο οικονομικός φορέας δύναται να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του και δηλώνονται τα ληφθέντα αυτά μέτρα στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ όταν προηγείται καταφατική απάντηση σχετικά με τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, κατά δεύτερον η αναθέτουσα αρχή, κατά δέσμια αρμοδιότητα, εκδίδει την απόφαση της για την αποδοχή της προσφοράς του συμμετέχοντος και σε κάθε περίπτωση για την ανάδειξη του ως αναδόχου, μετά από τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 προκειμένου για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, η

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

οποία σύμφωνη γνώμη 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. Η εν λόγω επιτροπή αξιολογεί τα στοιχεία για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα και αποφαινεται εάν είναι ή δεν είναι επαρκή. Κατά τη ρητή δε και σαφή διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, στο πλαίσιο 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 συστάθηκε Επιτροπή, η οποία αποτελεί επιτροπή ειδικού σκοπού (πρβλ ΣτΕ 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 οριζόμενη διαδικασία στο άρθρο 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016. Η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8-9, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις σχετικές διατάξεις, διενεργεί έλεγχο, εκφέροντας ουσιαστική αξιολογική κρίση, επί τη βάσει εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών, τα οποία επικαλείται ο φέρων το λόγο αποκλεισμού οικονομικός φορέας, προς απόδειξη λήψης εκ μέρους του συγκεκριμένων επανορθωτικών μέτρων. Η δε αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης της επιτροπής δεν δύναται να αποστεί από αυτήν, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά αποφαινεται, υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη κατά δέσμια αρμοδιότητα. Περαιτέρω, επί της κρίσης της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9, ούτε η ΑΕΠΠ, ως ανεξάρτητη διοικητική αρχή και σύμφωνα με τη ρητή νομοθετική πρόβλεψη του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ως ισχύει, δύναται να ασκήσει παρεμπόδιον έλεγχο, υφισταμένης, μόνον της αρμοδιότητάς της περί κρίσης της και ελέγχου της πράξεων της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται κατόπιν της εισήγησης της Επιτροπής 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 ΑΕΠΠ επιπροσθέτως εξακολουθεί να έχει αρμοδιότητα να ελέγξει την τυπική

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

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 της κρίσης της ούτε την αιτιολογία της. Έτι περαιτέρω, βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ακόμα και αν, υπό την ισχύ του άρθρου 235 παρ. 3 και 5 του Ν.4365/2019, δεν δύναται να υποστηριχθεί ότι στοιχειοθετείται ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ της παρ. 4 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 (σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), ενόψει των πραγματικών δεδομένων, στοιχειοθετείται ο λόγος αποκλεισμού της περ. θ της ίδιας παραγράφου, δηλαδή η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά της ανωτέρω συμμετέχουσας, καθώς η περιγραφόμενη στην υπ' αριθ. 668/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού συμπεριφορά της αντιβαίνει τους κανόνες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, με συνέπεια να πλήττεται το δημόσιο συμφέρον. Εξάλλου, το άρθρο 235 παρ. 2,3 και 5 του Ν.4365/2019, κατά το μέρος που ενδιαφέρει εν προκειμένω, δεν αφορά γενικά στις επιπτώσεις από τη διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θα μπορούσε να κλονίσει την αξιοπιστία και φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα, αλλά στην άρση των συνεπειών από την παράβαση των κανόνων περιελεύθερου ανταγωνισμού, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 44 παρ. 3β του Ν.3956/2011.

9. Επειδή, εξάλλου το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση πρέπει να είναι ορθώς και άρτια συμπληρωμένο σε όλα τα σχετικά πεδία του, εν προκειμένω δε και η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί στο έγγραφο των απόψεων της ότι το ΕΕΕΣ συνιστά ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής μη δυνάμενο να υποκατασταθεί από άλλα στοιχεία της προσφοράς (ΕΑ ΣΤΕ 163/2020), ούτως ειπείν η υποβολή της από 28.7.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης της ώδε παρεμβαίνουσας σε συνδυασμό με την αρνητική απάντηση στο ΕΕΕΣ

