

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30-11-2017, δυνάμει της Πράξης του Προέδρου του, με αριθμό 25/2017, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο και Εισηγητή και τα μέλη, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

Για να εξετάσει την από 02-11-2017 με Γεν.Αριθ.Κατ. ΑΕΠΠ 210/03-11-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ/31/03-11-2017 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη Θεσσαλονίκης, οδός, νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής προσφεύγουσα)

κατά του ΔΗΜΟΥ ΠΑΥΛΟΥ ΜΕΛΑ, που εδρεύει στην Σταυρούπολη Ν. Θεσσαλονίκης (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και κατά της με αριθμό 777/2017 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμό 49599/19-09-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμού, με την οποία η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τον ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (προσφερόμενη έκπτωση), για την εκτέλεση της Προμήθειας με τίτλο μελέτης: “Προμήθεια Ελαιολιπαντικών και Προσθέτων” συνολικού προϋπολογισμού 141.862,50 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., και με καταληκτική ημερομηνία υποβολή προσφορών την 04/09/2017 που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή με την με αριθμ. Πρωτ. 42966/08-08-2017 διακήρυξη (Αριθ.Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:.....) (εφεξής διαγωνισμός) και

της παρεμβαίνουσας, υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης, Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο

«.....» που εδρεύει στη Αττικής, οδός αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί να ακυρωθεί η με αριθμό 777/2017 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμό 49599/19-09-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, με την οποία αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με αριθμό 72637 από τη συνέχεια του διαγωνισμού, διότι δεν ανέφερε στο ΤΕΥΔ το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, γιατί α) για την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 2.2.3.3 της διακήρυξης δεν αρκεί να διαπιστώνεται ότι στο παρελθόν ο οικονομικός φορέας έχει κηρυχθεί έκπτωτος από δημόσια σύμβαση, αλλά απαιτείται επιπλέον η έκπτωση να οφείλεται σε σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκπλήρωση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, β) από το με αριθμό 3790/27-6-2017 έγγραφο της ανώνυμης εταιρείας «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΛΙΜΕΝΟΣ ΒΟΛΟΥ ΑΕ», στο οποίο αναφέρεται ότι κηρύχθηκε έκπτωτη η προσφεύγουσα από δημόσια σύμβαση με τον ανωτέρω Οργανισμό και που η αναθέτουσα αρχή έλαβε υπόψη της για να την αποκλείσει από τον υπό κρίση διαγωνισμό, δεν προκύπτει ο λόγος της έκπτωσης και πάντως ότι δεν στηρίζεται σε προηγούμενη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη παράβαση, γ) η επικαλούμενη απόφαση περί της έκπτωσης δεν έχει καταστεί οριστική και έχει προσβληθεί από την προσφεύγουσα με ένσταση, που δεν έχει ακόμη κριθεί, δ) παρά την επικαλούμενη απόφαση περί έκπτωσης, η φερεγγυότητα της προσφεύγουσας δεν κλονίζεται, είναι δε αξιόπιστη και έχει σημαντικό απόθεμα προς άμεση εξυπηρέτηση της ζήτησης, ε) η προσβαλλόμενη αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω λόγων και, επιπλέον, γιατί ο οργανισμός που την κήρυξε έκπτωτη, κατά τα άνω, δεν υπέστη καμία ζημία, η αξία δε των παραγγελιών που καθυστέρησε η προσφεύγουσα να παραδώσει αντικατοπτρίζει ένα ελάχιστο ποσοστό της αξίας

