

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 27^η Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ 572/19.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής: η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής: η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και την από 28.04.2022 Παρέμβαση της Ένωσης Εταιρειών με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» εφεξής: η «πρώτη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην περιοχή του, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και την από 28.04.2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στον ..., (εφεξής: η «δεύτερη παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική της προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 107/21.03.2022 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του, με την οποία αναδείχθηκε η εταιρεία «.....» προσωρινή ανάδοχος καθώς και της υπ' αριθμ. 136/06.04.2022 προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του, με την οποία κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στην ως άνω εταιρεία.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 12.696,00 ευρώ υπερβάλον κατά το ποσό των 0,15 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 2.539.168,54 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Πρωτοκ. ... Διακήρυξη του προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός ανοιχτός διαγωνισμός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την, συνολικού προϋπολογισμού 2.539.168,54 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος υποδιαιρείται σε δύο (2) τμήματα, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 03.01.2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1 και άρθρου 379, παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ,

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές και υποβάλλονται τα σχετικά αιτήματα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 18.04.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.04.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, την 19^η.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 845/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 28.04.2022 προς την ΑΕΠΠ και προς όλους τους συμμετέχοντες δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 10507/28.04.2022 απόψεις της, με τις οποίες υποστηρίζει ότι η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί για τους λόγους που αναλυτικά παραθέτει σε αυτές.

8. Επειδή, στις 28.04.2022 η πρώτη παρεμβαίνουσα ένωση εταιρειών με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους την ίδια ημέρα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού. Με την παρέμβασή της η ως άνω εταιρεία επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής, για τους λόγους

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

που αναλυτικά παραθέτει σε αυτήν.

9. Επειδή, στις 28.04.2022 η δεύτερη παρεμβαίνουσα εταιρεία με την επωνυμία «...» κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους την ίδια ημέρα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού. Με την παρέμβασή της η ως άνω εταιρεία επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής, για τους λόγους που αναλυτικά παραθέτει σε αυτήν.

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

11. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στη μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου καθώς και στη ζημία της από την τυχόν παράνομη συμμετοχή έτερων προσφερόντων, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 - Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, σκ. 35-37.

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

13. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

14. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

15. Επειδή, σύμφωνα με το αρ. 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το ΕΕΕΣ ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί, μεταξύ άλλων, τα σχετικά κριτήρια επιλογής (βλ. και Παράρτημα Ι του Κανονισμού 2016/7 περί θέσπισης του ΕΕΕΣ).

16. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της μη αποδοχής της

προσφοράς της προβάλλοντας τον παρακάτω ισχυρισμό:

«Η παράγραφος 2.2.6.11 της διακήρυξης προβλέπει ότι : «1. Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία, ο οικονομικός φορέας πρέπει να καταθέσει με την προσφορά του, επί ποινή αποκλεισμού: [...] 3. Για τα τυροκομικά προϊόντα: άδεια λειτουργίας της μονάδας παραγωγής των τυροκομικών προϊόντων, τον Κωδικό αριθμό κτηνιατρικής έγκρισης από τις Κτηνιατρικές Υπηρεσίες καθώς και την εγγραφή στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων της εταιρείας η οποία περιλαμβάνει τα είδη για τα οποία λαμβάνει μέρος ο οικονομικός φορέας. Επιπλέον, στις διευκρινίσεις Νο2 που δόθηκαν επί της διακήρυξης με αριθμ.πρωτ:1816/21-01-2022, κατόπιν του ερωτήματος «εάν η εγγραφή στο μητρώο εμπόρων ζωικών προϊόντων αφορά την εταιρεία που υποβάλει προσφορά ή θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να αφορά και τους προμηθευτές των συγκεκριμένων ειδών» αποσαφηνίστηκε «πως το αποδεικτικό εγγραφής στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων θα πρέπει να υποβληθεί και από τους προμηθευτές (παραγωγικές εταιρείες που δηλώνονται από τον φορέα) των νωπών ειδών ζωικής προέλευσης και όχι μόνο από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα. Όπως παγίως γίνεται δεκτό η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προ βλέπονται στην οικεία διακήρυξη (C-278/14 SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28 και απόφαση Medipac-Καζαντζίδης, C-6/05. EU:C:2007: 337 σκ 54). Υπό το πρίσμα αυτό συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει τη σαφήνεια των όρων αυτής, καθώς παράβαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος και για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.) Και τούτο, διότι, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα. Υπό άλλη διατύπωση, δηλαδή, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της διακήρυξης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων και να οδηγούν άνευ άλλου πινός στον αποκλεισμό τους, γιατί