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

που υπέβαλε η ανωτέρω εταιρεία και ειδικότερα στο ερώτημα εάν έχει συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, παρά το ότι στη διάταξη του άρθρου 79 παρ. 1 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, οδηγεί αναπόδραστα στην διαπίστωση αφενός της μη ορθής συμπλήρωσης και υποβολής του ΕΕΕΣ και αφετέρου στην κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής προς απόρριψη της προσφοράς της. Ενόψει των ανωτέρω, αναλυτικώς αναφερθέντων (σκ. 7-8), ο πρώτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος και η προσβαλλομένη να ακυρωθεί κατά το σκέλος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

10. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της κατά της αποδοχής –δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης- της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας “...” , ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η ανωτέρω έχει υποπέσει στην περίπτωση της σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, με αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις (άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ') καθώς, όπως προκύπτει από την υπ' αριθ. 489/17.12.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «...» , κηρύχθηκε έκπτωτη από την απολύτως ομοίου περιεχομένου σύμβαση του ανωτέρω Δήμου («...»), για το λόγο ότι τα είδη που είχε παραδώσει δεν ήταν σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα, ενώ δεν προέβη και στην προβλεπόμενη εντός πέντε (5) ημερών αντικατάστασή τους. Τα ανωτέρω δε, παραπονείται η προσφεύγουσα, παρέλειψε να δηλώσει αφού στην αντίστοιχη ερώτηση του υποβληθέντος από αυτήν ΕΕΕΣ έχει δώσει αρνητική απάντηση. Επιπλέον, κατά παράβαση της υποχρέωσης μη παροχής ψευδών δηλώσεων ή αποκρύψεως πληροφοριών, αφού στο αντίστοιχο ερώτημα του ΕΕΕΣ που υπέβαλε η ανωτέρω συμμετέχουσα (Μέρος ΙΙΙ «Λόγοι αποκλεισμού»/ενότητα Γ «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

παραπτώμα»/ «Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών»), το οποίο (ερώτημα) έχει το εξής περιεχόμενο: «Ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) 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; β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) δεν ήταν σε θέση να υποβάλει, χωρίς καθυστέρηση, τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, και δ) έχει επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση;», έχει δώσει αρνητική απάντηση («Όχι»). Τούτο δε, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, παρότι της ήταν ήδη γνωστό ότι σε προηγούμενους διαγωνισμούς, του «...» και του «...» και ύστερα από τις αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου εκρίθη ότι «[...] τα ανωτέρω (σ.σ απόφαση έκπτωσης από το «...» και κατάπτωσης της εγγυητικής καλής εκτέλεσης) η εν λόγω εταιρία, ήδη παρεμβαίνουσα, παρέλειψε να δηλώσει στην αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού («...») [...] Το γεγονός δε ότι κατά το χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ εκκρεμούσε η έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας κατά της ως άνω αποφάσεως ενδικοφανούς προσφυγής (η οποία τελικώς απορρίφθηκε) δεν αναιρεί την ως άνω υποχρέωσή της δεδομένου ότι από την έκδοσή της η εν λόγω διοικητική πράξη υφίσταται στο νομικό κόσμο και παράγει έννομες συνέπειες, απορριπτομένου ως αβάσιμου του αντίθετου ισχυρισμού της. Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω πιθανολογείται σοβαρά ότι συντρέχει στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας “...” ο λόγος αποκλεισμού της περ. στ της παρ. 4 άρθρου 73 του Ν.4412/2016»

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

11. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (βλ. σκ. 6) «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» οι οποίοι όροι ενσωματώνουν τις διατάξεις της παρ. 4 εδ. στ του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, που ορίζουν «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] 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». Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει εναργώς ότι, βάσει του νόμου, η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείσει οικονομικό φορέα που έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, δυνατότητα που εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία, βάσει των ανωτέρω όρων της υπόψη διακήρυξης, έχει καταστήσει υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού. Εξάλλου, σε ό,τι αφορά την αιτίαση της προσφεύγουσας περί ψευδούς δηλώσεως και απόκρυψης στοιχείων της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας στο ΕΕΕΣ και ειδικότερα αναφορικά με την αρνητική απάντηση της στο ερώτημα «Έχει επιδείξει ο οικονομικός φορέας 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», γίνεται δεκτό ότι η κρίση περί παρασιώπησης ή ψευδούς δήλωσης των στοιχείων