των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών που έχει εκτελέσει επιτυχώς στο πρόσφατο παρελθόν και γιατί η αναθέτουσα αρχή δεν της προσάπτει καμία έλλειψη στην οικονομική, τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να εκτελέσει την ένδικη σύμβαση, αν της ανατίθετο, στ) τέλος, δε, δεν μπορεί να έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 2.2.3.3 (θ) της διακήρυξης γιατί δεν έχει επιβληθεί καμία ποινή στην προσφεύγουσα που να της στερεί το δικαίωμα συμμετοχής της σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, μετά ταύτα ζητεί η προσφεύγουσα να επιτραπεί η συνέχιση της συμμετοχής της στο διαγωνισμό και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Με την Παρέμβαση, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/ΠΑΡ/54/13.11.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης ΙΙ/210 η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, γιατί α) αφού η προσφεύγουσα δεν ανέφερε στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε ότι έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και σε σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την έκπτωσή της, το ΤΕΥΔ που υπέβαλε είναι ψευδές και πρέπει να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 22 παρ. 6 του Ν. 1599/1986, β) δεν ευσταθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι δεν έχει ευθύνη η ίδια για την επικαλούμενη στην απόφαση της έκπτωσης της καθυστέρηση ή πλημμέλεια, γ) δεν προσέβαλε με ένσταση κατά Νόμο την σε βάρος της απόφαση περί έκπτωσης και πάντως δεν ζήτησε την ανάκληση ή την άρση των συνεπειών της έκπτωσης σε βάρος της.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα ακόλουθα:

1. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και

συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 709,32 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 172347130958 0102 0060), δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού ανέρχεται στο ποσό των ευρώ, 141.862,50 εκτός ΦΠΑ 24%, το οποίο πληρώθηκε και αφού ελέγχθηκε, δεσμεύτηκε από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την με αρ. πρωτ. ΔΥ / 03-11-2017 βεβαίωσή της.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη 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.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (αρ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:.....), στις 02/11/2017, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλομένης, η οποία έλαβε χώρα μέσω της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (αρ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:.....) στις 24-10-2017. Η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε, ομοίως, αυθημερόν, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει αυτονόητο έννομο συμφέρον για την προσβολή της υπό κρίση εκτελεστής πράξης της αναθέτουσας αρχής, αφού έχει υποβάλει προσφορά και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, υφίσταται δε ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, αφού η τελευταία απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, επικαλούμενη με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ότι μη νόμιμα η

αναθέτουσα επικαλέστηκε τις διατάξεις του άρθρου 2.2.3.3 της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, περαιτέρω, η υπό κρίση παρέμβαση έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (αρ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) στις 13-11-2017, 10 ημέρες από την κατά την 03-11-2017 κοινοποίηση, μέσω της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής (αρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016). Με την εν λόγω παρέμβαση η παρεμβαίνουσα έχει αυτονόητο έννομο συμφέρον για την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, κατά την οποία, αφού απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας, μόνη προσφορά που θα συνεχίσει στον διαγωνισμό είναι η δική της, (Ε.Α. ΣΤΕ 689/2011), επομένως ενδεχόμενη αποδοχή της κρινόμενης προσφυγής και συνακόλουθα η συμμετοχή της προσφεύγουσας στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, μειώνει τις πιθανότητες κατακύρωσης της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα. Τέλος, η υπό κρίση παρέμβαση δεν ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, που αναλογικά εφαρμόζονται και επί παρέμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 7 τελευταίο εδάφιο του ΠΔ 39/2017, πλην όμως, όπως και επί προδικαστικής προσφυγής έχει κριθεί (βλ. ενδεικτικά 25/2017 και 73/2017 Αποφάσεις ΑΕΠΠ και 39/2017 Δ/κό Εφετείο Κομοτηνής), έτσι και για την παρέμβαση η μη χρήση τυποποιημένου εντύπου δεν συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου, ιδίως μάλιστα, όταν, όπως και στην προκειμένη περίπτωση, στο δικόγραφο της παρέμβασης με σαφήνεια και πληρότητα περιλαμβάνονται όλα τα κατά Νόμον ουσιώδη απαιτούμενα στοιχεία (1. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΠΑΡΕΜΒΑΙΝΟΝΤΟΣ - ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ 2. ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ 3. ΑΡΙΘΜΟΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ 4. ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ 5. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΖΟΜΕΝΗ ΔΑΠΑΝΗ 6. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ 7. ΛΟΓΟΙ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ 8. ΑΙΤΗΜΑ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ), όσα δηλαδή επιβάλλεται να συμπληρώνονται από τον προσφεύγοντα – παρεμβαίνοντα στο

τυποποιημένο έντυπο, αλλά επιπλέον περιέχει και την δομή/διάρθρωση αυτού, όσον αφορά τόσο τα τυπικά στοιχεία όσο και τους διαλαμβανόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς, αλλά και το σχετικό αίτημα.

7. Επειδή, επομένως η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και η Παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

8. Επειδή, στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 περί λόγων αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «...4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) [...], β) [...], γ) [...], δ) [...], ε) [...], στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ) [...], η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. ...». Με την παράγραφο 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 εισάγεται μια σειρά δυνητικών (προαιρετικών) λόγων αποκλεισμού, τους οποίους επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, τηρουμένων, σε κάθε περίπτωση, των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου, ιδίως της αρχής της αναλογικότητας, της εξυπηρέτησης του σκοπού δημοσίου συμφέροντος, της

ενίσχυσης του ανταγωνισμού και αποφυγής στρέβλωσής του, καθώς και με συνεκτίμηση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της υπό ανάθεση σύμβασης, λ.χ. εκτιμώμενη αξία αυτής, ειδικές περιστάσεις, κλπ. Λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή δύναται να επιλέξει και να συμπεριλάβει έναν, περισσότερους, όλους ή, ενδεχομένως, και κανέναν από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73. Σε περίπτωση, ωστόσο, που η αναθέτουσα αρχή επιλέξει να συμπεριλάβει στη διακήρυξη οποιονδήποτε από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73, τότε αυτός καθίσταται υποχρεωτικός, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του, υποχρεούται δε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 20/2017, σελ. 8). Και τούτο, γιατί κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε

απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002) (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 64, 94, 115/2017).

9. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 2.2.3.3 της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού περί λόγων αποκλεισμού ορίζει ότι: «... Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:... (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 ...». Κατά την έννοια της διάταξης αυτής, για τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, στην περίπτωση γενομένης πρόωρης καταγγελίας προηγούμενης σύμβασης απαιτείται, σωρευτικά με αυτήν την καταγγελία (έκπτωση), αυτή να επιβλήθηκε ως αποτέλεσμα σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο της σύμβασης. Δεν αρκεί, δηλαδή, να διαπιστώνεται ότι ο οικονομικός φορέας έχει κηρυχθεί έκπτωτος από δημόσια σύμβαση, διότι ο αυτόματος αποκλεισμός οικονομικών φορέων που στο παρελθόν κηρύχθηκαν έκπτωτοι από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων δεν είναι συμβατός με το ευρωπαϊκό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΕ C-465/11 Forposta σκ. 41). Περιπτώσεις, εξάλλου, που οι επιδόσεις των οικονομικών φορέων σε προηγούμενες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, θεωρούνται η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίον προοριζόταν ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα (βλ. Αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

10. Επειδή, εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 (59 της οδηγίας 2014/24) προβλέπεται η χρήση του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ που

συνίσταται σε ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, ώστε να είναι δυνατή η επαλήθευση των πληροφοριών για τον οικονομικό φορέα με σκοπό την επίτευξη του συμβατικού αντικειμένου και την επιλογή του πληρούντος τα τεθέντα κριτήρια επιλογής. Όπως επανειλημμένα έχει κριθεί σε σειρά Αποφάσεων της ΑΕΠΠ, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνίσταται σε υπεύθυνη δήλωση των οικονομικών φορέων προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 79, ότι ο οικονομικός φορέας: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 λόγω της οποίας αποκλείεται ή μπορεί να αποκλεισθεί από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κ.α.

11. Επειδή, τέλος, το άρθρο 2.2.3.3 της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού περί λόγων αποκλεισμού ορίζει ότι: *«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:... (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση ...»* . Περαιτέρω, το άρθρο 2.2.6.1 της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού περί προκαταρκτικής απόδειξης μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού ορίζει ότι: *«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 και 2.2.5 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) (Β/3698/16- 11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα Ε, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.»* Κατά την έννοια της πιο πάνω διάταξης, ο

οικονομικός φορέας, εφόσον έχει βεβαία την πεποίθηση ότι λέγει τα αληθή, όταν δηλώνει ότι δεν εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι πρέπει να υποστεί τις συνέπειες του άρθρου 22 παρ. 6 του ν. 1599/1986, ούτε ότι παρέβη τις διατάξεις του άρθρου 2.2.3.3 (η) της διακήρυξης, ούτε ότι είτε με δόλο είτε εξ αμελείας επεχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή παρέσχε παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό του, αν δεν αποδεικνύεται άμεσα και πλήρως η αναλήθεια της δήλωσης από τον φέροντα το βάρος της απόδειξης προβάλλοντα τον σχετικό ισχυρισμό περί αναλήθειας.

12. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, με την με αριθμ. πρωτ. 42966/08-08-2017 διακήρυξη ο Δήμος Παύλου Μελά προκήρυξε Ανοικτό δημόσιο διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (προσφερόμενη έκπτωση), για την εκτέλεση της Προμήθειας με τίτλο μελέτης: «Προμήθεια Ελαιολιπαντικών και Προσθέτων» συνολικού προϋπολογισμού 141.862,50 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 04/09/2017. Στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού και με συστημικό αριθμό κατατέθηκαν εμπρόθεσμα οι παρακάτω προσφορές : η με αρ. ηλεκτρονικού πρωτ. προσφορά της προσφεύγουσας και η με αρ. ηλεκτρονικού πρωτ. της παρεμβαίνουσας εταιρείας. Μετά την αποσφράγιση των προσφορών την 08/09/2017 εκδόθηκε από την Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού το με αριθμό 49599/2017 πρακτικό στο οποίο αποτυπώνονταν τα εξής: Η Επιτροπή εξέτασε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές των διαγωνιζόμενων. Έχοντας υπόψη το υπ'αριθμ.πρωτ.47999/12-9-2017 έγγραφο της παρεμβαίνουσας με το οποίο κοινοποίησε στην Επιτροπή της αναθέτουσας την με αρ. πρωτ: 3790/27-6-2017 απόφαση (ΑΔΑ: 7ΓΛ9469ΗΞ3-55Φ) του Δ.Σ. του Οργανισμού Λιμένος Βόλου Α.Ε (ΟΛΒ Α.Ε.) με το οποίο κηρύσσει έκπτωτη λόγω της επανειλημμένης και σημαντικής καθυστέρησης στην παράδοση των ζητούμενων παραγγελιών την

εταιρεία «.....», ανάδοχο εκτέλεσης της σύμβασης Προμήθειας Λιπαντικών – Ορυκτέλαιων, η εταιρεία με την επωνυμία, με αριθμό προσφοράς 72637 προτάθηκε στο άνω πρακτικό να αποκλειστεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού, διότι δεν ανέφερε στο ΤΕΥΔ το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση Δ.Σ του ΟΛΒ Α.Ε. Περαιτέρω, η Επιτροπή στο άνω Πρακτικό της συνεχίζει: Επίσης, σύμφωνα με τη 42966/08-08-2017 Διακήρυξη Δημάρχου- παράγραφος 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα: 2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (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, (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Μετά ταύτα πρότεινε να γίνει δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας μόνον. Κατόπιν, με την με αριθμό 777/2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, το πιο πάνω πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού εγκρίθηκε ως είχε.

13. Επειδή, η αναθέτουσα με το με αρ. πρωτ. 59545/10-11-2017 έγγραφο της, στο οποίο αποτυπώνονται οι απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, διευκρινίζει ότι η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού με το με αριθμό 49599/2017 πρακτικό της, απέκλεισε την προσφεύγουσα από τη συνέχεια του διαγωνισμού, διότι δεν ανέφερε στο ΤΕΥΔ το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και τη σοβαρή ή

επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση Δ.Σ του ΟΛΒ Α.Ε. Τονίζει δε ότι δεν έκρινε την σοβαρότητα του επαγγελματικού παραπτώματος ή την επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια της εταιρίας, αλλά την απόκρυψη εκ μέρους της στοιχείων που θα βοηθούσαν την εξέταση της προσφοράς της.

14. Επειδή, ομοίως, η παρεμβαίνουσα, ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα, μολονότι έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και σε σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβαση με τον Οργανισμό Λιμένος Βόλου (ΟΛΒ ΑΕ) που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, σύμφωνα με την με αριθμό 3790/27-06-2017 (αρ. πρακτ. 357/27-06-2017) Απόφαση του ΔΣ του ΟΛΒ, δεν ανέφερε τίποτε στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε, ώστε το ΤΕΥΔ που υπέβαλε είναι ψευδές και πρέπει να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 22 παρ. 6 του Ν. 1599/1986, β) δεν ευσταθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι δεν έχει ευθύνη η ίδια για επικαλούμενη στην απόφαση της έκπτωσης της καθυστέρηση ή πλημμέλεια, γ) δεν προσέβαλε με ένσταση κατά Νόμο την σε βάρος της απόφαση περί έκπτωσης, αλλά με υπόμνημα που ονομάζει ένσταση του άρθρου 203 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και πάντως δεν ζήτησε την ανάκληση ή την άρση των συνεπειών της έκπτωσης σε βάρος της.

15. Επειδή, ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου και ιδίως από το επικαλούμενο έγγραφο του ΟΛΒ ΑΕ, εκτός της πρόωρης καταγγελίας Σύμβασης του Οργανισμού με την προσφεύγουσα για την προμήθεια λιπαντικών – ορυκτελαίων, δεν προκύπτει ούτε το είδος της πλημμέλειας, ούτε η σοβαρότητα αυτής, ούτε η ζημία που τυχόν υπέστη ο Οργανισμός από αυτήν, ούτε οι ποσότητες των προϊόντων που δεν παραδόθηκαν ή καθυστέρησαν να παραδοθούν, δεν αναφέρεται καν συγκεκριμένα η σύμβαση με ορισμένα στοιχεία αυτής, όπως π.χ. οι συμβατικές ποσότητες, η συμβατική αξία των παραδοτέων προϊόντων και το τυχόν ανεκτέλεστο υπόλοιπό της. Έτσι δεν μπορεί ούτε να πιθανολογηθεί αν η πρόωρη καταγγελία της επικαλούμενης

σύμβασης ήρθε ως αποτέλεσμα σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης της επίμαχης σύμβασης. Απεναντίας, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, που αποδεικνύονται από την ad hoc Απόφαση με αριθμό 170/04-10-2017 Πράξη του ΣΤ' κλιμακίου Ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που ενέκρινε λίαν προσφάτως την νομιμότητα ανάθεσης έτερης δημόσιας σύμβασης στην προσφεύγουσα και εξέτασε και τον εδώ προβαλλόμενο λόγο σε βάρος της, και δεν αντικρούονται από κανένα άλλο στοιχείο του φακέλου, «... αφενός η ανωτέρω έκπτωση έχει προσβληθεί με την από 14-07-2017 προσφυγή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 205 του ν. 4412/16, η οποία ακόμη εκκρεμεί, αφετέρου από τα στοιχεία που αντλήθηκαν από τον ΟΛΒ Α.Ε. το παράπτωμα δεν αποδεικνύεται ότι είναι ούτε επαναλαμβανόμενο ούτε σοβαρό, συνεπώς δεν μπορεί να υπάρξει έρεισμα για παράβαση ούτε του άρθρου 73...», ούτε των διατάξεων του άρθρου 2.2.3.3 της διακήρυξης. Αβάσιμος, εξάλλου, παρίσταται και ο ισχυρισμός ότι θα έπρεπε να αποκλειστεί η προσφεύγουσα για παράβαση των διατάξεων 2.2.3.3 (θ) της διακήρυξης, γιατί ούτε από τα παραπάνω ούτε από κανένα άλλο στοιχείο του φακέλου δεν προκύπτει ότι της έχει επιβληθεί ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία, λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά της, πολύ περισσότερο που η ακεραιότητά της φαίνεται να μην κλονίζεται, σύμφωνα με τα προσαγόμενα υπό της προσφεύγουσας έγγραφα (Ισολογισμοί ετών 2014 - 2016, ισοζύγιο α' εξαμήνου 2017, κατάσταση ομοειδών συμβάσεων, ανταλλακτικών, λιπαντικών και αποθεμάτων Οκτωβρίου 2017 που υπέβαλε προς την αναθέτουσα στα πλαίσια της υπό κρίση διαδικασίας) από τα οποία, παρά την παράβαση στην εκτέλεση της σύμβασης προμήθειας με την ΟΛΒ ΑΕ, προκύπτει σημαντικής αξίας, ανάλογη με τον προϋπολογισμό της σύμβασης για την οποία διενεργείται ο υπό κρίση διαγωνισμός, επιτυχής ολοκλήρωση δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και απόθεμα προς άμεση εξυπηρέτηση της ζήτησης.

16. Επειδή, επομένως, μη νόμιμα θεώρησε η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα είχε 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, σύμφωνα με όσα αναπτύχθηκαν στην σκέψη 9 της παρούσας.

17. Επειδή, περαιτέρω, ομοίως, μη νόμιμα, άλλως με πλημμελή αιτιολογία έκρινε η αναθέτουσα αρχή, όπως διευκρινίζει στις ενώπιόν μας απόψεις, ότι η προσφεύγουσα απέκρυψε στο ΤΕΥΔ ότι είχε επιδείξει την αμέσως παραπάνω αναφερόμενη πλημμέλεια που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, γιατί, σύμφωνα με όσα αναπτύχθηκαν στην σκέψη 11 της παρούσας, σε συνδυασμό με όσα έγιναν δεκτά στην σκέψη 15 η προσφεύγουσα είχε βεβαία την πεποίθηση από αρχής, που επικυρώθηκε και με την με αριθμό 170/04-10-2017 ad hoc Πράξη του ΣΤ' κλιμακίου Ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ότι υπέβαλε αληθώς την δήλωση ότι δεν είχε επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης. Ούτε είναι βάσιμος ο ισχυρισμός ότι όφειλε η προσφεύγουσα να δηλώσει στο ΤΕΥΔ ότι έχει υποπέσει σε σοβαρή πλημμέλεια, ούτε και πολύ περισσότερο ότι πληρούται η υποκειμενική και αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος του άρθρου 22 παρ. 6 του ν. 1599/1986, όπως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, ούτε ότι τελέστηκε παράβαση του άρθρου 2.2.3.3 (θ) της διακήρυξης, επομένως δεν μπορεί να είναι βάσιμος ο ισχυρισμός ότι είτε με δόλο είτε εξ αμελείας επεχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή παρέσχε παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό του. Ομοίως, αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας που πρόβαλε το πρώτον με τις ενώπιόν μας Απόψεις ότι, λόγω της επίμαχης δήλωσης της προσφεύγουσας στο ΤΕΥΔ εμποδίστηκε να της ζητήσει τα

απαιτούμενα πιστοποιητικά και δικαιολογητικά, που θα έκρινε απαραίτητο για να διασφαλιστεί η ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας, εφόσον είχε συμπληρώσει ανάλογα το πεδίο του ΤΕΥΔ, ώστε να κρίνει αν διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια και που, πιθανώς, να είχε αντίκτυπο ή μη στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Απεναντίας, μετά την από την παρεμβαίνουσα γνωστοποίηση της περίπτωσης της έκπτωσης της προσφεύγουσας από τον ΟΛΒ, η αναθέτουσα όχι μόνον δεν εμποδιζόταν, αλλά, ανεξαρτήτως δηλώσεων της προσφεύγουσας στο ΤΕΥΔ, όφειλε η ίδια να ζητήσει δικαιολογητικά, διευκρινίσεις και έγγραφα, προκειμένου να εκτιμήσει και να κρίνει επί της ουσίας εάν η απόφαση της έκπτωσης είχε οριστικοποιηθεί ή τυχόν ανατραπεί και ιδίως αν είχε επιβληθεί σε βάρος της προσφεύγουσας ως αποτέλεσμα σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, άλλο που παρέλειψε να το κάνει και αντ' αυτού την απέκλεισε αυτομάτως.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η δε παρέμβαση να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμό 777/2017 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμό 49599/19-09-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμού, κατά το σκέλος της που η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τον ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (προσφερόμενη έκπτωση), για την εκτέλεση της Προμήθειας με τίτλο μελέτης: “Προμήθεια Ελαιολιπαντικών και Προσθέτων” συνολικού προϋπολογισμού

Αριθμός απόφασης: 181 / 2017

141.862,50 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., που προκήρυξε ο Δήμος ΠΑΥΛΟΥ ΜΕΛΑ με την με αριθμ. Πρωτ. 42966/08-08-2017 διακήρυξη (Αριθ.Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:)

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 30-11-2017 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 05-12-2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