

**Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Μαΐου 2020, με την εξής σύνθεση:  
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και  
Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.4.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον  
ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό  
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)  
444/13.4.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «  
.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στον ..... -  
....., επί της οδού ....., αρ. ...., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ..... και δη κατά της με αρ. 109/2020 απόφασης  
της Οικονομικής Επιτροπής (10<sup>η</sup> συνεδρίαση, από 23.3.2020) της ως άνω  
αναθέτουσας αρχής με θέμα «Έγκριση ή μη πρακτικών και ανάδειξη ή μη  
προσωρινού αναδόχου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την  
προμήθεια με τίτλο «Προμήθεια γάλακτος για τους δικαιούχους εργαζόμενους  
του Δήμου και των νομικών του προσώπων Σχολική Επιτροπή Α'βάθμιας  
Εκπαίδευσης και Σχολική Επιτροπή Β'βάθμιας Εκπαίδευσης και λοιπών  
τροφίμων για τις ανάγκες του ν.π. του Δήμου «.....», όπως τούτη η  
απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης  
δημόσιας σύμβασης, άνω των ορίων, που προκηρύχθηκε με την με αριθμ.  
πρωτ. .... διακήρυξη του Δήμου ..... με κριτήριο ανάθεσης την  
πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής,  
εκτιμώμενου προϋπολογισμού 707.928,27€ άνευ ΦΠΑ (και 800.137,06€  
συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

Της (πρώτης) παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία « .....», που κατοικοεδρεύει στη ....., επί της οδού ....., αρ. ...., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 23.4.2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ απόρριψης της υπό κρίση Προσφυγής.

Της (δεύτερης) παρεμβαίνουσας συμμετέχουσας στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία εταιρείας με την επωνυμία « .....», που εδρεύει στην ....., επί του ....., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 24.4.2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ απόρριψης της υπό κρίση Προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Διά της προσφυγής της επιδιώκει η προσφεύγουσα όπως ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση καθ' ο μέρος απορρίπτει τη προσφορά της κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και επιπροσθέτως την ακύρωση της καθ' ο μέρος κάνει αποδεκτές τις προσφορές των άλλων συμμετεχόντων οικονομικών φορέων «.....» και «.....» για τις ομάδες 1, ως και 1, 7 και 8 αντιστοίχως. Ετέρωθεν, διά της προκείμενης προσφυγής ζητείται η αναστολή προόδου του διαγωνισμού και δη η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, μέχρις εκδόσεως της παρούσας οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής, αίτημα το οποίο έγινε δεκτό διά της με αριθμ. Α134/2020 Απόφασης της ΑΕΠΠ.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,  
σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Επειδή, ο Δήμος ..... με τη με ΑΔΑΜ ..... διακήρυξη του, προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάθεση της προμήθειας τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών του προσώπων, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 800.137,06€ 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 Γάλακτος για τους δικαιούχους εργαζόμενους του Δήμου και των νομικών του προσώπων Α'βάθμιας Εκπαίδευσης Σχολική Επιτροπή και Β'βάθμιας Εκπαίδευσης Σχολική Επιτροπή και λοιπών τροφίμων (αρτοποιείο, κρεοπωλείο, ιχθυοπωλείο, παντοπωλείο, οπωροπωλείο) για τις ανάγκες του Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου του Δήμου «.....» ( .....”), σύμφωνα με τις επισυναπτόμενες στην ως άνω διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές και σύμφωνα με την υπ' αριθμ. .../2019 μελέτη του τμήματος Περιβαλλοντικού Σχεδιασμού της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος και Ποιότητας Ζωής. Η προς ανάθεση σύμβαση υποδιαιρείται στις κάτωθι Ομάδες και υποομάδες: ΟΜΑΔΑ 1 ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΜΕ ΦΠΑ 13% προϋπολογισμού 265.335,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 2.1 ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% ΠΑΙΔΙΚΟΙ ΣΤΑΘΜΟΙ προϋπολογισμού 67.800,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 2.2 ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% ΓΕΥΜΑΤΑ προϋπολογισμού 5.600,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 2.3 ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ (ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΙΚΗΣ) ΜΕ ΦΠΑ 24% προϋπολογισμού 1.297,50€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 3.1 ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ ΓΙΑ ΠΑΙΔΙΚΟΥΣ ΣΤΑΘΜΟΥΣ ΜΕ ΦΠΑ 13% προϋπολογισμού 48.293,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 3.2 ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ ΦΠΑ 13% προϋπολογισμού 8.080,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 4.1 ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ 13% ΠΑΙΔΙΚΟΙ ΣΤΑΘΜΟΙ ΦΡΕΣΚΑ ΨΑΡΙΑ ΚΑΙ ΜΑΛΑΚΙΑ προϋπολογισμού 26.158,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 4.2 ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ 13% ΠΑΙΔΙΚΟΙ ΣΤΑΘΜΟΙ ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΨΑΡΙΑ προϋπολογισμού 35.288,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 4.3 ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ 13% ΦΠΑ ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΨΑΡΙΑ ΓΩΝΙΑ ΑΓΑΠΗΣ προϋπολογισμού 9.684,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.1 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% προϋπολογισμού 128.743,85€,

**Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.2 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% ΠΑΙΔΙΚΟΙ ΣΤΑΘΜΟΙ ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΛΑΧΑΝΙΚΑ προϋπολογισμού 6.924,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.3 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% ΓΩΝΙΑ ΑΓΑΠΗΣ ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΛΑΧΑΝΙΚΑ προϋπολογισμού 1.731,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.4 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% ΓΩΝΙΑ ΑΓΑΠΗΣ προϋπολογισμού 525,00€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.5 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 24% προϋπολογισμού 59,22€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.6 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΠΟΛΥΪΑΤΡΕΙΟ προϋπολογισμού 423,20€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.7 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% ΓΕΥΜΑ ΑΓΑΠΗΣ προϋπολογισμού 9.558,70€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.8 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 24% προϋπολογισμού 262,50€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 5.9 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΜΕ ΦΠΑ 13% προϋπολογισμού 74,50€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 6.1 ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΣΤΑΘΜΩΝ ΜΕ ΦΠΑ 13% προϋπολογισμού 65.169,90€, ΥΠΟΟΜΑΔΑ 6.2 ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ ΓΕΥΜΑΤΩΝ ΑΓΑΠΗΣ ΜΕ ΦΠΑ 13% προϋπολογισμού 16.312,90€, ΟΜΑΔΑ 7 ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ Α/ΒΑΘΜΙΑ ΣΧΟΛΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ προϋπολογισμού 5.616,00€ και ΟΜΑΔΑ 8 ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ Β/ΒΑΘΜΙΑΣ ΣΧΟΛΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ προϋπολογισμού 4.576,00€. Στον εν λόγω διαγωνισμό και σύμφωνα με τα διατυπωθέντα στην προσβαλλομένη απόφαση, υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα οι προσφορές των κάτωθι εταιρειών: 1. ...., 2. ...., 3. ...., 4. ...., 5. ...., 6. ...., 7. ...., 8. ...., 9. ...., 10. .... και 11. .... Δυνάμει δε της ως άνω προσβαλλομένης απόφασης αναδείχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι οι εξής και για τα ακόλουθα τμήματα: ΟΜΑΔΑ 1: (ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ), ΟΜΑΔΑ 7: (ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ Α'ΒΑΘΜΙΑΣ ΣΧΟΛ. ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ) και ΟΜΑΔΑ 8: (ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ Β'ΒΑΘΜΙΑΣ ΣΧΟΛ. ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ) η εταιρεία με την επωνυμία « .....», ΟΜΑΔΑ 2: (ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ), η εταιρεία «.....», ΟΜΑΔΑ 3: (ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ) η εταιρεία «.....», ΟΜΑΔΑ 4: (ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ), η εταιρεία «.....», ΟΜΑΔΑ 5: (ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ), η εταιρεία « .....», ΟΜΑΔΑ 6: (ΕΙΔΗ

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ), η εταιρεία « .....». Επιπροσθέτως και αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας αποτυπώνονται στην προσβαλλομένη τα εξής: «1. .... (ΟΜΑΔΑ 1, ΟΜΑΔΑ 7, ΟΜΑΔΑ 8). Σύμφωνα με το άρθρο 10.1.1. (Δικαιολογητικά συμμετοχής) της υπ' αριθμ. .... σχετικής διακήρυξης, οι προσφέροντες υποβάλλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά: Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), συμπληρωμένο βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, σε ηλεκτρονική μορφή, ψηφιακά υπογεγραμμένο σε μορφή pdf. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά υποβάλλουν το παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικό, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση (πλην της εγγύησης συμμετοχής). Η ανωτέρω συμμετέχουσα εταιρεία « .....», στα δικαιολογητικά συμμετοχής δεν κατέθεσε ως όφειλε σύμφωνα με τα παραπάνω προαναφερόμενα το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) της εταιρείας ..... καθώς έχει υποβάλλει κοινή προσφορά με την εν λόγω εταιρεία, κάτι το οποίο έρχεται σε αντίθεση με το παραπάνω προαναφερόμενο άρθρο της σχετικής διακήρυξης. Συνεπώς η εταιρεία « .....», αποκλείεται από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.» Κατά δε της ανωτέρω απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα με την από 10.4.2020 προδικαστική της προσφυγή, για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους.

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 και συγκεκριμένα στον υποτομέα Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α' Βαθμού, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, ενόψει και του χρόνου εκκίνησης της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής δημοσίευσης

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης στην ΕΕΕΕ η 16<sup>η</sup>.12.2019), 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 .....), ποσού 1.380,00€, 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 αντιστοιχεί στο αναλογικό ποσό παραβόλου για τα τμήματα για τα οποία ασκείται η προσφυγή (265.335,00+6.032,00+4.576,00 =276.123,00). Δοθέντος δε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 1.4.2020, η προσφεύγουσα εμπροθέσμως ασκεί την παρούσα προσφυγή την 10.4.2020, ήτοι εντός της κατά νόμον δεκαήμερης προθεσμίας.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας απερρίφθη κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών για τις ομάδες 1, 7 και 8, με έννομο συμφέρον, 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 απέρριψε τη προσφορά της. Και τούτο, διότι κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, η απόρριψη της προσφοράς της, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσφορά της συμμορφώνεται πλήρως με τους όρους της οικείας

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

διακήρυξης, αιτείται δε εν προκειμένω την αποδοχή της (προσφοράς της) για τις ως άνω ομάδες καθώς και την απόρριψη των προσφορών των άλλων συνδιαγωνιζομένων της, για τους λόγους που προβάλλει στη προσφυγή της. 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 ασκούν τις Παρεμβάσεις τους, οι συμμετέχουσες ..... και ....., επιδιώκοντας την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, δοθέντος ότι δυνάμει της προσβαλλομένης γίνονται αποδεκτές οι προσφορές τους και αναδεικνύεται η δεύτερη ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία προσωρινή ανάδοχος των τμημάτων 1, 7 και 8 της επίμαχης σύμβασης. Επιπλέον, η προσφυγή κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες από την αναθέτουσα αρχή, στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, την 14.4.2020, η πρώτη παρεμβαίνουσα άσκησε τη Παρέμβαση της την 23.4.2020, η δε δεύτερη παρεμβαίνουσα άσκησε τη Παρέμβαση της την 24.4.2020, επομένως εμπροθέσμως και στη νόμιμη αποκλειστική δεκαήμερη προθεσμία από την κοινοποίηση της προσφυγής. Επέκεινα, η αναθέτουσα αρχή την 21.4.2020 αποστέλλει τις απόψεις της, αναρτώντας το με αρ. πρωτ. .... /16.4.2020 σχετικό έγγραφό της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, την 22.4.2020, προς γνώση και των συμμετεχόντων φορέων, παραθέτοντας ούτως τη κατά τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 συμπληρωματική της αιτιολογία, αιτούμενη συναφώς την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής. Προσέτι, η προσφεύγουσα νομίμως και παραδεκτώς αναρτά το Υπόμνημα της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, επί της ως άνω συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, την 13.5.2020, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4605/2019, ως αυτές τροποποίησαν τις σχετικές διατάξεις του Ν.4412/2016.

5. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρανόμως και κατά παράβαση των όρων της οικείας διακήρυξης απερρίφθη η προσφορά της για τα ανωτέρω τμήματα (1, 7 και 8) για το λόγο ότι η παραγωγός και συνεργαζόμενη με την προσφεύγουσα εταιρεία .....δεν

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

είχε υποβάλλει ΕΕΕΣ, όπερ, εντούτοις, κατά τη προσφεύγουσα, δεν όφειλε να πράξει, καθώς δεν ισχύει τοιαύτη υποχρέωση για τους κατασκευαστές/ παραγωγούς ή/και τους κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/ υλικών/ προϊόντων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στη διαδικασία ανάθεσης, διότι αυτοί δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ώστε να στηρίζονται στις ικανότητες αυτών οι προσφέροντες. Περαιτέρω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ως εταιρία η ίδια που δραστηριοποιείται στον τομέα της εμπορίας τροφίμων, προκειμένου να ανταποκριθεί στις ανάγκες άσκησης της δραστηριότητάς της, προβαίνει ευλόγως στη σύναψη εμπορικών συνεργασιών με τρίτες επιχειρήσεις (παραγωγούς, εισαγωγείς κ.λπ.), από τις οποίες αγοράζει τα προϊόντα που εμπορεύεται και εν προκειμένω, ως προς τις ομάδες 1, 7 και 8 του διαγωνισμού, που αφορούν την προμήθεια γάλακτος, για τις οποίες συμμετέχει στο διαγωνισμό, δήλωσε ως προμηθευτή της, την εταιρία «.....», υποβάλλοντας ταυτόχρονα με την τεχνική της προσφορά τα αναγκαία στοιχεία προς απόδειξη της συμμόρφωσης προς τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης (άδεια λειτουργίας, πιστοποιητικά συστημάτων ποιότητας, χημικές αναλύσεις κ.λπ.). Ενόψει τούτων, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η μόνη προσφέρουσα, η οποία συμμετέχει στο διαγωνισμό, είναι η ίδια, η οποία, ούτε έχει υποβάλει κοινή προσφορά με την εταιρία « .....» αλλά ούτε και στηρίζεται στις ικανότητες της εν λόγω εταιρείας για την εκπλήρωση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, καθώς δεν έχουν τεθεί τέτοια κριτήρια από πλευράς τεχνικής και επαγγελματικής (ή και οικονομικής και χρηματοοικονομικής) ικανότητας, ώστε να μπορεί να τεθεί ζήτημα στήριξης στις ικανότητες τρίτων ως προς αυτά. Συνεπώς, εσφαλμένα υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα έχει υποβάλει κοινή προσφορά με την εταιρία « .....», ενώ, κατά μείζονα λόγο, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι στηρίζεται στις ικανότητες της τελευταίας, από πλευράς κριτηρίων επιλογής, για την εκτέλεση του αντικειμένου της επίμαχης σύμβασης, σε περίπτωση που η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα



## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ανακηρυχθεί ανάδοχος των συγκεκριμένων ομάδων του διαγωνισμού. Επιπροσθέτως, κατά το δεύτερο σκέλος της προσφυγής της η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους κατά της προσφοράς της συμμετεχόντων ατομικής επιχείρησης ..... και εταιρείας ..... και υποστηρίζει συναφώς ότι εσφαλμένως και παρανόμως, κατά παράβαση του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των ανωτέρω.

6. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη, ορίζεται: «Δικαιούμενοι συμμετοχής Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων που είναι εγκατεστημένα σε: α) σε κράτος - μέλος της Ένωσης, β) σε κράτος - μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (ΣΔΣ), στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην άνω περίπτωση γ' και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και των προσωρινών συμπράξεων, δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Καταλληλόλητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική ή επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] ΑΡΘΡΟ 10: ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά, τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή τους σε διαγωνιστική διαδικασία και μέχρι τη σύναψη της σύμβασης μέσω του Συστήματος με τρόπο και σε χρόνο που ορίζεται κατά περίπτωση στις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και της παρούσης. • Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά τους σε

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ηλεκτρονικό φάκελο μέσα στη προθεσμία που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Τα περιεχόμενα του ανωτέρω φακέλου ορίζονται ως εξής: (α) ένας (υπο)φάκελος\* με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα.

\* (υπο)φάκελος: κατηγορία επισυναπτόμενων αρχείων στο σύστημα 10.1 Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά» Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά, καθώς και η τεχνική προσφορά. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου Portable Document Format (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. Εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή (στο Πρωτόκολλο της υπηρεσίας που διενεργεί το διαγωνισμό), σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. [...] Συγκεκριμένα, στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο περιλαμβάνονται: 10.1.1 Δικαιολογητικά συμμετοχής Οι προσφέροντες υποβάλλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά: Α. Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), συμπληρωμένο βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, σε ηλεκτρονική μορφή, ψηφιακά

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

υπογεγραμμένο σε μορφή pdf. Προς διευκόλυνση των οικονομικών φορέων, υπόδειγμα αυτού, επισυνάπτεται στη παρούσα διακήρυξη και επικουρικά ο Δήμος έχει αναρτήσει στο χώρο του διαγωνισμού της δημόσιας σύμβασης στο ΕΣΗΔΗΣ το αρχείο XML για την διευκόλυνση των οικονομικών φορέων προκειμένου να συντάξουν μέσω της υπηρεσίας eΕΕΕΣ της ΕΕ τη σχετική απάντηση τους και να παράξουν την απάντηση τους σε μορφή αρχείου PDF, το οποίο και αποθηκεύουν, αρχικά, τοπικά στον ηλεκτρονικό υπολογιστή τους. Το αρχείο PDF παράγεται έμμεσα από την υπηρεσία eΕΕΕΣ επιλέγοντας το κουμπί «Εκτύπωση». Η εκτύπωση θα πρέπει να ανακατευθυνθεί σε εικονικό εκτυπωτή PDF (virtual PDF printer), ήτοι λογισμικό, εγκατεστημένο στον ηλεκτρονικό υπολογιστή του χρήστη, το οποίο αποθηκεύει το περιεχόμενο της εκτύπωσης σε ηλεκτρονικό αρχείο PDF αντί να το δρομολογεί σε φυσικό εκτυπωτή. Ενδεικτικά η λειτουργία αυτή μπορεί να πραγματοποιηθεί εγγενώς από φυλλομετρητή διαδικτύου, όπως π.χ. Google Chrome, ή από εξειδικευμένο λογισμικό, όπως π.χ. CutePDF. Σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως της ύπαρξης επικουρικού αρχείου xml στον χώρο του διαγωνισμού, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να προσφεύγουν απ' ευθείας στην ηλεκτρονική υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (<https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd>) να δημιουργούν το ΕΕΕΣ, να συμπληρώνουν με ευθύνη τους όλα τα δεδομένα που αφορούν τον εκάστοτε διαγωνισμό και αναφέρονται στην διακήρυξη, να συμπληρώνουν τις σχετικές απαντήσεις και να το εκτυπώνουν σε μορφή pdf προκειμένου να το υπογράψουν ψηφιακά και να το υποβάλλουν στο σχετικό διαγωνισμό. Οδηγίες για τη συμπλήρωσή του μπορείτε να βρείτε στην κατευθυντήρια οδηγία 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με αρ. πρωτ. ....../13-02-2018 (ΑΔΑ: .....) καθώς και στις οδηγίες του παρατήματος I του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016. Οι πληροφορίες που ορίζονται στα μέρη II και III δεν πρέπει να παρέχονται για υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας. Οι απαιτούμενες πληροφορίες σχετικά με τα κριτήρια επιλογής του μέρους IV περιορίζονται αποκλειστικά στο «α. Γενική ένδειξη για όλα τα

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

κριτήρια επιλογής» και δεν χρήζει συμπλήρωσης το υπόλοιπο μέρος. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Οι προσφέροντες μπορούν να χρησιμοποιήσουν εκ νέου Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο έχει ήδη χρησιμοποιηθεί σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον επιβεβαιώνουν ότι οι πληροφορίες του εγγράφου εξακολουθούν να είναι αληθείς. Το Ε.Ε.Ε.Σ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Β. Εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 20 της παρούσας διακήρυξης (απαιτείται και η έντυπη προσκόμιση αυτής). Διευκρινήσεις. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά υποβάλλουν τα παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση πλην της εγγύησης συμμετοχής. Σε περίπτωση αλλοδαπών νομικών προσώπων, τα ανωτέρω δικαιολογητικά και στοιχεία έχουν τη μορφή και τον τύπο που προβλέπεται από τη νομοθεσία από την οποία διέπονται. Κανένας δεν μπορεί να εκπροσωπεί στο διαγωνισμό, περισσότερες από μία (1) εταιρείες ή ενώσεις προμηθευτών, ούτε να συμμετέχει χωριστά για τον εαυτό του και να εκπροσωπεί άλλο φυσικό πρόσωπο, εταιρία, συνεταιρισμό ή και ένωση προμηθευτών. Στην περίπτωση αυτή αποκλείονται όλες οι προσφορές, εκτός εάν αποσύρει ο ενδιαφερόμενος όλες τις προσφορές εκτός από μία, με την οποία θα συμμετάσχει στο

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

διαγωνισμό. Οι δηλώσεις χρειάζεται οπωσδήποτε να περιέχουν τα στοιχεία που ορίζει η νομοθεσία. ΥΠΟΣΗΜΕΙΩΣΗ: [...] 10.1.2 Τεχνική Προσφορά Στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται ηλεκτρονικά τα κάτωθι: Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου Portable DocumentFormat (PDF). Στην συνέχεια, ο οικονομικός φορέας παράγει από το Σύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία (εκτυπώσεις της Τεχνικής Προσφοράς Προμηθευτή σε μορφή αρχείου Portable Document Format (PDF)), τα οποία υπογράφονται με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς από τον οικονομικό φορέα. Κατά την συστημική υποβολή της προσφοράς το Σύστημα πραγματοποιεί αυτοματοποιημένους ελέγχους επιβεβαίωσης της ηλεκτρονικής προσφοράς σε σχέση με τα παραχθέντα ηλεκτρονικά αρχεία (Τεχνική Προσφορά) και εφόσον οι έλεγχοι αυτοί αποβούν επιτυχείς η προσφορά υποβάλλεται στο Σύστημα. Διαφορετικά, η προσφορά δεν υποβάλλεται και το Σύστημα ενημερώνει τον οικονομικό φορέα με σχετικό μήνυμα σφάλματος στη διεπαφή του χρήστη του οικονομικού φορέα, προκειμένου ο τελευταίος να προβεί στις σχετικές ενέργειες διόρθωσης. Από το Σύστημα εκδίδεται ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής προσφοράς, η οποία αποστέλλεται στον οικονομικό φορέα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Εφόσον οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του Συστήματος, ο οικονομικός φορέας επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία σύμφωνα με τους όρους της εκάστοτε διακήρυξης. Επειδή οι απαιτήσεις της διακήρυξης για την τεχνική προσφορά δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει στην τεχνική του προσφορά ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ηλεκτρονικά αρχεία. Πιο συγκεκριμένα, πέρα από την υποβολή του αρχείου της τεχνικής προσφοράς της ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας του συστήματος που παράγει το σύστημα, πρέπει απαραίτητα να υποβληθεί επί ποινή αποκλεισμού και τεχνική προσφορά σύμφωνα με τα παρακάτω: Η τεχνική προσφορά θα συνίσταται σε μια ψηφιακά υπογεγραμμένη υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του διαγωνιζόμενου όπου θα αναφέρει ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτές περιγράφονται στην υπ' αριθμ. ....../2019 Μελέτη του τμήματος Περιβαλλοντικού Σχεδιασμού της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος και Ποιότητας Ζωής και θα δηλώνει την ομάδα ή τις ομάδες για την οποία ή τις οποίες συμμετέχει. Επιπλέον για την ομάδα 1,7 και 8 «Γάλα για τους εργαζόμενους του Δήμου» και των νομικών του προσώπων «Σχολική Επιτροπή Α'βάθμιας Εκπαίδευσης και Β'βάθμια Εκπαίδευσης Σχολική Επιτροπή» μόνο για το γάλα οι συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν επί ποινή αποκλεισμού: 1) χημικές αναλύσεις του γάλακτος από ανάλογο διαπιστευμένο εργαστήριο, 2) ISO 9001:2015 και ISO 22000:2005 ή ισοδύναμο, τα οποία θα καλύπτουν όλο το φάσμα της διακίνησης του γάλακτος, ήτοι: παραγωγή, αποθήκευση, διακίνηση και εμπορία σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 93/43/ΕΟΚ και της ΚΥΑ 487/ΦΕΚ 1219 Β'4.10.2000 και με το άρθρο 82 του Ν. 4412/2016 3) ISO 14001:2015 (Σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης)».

7. Επειδή, από τους προδιαληφθέντες στην προηγούμενη σκέψη όρους της οικείας διακήρυξης προκύπτει εναργώς ότι στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία δύνανται να συμμετάσχουν οικονομικοί φορείς (νομικά ή φυσικά πρόσωπα) που ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική ή επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προκειμένου δε για την προσήκουσα υποβολή της προσφοράς τους και δη του υποφακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς επί ποινή αποκλεισμού υποβάλλουν άρτια συμπληρωμένο το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), την Εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό, την τεχνική τους προσφορά που συνίσταται σε μια ψηφιακά υπογεγραμμένη υπεύθυνη δήλωση του νομίμου

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

εκπροσώπου του διαγωνιζόμενου όπου θα αναφέρει ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτές περιγράφονται στην υπ' αριθμ. ....../2019 Μελέτη του τμήματος Περιβαλλοντικού Σχεδιασμού της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος και Ποιότητας Ζωής και θα δηλώνει την ομάδα ή τις ομάδες για την οποία ή τις οποίες συμμετέχει, ειδικά δε για την ομάδα 1,7 και 8 μόνο για το γάλα οι συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν επί ποινή αποκλεισμού: 1) χημικές αναλύσεις του γάλακτος από ανάλογο διαπιστευμένο εργαστήριο, 2) ISO 9001:2015 και ISO 22000:2005 ή ισοδύναμο, τα οποία θα καλύπτουν όλο το φάσμα της διακίνησης του γάλακτος, ήτοι: παραγωγή, αποθήκευση, διακίνηση και εμπορία σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 93/43/ΕΟΚ και της ΚΥΑ 487/ΦΕΚ 1219 Β'4.10.2000 και με το άρθρο 82 του Ν. 4412/2016 και 3) ISO 14001:2015 (Σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης. Περαιτέρω, από την επισκόπηση της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας (με αρ. .......) στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ εμφανίζεται ότι έχει υποβάλλει, μεταξύ άλλων απαιτούμενων δικαιολογητικών, το ΕΕΕΣ της σε ηλεκτρονικό αρχείο .pdf και .xml, την με ημερομηνία έκδοσης 16.1.2020 εγγυητική επιστολή συμμετοχής, την τεχνική της προσφορά, την από 16.1.2020 Υπεύθυνη Δήλωση σχετικά με την ανεπιφύλακτη αποδοχή των τεχνικών προδιαγραφών και των όρων της διακήρυξης καθώς και τα πιστοποιητικά κατά πρότυπο ISO τόσο για την ίδια όσο και για την προμηθεύτρια εταιρεία ....., συμμορφούμενη ούτως στις κανονιστικού περιεχομένου απαιτήσεις της υπόψη διακήρυξης. Από την επισκόπηση ειδικότερα του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετέχει η ίδια αυτοτελώς ως (μόνη) προσφέρουσα στην επίμαχη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι υπό τη μορφή ένωσης με έτερο οικονομικό φορέα, δικαιούμενη άλλωστε και δυνάμενη προς τούτο, ως προκύπτει και από το καταστατικό της εταιρείας (υποβληθέν ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο ..... & 7 ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΕΙΣ), όπου στο άρθρο 4 (του καταστατικού της) με τίτλο ΣΚΟΠΟΣ ορίζεται ως σκοπός της εταιρείας, μεταξύ άλλων, η εμπορία χονδρικώς και λιανικώς, γάλακτος, παστεριωμένου γάλακτος, όλων των ειδών γάλακτος και κρέμας, όλων των ειδών

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

γαλακτοκομικών και περαιτέρω ορίζεται στο καταστατικό ότι για την επίτευξη του σκοπού της η εταιρεία μπορεί να συνεργάζεται με οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο με οποιονδήποτε τρόπο, να συμμετέχει σε διαγωνισμούς προμήθειας ειδών προς το Δημόσιο, Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου κ.ο.κ. Εξάλλου, το ότι η προσφεύγουσα αποτελεί τη μόνη εν προκειμένω προσφέρουσα προκύπτει και από τα λοιπά στοιχεία της προσφοράς της, ενδεικτικώς αναφερθέντα η τεχνική προσφορά της και τα απαιτούμενα πιστοποιητικά κατά το πρότυπο ISO και ειδικότερα το υποβληθέν πιστοποιητικό ISO 22000:2005 της ..... με ημερομηνία ισχύος μέχρι την 29.6.2021 και πεδίο εφαρμογής «- Διάθεση και Διακίνηση Τροφίμων, Ειδών Παντοπωλείου, Γαλακτοκομικών, Προϊόντων Αλλαντοποιίας και Τυροκομίας, Ξηρών -υπό Ψύξη –υπό Κατάψυξη Τροφίμων, Ειδών Αρτοποιείου, Οπωροκηπευτικών και Ποτών –Εμπορία και Διακίνηση Κρέατος, Προϊόντων με βάση το Κρέας [...]», το υποβληθέν πιστοποιητικό ISO 9001:2015 της εταιρείας πιστοποίησης Q-CERT με ημερομηνία λήξης ισχύος την 8.9.2022 και πεδίο εφαρμογής την «Εμπορία και Διακίνηση Τροφίμων, Καλλυντικών, Απορρυπαντικών, Καθαριστικών, Χαρτικών [...]» και το υποβληθέν πιστοποιητικό ISO 14001:2015 ομοίως της εταιρείας πιστοποίησης Q-CERT με ημερομηνία λήξης ισχύος την 30.10.2022 και πεδίο εφαρμογής ως το ανωτέρω. Επιπροσθέτως η προσφεύγουσα έχει υποβάλλει με τη προσφορά της και τα αντίστοιχα πιστοποιητικά κατά ISO της εταιρείας ..... με την οποία συνεργάζεται, χωρίς ωστόσο τούτο, αφενός, να σημαίνει την ύπαρξη και αξιοποίηση του δανεισμού ικανότητας τρίτου, αφού, ενόψει των ανωτέρω και ως προελέχθη, η προσφεύγουσα έχει τη δυνατότητα και ικανότητα εκ του σκοπού και μέσων της καθώς και των ικανοποιηθέντων από αυτήν κριτηρίων συμμετοχής και επιλογής της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, να συμμετάσχει αυτοτελώς, ως προσφέρουσα η ίδια και μόνο, ούτε, αφετέρου προκύπτει από το σύνολο των στοιχείων της προσφοράς η συμμετοχή της υπό τη μορφή ένωσης, για την ταυτότητα δε του νομικού λόγου ούτε υποχρεούται να συμμετάσχει υπό τη μορφή ένωσης. Βασίμως κατά συνέπεια υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως εν



### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

προκειμένω υπολαμβάνει ότι υποβάλλει κοινή προσφορά με την εταιρεία ....., υπό τη μορφή ένωσης και κατ' ακολουθίαν εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της δυνάμει της προσβαλλομένης κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς, για τον λόγο ότι όφειλε και η προμηθεύτρια εταιρεία ..... να υποβάλλει ΕΕΕΣ. Και τούτο επιπροσθέτως διότι, ως διευκρινίζεται και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 23/2018 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», στην οποία σημειωτέον παραπέμπει ρητώς και η ίδια η διακήρυξη (βλ. σκ. 6): «Οι κατασκευαστές/παραγωγοί ή/και οι κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/ υλικών/προϊόντων των οικονομικών φορέων/ συμμετεχόντων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται και, συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ εκ μέρους τους ...». Τούτων δοθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής αναφορικά με την εσφαλμένη απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτός, πρωτίστως διότι πάσχει η αιτιολογία που παρατίθεται στην προσβαλλομένη απόφαση, ότι δηλαδή ελλείπει η υποβολή ξεχωριστού ΕΕΕΣ της (συνεργαζόμενης) εταιρείας ....., καθώς ερείδεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση και αφετηρία ότι η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα υποβάλλει εν προκειμένω προσφορά υπό τη (νομική) μορφή ένωσης με την ως άνω εταιρεία. Επέκεινα, με τη συμπληρωματική της αιτιολογία (βλ. σκ. 4) η αναθέτουσα αρχή προβάλλει νέα βάση αιτιολογίας απόρριψης της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας, επικαλούμενη τους όρους της παραγράφου 10.1.2 της διακήρυξης και υποστηρίζοντας συναφώς ότι η εταιρεία ..... υπέβαλε ISO με πεδίο εφαρμογής τη διακίνηση και εμπορία από την εταιρεία πιστοποίησης Q-CERT με την επωνυμία της, ISO με πεδίο εφαρμογής την παραγωγή με την επωνυμία της εταιρείας ....., δεν υπέβαλε ωστόσο καθόλου ISO με πεδίο εφαρμογής την αποθήκευση, ως απαιτείται από τη διακήρυξη και

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

συνεπώς υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή ότι με βάση τα παραπάνω, στηρίχτηκε η προσφεύγουσα σε ικανότητα τρίτου στην παραγωγή και έπρεπε και για αυτό τον λόγο να έχει καταθέσει ΕΕΕΣ της εταιρείας ..... Εν προκειμένω και ανεξάρτητα από το ζήτημα του εάν τα υποβληθέντα από την προσφεύγουσα πιστοποιητικά κατά το πρότυπο ISO καλύπτουν όλο το φάσμα της διακίνησης του γάλακτος, ήτοι την παραγωγή, αποθήκευση, διακίνηση και εμπορία, ως απαιτείται από την υπόψη διακήρυξη, όπερ ισχύει και για το οποίο ζήτημα ορθώς, εξάλλου, υποστηρίζει η προσφεύγουσα διά του Υπομνήματος της ότι από το πιστοποιηθέν πεδίο εφαρμογής των υποβληθέντων από αυτή σχετικών πιστοποιητικών συνάγεται ότι στην έννοια της διακίνησης του γάλακτος, που καλύπτεται από το πεδίο εφαρμογής των υποβληθέντων πιστοποιητικών, περιλαμβάνεται και η αποθήκευση και τούτο διότι, ως προκύπτει από τη γραμματική ερμηνεία των σχετικών όρων της υπόψη διακήρυξης, η παραγωγή, αποθήκευση και εμπορία αποτελούν υποσύνολα –έννοιες δηλαδή ειδικότερες- ανήκοντα στην ευρύτερη έννοια (ως σύνολο) της διακίνησης, εσφαλμένως, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η εταιρεία ..... έπρεπε να υποβάλλει ξεχωριστό ΕΕΕΣ, διότι ως εμφανίζεται από το πεδίο εφαρμογής των υποβληθέντων πιστοποιητικών κατά το πρότυπο ISO της ανωτέρω εταιρείας, καλύπτεται η παραγωγή. Αντιθέτως εν προκειμένω, η πιστοποίηση κατά ISO του πεδίου «παραγωγής» συνάδει και κατά το μάλλον ταυτίζεται με την ιδιότητα της εταιρείας ..... ως παραγωγού και επιρρωνύει μάλιστα την βάση αιτιολογίας, που συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, ότι δηλαδή ως παραγωγός και προμηθευτής δεν λογίζεται τρίτος με την συνακόλουθη υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ. Διότι ακόμη και υπό την εκδοχή ότι τα υποβληθέντα πιστοποιητικά από την προσφεύγουσα δεν πληρούν την απαίτηση πιστοποίησης στο ζητούμενο ειδικότερο πεδίο της αποθήκευσης όπερ ωστόσο δεν προκύπτει εναργώς από τη συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η εταιρεία ..... ως παραγωγός και προμηθευτής αποτελεί τρίτο στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται η προσφεύγουσα και επομένως υποχρεούται σε υποβολή

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ξεχωριστού ΕΕΕΣ, η αιτιολογία συνεπώς της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι κατά τούτο αβάσιμη, διότι ερείδεται, κατά τα προαναφερθέντα, σε εσφαλμένες παραδοχές.

8. Επειδή, ενόψει των ως άνω κριθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και συνεπώς η προσβαλλομένη απόφαση να ακυρωθεί κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς της προς ανάθεση σύμβασης.

9. Επειδή, με το δεύτερο σκέλος της προσφυγής της και τον πρώτο λόγο κατά της αποδοχής –δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης- της προσφοράς της συμμετέχουσας ατομικής επιχείρησης της ..... , ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η ανωτέρω επιχείρηση « .....», καθώς και η εταιρία « .....», στις ικανότητες της οποίας στηρίχθηκε για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, δηλώνουν ρητώς με τα υποβληθέντα Ε.Ε.Ε.Σ. τους, ότι αδυνατούν να αποδείξουν την από μέρους τους αποπληρωμή του συνόλου των οφειλόμενων εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και να παράσχουν στην αναθέτουσα αρχή δυνατότητα πρόσβασης σε τυχόν υφιστάμενη εθνική βάση δεδομένων, στην οποία τηρούνται τέτοια στοιχεία και επομένως, εφόσον η επιχείρηση « .....» έχει δηλώσει αδυναμία προσκόμισης αποδεικτικών μέσων ως προς την ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα της ίδιας, καθώς και της εταιρίας στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται, δεν αποδεικνύεται, ήδη από το στάδιο υποβολής της προσφοράς της, η απουσία συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή έσφαλε κατά την αποδοχή της προσφοράς της συγκεκριμένης επιχείρησης για το τμήμα 1 του διαγωνισμού, κατατάσσοντας αυτήν στη δεύτερη θέση της σειράς μειοδοσίας.

10. Επειδή, από την επισκόπηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (με αρ. 163733) στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

στο ΕΣΗΔΗΣ και ειδικότερα του υποβληθέντος από αυτήν ΕΕΕΣ εμφανίζεται σε αυτό πράγματι, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και συνομολογεί άλλωστε και η παρεμβαίνουσα, ότι στο πεδίο II και στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;» ότι η παρεμβαίνουσα απαντά αρνητικά. Και ορθώς ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι εάν στην ερώτηση που προηγείται της ως άνω αναφερθείσας στο σχετικό πεδίο (II) του ΕΕΕΣ «ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής» και εν συνεχεία «Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής];» απαντήσει καταφατικά, δηλαδή «Ναι», τότε η υπο-ερώτηση αλλάζει αυτόματα από το σύστημα, ζητώντας να αναφερθούν οι συγκεκριμένοι κατάλογοι ή/ και πιστοποιητικά και συνακολούθως δεν εμφανίζεται η προηγούμενη ερώτηση στην οποία η παρεμβαίνουσα απάντησε αρνητικά. Τούτο ωστόσο δεν αναιρεί το ζήτημα και τη βαρύτητα της αρνητικής απάντησης στην (εντέλει) εμφανισθείσα ερώτηση, η οποία σχετίζεται με την επιβεβαίωση ή μη της δυνατότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν και συνεπώς η παρεμβαίνουσα έχει απαντήσει εσφαλμένως αρνητικά, στην περίπτωση που είναι ικανή να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων. Αντιθέτως, βασίμως ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι, δοθέντος ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση και επιτελεί σκοπό προκαταρκτικής απόδειξης, πρέπει να είναι άρτια και προσηκόντως συμπληρωμένο, εν

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

προκειμένω ωστόσο τόσο η επιχείρηση «.....», όσο και η εταιρία «.....», στις ικανότητες της οποίας στηρίχθηκε για τη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό, δηλώνουν ρητώς με τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ τους, ότι αδυνατούν να αποδείξουν την από μέρους τους αποπληρωμή του συνόλου των οφειλόμενων εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, διά της προσκόμισης σχετικής βεβαίωσης ή διά της παροχής στην αναθέτουσα αρχή δυνατότητα πρόσβασης σε τυχόν υφιστάμενη εθνική βάση δεδομένων, στην οποία τηρούνται τέτοια στοιχεία. Περαιτέρω, αλυσιτελώς και αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της ότι αφ'ής στιγμής η συμμετέχουσα και ήδη παρεμβαίνουσα έχει απαντήσει ορθώς (αρνητικά) στο Μέρος ΙΙΙ του ΕΕΕΣ με τίτλο Λόγοι αποκλεισμού σχετικά με την ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα ότι δηλαδή δεν έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, παρίσταται αβάσιμος ο ανωτέρω λόγος προσφυγής, αφού η συμμετέχουσα δεν αδυνατεί εντέλει να αποδείξει την από μέρους της αποπληρωμή του συνόλου των οφειλόμενων εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων. Και είναι ο ισχυρισμός τούτος της αναθέτουσας αρχής αβάσιμος, διότι ερείδεται σε εσφαλμένη αφετηρία, ότι δηλαδή η δήλωση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στο πεδίο ΙΙΙΙ του ΕΕΕΣ πως δεν έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σημαίνει ταυτοχρόνως ότι δύναται να προσκομίσει και την σχετική βεβαίωση περί των ανωτέρω, όπερ εντούτοις αποτελεί διαφορετικό ζήτημα και υποχρέωση του οικονομικού φορέα. Κατ' ακολουθίαν των ως άνω, η σχετική επιβεβαίωση του πρώτου ήτοι η δήλωση από τον οικονομικό φορέα δεν συνεπάγεται αυτομάτως και την επιβεβαίωση του δεύτερου ήτοι την δυνατότητα προσκόμισης βεβαίωσης ή παροχής στην αναθέτουσα αρχή δυνατότητας πρόσβασης σε τυχόν υφιστάμενη εθνική βάση δεδομένων προς τούτο. Ομοίως αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι ο προσωρινός ανάδοχος θα καταθέσει τα παραπάνω δικαιολογητικά, στην φάση της κατακύρωσης, όταν του ζητηθούν και τότε θα αποφανθεί η αναθέτουσα αρχή αν έχουν κατατεθεί τα σωστά δικαιολογητικά και τούτο διότι,

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

στο πλαίσιο ύπαρξης και τήρησης των ξεχωριστών σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως προελέχθη, αφενός το ΕΕΕΣ αποτελεί επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και προς τούτο πρέπει να είναι άρτια και προσηκόντως συμπληρωμένο από αυτόν, αφετέρου υποβάλλεται επί σκοπώ προκαταρκτικής απόδειξης των δηλωθέντων σε αυτό, όπερ διαφοροποιείται εντέλει από την απόδειξη και επιβεβαίωση των προϋποθέσεων που πρέπει να πληρούνται στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου και κατά το στάδιο ελέγχου από την αναθέτουσα αρχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επιπροσθέτως δε, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 104 του Ν. 4412/2016 «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105», ήτοι οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου αλλά και κατά τον χρόνο της σύναψης της σύμβασης. Προσέτι, αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι εδύνατο η αναθέτουσα αρχή να αιτηθεί διευκρινήσεις, αφού στο πλαίσιο τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αρχής της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, τούτο θα ήταν αντίθετο στις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, που έχουν εφαρμογή, άλλωστε, μόνο στις περιπτώσεις επουσιωδών πλημμελειών και προδήλων εκ παραδρομής σφαλμάτων και ουχί στις περιπτώσεις που οδηγούν, ως εν προκειμένω, σε αντικατάσταση εγγράφου και εντέλει σε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011).

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο κατά της αποδοχής –δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης- της προσφοράς της συμμετέχουσας ατομικής επιχείρησης της ....., υποστηρίζει ειδικότερα η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της ανωτέρω είναι σε μη συμμόρφωση με τις τεθείσες

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

κανονιστικού περιεχομένου τεχνικές προδιαγραφές του προσφερόμενου γάλακτος, σύμφωνα με τις οποίες το προσφερόμενο γάλα πλήρες, πρέπει να έχει λιπαρά 3,5% και το ημι-αποβουτυρωμένο, λιπαρά 1,5%. Όσον αφορά, εντούτοις, την απόδειξη πλήρωσης της ανωτέρω τεχνικής προδιαγραφής, η επιχείρηση « .....» συμπεριέλαβε στο φάκελο της τεχνικής της προσφοράς έντυπα τεχνικών προδιαγραφών των προσφερόμενων ειδών, ήτοι γάλακτος πλήρους (την υπ' αριθ. ..../11.11.2019 έκθεση χημικής εξέτασης/ανάλυσης διαπιστευμένου εργαστηρίου ( ..... χημικά και μικροβιολογικά εργαστήρια), από όπου προκύπτει ότι το προσφερόμενο εκ μέρους της πλήρες γάλα, διαθέτει 3,6% λιπαρά, ήτοι ποσοστό που βρίσκεται εκτός των τιμών (ορίων) που έχουν ορισθεί κατά τα ανωτέρω με τη διακήρυξη και συνεπώς η προσφορά της είναι απορριπτή.

12. Επειδή, στην με αρ. ..../2019 Μελέτη η οποία αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης ορίζεται σχετικώς με τον ως άνω λόγο προσφυγής: «2.02 ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΔΗΜΟΥ CPV: ..... Η κατακύρωση της προμήθειας θα γίνει με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερης τιμής). [...] Το γάλα θα είναι φρέσκο παστεριωμένο σύμφωνα με τους αγορανομικούς και υγειονομικούς όρους που αφορούν την ποιότητα και την συσκευασία, με καπάκι για ευκολία στη χρήση, σε συσκευασία εμφιάλωσης (0,5) ή (1) λίτρου είτε από υλικό πλαστικοποιημένο χαρτί ή από συσκευασία PET κατάλληλο για τρόφιμα σύμφωνα με τον Κώδικα Τροφίμων και Ποτών, οποιασδήποτε αναγνωρισμένης μάρκας που διατίθεται στο λιανικό εμπόριο. Το προϊόν θα είναι από φρέσκο αγελαδινό γάλα, το οποίο πρέπει να είναι παστεριωμένο, ομογενοποιημένο σύμφωνα με τις διατάξεις της Υποπαραγράφου ΣΤ.8 του Ν. 4254/ΦΕΚ 85/7-4-2014 ως «παστεριωμένο γάλα» και την υπ αριθμ. ..../08-06-2019 ΚΥΑ περί “Παροχή Μέσων Ατομικής Προστασίας σε υπαλλήλους των ΟΤΑ α΄ και β΄ βαθμού και τα νομικά πρόσωπα αυτών και μέτρα Προληπτικής Ιατρικής”. Το γάλα θα είναι 3.5% λιπαρά ή ημι-αποβουτυρωμένο (λιπαρά 1,5%). Θα πρέπει επίσης να διατηρεί τα φυσικά θρεπτικά συστατικά του (ασβέστιο, πρωτεΐνες, φώσφορο, βιταμίνες

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

κτλ) τα οποία θα αναγράφονται στην τυπωμένη ετικέτα του προϊόντος. Η συσκευασία θα είναι ειδικού υλικού που θα πληροί τους όρους της προβλεπόμενης εθνικής νομοθεσίας, σύμφωνα με το άρθρο 80 του Κώδικα (ΦΕΚ 788B/87). [...] Τέλος στη συσκευασία πρέπει να αναγράφεται σε σαφή μορφή και εμφανές σημείο στο ίδιο οπτικό πεδίο με το σήμα του προϊόντος η διάρκεια ζωής του γάλακτος σε ημέρες. Η ημερομηνία παραγωγής του φρέσκου γάλακτος θα είναι η ίδια ή η προηγούμενη ημέρα, θα πρέπει να είναι σύμφωνα με τον Κώδικα Τροφίμων & Ποτών και να πληροί τις ισχύουσες αγορανομικές & υγειονομικές διατάξεις. Το προϊόν θα προέρχεται από νομίμως σε λειτουργία εργοστάσια, τα οποία θα έχουν εγκεκριμένη εγκατάσταση. Θα διακινείται σε συνθήκες ψύξης με ευθύνη του αναδόχου, στους χώρους που θα υποδειχθούν από την υπηρεσία. Η τεχνική προσφορά θα συνοδεύεται επί ποινή αποκλεισμού από: 1) χημικές αναλύσεις του γάλακτος από ανάλογο διαπιστευμένο εργαστήριο, 2) ISO 9001:2015 και ISO 22000:2005 ή ισοδύναμο, τα οποία θα καλύπτουν όλο το φάσμα της διακίνησης του γάλακτος, ήτοι: παραγωγή, αποθήκευση, διακίνηση και εμπορία σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 93/43/ΕΟΚ και την ΚΥΑ 487/ΦΕΚ 1219 Β'4.10.2000 σε συνδυασμό με το άρθρο 82 του Ν. 4412/2016 3)ISO 14001:2015 (Σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης). Σε όλα τα ανωτέρω απαιτούμενα ISO θα γίνεται σαφής αναφορά στο πεδίο εφαρμογής για το γάλα (ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ), σε διαφορετική περίπτωση δεν θα λαμβάνονται υπόψη και θα απορρίπτονται. Επιπλέον θα προσκομιστεί υπεύθυνη δήλωση ότι τα ζώα δεν έχουν τραφεί με γεννητικά τροποποιημένες τροφές.» Από τη γραμματική ερμηνεία των ανωτέρω όρων και τεθισών τεχνικών προδιαγραφών προκύπτει εναργώς ότι το προσφερόμενο εν προκειμένω προϊόν γάλακτος θα πρέπει να είναι από 3.5% λιπαρά ή στην περίπτωση που είναι ημι-αποβουτυρωμένο από 1,5% λιπαρά, ως ορθώς υπολαμβάνει η προσφεύγουσα και συνεπώς εάν η προσφορά συμμετέχοντος οικονομικού φορέα δεν συμμορφώνεται με τους εν λόγω κανονιστικού περιεχομένου όρους καταρχήν είναι απορριπτέα, ως μη συμμορφωθείσα με τους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Επέκεινα, αβασίμως



### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 4) ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας εν προκειμένω υπερκαλύπτει την ορισθείσα τεχνική προδιαγραφή, διότι το προσφερόμενο από αυτή γάλα των 3,6% λιπαρών είναι ποιοτικώς ανώτερο από αυτό που ζητείται και τούτο διότι, ακόμη και αληθής υποτεθείς ο ισχυρισμός αυτός, ήτοι υπό την εκδοχή της προσφοράς ποιοτικώς ανώτερου προϊόντος από το ζητούμενο, η προσφορά είναι σε αντίθεση και μη συμμόρφωση με τα επιτασσόμενα από την υπόψη διακήρυξη και συνεπώς ενόψει τήρησης της αρχής της τυπικότητας, της αρχής της διαφάνειας αλλά και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, είναι απορριπτέα. Επειδή, ωστόσο, βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι και η προσφεύγουσα προσφέρει πλήρες γάλα το οποίο, σύμφωνα με τις χημικές αναλύσεις τις οποίες έχει υποβάλει, έχει 3,51% λιπαρά και το ελαφρύ 1,52% αντιστοίχως, μη συμμορφούμενη ούτως απολύτως με τις ορισθείσες τεχνικές προδιαγραφές, θα πρέπει ο λόγος αυτός προσφυγής να απορριφθεί επί τη βάσει τήρησης του ίσου μέτρου κρίσης. Εν όψει δε της αρχής του ίσου μέτρου κρίσεως, η αιτίαση της προσφεύγουσας ότι δηλαδή η έλλειψη της έτερης συμμετέχουσας είναι ουσιώδης και πρέπει η προσφορά της να απορριφθεί για τον λόγο αυτό είναι απορριπτέα ως προβαλλόμενη χωρίς έννομο συμφέρον (ΕΑ ΣτΕ 79/2015 σκ. 12)

13. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω κριθέντων (σκ. 9-12), ο πρώτος λόγος προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ..... γίνεται δεκτός και συνεπώς η προσβαλλομένη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της ανωτέρω, αντιστοίχως δε η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, με το δεύτερο σκέλος της προσφυγής της και τον πρώτο λόγο κατά της αποδοχής –δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης- της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ....., ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η ανωτέρω εταιρεία υπέπεσε σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όχι απλώς επειδή είχε συνάψει συμφωνίες με άλλον οικονομικό φορέα, με στόχο τη στρέβλωση του

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ανταγωνισμού, αλλά και για τον ειδικότερο λόγο ότι οι συμφωνίες αυτές αφορούσαν πρωτίστως τη συμμετοχή της σε δημόσιους διαγωνισμούς, και επομένως τελούσαν σε αντίθεση όχι μόνον με τις γενικές διατάξεις της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού, αλλά και με την υποχρέωση συμμόρφωσης προς τους κανόνες και αρχές που αφορούν τη διεξαγωγή των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών και τη συμμετοχή σ' αυτές, όπως ίσχυαν τότε (βλ. ιδίως Π.Δ. 364/1996, Π.Δ. 370/1995, Οδηγία 93/36/ΕΟΚ κ.ά.), καθώς με τη συμπεριφορά αυτή, ανεξαρτήτως των επιπτώσεων που μπορεί να προκαλούνται στην οικεία αγορά, πλήττεται ειδικότερα το δημόσιο συμφέρον, στην προστασία του οποίου αποσκοπούν οι δημόσιες διαδικασίες ανάθεσης, υπό το πρίσμα ιδίως της βέλτιστης δυνατής κάλυψης των αναγκών του δημοσίου σε συνδυασμό και με την αρχή της αποδοτικότητας των δημόσιων πόρων, όπως επιβάλλεται και από τους γενικά παραδεδεγμένους κανόνες της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης. Ενόψει των ανωτέρω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι πριν την αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας «.....» και, κατά μείζονα λόγο, πριν την ανάδειξη αυτής ως προσωρινής αναδόχου των επίμαχων ομάδων της σύμβασης, όφειλε να αποφανθεί με νόμιμη αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα οριζόμενα και την διαδικασία των παρ. 7 - 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, είτε περί του εάν, παρά τις σχετικές δηλώσεις στο Ε.Ε.Ε.Σ., συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δυνάμενου να θέσει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά της), είτε περί του εάν τα επανορθωτικά μέτρα που αυτή δηλώνει ότι έλαβε, επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της. Δοθέντος, εντούτοις, ότι παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή να πράξει τούτο, η προσφορά της ανωτέρω συμμετέχουσας είναι απορριπτή.

15. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη και σχετικά με τον ως άνω λόγο προσφυγής ορίζεται: «Αποκλείονται της συμμετοχής τους όσοι: Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι 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) ... 2. Δεν μπορεί να συμμετέχει στο διαγωνισμό, όποιος έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. 3. Αποκλείεται του διαγωνισμού οικονομικός φορέας που έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Επίσης, αν έχει κριθεί ένοχος ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ούτε έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή αν έχει αποκλειστεί σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν.4412/2016. 4. Αποκλείεται επίσης του διαγωνισμού: Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο προσφέρων είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Δεν αποκλείεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους 5. Αποκλείεται της συμμετοχής για όποιον συντρέχει η σύγκρουση συμφερόντων του άρθρου 24 του Ν.

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

4412/2016 ή αν 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. 6. Αποκλείεται της συμμετοχής αν έχουν επιβληθεί σε βάρος του προσφέροντα οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επιπροσθέτως, στο πεδίο της διακήρυξης με τίτλο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ, ορίζεται: «...5 Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του Ν. 4412/2016 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 η διαδικασία ματαιώνεται».

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

16. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης και δη της προσφοράς της ανωτέρω συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας (με αρ. 163634) στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι στο κατατεθέν από αυτήν ΕΕΕΣ δήλωσε στο σχετικό πεδίο και ειδικότερα στο ΜΕΡΟΣ ΙΙΙ (Λόγοι Αποκλεισμού), παράγραφος Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) τα εξής: «... Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Απάντηση: Ναι. Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες ΕΠΙΒΟΛΗ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ 11.328,38€ ΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ 2003-2007 ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (ΑΡ. ΑΠΟΦΑΣΗΣ: 668/2018/ΦΕΚ Β' 5577/12-12-2018 - ΑΡ. 44 ΠΑΡ. 3 Ν 3959/2011) Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού ("αυτοκάθαρση"); Απάντηση: Ναι. Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν 1) ΠΑΥΣΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ..... ΑΠΟ ΤΟ 2007 ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΜΑΣ ΕΠΕΒΛΗΘΗ ΤΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ, ΟΠΩΣ ΡΗΤΩΣ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΩΣ ΜΕΤΡΟ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΣΧΕΤΙΚΗ ΑΠΟΦΑΣΗ (ΣΕΛ. 28), ΔΕΔΟΜΕΝΟΥ ΟΤΙ Η ΜΟΝΑΔΙΚΗ ΠΟΙΝΗ ΕΙΝΑΙ ΤΟ ΧΡΗΜΑΤΙΚΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ (ΤΟ ΟΠΟΙΟ ΕΞΩΦΛΗΘΗ ΜΕ ΤΟ Α/Α: ...../23-1-2019 ΔΙΠΛΟΥΤΥΠΟ ΕΙΣΠΡΑΞΗΣ) ΚΑΙ ΡΗΤΩΣ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΟΤΙ ΟΥΔΕΜΙΑ ΑΛΛΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ Ή ΠΟΙΝΙΚΗ ΠΟΙΝΗ ΕΧΕΙ ΕΠΙΒΛΗΘΕΙ. 2) ΒΑΣΕΙ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 235 ΠΑΡ. 3 & ΠΑΡ. 5 ΤΟΥ ΝΟΜΟΥ 4635/2019 ΟΡΙΖΕΤΑΙ ΟΤΙ: ΣΤΗΝ ΑΝΩΤΕΡΩ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ Η ΔΙΑΠΙΣΤΩΣΗ ΤΗΣ ΣΧΕΤΙΚΗΣ ΠΑΡΑΒΑΣΗΣ ΔΕΝ ΘΕΜΕΛΙΩΝΕΙ ΛΟΓΟ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΑΠΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥΣ ΓΙΑ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ Ή ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΕΩΝ...». Εν προκειμένω και από τη συνδυαστική εφαρμογή των διαληφθέντων στην προηγούμενη σκέψη όρων της διακήρυξης καθώς και των διατάξεων στις οποίες η διακήρυξη ρητώς παραπέμπει (των άρθρων 73 και 74 του Ν. 4412/2016), συνάγεται καταρχάς ότι αναγνωρίζεται στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας ότι συντρέχει ο προβλεπόμενος στις διατάξεις του

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

άρθρου 73 παρ. 4 λόγος αποκλεισμού, όπερ άλλωστε και η ίδια συνομολογεί διά των ανωτέρω δηλώσεων της στο κατατεθέν ΕΕΕΣ της, στο σχετικό πεδίο με τίτλο Λόγοι αποκλεισμού και στην ειδικότερη ερώτηση του ΕΕΕΣ περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το ζήτημα ωστόσο που εγείρεται είναι εάν έχει επέλθει λόγος άρσης του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού διά των μέτρων αυτοκάθαρσης που η ίδια η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έχει λάβει προς τούτο. Άλλοις λόγοις, αβασίμως και αλυσιτελώς ισχυρίζεται αφενός η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της ότι διά της εξόφλησης πληρωμής του προστίμου επέρχεται και απαλλαγή από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις και αφετέρου η παρεμβαίνουσα ότι η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις αφού, και ορθοί υποτεθείς τούτοι οι ισχυρισμοί, δεν αναιρούν την 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 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 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

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

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 αποφαίνεται, 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 αρμοδιότητά 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 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.

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

Τούτων δοθέντων, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί έλλειψης νόμιμης αιτιολογίας της προσβαλλομένης και δη της παράλειψης των απαιτούμενων ως άνω ενεργειών από την αναθέτουσα αρχή περί διατύπωσης σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 9 του Ν. 4412/2016 σχετικά με την επάρκεια ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, πρέπει να κριθεί ως βάσιμος.

17. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, 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 στη διακήρυξη του εξεταζόμενου διαγωνισμού, (βλ. σκ. 15) 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. Με τη δήλωση δε του υπόψη λόγου αποκλεισμού στο ΕΕΕΣ, τεκμαίρεται ότι ο δηλών, αντί να δηλώνει στο ΕΕΕΣ 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. Ακολουθως, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να κινήσει τη προβλεπόμενη διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016 προς άρση του λόγου αυτού αποκλεισμού. Συνεπώς, αφ' ής στιγμής δηλώνεται στο ΕΕΕΣ από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο, 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 στο ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού της και να προχωρήσει στη διαδικασία που ορίζει το άρθρο 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016, αφού ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού συντρέχει και έχει αρμοδίως διαπιστωθεί από το αρμόδιο - προς τούτο - όργανο, την Επιτροπή Ανταγωνισμού, έχει δε επιβληθεί το σχετικό πρόστιμο, σημειωτέον, τέλος, ότι από την έκδοση της σχετικής



### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

απόφασης εκκινεί και η έναρξη της περιόδου αποκλεισμού του εν λόγω οικονομικού φορέα από τις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες (Απόφαση ΔΕΕ της 24ης Οκτωβρίου 2018, στην υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκ. 41). Περαιτέρω, η συνδρομή του υπόψη λόγου αποκλεισμού δε δύναται να αμφισβητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, της οποίας ο ρόλος ανάγεται στην εκτίμηση επάρκειας ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης, ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής. Άλλοις λόγοις, εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή δεν θεώρησε ότι ο λόγος αυτός αποκλεισμού δεν συντρέχει στο πρόσωπο της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα όσα δήλωσε στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της και παρέλειψε να εκκινήσει την ανωτέρω προβλεπόμενη διαδικασία. Ενόψει τούτων, αβάσιμος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της παρεμβάινουσας 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 επί τη βάση των διατάξεων του άρθρου 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, υπολαμβάνοντας εσφαλμένως ότι αφού δηλώθηκε από πλευράς της στο ΕΕΕΣ, δεν υπάρχει πλέον καμία δυνατότητα αποκλεισμού της από το διαγωνισμό εξαιτίας της συμμόρφωσής της διά της διακοπής της συνεργασίας της με την εταιρία που συνήψε στρεβλωτικές του ανταγωνισμού συμφωνίες αλλά και 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

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ipso facto, κατά τα προαναφερόμενα. Κατ' ακολουθίαν, ο υπόψη λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος

18. 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 Δήμου ....., την οποία επισυνάπτει η προσφεύγουσα στη προσφυγή της κηρύχθηκε έκπτωτη από την απολύτως ομοίου περιεχομένου σύμβαση του ανωτέρω Δήμου (προμήθεια γάλακτος), 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 παράπτωμα»/ «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

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

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 προηγούμενο διαγωνισμό του Δήμου ..... του Νομού ....., είχε εκδοθεί η υπ' αριθ. 391/17-11-2016 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής, την οποία επίσης επισυνάπτει η προσφεύγουσα, με την οποία αποκλείστηκε από το διαγωνισμό διότι στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε, είχε δηλώσει ότι δεν είχε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Την ανωτέρω απόφαση προσέβαλε η εν λόγω εταιρία αρχικώς με την υπ' αριθ. πρωτ. 29600/8-11-2016 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και ακολούθως με συναφή αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθ. Ν35/6-2-2017 απορριπτική απόφαση από το αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο (Αθηνών). Το σύνολο των ανωτέρω έθεσε η προσφεύγουσα διά της από 5.2.2020 επιστολή της υπόψη της αναθέτουσας αρχής, πλην όμως αυτή παρέλειψε να τα συνεκτιμήσει κατά την αξιολόγηση των προσφορών, εκδίδοντας όλως εσφαλμένως την προσβαλλόμενη απόφασή της.

19. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (βλ. σκ. 15) «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

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

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. Σημειωτέον, ωστόσο, ότι η ανωτέρω κρίση – ήτοι ότι ο οικονομικός φορέας έχει υποπέσει στην ως άνω πλημμέλεια-συνιστά κρίση εκτιμητική (και, εν μέρει, αξιολογική), την οποία η αναθέτουσα αρχή οφείλει, κατά την προσηκουσα χρήση της σχετικής διακριτικής της ευχέρειας, να εκδίδει με την δέουσα προσοχή και σύνεση, σε κάθε περίπτωση, καθίσταται επιβεβλημένη η προσεκτική εκτίμηση των παραπτωμάτων του αναδόχου, στο πλαίσιο τήρησης των αρχών της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας. Εν προκειμένω και όπως συνάγεται από την αλληλογραφία που διαμείφθηκε μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας στον ηλεκτρονικό τόπο του προκείμενου διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η προηγούμενη συμβατική συμπεριφορά της ανωτέρω συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας ήταν εις γνώση της αναθέτουσας αρχής πριν την έκδοση της προσβαλλομένης απόφασης, δεδομένων δε και της συμπληρωματικής της αιτιολογίας διά του εγγράφου των απόψεων της, συνάγεται ότι έκρινε ότι δεν πληρούνται οι τασσόμενες ως άνω προϋποθέσεις, αντιθέτως ο αποκλεισμός της εν λόγω εταιρείας ....., εξαιτίας προηγούμενης συμβατικής εξέλιξης, θα συνιστούσε παραβίαση των ως άνω αρχών, ιδία δε της αρχής της αναλογικότητας. Πιο συγκεκριμένα, στο με αριθμ. πρωτ. ....../6.2.2020 έγγραφο διευκρινήσεων της προς την ανωτέρω εταιρεία αναφέρεται επί λέξει: «Στο πλαίσιο αξιολόγησης των

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρείας σας που αφορούν την ανωτέρω προμήθεια, η επιτροπή διενέργειας & αξιολόγησης διαγωνισμών συμβάσεων προμηθειών έχει την πληροφορία ότι η εταιρεία σας (.....) έχει κηρυχθεί έκπτωτη με την υπ' αριθμ. 489/2019 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ....., επειδή τα είδη που παραδόθηκαν από μέρους σας (μάρκας.....) δεν ήταν σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα (μάρκας.....), όπως αναφερόταν στο άρθρο 6 της σύμβασης και επειδή δεν προβήκατε στην αντικατάσταση των ειδών εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των πέντε (5) ημερών. Επίσης σας έχει επιβληθεί κύρωση της ολικής κατάπτωσης της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Επισημαίνεται από μέρους μας, ότι στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) που κατατέθηκε από μέρους σας δεν αναφέρεται στο συγκεκριμένο πεδίο δήλωσής σας το παραπάνω συμβάν. Για να μπορέσει η επιτροπή να αξιολογήσει την προσφορά σας, παρακαλούμε εντός επτά (7) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης (σύμφωνα με το άρθρο 102 παρ. 4 του Ν. 4412/2016), όπως αποστείλετε διευκρινήσεις, εάν δηλαδή από μέρους σας έχει γίνει ένσταση ή οτιδήποτε άλλο έχει προκύψει προκειμένου να διαπιστωθεί εάν υπάρχει οριστική τελεσίδικη απόφαση». Από το περιεχόμενο δε της ανωτέρω επιστολής προκύπτει εναργώς ότι η αναθέτουσα αρχή έλαβε υπόψη της το από 5.2.2020 Υπόμνημα της προσφεύγουσας και αβασίμως ισχυρίζεται η τελευταία ότι δεν συνεκτιμήθηκε στην κρίση που εντέλει εμπεριέχεται στην προσβαλλόμενη απόφαση. Αντιθέτως, από την απαντητική επιστολή της συμμετέχουσας και εδώ παρεμβαίνουσας εταιρείας στο ως άνω έγγραφο διευκρινήσεων της αναθέτουσας αρχής καθώς και από τα στοιχεία που παραθέτει στην παρέμβαση της σχετικά με την ως άνω απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..... περί έκπτωσης της, γίνεται δεκτό ότι κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς της και ειδικότερα της κατάθεσης του ΕΕΕΣ στον υπό εξέταση διαγωνισμό, εκκρεμούσε η εκδίκαση της αιτήσεως αναστολής και προσφυγής ουσίας κατά της ανωτέρω απόφασης στο Διοικητικό Εφετείο, επιπροσθέτως δε, από τα επισυναπτόμενα σχετικά έγγραφα στη παρέμβαση της, προκύπτει ότι με το

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

υπ' αριθμ. ....../28.2.2020 έγγραφο του Δήμου ..... κλήθηκε η εν λόγω εταιρεία να ανανεώσει την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, όπερ και έπραξε. Περαιτέρω, ορθώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η έκπτωση, λόγω της μη συνεπούς εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων υποψήφιου οικονομικού φορέα από προηγούμενες εργολαβίες με αντικείμενο συναφές με αυτό του ένδικου διαγωνισμού, στοιχειοθετεί καταρχήν σοβαρή ή/και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα, όπερ ορίζεται, εξάλλου, στο νόμο όπως και στην υπόψη διακήρυξη και συνιστά λόγο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό, ωστόσο, ως προελέχθη, εναπόκειται στην εκτίμηση και κρίση της αναθέτουσας αρχής η «διάγνωση» τούτη, ότι δηλαδή πρόκειται για σοβαρή πλημμέλεια που αφορά στην εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης σε προηγούμενη δημόσια σύμβαση, βάσει των στοιχείων που διαθέτει. Ενόψει των ανωτέρω και έχοντας η αναθέτουσα αρχή πλήρη γνώση της συμβατικής συμπεριφοράς της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας, αξιολόγησε, ως όφειλε, τις φερόμενες πλημμέλειες της και εκτίμησε εντέλει ότι δεν εμπίπτει στον υπόψη λόγο αποκλεισμού. Συνεπώς, τα περι αντιθέτου ισχυριζόμενα από τη προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν και ο σχετικός λόγος προσφυγής να μη γίνει δεκτός.

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και 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», δεδομένων των όσων αναλυτικώς έχουν εξετασθεί στη παρούσα (σκ. 19) πρέπει ομοίως να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη. Πολλώ δε μάλλον που στην απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης που επικαλείται η

### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

προσφεύγουσα (N32/2019) γίνεται δεκτό ότι η κρίση περί παρασιώπησης ή ψευδούς δήλωσης των στοιχείων εκείνων που είναι απαραίτητα για τη διάγνωση επαγγελματικού παραπτώματος αφορά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ. Κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, ωστόσο, και ενόψει των δεδομένων – πραγματικών και δικανικών- που η παρεμβαίνουσα διευκρίνησε συναφώς στην αναθέτουσα αρχή και διά της παρεμβάσεως της, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν απέκρυψε πληροφορίες ούτε δήλωσε ψευδή στοιχεία, σε κάθε περίπτωση η γνώση της αναθέτουσας αρχής εν προκειμένω αποτέλεσε τη βάση αξιολόγησης και εκτίμησης από πλευράς της - διά της προσβαλλομένης απόφασης - της μη πλήρωσης των προϋποθέσεων του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού από την ανωτέρω συμμετέχουσα.

21. Επειδή, εξάλλου ως γίνεται δεκτό, το ΕΕΕΣ ως επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 και των τυχόν κριτηρίων επιλογής των άρθρων 75 - 82 του Ν. 4412/2016 (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)») που έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης, ως εν προκειμένω ικανοποιείται η ως άνω προϋπόθεση από τη συμμετέχουσα και αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχο εταιρεία, νομίμως συμπληρωμένου και υποβληθέντος. Επομένως, λόγω του ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη, στο πλαίσιο επιτάχυνσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, επέχει θέση ενημερωμένης υπεύθυνης δήλωσης, επισύροντας στο πρόσωπο του υπογράφοντος, σε περίπτωση πραγμάτωσης της αντικειμενικής υπόστασης του Ν. 1599/1986, τις έννομες συνέπειες της ψευδούς δήλωσης (βλ. ενδεικτικά 290/2015 ΑΠ, ΔΕφΠατρ(Ποιν) 146/2016). Επιτελεί δηλαδή καταρχήν από άποψη τελεολογική τον αυτό σκοπό με την υπεύθυνη δήλωση, συγκεντρώνοντας το σύνολο των δηλώσεων που οφείλουν να κατατεθούν από τον διαγωνιζόμενο σε επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης. Εν προκειμένω και από την επισκόπηση των στοιχείων του

## **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ορθώς και αληθώς απάντησε αρνητικά στο ως άνω πεδίο του ΕΕΕΣ η νυν παρεμβαίνουσα εταιρεία και τούτο διότι αφενός δεν είχε υποπέσει στις επικαλούμενες από τη προσφεύγουσα πλημμέλειες που σημειωτέον συνιστούν σοβαρή και ουσιώδη παράβαση εκτέλεσης προηγούμενης σύμβασης αφετέρου δεν προέβη εν γνώση της σε ψευδή δήλωση σχετικώς με τα ως άνω.

22. Επειδή, σε ό,τι αφορά την έτερη αιτίαση της προσφεύγουσας σχετικά με το παράπτωμα της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας σε προηγούμενο διαγωνισμό του Δήμου της ....., ισχύουν *mutatis mutandis* τα αναλυτικώς αναφερθέντα στις προηγούμενες σκέψεις της παρούσας (19-21). Σημειωτέον, επίσης, ότι ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης (βλ. σκ. 19), απαιτεί την ύπαρξη «σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης» που, μάλιστα, θα μπορούσε να οδηγήσει στην καταγγελία των συμβάσεων, αποζημιώσεις ή ανάλογες κυρώσεις. Εκ της γραμματικής, αλλά, ιδίως, της ενδεδειγμένης τελλολογικής ερμηνείας του ανωτέρω όρου, σαφώς συνάγεται ότι οι απαιτούμενες πλημμέλειες θα πρέπει να είναι τόσο σοβαρές και ουσιώδεις, που να δύνανται να οδηγήσουν και σε αυτή τούτη την καταγγελία της σχετικής σύμβασης. Ως εκ τούτου και ομορρόπως, οι «αποζημιώσεις ή ανάλογες κυρώσεις» στις οποίες αναφέρονται οι ανωτέρω διατάξεις, πρέπει να είναι αρκούντως σημαίνουσες, ώστε να «προσεγγίζουν» στην θεμελίωση καταγγελίας της εν θέματι σύμβασης, ήτοι να συνιστούν εξαιρετικά σοβαρές παραβιάσεις συμβατικών υποχρεώσεων, παρόμοιες και ανάλογες με αυτές που θα μπορούσαν να οδηγήσουν στην καταγγελία της σχετικής σύμβασης. Η επιβολή δε ποινικών ρητρών, από μόνη της, δεν συνιστά «αποζημίωση» ή «ανάλογη κύρωση» εν τη εννοία των διατάξεων αυτών. Πολλώ δε μάλλον που λόγω του ποσού των ποινικών ρητρών σε σχέση με το φυσικό αντικείμενο των σχετικών συμβάσεων, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η επιβολή των ρητρών αυτών οφείλει να οδηγήσει σε εξ αρχής αποκλεισμό του αναδόχου από μελλοντικές αντίστοιχες συμβάσεις. Εν προκειμένω δε και όπως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα στο έντυπο της παρέμβασης της το φερόμενο



### **Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

ως παράπτωμα σε διαγωνιστική διαδικασία του 2016 αφορά σε παράλειψη δήλωσης από πλευράς της, της επιβολής ποινικής ρήτρας σε έτερη σύμβαση του 2012 εξαιτίας της αστοχίας συσκευασίας ενός προϊόντος που η ανωτέρω εταιρία προμηθευόταν από το εξωτερικό, παράπτωμα, που όπως προκύπτει και από τη συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι στοιχειοθετεί τη σοβαρή πλημμέλεια που το κανονιστικό πλαίσιο απαιτεί και που συνακόλουθα οδηγεί στον αποκλεισμό του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, κατά την αιτιολογημένη κρίση και εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής.

23. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω κριθέντων (σκ. 14-22), ο πρώτος λόγος προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ..... γίνεται δεκτός και συνεπώς η προσβαλλομένη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της ανωτέρω και την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο, δίχως να ακολουθηθεί από την αναθέτουσα αρχή η διαδικασία που ορίζεται στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7-9 του Ν. 4412/2016.

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

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την με αρ. 109/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..... στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. .... Διακήρυξη του Δήμου ....., με αντικείμενο την «Προμήθεια γάλακτος για τους δικαιούχους εργαζόμενους του Δήμου και των νομικών του προσώπων Σχολική Επιτροπή Α'βάθμιας Εκπαίδευσης και Σχολική Επιτροπή Β'βάθμιας

**Αριθμός απόφασης: 639 / 2020**

Εκπαίδευσης και λοιπών τροφίμων για τις ανάγκες του ν.π. του Δήμου « .....», προϋπολογισμού ύψους 707.928,27€ άνευ ΦΠΑ κατά το μέρος που απέρριψε τη προσφορά της εταιρείας « .....» για τις ομάδες 1, 7 και 8 και έκανε δεκτές τις προσφορές της ..... για την ομάδα 1 και της εταιρείας « .....» για τις ομάδες 1, 7 και 8 της υπό ανάθεση σύμβασης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 19 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 9 Ιουνίου 2020.

**Ο Πρόεδρος**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Η Γραμματέας**

**Τζέιμου Ελ. Γιάννακα**