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

εκείνων που είναι απαραίτητα για τη διάγνωση επαγγελματικού παραπτώματος αφορά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ. Συναφώς, εκρίθη νομολογιακώς ότι: «Το γεγονός δε ότι η παρεμβαίνουσα είχε προσβάλει με ένδικα μέσα (προσφυγή και αίτηση αναστολής) στο αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο Τρίπολης και αναμενόταν η έκδοση σχετικών αποφάσεων δεν αναιρεί την ύπαρξη του σχετικού λόγου αποκλεισμού και την υποχρέωσή της σε κάθε περίπτωση να δηλώσει στην αναθέτουσα αρχή το λόγο αυτό, αφού, όπως έχει κριθεί νομολογιακά (πρβλ. ΣτΕ 274/2018 σκ. 13) για την οριστικοποίηση της έκπτωσης δεν απαιτείται η έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης, ούτε είναι δυνατός ο παρεμπόδιος έλεγχος από την αναθέτουσα αρχή της νομιμότητας της πράξης έκπτωσης, ενόψει και του ότι κατ' άρθρο 203 του Ν.4412/2016 η κήρυξη προμηθευτή έκπτωτου λαμβάνει χώρα σε περιπτώσεις σοβαρής πλημμέλειας κατά την εκτέλεση της σύμβασης ενώ οι υπόλοιπες κυρώσεις (όπως αυτές του άρθρου 207 του Ν.4412/2016) επιβάλλονται σε περιπτώσεις ήσσονος σημασίας παρατυπιών. Επίσης, το γεγονός ότι η ως άνω εταιρία κλήθηκε από το Δήμο Τρίπολης να ανανεώσει την εγγυητική της επιστολή καλής εκτέλεσης δεν αναιρεί την σοβαρά πιθανολογούμενη ύπαρξη του λόγου αποκλεισμού από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία ενόψει και του ότι η κατάπτωση της αρχικώς υποβληθείσας εγγύησης καλής εκτέλεσης δεν ανακλήθηκε από τον ως άνω Δήμο. Σε κάθε περίπτωση πάντως εφόσον η ως άνω απόφαση κήρυξης της παρεμβαίνουσας έκπτωτης υπήρχε και παρήγαγε έννομες συνέπειες κατά το χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ έπρεπε να είχε γίνει μνεία αυτού, χωρίς να απαιτείται η ύπαρξη δόλου, ούτε η ανακρίβεια αυτή καθίσταται συγγνωστή από την επέλευση μεταγενέστερων γεγονότων (έκδοση μεταγενέστερης θετικής απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής). Η παράλειψη δε αυτή δεν θεραπεύεται από την κλήση της εταιρίας προς παροχή διευκρινίσεων, απορριπτομένων ως αβασίμων των περί του αντιθέτου προβαλλόμενων από την παρεμβαίνουσα.» Εν προκειμένω και ανεξάρτητα από τη βασιμότητα του ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας ότι πριν από την υποβολή της προσφοράς της στον εξεταζόμενο διαγωνισμό, η απόφαση του “...” περί έκπτωσης της εταιρείας ανεστάλη με την υπ' αριθμ. Ν “...” απόφαση αναστολής

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης, η οποία εκδόθηκε στις 29.5.2020, και μάλιστα έχει ανασταλεί, όχι απλώς λόγω ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης υλικής ή ηθικής βλάβης, αλλά λόγω πρόδηλης βασιμότητας της προσφυγής, με συνέπεια την αναστολή εκτελέσεως της πράξεως εκπτώσεως, που σημαίνει ότι απαγορεύεται η διοικητική αυτή πράξη, ενόσω ισχύει η αναστολή της, να λαμβάνεται υπ' όψιν για την εφαρμογή κανόνων δικαίου, γενομένου δεκτού, ωστόσο, του πρώτου λόγου προσφυγής, υπάρχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα απόρριψης της προσφοράς της και οι αιτιάσεις που προβάλλονται κατά των λοιπών επάλληλων αιτιολογικών ερεισμάτων του αποκλεισμού της αποβαίνουν αλυσιτελείς (βλ. ΕΑ 274/2018, 78, 47/2017, 296, 289/2016 κ.ά).