κάτι τέτοιο αντιμάχεται τις αρχές του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών. Τουναντίον, αποτελεί πανθολογούμενη κρίση ότι πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμύεια της διακήρυξης η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (Α.Ε. ΣτΕ 423/2011, 424/2011). Η προσβαλλόμενη παρανόμως απέρριψε την προσφορά μας για την ομάδα 2 του διαγωνισμού επειδή, δήθεν, «δεν υπέβαλε τον κωδικό εγγραφής στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων της μονάδας παραγωγής της εγχώριας γραβιέρας ΠΟΠ, ήτοι της». Και τούτο, διότι: Πρώτον, η προσφορά μας ήταν πλήρως σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, καθώς, η εταιρεία δεν εμπορεύεται το εν λόγω προϊόν, αποκλειστικός έμπορος αυτού είναι η εταιρεία, της οποίας υποβάλλαμε τον σχετικό κωδικό εγγραφής της στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων (σχετ. Υπεύθυνη Δήλωση). Δεύτερον, η ασάφεια των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, σχετικά με το αν οι υποψήφιοι οφείλουν να προσκομίσουν εγγραφή στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων των εμπόρων ή των εταιρειών παραγωγής των προϊόντων, δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί εις βάρος μας και να απορριφθεί η προσφορά μας, όπως έπραξε η αναθέτουσα αρχή. Αντιθέτως, πρέπει να δοθεί στη εταιρεία μας η δυνατότητα, σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ελαττωματική η προσφορά μας, λόγω της ασάφειας της διακήρυξης να τη συμπληρώσουμε. Κατ' ακολουθίαν, παρανόμως η προσβαλλόμενη απέρριψε την προσφορά μας για την ομάδα 2 του Διαγωνισμού και πρέπει να ακυρωθεί».

17. Επειδή, μετά την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, που αφορά τη μη αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας, θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής:

Η προσφεύγουσα εταιρεία συνημμένα προς την προσφυγή της προς αντίκρουση του λόγου, για τον οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τον οποίο «δεν υπέβαλε τον κωδικό εγγραφής

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων της μονάδας παραγωγής της εγχώριας γραβιέρας ΠΟΠ, ήτοι της» προσκόμισε το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «Έγγραφο ΣΧΕΤ_Υ.Δ.pdf», στο οποίο περιλαμβάνεται υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπρόσωπου της εταιρείας με την επωνυμία, σύμφωνα με την οποία «το τυρί γραβιέρα ΠΟΠ εγχώρια 250-450γρ» συσκευάζεται αποκλειστικά από την εταιρεία Η εταιρεία είναι αποκλειστική αντιπρόσωπος του ως άνω είδους, το οποίο εμπορεύεται αποκλειστικά». Επιπλέον, ως δικαιολογητικό συμμετοχής της είχε καταθέσει το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «39.ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΤΥΡΟΚΟΜΙΚΑ.pdf» εντός του οποίου περιλαμβάνεται το έγγραφο με αριθμ. Πρωτοκ. 5232/19.10.2017 της Διεύθυνσης Αγροτικής και Κτηνιατρικής Πολιτικής της Περιφέρειας Αττικής, περί καταχώρησης της εταιρείας «.....» στο Μητρώο Εμπόρων Τροφίμων Ζωικών Προϊόντων με κωδικό EL 02203. Από το συνδυασμό των ανωτέρω προκύπτει ότι δεν έχει εμφολωρήσει σφάλμα κατά την κατάθεση της προσφοράς της προσφεύγουσας ως προς τον υπόχρεο φορέα υποβολής αποδεικτικού εγγραφής στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων, καθώς αυτό όφειλε να υποβάλει η εταιρεία «.....», που συνιστά τον έμπορο και άρα προμηθευτή της εταιρείας «.....» για το είδος «γραβιέρα ΠΟΠ εγχώρια», όπως και εγένετο κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα. Συνεπώς, η τυχόν ασάφεια της διακήρυξης, την οποία η προσφεύγουσα επικαλείται και για την οποία πάντως δόθηκαν διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή (βλ. έγγραφο 1816/21.01.2022) καθιστώντας σαφές ότι το αποδεικτικό εγγραφής στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων θα πρέπει να υποβληθεί από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα και από τον εκάστοτε **προμηθευτή** των ειδών ζωικής προέλευσης, δεν οδήγησε τελικά στην εκ μέρους της εσφαλμένη υποβολή προσφοράς, αντιθέτως η αναθέτουσα αρχή έσφαλε απορρίπτοντας αυτήν. Πλέον δε των ανωτέρω θα πρέπει να σημειωθεί ότι σε αντίθεση με τα όσα ισχυρίζεται η πρώτη παρεμβαίνουσα, στο αρχείο με την ονομασία «28.ΥΔ ΕΠΙΧΕΙΡ ΜΟΝΑΔΩΝ 2.2.6.5.pdf», το οποίο υπέβαλε η προσφεύγουσα συνημμένα προς την προσφορά της, ρητώς δηλώνεται ως προμηθευτής της για το είδος «γραβιέρα ΠΟΠ εγχώρια» η εταιρεία «.....», γεγονός που αποδεικνύει έτι πλέον ότι η προσφορά της

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

υποβλήθηκε προσηκόντως και σε συμφωνία με τον όρο 2.2.6.11 της Διακήρυξης ως αυτός διευκρινίσθηκε περί του ότι το σχετικό αποδεικτικό στο μητρώο θα πρέπει να υποβάλει και ο προμηθευτής του προσφερόμενου είδους. Κατόπιν των ανωτέρω ο μόνος λόγος που προβάλλει η προσφεύγουσα κατά της απόρριψης της προσφοράς της θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

18. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας Ένωσης Εταιρειών «...» προβάλλοντας τους κατωτέρω ισχυρισμούς:

«Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της Διακήρυξης «Εφόσον οι οικονομικοί φορείς επικαλεστούν τη χρηματοοικονομική, τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα τρίτων, υποχρεούνται με την προσφορά τους σωρευτικά:

(α) να υποβάλουν όλα τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν ότι οι φορείς στην ικανότητα των οποίων προτίθενται να στηριχθούν πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού (ΕΕΕΣ και λοιπά δικαιολογητικά) και

(β) να αποδείξουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης όλα τα απαραίτητα μέσα για την εκτέλεσή της με την προσκόμιση Ιδιωτικού Συμφωνητικού, σχετικής δέσμευσης μεταξύ του οικονομικού φορέα και του επικαλούμενου τρίτου, στην οποία δηλώνεται ότι οι τρίτοι δεσμεύονται να παράσχουν όλες τις απαιτούμενες από την παρούσα εγγυήσεις. [...] Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (παρ. 1 άρθρου 78 Ν 4412/2016)». Στην παράγραφο 2.2.9.2 Β.9 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Ειδικότερα, προσκομίζεται έγγραφο (συμφωνητικό ή σε

περίπτωση νομικού προσώπου απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης αυτού ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση), δυνάμει του οποίου αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την κατά περίπτωση παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της Σύμβασης. Η σχετική αναφορά θα πρέπει να είναι λεπτομερής και να αναφέρει κατ' ελάχιστον τους συγκεκριμένους πόρους που θα είναι διαθέσιμοι για την εκτέλεση της σύμβασης και τον τρόπο δια του οποίου θα χρησιμοποιηθούν αυτοί για την εκτέλεση της σύμβασης. Ο τρίτος θα δεσμεύεται ρητά ότι θα διαθέσει στον διαγωνιζόμενο τους συγκεκριμένους πόρους κατά τη διάρκεια της σύμβασης και ο διαγωνιζόμενος ότι θα κάνει χρήση αυτών σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση.». Η εν λόγω Ένωση για την πλήρωση των ποιοτικών κριτηρίων συμμετοχής του Διαγωνισμού στηρίχθηκε στις ικανότητες των συμμετεχόντων σε αυτήν μελών. Συγκεκριμένα, από το ΕΕΕΣ των εταιρειών - μελών της ένωσης προκύπτουν τα εξής : Το μέλος της για τη συμμετοχή του στηρίχθηκε: (α) στην εταιρεία «.....» για την πλήρωση της μίας εκ των δύο συμβάσεων που απαιτούνται για την ομάδα 2 (νωπά είδη), σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.1 της Διακήρυξης (αρ . 4.α ΕΕΕΣ). (β) στην εταιρεία «.....» για την πλήρωση της μίας εκ των δύο συμβάσεων που απαιτούνται για την ομάδα 2 (νωπά είδη) και των δύο συμβάσεων που απαιτούνται για την ομάδα 1 (υποέργο 1 και 2), σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.1 της Διακήρυξης και για την κατοχή νόμιμης αδειάς λειτουργίας «Κέντρου Αποθήκευσης και Διανομής», που απαιτείται για τους εμπόρους σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.11. Το μέλος της Ένωσης «.....» για τη συμμετοχή του στηρίχθηκε στην εταιρεία «.....» για την πλήρωση της μίας εκ των δύο συμβάσεων που απαιτούνται για την ομάδα 2 (νωπά είδη) και των δύο συμβάσεων που απαιτούνται για την ομάδα 1 (υποέργο 1 και 2), σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.1 της Διακήρυξης (αρ . 4. ΕΕΕΣ). Το μέλος της ένωσης «.....» για τη συμμετοχή του στηρίχθηκε στην εταιρεία «...» για την πλήρωση της μίας εκ των δύο συμβάσεων που απαιτούνται για την ομάδα 2 (νωπά είδη), σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.1 της Διακήρυξης (αρ . 4.γ ΕΕΕΣ ...). Από το

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

σύνολο του φακέλου της προσφοράς προκύπτει ότι τα μέλη της Ένωσης δήλωσαν στα ΕΕΕΣ τους ότι για τη συμμετοχή τους, στηρίζονται στις ικανότητες των λοιπών μελών της Ένωσης, χωρίς, όμως να προσδιορίσουν στο ιδιωτικό συμφωνητικό σύστασης της ένωσης, σε άλλο σχετικό συμφωνητικό ή στις αποφάσεις των αρμοδίων οργάνων διοίκησης αυτών τη δάνεια ανά περίπτωση εμπειρία από κάθε ένα μέλος της ένωσης στο άλλο, ως απαιτείται από τη Διακήρυξη σε περίπτωση στήριξης για τη συμμετοχή στον Διαγωνισμό στις ικανότητες άλλου φορέα συμμετέχοντος ή όχι στην υποψήφια ένωση. Επομένως, η προσφορά της Ένωσης έπρεπε να απορριφθεί και για αυτόν τον λόγο».

19. Επειδή, ύστερα από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής μετά και την εξέταση των ισχυρισμών της πρώτης παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής:

Στο αρ. 78 του Ν. 4412/2016 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» ορίζονται τα εξής: «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ` του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α` ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των

φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. **Υπό τους ιδίους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, περί οικονομικών φορέων, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων».** Από την ανωτέρω διατύπωση, αντιθέτως προς τα όσα ισχυρίζεται η πρώτη παρεμβαίνουσα, προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας, εφόσον συμμετέχει στο διαγωνισμό ως ένωση εταιρειών δύναται να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχουσών στην ένωση εταιρειών σχετικά με την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, οι οποίες εταιρείες στην περίπτωση αυτή λογίζονται ως τρίτοι – ως προς την ένωση – οικονομικοί φορείς, ανεξαρτήτως του νομικού δεσμού, που κατά τα άλλα τις συνδέει για τη συμμετοχή τους σε συγκεκριμένο διαγωνισμό. Συνεπώς, η περίπτωση της στήριξης σε ικανότητα τρίτου διακρίνεται από την περίπτωση της συμμετοχής στο διαγωνισμό με τη μορφή της ένωσης εταιρειών, ενώ όταν συντρέχει περίπτωση συμμετοχής σε διαγωνισμό ένωσης εταιρειών, η οποία στηρίζεται στις ικανότητες των μελών της για την απόδειξη των κριτηρίων επιλογής, κατά

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

τα οριζόμενα στο αρ. 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, τότε αυτή αντιμετωπίζεται ως συνήθης περίπτωση δανεισμού εμπειρίας, καθώς το γεγονός ότι η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία αποτελεί ταυτόχρονα και μέλος της ένωσης, ουδόλως αφαιρεί ή επηρεάζει τις εκ της διακήρυξης απορρέουσες υποχρεώσεις τους ως προς την υποβολή εγγράφων και δικαιολογητικών. Κατόπιν των ανωτέρω και δεδομένων των όσων προβλέπονται στον όρο 2.2.8 και 2.2.9.2 Β9 της επίμαχης Διακήρυξης, καθώς επίσης και δεδομένου ότι α. το μέλος της πρώτης παρεμβαίνουσας δηλώνει στο ΕΕΕΣ της ότι για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό στηρίχθηκε στις ικανότητες των δύο έτερων μελών της Ένωσης, β. το μέλος της πρώτης παρεμβαίνουσας δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό στηρίχθηκε στις ικανότητες της και γ. το μέλος της πρώτης παρεμβαίνουσας ... δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό στηρίχθηκε στις ικανότητες της, η πρώτη παρεμβαίνουσα όφειλε να προσκομίσει ιδιωτικό συμφωνητικό ή απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης περί εγκρίσεως της μεταξύ τους συνεργασίας για την παροχή της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, τα οποία ωστόσο δεν προσκόμισε γεγονός που δεν αρνείται με την παρέμβασή της. Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

20. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών «...», τυγχάνει απορριπτέα, καθώς ο πρώτος λόγος που προβάλλεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων λόγων της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς της υπόψη εταιρείας, δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς της, παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτής (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

21. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και ειδικότερα ισχυρίζεται τα κάτωθι:

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

«Στον όρο 2.2.3 «Λόγοι αποκλεισμού» της Διακήρυξης ορίζονται τα ακόλουθα (οι υπογραμμίσεις δικές μας):«...2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις (άρθρο 33 Ν. 4412/2016):. (γ) εάν 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,. (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) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας, .. (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 με απατηλό τρόπο 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. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία () έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος».

Περαιτέρω, στον όρο 2.2.9.1 «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» της Διακήρυξης προβλέπονται τα ακόλουθα (οι υπογραμμίσεις δικές μας): «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. ΤΡ ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/ και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1.».

Επίσης, στον όρο 2.2.3.7. της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής (οι υπογραμμίσεις δικές μας): «Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.4 εκτός από την περ. β αυτής μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση)... Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση.»

Εξάλλου στο άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014 24 ΕΕ)» του ν.4412 2016 ορίζονται τα ακόλουθα (οι υπογραμμίσεις δικές μας): «...4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου β του άρθρου 44 του

ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, 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) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 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 με απατηλό τρόπο παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν στον 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 αμφιβάλω την ακεραιότητά του. 5. ...6. ... Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ' και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω

οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. α μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.».

Περαιτέρω, στο άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014 24 ΕΕ)» του ν.4412 2016 ορίζονται τα ακόλουθα (οι υπογραμμίσεις δικές μας): «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 55), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 33 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν..»

Από το συνδυασμό των ανωτέρω όρων και διατάξεων παρέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι προς προκαταρκτική απόδειξη ότι δεν υποπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.ξγ, ζ, στ, η και θ της διακήρυξης και 73§4 περ'. γ, ζ, στ, η και θ του ν.4412/2016 υποβάλλουν το ΕΕΕΣ ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το οποίο επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης. Σε περίπτωση υπαγωγής τους κατ' αρχήν αποκλείονται, εκτός κι εάν κατ' εξαίρεση υπάρχει δυνατότητα υπαγωγής τους στον όρο 2.2.3.6. και στις διατάξεις του άρθρου 73§7 του ν.4412 2016. Η υπαγωγή αυτή προϋποθέτει, πρώτον, την υποβολή εκ μέρους του διαγωνιζομένου των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει που επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, και δεύτερον, απόφαση της αναθέτουσας αρχής επί των στοιχείων αυτών, περί διαπίστωσης της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων. Πάντως σε περίπτωση υποβολής ψευδούς ΕΕΕΣ οι διαγωνιζόμενοι αποκλείονται.

Σύμφωνα με το άρθρο 50 παρ. 1 περίπτωση Α' της Υ.Α. 91354 30-08-2017, όπως έχει δημοσιευθεί στο υπ' αριθμόν ΦΕΚ ' 2983 30-08-2017 : «1. α προϊόντα προσυσκευασμένα ή όχι, θα πρέπει κατά το στάδιο διάθεσης στο καταναλωτή, να φέρουν στη συσκευασία τους ή σε πινακίδα-ετικέτα σταθερά προσαρτημένη σε καθένα από αυτά, τις ακόλουθες ελάχιστες υποχρεωτικές ενδείξεις γραμμένες κατά τρόπο εμφανή ανεξίτηλο και ευανάγνωστο:

Α. ην καταχωρισμένη εμπορική επωνυμία, το καταχωρισμένο εμπορικό σήμα και την ηλεκτρονική διεύθυνση του κατασκευαστή εφόσον είναι εγκατεστημένος στην Ε.Ε., άλλως του εισαγωγέα ή του υπεύθυνου διάθεσης του προϊόντος

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

στην ελληνική αγορά, από τα οποία να προκύπτουν τα πλήρη στοιχεία της επιχείρησης. Στην περίπτωση που δεν υφίσταται ηλεκτρονική διεύθυνση, πρέπει να αναγράφεται η ταχυδρομική διεύθυνση». Σε περίπτωση παραβίασης των ανωτέρω υποχρεώσεων επιβάλλεται πρόστιμο από τη Διεύθυνση Ελέγχων και Παρατηρητριών της Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή της ενικής Διεύθυνσης Αγοράς του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4177/2013 και της κατ' εξουσιοδότηση αυτού Υπουργικής Απόφασης 91354/30.08.2017 «Κωδικοποίηση Κανόνων Διακίνησης και Εμπορίας Προϊόντων και Παροχής Υπηρεσιών (Κανόνες ΔΙ.Ε.Π.Π.Υ.)»

Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 489, 490 και 491/2022 απόφασή σας «Επομένως, καταρχήν ήταν δηλωτέο το πραγματικό που εντόπισε ο έλεγχος, έστω και ως εύρημα του ελέγχου και ακόμη και αν δεν το αποδεχόταν κατά την άποψη του ο δεύτερος παρεμβαίνων, που δύνατο να προσθέσει στη σχετική του δήλωση, τις αμφισβητήσεις του, αλλά και όσα ο ίδιος δήλωσε ενώπιον αρμόδιας αρχής, το δε περαιτέρω γεγονός περί του αν συγκροτείτο ή όχι λόγος αποκλεισμού στη νυν διαδικασία, θα το αξιολογούσε η αναθέτουσα, ενό φ ει και τω ν συνολικών τυχόν ισχυρισμών που θα δήλωνε, μαζί όμως με το πραγματικό, ο οικονομικός φορέας, ο οποίος όμως ουδόλως κατά τα ανωτέρω δικαιολογείται να μην έχει δηλώσει απολύτως τίποτα. Άρα, εν προκειμένω, όπως βάσιμα ο δεύτερος προσφεύγων προβάλλει και δη, με τον πρώτο λόγο του, ο δεύτερος παρεμβαίνων προέβη σε ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ του, δηλώνοντας ανακριβώς αρνητικά στο ως άνω, αναφερόμενο ακόμη και σε εν γένει και μη αναγκαία κατά τον οικονομικό φορέα εκ προθέσεως και απατηλές, σοβαρές ψευδείς δηλώσεις και σε ακόμη και εξ αμελείας παροχή παραπλανητικών πληροφοριών, ερώτημα του ΕΕΕΣ και εν γένει μη δηλώνοντας το ως άνω αναφερθέν πραγματικό σε οιοδήποτε εν γένει ερώτημα και καθ' οιοδήποτε τρόπο, περαιτέρω και ούτως προβαίνοντας στο πλαίσιο τουλάχιστον της νυν διαδικασίας και ανεξαρτήτως αν το πραγματικό αυτό, αφορά σοβαρές απατηλές εκ προθέσεως δηλώσεις στο πλαίσιο προηγούμενης διαδικασίας, απόκρυψη ουσιδών περί της απουσίας λόγων αποκλεισμού του, πληροφοριών, παραβιάζοντας ούτως τον όρο 2.2.3.4. , σε συνδυασμό και με

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

τους όρους 2.2.9.1 και 2.4.3.1 περί του ΕΕΕΣ ζ αναγκαίου δικαιολογητικού συμμετοχής προς απόδειξη ελλειψης λόγων αποκλεισμού, η παράβαση των οποίων συνιστά κατά τον όρο 2.4.6.α, που αναφέρεται και στον όρο 2.4.3, συνεπάγεται άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς. Το δε πραγματικό που αποκρύφθηκε είναι συναφές με το καταρχήν αξιολογητέο πραγματικό στο πλαίσιο των όρων 2.2.3.4.ζ και δη, περί σοβαρών απατηλών δηλώσεων (το γεγονός δε αν ήταν σοβαρές, απατηλές και εκ προθέσεως έπρεπε να το κρίνει η αναθέτουσα, κατόπιν ειλικρινούς δήλωσης) 2.2.3.4.η και δη, περί παραπλανητικών πληροφοριών (το δε γεγονός αν τις παρείχε με απατηλό τρόπο εναπόκειται στην κρίση της αναθέτουσας) και 2.2.3.4.θ περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (η δε ιδιότητα της ως άνω συμπεριφοράς ως επαγγελματικού παραπτώματος σοβαρής φύσης εναπόκειται ομοίως στην κρίση της αναθέτουσας). Επομένως, για τους παραπάνω λόγους ο δεύτερος παρεμβαίνων είναι άνευ ετέρου αποκλειστέος, χωρίς βέβαια, να δύναται προς αποφυγή εις βάρος του κατάγνωσης του λόγου αποκλεισμού 2.2.3.4.ζ να αλλάξει πλέον το ΕΕΕΣ του, κατόπιν συντέλεσης της ως άνω απόκρυψης περί πραγματικού συναφούς με λόγους αποκλεισμού του».

Η εταιρεία δεν έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ της το ανωτέρω επιβληθέν πρόστιμο ύψους 1.000,00 ευρώ της Διεύθυνσης Ελέγχων και Παρατηρητριών της Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή της Γενικής Διεύθυνσης Αγοράς του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων για το χρονικό διάστημα από 7 /1 /2020 έως 31/01/2020 (αρχείο «Άρθρο 2.4.3.1α - ΕΕΕΣ. pdf»). Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η εν λόγω εταιρεία θα έπρεπε να είχε δηλώσει το επιβληθέν πρόστιμο στο ΕΕΕΣ της και τα επανορθωτικά μέτρα στα οποία είχε προβεί, ώστε η αναθέτουσα αρχή να αξιολογήσει το γεγονός περί του αν συγκροτείται ή όχι λόγος αποκλεισμού στη νυν διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, η εταιρεία απέκρυψε το γεγονός της επιβολής του προστίμου και του επαγγελματικού παραπτώματος προκειμένου να επηρεάσει με παραπλανητικό τρόπο την επιλογή της ανάθεσης του διαγωνισμού. Επομένως, για τους παραπάνω λόγους η εν λόγω εταιρεία έπρεπε, όπως αντιστοίχως έκρινε και η Αρχή σας στην ανωτέρω απόφασή της, να είναι αυτή άνευ ετέρου αποκλειστέα, χωρίς βέβαια, να δύναται προς αποφυγή εις βάρος

της κατάγνωσης του λόγου αποκλεισμού 2.2.3.4.ζ να αλλάξει πλέον το ΕΕΕΣ της, κατόπιν συντέλεσης της ως άνω απόκρυψης περί πραγματικού (της επιβολής του προστίμου) συναφούς με λόγους αποκλεισμού του».

22. Επειδή, επί του ανωτέρω πρώτου προβαλλόμενου λόγου κατά της αποδοχής της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας εταιρείας «....» μετά και την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών καθώς και των στοιχείων του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής:

Όπως έχει κριθεί με την 754/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας καθ' ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων του ν.4412/2016 περί του Ε.Ε.Ε.Σ., «....η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζόμενου σχετικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του Ε.Ε.Ε.Σ., έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται και με τις διατάξεις του ν.4412/2016 και του κανονισμού 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του Ε.Ε.Ε.Σ. διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Το Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο υποβάλλεται ταυτόχρονα με την προσφορά του διαγωνιζόμενου και έχει ειδικά τυποποιημένο περιεχόμενο, καθοριζόμενο από τον κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής, επιτελεί ακριβώς τον σκοπό να λαμβάνει ο αναθέτων φορέας πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψήφιους, επί ίσοις όροις, η δυνατότητα να θέσουν υπόψη του αναθέτοντος φορέα όλα τα στοιχεία, τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 3-10-2019, Delta κλπ., C-267/18, σκ.36). Εφόσον δε, κρίσιμος χρόνος για τον εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα έλεγχο και διαπίστωση της

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου, κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γένεσης του, διαφορετικού και αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού λόγω υποβολής ψευδούς δήλωσης δια του Ε.Ε.Ε.Σ., οπότε εκδηλώνεται η συμπεριφορά του διαγωνιζόμενου, η οποία συνιστά τον ως άνω αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δήλωσης, η οποία δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτή. Τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, ο οποίος συνίσταται στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (δια του Ε.Ε.Ε.Σ.) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσης του αναθέτοντος φορέα στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ.» (βλ. ακόμη ΣΤΕ ΕΑ 93, 23/2020, Διοικ. Εφ. Αθ.205/2020, Διοικ. Εφ. Θεσ 189/2020, ΑΕΠΠ 1126, 1127/2021). Επιπλέον, καθ' ερμηνεία των αυτών διατάξεων του ν.4412/2016 περί του Ε.Ε.Ε.Σ., το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών έχει κρίνει με την απόφασή του Ν421/2021 ότι (...) η αρνητική απάντησή της αιτούσας στο οικείο ερώτημα φαίνεται να συνιστά ανακριβή/ψευδή δήλωση ως προς ζήτημα που θα μπορούσε καταρχάς να στοιχειοθετήσει τον προβλεπόμενο στην παρ. 2.2.3.4.α. της διακήρυξης λόγο αποκλεισμού και επισύρει τον αυτοτελή, διαγραφόμενο στην παρ. 3.2. της ίδιας διακήρυξης, λόγο αποκλεισμού της. Τούτο δε ανεξαρτήτως του αν η αναθέτουσα αρχή, στην υποθετική περίπτωση που ο εν λόγω οικονομικός φορέας είχε θέσει ενώπιόν της εξ αρχής όλα τα δεδομένα, θα κατέληγε ή όχι στην κρίση ότι συντρέχει πράγματι λόγος αποκλεισμού της (πρβλ. ΣΕ ΕΑ 117/2019)». Συνεπώς, η ορθή και αληθής δήλωση στο ΕΕΕΣ περί της συνδρομής κάποιου δυνητικού λόγου αποκλεισμού αποτελεί προϋπόθεση για την μετάβαση του οικονομικού φορέα στην υπέρ αυτού ευνοϊκή διαδικασία δια της παράθεσης εξηγήσεων και τυχόν λήψη επανορθωτικών μέτρων για την αποφυγή του αποκλεισμού του από τη διαγωνιστική διαδικασία. Στην προκειμένη περίπτωση στην δεύτερη παρεμβαίνουσα και ήδη προσωρινή ανάδοχο εταιρεία, όπως ισχυρίζεται η

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

προσφεύγουσα και δεν αμφισβητεί η ίδια με την παρέμβασή της, βεβαιώθηκε διοικητικό πρόστιμο ύψους 1.000,00 € στις 16/03/2020 (αριθ. πρωτ. 30014), το οποίο στις 21/05/2020 πληρώθηκε και αφορά μη επισήμανση/αναγραφή ενδείξεων στις συσκευασίες δύο προϊόντων. Όπως δε ισχυρίζεται η δεύτερη παρεμβαίνουσα, η εν λόγω παράβαση έλαβε χώρα εκ παραδρομής και δεν είχε λόγο να αντιλέξει, αφού πράγματι ξεχάστηκε να επικολληθεί σχετικό αυτοκόλλητο με τα στοιχεία της εταιρίας και άμεσα συμμορφώθηκε, δεχόμενη το πρόστιμο, χωρίς να αντιτάξει κατά αυτού ή να υποβάλλει αντιρρήσεις. Όπως επίσης ισχυρίζεται η δεύτερη παρεμβαίνουσα *«το συγκεκριμένο πρόστιμο εμφανίζεται στην ιστοσελίδα της Διεύθυνσης Ελέγχων και Παρατηρητηρίων της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή, από την οποία προφανώς έλαβε γνώση και η προσφεύγουσα. Με τον ίδιο ακριβώς τρόπο, μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να πληροφορηθεί εάν είχε επαρκείς ενδείξεις για πλημμελή δική μας συμπεριφορά και είτε να απευθυνθεί απευθείας στην δημόσια αρχή είτε να ερωτήσει εμάς. Προφανώς λόγω της ασήμαντης παράβασης που ούτε η εταιρία μας δεν θυμόταν και ανέτρεξε επ' ευκαιρία της προδικαστικής προσφυγής να εξεύρει στοιχεία, η αναθέτουσα αρχή δεν θεώρησε ότι υπάρχει καμία πλημμελής συμπεριφορά μας και προχώρησε στην αποδοχή της προσφοράς μας»*. Από το συνδυασμό των ανωτέρω διαλαμβανομένων ωστόσο, προκύπτει ότι το συμπέρασμα περί του εάν τελικά συντρέχει λόγος αποκλεισμού για τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα δεν ανήκει στον ίδιο, αλλά στην αναθέτουσα αρχή, η οποία για να προβεί στην προσήκουσα εκτίμηση θα πρέπει να έχει στη διάθεσή της ακριβή και αληθή στοιχεία περί των διοικητικών παραβάσεων και τυχόν αθέτησης των υποχρεώσεων της υποψήφιας εταιρείας δια της καταγραφής όλων των δεδομένων στο ΕΕΕΣ (παραβάσεων και τυχόν επανορθωτικών μέτρων) κατά την υποβολή της προσφοράς της. Στην προκειμένη περίπτωση ωστόσο, η δεύτερη παρεμβαίνουσα εταιρεία προέβη σε ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ της, αποκρύπτοντας παντελώς από την αναθέτουσα αρχή την επιβολή του ανωτέρω προστίμου, γεγονός που συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς αποστέρησε από την αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να εκτιμήσει το γεγονός αυτό ως πιθανό

λόγο αποκλεισμού και σε δεύτερο χρόνο να εκτιμήσει τα τυχόν μετέπειτα υποβληθέντα στοιχεία προς απόδειξη της αξιοπιστίας της ως λόγο άρσης του διαπιστωθέντος λόγου αποκλεισμού. Η δε δήθεν δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να εντοπίσει την επιβολή του σχετικού προστίμου από την ιστοσελίδα της Διεύθυνσης Ελέγχων και Παρατηρητηρίων της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή σε καμία περίπτωση δεν υποκαθιστά την υποχρέωση της δεύτερης παρεμβαίνουσας να προβεί σε ορθή και αληθή δήλωση περί της ανωτέρω παράβασης στο ΕΕΕΣ της. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος προσφυγής κατά της εταιρείας «...» θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της δεύτερης παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής.

23. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και ειδικότερα ισχυρίζεται τα κάτωθι:

«Σύμφωνα με την παρ. 2.2.6.11 «1. Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία, ο οικονομικός φορέας πρέπει να καταθέσει με την προσφορά του, επί ποινή αποκλεισμού: 2. Για τα νωπά κρέατα: Άδεια λειτουργίας της μονάδας επεξεργασίας κρέατος, τον Κωδικό αριθμό κτηνιατρικής έγκρισης από τις Κτηνιατρικές Υπηρεσίες καθώς και την εγγραφή στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων της μονάδας επεξεργασίας κρέατος που θα συμπεριλαμβάνει τα είδη στα οποία θα λάβει μέρος ο οικονομικός φορέας.» Η εν λόγω εταιρεία έχει δηλώσει ως μονάδα επεξεργασίας κρέατος την μονάδα της εταιρείας «...». Για την εν λόγω εταιρεία έχει καταθέσει κατά παράβαση του ανωτέρω όρου της Διακήρυξης εγγραφή στο Μητρώο Εμπόρων ζώντων ζώων και όχι εγγραφή στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων (αρχ. ΜΗΤΡΩΟ ΕΜΠΟΡΩΝ (έως 18-07-2022).pdf). Τα δύο μητρώα είναι διαφορετικά καθώς το ένα, το ζητούμενο από τη διακήρυξη, είναι μητρώο εμπόρων ζωικών προϊόντων και το άλλο και το άλλο μητρώο εμπόρων ζώντων ζώων. Οι διαδικασίες εγγραφής στα εν λόγω μητρώα είναι διαφορετικές και οι μεν του μητρώου εμπόρων ζωικών προϊόντων προβλέπονται στην ΚΥΑ

278701/2005, οι δε του μητρώου εμπόρων ζώντων ζώων στο πδ 308/2000 και στο π.δ. 242/2005. Επομένως, παρανόμως η προσβαλλόμενη έκρινε την προσφορά της νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί».

24. Επειδή, επί του ανωτέρω πρώτου προβαλλόμενου λόγου κατά της αποδοχής της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας εταιρείας «....» μετά και την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών καθώς και των στοιχείων του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής:

Στην προκειμένη περίπτωση η πρώτη παρεμβαίνουσα υπέβαλε με την τεχνική της προσφορά το αρχείο – φάκελο με την ονομασία «Άρθρο 2.2.6.11 - Γ.(Προμηθευτής Ειδών Κρεοπωλείου)» εντός του οποίου περιλαμβάνεται το αρχείο με την ονομασία «ΜΗΤΡΩΟ ΕΜΠΟΡΩΝ (έως 18-07-2022).pdf». Το τελευταίο αυτό αρχείο αποτελεί την «Απόφαση Έγκρισης της καταχώρησης Εμπόρου στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Εμπόρων Ζώντων Ζώων» για την εταιρεία με την επωνυμία «....», η οποία αποτελεί τη μονάδα παραγωγής και επεξεργασίας για το είδος «βόειο κρέας». Ωστόσο, το υποβληθέν έγγραφο δεν είναι το προσήκον και ζητούμενο σύμφωνα με τον όρο 2.2.6.11 της Διακήρυξης, καθόσον δεν συνιστά το αποδεικτικό εγγραφής της μονάδας επεξεργασίας στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων, αλλά το αποδεικτικό εγγραφής της μονάδας επεξεργασίας σε έτερο Μητρώο Εμπόρων, ήτοι αυτό των «Ζώντων Ζώων», τα οποία είναι ρητώς διακριτά μεταξύ τους. Εν όψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι και η ίδια η πρώτη παρεμβαίνουσα εταιρεία συνομολογεί με την Παρέμβασή της ότι η εταιρεία με την επωνυμία «.....» δεν μπορεί να εγγραφεί στο μητρώο εμπόρων ζωικών προϊόντων, αλλά μόνο στο αντίστοιχο μητρώο εμπόρων ζώντων ζώων, ο υπό κρίση προβαλλόμενος λόγος κατά της αποδοχής της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, καθώς εν όψει και της ανωτέρω παρατιθέμενης αρχής της τυπικότητας, που διέπει τη σύνταξη και την υποβολή των προσφορών, η προφορά της εταιρείας «....» είναι

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

πλημμελής και εσφαλμένα έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που με αυτήν δεν υποβλήθηκε το αποδεικτικό εγγραφής της μονάδας επεξεργασίας του είδους «βόειο κρέας» στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων.

25. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας εταιρείας «...», τυγχάνει απορριπτέα, καθώς οι ανωτέρω δύο λόγοι που προβάλλονται κατά της αποδοχής της προσφοράς της θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων λόγων της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς της υπόψη εταιρείας, δοθέντος ότι οι ως άνω πλημμέλειες της προσφοράς της, παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτής (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

26. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη.
3. Απορρίπτει την παρέμβαση της πρώτης παρεμβαίνουσας.
4. Απορρίπτει την παρέμβαση της δεύτερης παρεμβαίνουσας
5. Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 901/ 2022

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27.05.2022 και εκδόθηκε στις 16.06.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

α/α

ΝΑΥΣΙΚΑ

-

ΣΟΦΙΑ

ΜΠΑΣΔΕΛΗ