12. Επειδή, με το δεύτερο σκέλος της προσφυγής της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας "...", υποστηρίζοντας με τον πρώτο λόγο προσφυγής της ότι η ανωτέρω συμμετέχουσα υπέβαλε μαζί με την προσφορά της το έντυπο «Βεβαίωση "...»», το οποίο όμως όχι μόνο δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή, όπως απαιτείται, αλλά είναι ουσιαστικά ανυπόγραφο καθώς φέρει μόνο χειρόγραφο υπογραφή και σφραγίδα, χωρίς να υπάρχει η ημερομηνία και το ονοματεπώνυμο του υπογράφοντος ο οποίος δεσμεύει την εταιρία "... (η ημερομηνία αναφέρεται μόνο στην επικύρωση του δικηγόρου για το ακριβές αντίγραφο της επιστολής και όχι του γνησίου υπογραφής). Συνεπεία τούτων, η προσφορά της, κατά την προσφεύγουσα, είναι απορριπτή.

13. Επειδή, στην υπόψη διακήρυξη ορίζεται: «2.4.2 Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών 2.4.2.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζει η παρούσα διακήρυξη, στην Ελληνική Γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στον ν.4412/2016, ιδίως άρθρα 36 και 37 και την Υπουργική Απόφαση αριθμ. 56902/215 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». Για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπίστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της Υ.Α. 56902/215 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ)» (ΦΕΚ Β 1924/02.06.2017) και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας την διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 της ίδιας Υ.Α. [...] 2.4.2.5. Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπό)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής, με την επιφύλαξη των αναφερθέντων στην τελευταία υποπαράγραφο της παραγράφου 2.4.2.1 του παρόντος για τους αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς. Από το Σύστημα εκδίδεται ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής προσφοράς, η οποία αποστέλλεται στον οικονομικό φορέα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Στις περιπτώσεις που με την προσφορά υποβάλλονται ιδιωτικά έγγραφα, αυτά γίνονται αποδεκτά είτε κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του Ν. 4250/2014 (Α' 94), είτε και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση, στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία φέρει υπογραφή μετά την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης.[...] 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι προσφέροντες υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους: (α) Βεβαίωση του ΕΦΕΤ από την οποία θα προκύπτει ότι τα φυσικοχημικά, μικροβιολογικά και θρεπτικά συστατικά του προϊόντος κυμαίνονται εντός του προβλεπόμενου από την κείμενη νομοθεσία πεδίου τιμών. (β) [...] » Από τη γραμματική ερμηνεία των προδιαληφθέντων όρων της διακήρυξης συνάγεται ότι η απαίτηση ηλεκτρονικής υπογραφής αφορά μόνον τα στοιχεία και δικαιολογητικά του προσφέροντος οικονομικού φορέα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο. Δεν αφορά έγγραφα συνταχθέντα από τρίτους, αφού σε αυτή την περίπτωση ισχύει ότι «αυτά γίνονται αποδεκτά είτε κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του Ν. 4250/2014 (Α' 94), είτε και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση, στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία φέρει υπογραφή μετά την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης.» Ωστόσο, εν προκειμένω και παρόλο που αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι για τη βεβαίωση της εταιρείας “...” (παρασκευάστριας του γάλακτος), που υπέβαλε η ανωτέρω συμμετέχουσα, ως όφειλε, απαιτείται ψηφιακή υπογραφή, αφού ούτε για το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ πρόκειται, στο οποίο αναφέρονται άλλωστε οι επικληθείσες αποφάσεις, ούτε για έγγραφο που παράγεται από τον ίδιο τον προσφέροντα, η εν λόγω βεβαίωση δεν φέρει ημερομηνία και φέρει υπογραφή και σφραγίδα της εταιρείας, χωρίς να αναφέρεται το όνομα του υπογράφοντος και η ιδιότητά του, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η διαπίστωση εάν η βεβαίωση προέρχεται από πρόσωπο το οποίο δεσμεύει την εταιρεία (βλ. ΔΕφΑΘ 67/2019), ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Παρά ταύτα η εν λόγω παράλειψη είναι δεκτική διευκρινήσεως και θεραπείας σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 και συνεπώς δεν δύναται να οδηγήσει στον αποκλεισμό της εν λόγω συμμετέχουσας άνευ ετέρου και δίχως σχετικό αίτημα της

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

αναθέτουσας αρχής προς διευκρινήσεις, πολλώ δε μάλλον όταν επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντος.

14. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας “...” υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι το έντυπο οικονομικής προσφοράς το οποίο έχει υποβάλει η ανωτέρω εταιρεία δεν είναι το προσήκον, καθώς σύμφωνα με την απαίτηση της αναθέτουσας αρχής: «Για λόγους σύγκρισης των προσφορών από το σύστημα, στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα της οικονομικής προσφοράς του συστήματος για την “...”, οι συμμετέχοντες θα συμπληρώσουν ως τιμή προσφοράς την τιμή με τρία (3) δεκαδικά ψηφία (αριθμό) που προκύπτει μετά την αφαίρεση του ποσοστού της έκπτωσης που προσφέρουν από την Τιμή Αναφοράς που τίθεται στην παρούσα Διακήρυξη για την αντίστοιχη υπηρεσία.» Τη συγκεκριμένη απαίτηση η εταιρεία «...» έχει αποδεχτεί απαντώντας ΝΑΙ στο έντυπο «Οικονομική Προσφορά Συστήματος», ωστόσο στα έντυπα οικονομικής προσφοράς τα οποία έχει υποβάλει, η προσφέρουσα από αυτήν τιμή είναι με δύο (2) δεκαδικά ψηφία (0,98€) και άρα πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη ορίζεται: «2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης όπως ορίζεται ανωτέρω και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης συμπληρώνοντας τα έντυπα του Τιμολογίου και Προϋπολογισμού Προσφοράς. Η τιμή του προς προμήθεια υλικού δίνεται σε ευρώ ανά λίτρο γάλακτος. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ’ όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή.» Από τους προδιαληφθέντες όρους προκύπτει εναργώς ο τρόπος σύνταξης της οικονομικής προσφοράς των υποψηφίων και καθορίζεται ρητώς ότι θα απορρίπτεται προσφορά στις τρεις ακόλουθες περιπτώσεις α) όπου δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της καθ'ής συμμετέχουσας εταιρείας, ως και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί, προκύπτει ότι η προσφέρουσα από αυτήν τιμή ανά τεμάχιο είναι 0,98€, αποκλίνει δε από τις προσφερόμενες τιμές των άλλων συμμετεχόντων καθώς δεν αποτελείται από τρία δεκαδικά ψηφία, ωστόσο η εν λόγω παράλειψη κρίνεται επουσιώδης και μη δυνάμενη να οδηγήσει σε αποκλεισμό του υποψηφίου άνευ ετέρου, δοθέντος ότι η ανωτέρω συμμετέχουσα συμμορφώνεται πλήρως με τους κανονιστικού περιεχομένου όρους της διακήρυξης που απαιτούν σαφή οικονομική προσφορά, κατά τα ως άνω ειδικώς ορισθέντα. Προσέτι βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της ότι: «Αναφορικά με την αποτύπωση της οικονομικής προσφοράς με τρία δεκαδικά ψηφία, η οικονομική προσφορά της εταιρείας στην οποία αναγράφονται δύο δεκαδικά ψηφία κρίθηκε νόμιμη διότι αφενός η υποχρέωση των τριών δεκαδικών ψηφίων δεν τίθεται επί ποινή αποκλεισμού στη Διακήρυξη και αφετέρου, όπως προκύπτει από τη διατύπωση του σχετικού όρου, η απαίτηση ετέθη για λόγους σύγκρισης των οικονομικών προσφορών, ωστόσο εν προκειμένω δεν ετέθη ζήτημα αδυναμίας ή έστω δυσχέρειας σύγκρισης αυτών». Τούτων δοθέντων, ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός Απόφασης 1593 / 2020

16. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, το παράβολο δε που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με το αιτιολογικό.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αρ. 376/2020 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής (31^η συνεδρίαση, από 28.9.2020) του "...", στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάτω των ορίων, που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. "..." διακήρυξη του "..." με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την «...» εκτιμώμενου προϋπολογισμού 86.502,86€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές της εταιρείας "..." και "..." , κατά τα ειδικώς αναφερθέντα στη σκέψη 13 της παρούσας..

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 17 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 7 Δεκεμβρίου 2020 από τον νέο Πρόεδρο του 2^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της με αρ. 104/2020 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου