

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 17.05.2022, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 684/17.05.2022 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην οδό ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί το με αρ. 302/2022 Απόσπασμα πρακτικών της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής - κατ' αποδοχή του, από 25.02.2022, Πρακτικού αξιολόγησης των «Δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών» (No 1), του, από 01.03.2022, Πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης (No 2) και του, από 28.04.2022, Πρακτικού ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης (No 3) της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «...» (CPV ...), προϋπολογισμού 240.900,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αρ. πρωτ. ...Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η Προσφορά της, αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης και εγκρίθηκαν, ως πλήρη, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε στον ένδικο Διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού χιλίων διακοσίων πέντε ευρώ 1.205,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 17.05.2022, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 685/17.05.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής. όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 240.900,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Αρχής, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η

κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 06.05.2022.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό 266741 Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Το δε έννομο συμφέρον της για την άσκηση της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, θεμελιώνεται εν προκειμένω στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ).

Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 302/2022 Απόφαση του Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής - που, κατά την άποψή της, πάσχει, μεταξύ άλλων, λόγω μη τήρησης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας - μη νομίμως κατακυρώθηκε η προς ανάθεση σύμβαση στην εταιρία «...», με ποσό προσφοράς 233.458,38€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 9% (214.182,00€ + 19.276,38€), διότι συνέτρεχαν στο πρόσωπό της αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού της από την ένδικη διαδικασία, όπως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης», παροχή παραπλανητικών πληροφοριών, δυνάμενων να επηρεάσουν την αναθέτουσα αρχή ως προς την επιλογή αναδόχου και σύναψη συμφωνιών νόθευσης του ανταγωνισμού.

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «1) ΔΙΟΤΙ, τα πρακτικά ανάδειξης προσωρινού αναδόχου ΠΑΣΧΟΥΝ ΤΥΠΙΚΗΣ ΑΚΥΡΟΤΗΤΑΣ , καθώς η επιτροπή ΑΝΕΔΕΙΞΕ ως προσωρινό ανάδοχο την εταιρεία με την επωνυμία αν και η εταιρεία αυτή ουδέποτε ΣΥΜΜΕΤΕΙΧΕ στον διαγωνισμό. Αντιθέτως, η εταιρεία που συμμετείχε ήταν η ... και αυτή η εταιρεία προσκόμισε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Όλα τα πρακτικά αξιολόγησης των προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, ΑΝΑΦΕΡΟΝΤΑΙ ΣΕ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΟΥ ΔΕΝ ΣΥΜΜΕΤΕΙΧΕ ΣΤΟΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ, δηλαδή σε μια προσωπική εταιρεία, αν και η πραγματικώς συμμετέχουσα ήταν ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ. Συνεπώς, εξ αυτού του τυπικού λόγου και μόνο η απόφαση είναι ακυρωτέα και αυτεπαγγέλτως, αφού αναδεικνύει ανάδοχο ΠΟΥ ΔΕΝ ΣΥΜΜΕΤΕΙΧΕ στην διαγωνιστική διαδικασία.

2) Διότι, εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 3.3.1 της διακήρυξης προβλέπεται διαδικασία ΠΟΥ ΔΕΝ ΤΗΡΗΘΗΚΕ επί ποινής ακυρότητας.

Πιο συγκεκριμένα, η παράγραφος αυτή, ορίζει επί λέξει: «Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», σε όλους τους οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος στη διαδικασία ανάθεσης, εκτός από όσους αποκλείστηκαν οριστικά, ιδίως δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, την απόφαση κατακύρωσης, στην οποία αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 360 έως 372 του ν. 4412/2016, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, και, επιπλέον, αναρτά τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στα «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού». Από τα έγγραφα που μου κοινοποιήθηκαν και ιδίως την προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία γίνεται δεκτή η έγκριση των αποτελεσμάτων, της επιτροπής του Διαγωνισμού, προκύπτει ΟΤΙ ΔΕΝ ΑΝΑΦΕΡΟΝΤΑΙ ΟΙ ΠΡΟΘΕΣΜΙΕΣ για την αναστολή σύναψης της σύμβασης, σύμφωνα με το νόμο. Συγκεκριμένα, ενώ αναφέρεται ότι κατά της απόφασης, επιτρέπεται η άσκηση ενδίκων μέσων και βοηθημάτων, ΔΕΝ ΑΝΑΦΕΡΟΝΤΑΙ ΟΥΔΟΛΩΣ ΠΡΟΘΕΣΜΙΕΣ ούτε ότι υπάρχει αυτοδίκαιη αναστολή για τη σύναψη σύμβασης, μέχρι την εκπνοή των προθεσμιών αυτών. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη είναι άκυρη και εκ του λόγου τούτου και πρέπει να εξαφανισθεί.

3) Επειδή, στο πρόσωπο του προσφεύγοντος συντρέχουν περισσότεροι επάλληλοι λόγοι αποκλεισμού και η αρχή όφειλε να απορρίψει την υποψηφιότητά του κατά την εξέταση των δικαιολογητικών συμμετοχής. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο απέκρυψε από την αναθέτουσα αρχή, παρέχοντας εν γνώσει του ψευδείς και παραπλανητικές πληροφορίες. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την με ημερομηνία 4-6-2020 υπηρεσιακή έκθεση της ΔΙΕΥΘΥΝΣΗΣ ΚΤΗΝΙΑΤΡΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ..., στις 4-6 2020 διενεργήθηκε ΕΛΕΓΧΟΣ από κλιμάκιο της ως άνω υπηρεσίας στο υποκατάστημα της εταιρίας ...στην ... της Κατά τον έλεγχο αυτό διαπιστώθηκε ότι σε προϊόντα ζωικής προέλευσης ΠΟΥ ΕΙΧΑΝ ΩΣ ΠΑΡΑΛΗΠΤΗ την ανταγωνίστρια εταιρεία και τελικό αποδέκτη την ..., υπήρχε ποσότητα ΑΚΑΤΑΛΛΗΛΩΝ ΤΡΟΦΙΜΩΝ και μάλιστα ΨΑΡΙΟΥ με πουρέ, που είχε ΑΠΟΨΥΧΘΕΙ και μύριζε δυσάρεστα. Η υπόλοιπη παρτίδα είχε διανεμηθεί ήδη από την εταιρία ...στην «αδερφή» εταιρεία ..., απ' όπου και κατασχέθηκε και ακολουθήθηκε η νόμιμη διοικητική διαδικασία (καταστροφή, δήμευση κλπ). Στα ίδια πλαίσια διενεργήθηκε έλεγχος από τον ΕΦΕΤ στην επιχείρηση του καθ' ου και διαπιστώθηκε ότι δεν συμμορφωνόταν με τις επιταγές του νόμου για την ασφαλή διακίνηση τροφίμων και δη ΓΑΛΑΚΤΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΪΟΝΤΟΣ. Όπως αναφέρεται στην έκθεση ελέγχου: ... Εξάλλου, στο άρθρο 5 της ΥΑ αριθ. 278186/ΦΕΚ Β 1097/2002): Προστασία ονομασίας γάλακτος και γαλακτοκομικών προϊόντων. Καν. ΕΟΚ 1898/87(Βλ. τροπ. ΥΑ/03) (316791) προβλέπεται2 –Κυρώσεις α. Στους παραβάτες των διατάξεων της παρούσας απόφασης, πέραν των προβλεπομένων από το άρθρο 30 παρ. 7 του Ν.Δ 136/46 ποινικών κυρώσεων, επιβάλλεται σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 8 του Ν. 2741/99 πρόστιμο μέχρι τριάντα χιλιάδες (30.000) Ευρώ για κάθε παράβαση. Σε περίπτωση υποτροπής το πρόστιμο διπλασιάζεται. Για την επιβολή των ως άνω κυρώσεων - προστίμων συνεκτιμώνται η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης, η διακινούμενη ποσότητα, ο κύκλος εργασιών της επιχείρησης, το μέγεθος αυτής σε τοπική ή πανελλήνια κλίμακα, ο αριθμός των απασχολούμενων κ.λ.π. Σε κάθε περίπτωση το επιβαλλόμενο πρόστιμο για κάθε παράβαση δεν μπορεί να υπερβεί το 10% του κύκλου εργασιών της επιχείρησης του προηγούμενου οικονομικού έτους. β. Στον φορέα που συμμετέχει, σε δημόσιους διαγωνισμούς "για προμήθεια γαλακτοκομικών

προϊόντων" και υποπίπτει στην παράβαση παράδοσης μη γαλακτοκομικών προϊόντων, πέραν της επιβολής των ανωτέρω προβλεπόμενων κυρώσεων της παραγράφου 2α, του παρόντος άρθρου επιβάλλεται πρόστιμο διπλάσιο της αξίας της κατατεθείσας, για το σκοπό αυτό, εγγύησης και ο εν λόγω φορέας αποκλείεται, στη συνέχεια, από τη συμμετοχή του σε δημόσιους διαγωνισμούς για πέντε (5) συνεχή χρόνια αρχής γενομένης της ημερομηνίας του διαγωνισμού στον οποίο υπέπεσε στη παράβαση. γ. Τα προϊόντα που ανευρίσκονται κατά τους ελέγχους μη συμμορφούμενα με την παρούσα απόφαση όσον αφορά στην επισήμανση και στην παρουσίαση, δεσμεύονται εις χείρας των κατόχων τους και μπορούν να επαναδιατεθούν στην κατανάλωση μόνο κατόπιν συμμόρφωσής τους προς τις διατάξεις της παρούσας. Εν προκειμένω, υπήρξε σκοπούμενη παραπλάνηση ως προς την διακίνηση ΓΑΛΑΚΤΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΙΟΝΤΟΣ εντός του ..., το οποίο διεισέχεται χωρίς σήμανση. Το γεγονός αυτό, δηλαδή η διάθεση ΑΚΑΤΑΛΛΗΛΩΝ ΤΡΟΦΙΜΩΝ, και διακίνησή τους με οχήματα που δεν διέθεταν σύστημα ψύξης, προφανώς αποτελεί σοβαρό υπηρεσιακό παράπτωμα, το οποίο ωστόσο, απεκρύβη από τον αντίδικο, αφού στη σχετική ερώτηση του ΤΕΥΔ απάντησε αρνητικά. Πέραν δε όλων των άλλων, συνεπάγεται και αποκλεισμό του καθ' ου από τους διαγωνισμούς για διάστημα 5 ετών, ήτοι μέχρι το 2025, γεγονός που ομοίως παρασιωπήθηκε από την αντίδικο.

4) Εξάλλου, η ανταγωνίστρια εταιρεία σκόπιμα ανέφερε μεν ότι επιβλήθηκαν σε βάρος της ποινές από την επιτροπή ανταγωνισμού για συμμετοχή σε ΚΑΡΤΕΛ, ωστόσο, η επιτροπή του Διαγωνισμού, παρέλειψε να αξιολογήσει το γεγονός, ως όφειλε δεδομένου ότι σύμφωνα με τις προβλέψεις της διακήρυξης, η συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού ΉΤΑΝ ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΗ ΚΑΙ ΟΧΙ ΔΥΝΗΤΙΚΗ για την αναθέτουσα. Πιο συγκεκριμένα, στην παράγραφο 2.2.3.4 της διακήρυξης ορίζεται: Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις α) ... β) ... γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών, υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την

έννοια του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, (ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 48 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, (στ) ... (ζ) ... (θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία έκδοσης πράξης που βεβαιώνει το σχετικό γεγονός. Εναντίον της εταιρείας με την επωνυμία ..., είχε επιβληθεί πρόστιμο από την ΕΑ σύμφωνα με την ... /2022 απόφασή της [...]. Για την απόδειξη του ισχυρισμού αυτού, προσκομίζω την ... /2022 απόφαση της ΕΑ, διαδικτυακές εκτυπώσεις των εφημερίδων ... , [...] Μετά την έκδοση της ως άνω απόφασης, ο αντίδικος προφανώς για λόγους εντυπωσιασμού μετέβαλε την μορφή της εταιρείας ΣΕ ... με το ίδιο ΑΦΜ. Επειδή, η επιβολή ποινής από την ΕΑ, έχει ως αποτέλεσμα να μην μπορεί να συμμετέχει σε νέους διαγωνισμούς, τουλάχιστον για ένα χρονικό διάστημα (δηλαδή την τριετία που προβλέπει η διακήρυξη), αφού σε αντίθετη περίπτωση ΔΕΝ ΘΑ ΕΙΧΕ ΛΟΓΟ ΥΠΑΡΞΗΣ Ο ΣΧΕΤΙΚΟΣ ΛΟΓΟΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ. Αναφέρω εξάλλου, ότι ο σχετικός λόγος, κατά την προκήρυξη τίθεται ως ΑΠΟΛΥΤΟΣ και όχι ως ΔΥΝΗΤΙΚΟΣ. Συνεπώς, η συμπεριφορά του, εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού της διακήρυξης 2.2.3.4 περ. γ, ε και θ, δεδομένου ότι αποδεινύεται ότι υποπέσει σε παραβάσεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού και δεν έχει παρέλθει τριετία από την επιβολή της ποινής.

Επειδή, όπως έχει κριθεί νομολογιακά (ΣΤΕ 40/2019 ΑΝΑΣΤ) από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία (Βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο Νόμος 4412/2016 και η προαναφερθείσα διακήρυξη αποσκοπούν ν' αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με την σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού,

διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Για το λόγο, άλλωστε, αυτόν παρέχεται στην Αρχή η εξουσία να στηριχθεί όχι μόνο σε διαπιστώσεις σχετικά με την συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, αλλά και σε «επαρκώς εύλογες ενδείξεις», οι οποίες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω φορέας συνήψε τέτοιες συμφωνίες στο παρελθόν. Η ερμηνεία αυτή προκύπτει, άλλωστε, σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24-10-2018 επί της υποθέσεως C- 124/17, (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke MUnchen GmbH), η οποία, εφ' όσον επέλυσε το ζήτημα του χρονικού σημείου ενάρξεως της προβλεπόμενης από το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 56 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24 προθεσμίας (χρόνος εκδόσεως της σχετικής αποφάσεως της αρμόδιας Αρχής και όχι χρόνος συντελέσεως της παραβάσεως), έχει προδήλως δεχθεί, εν όψει του πραγματικού εκείνης της υποθέσεως το προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποίαν το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού που έχουν συναφθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο του εκάστοτε τρέχοντος διαγωνισμού, υπολαμβάνει το άτοπο, ότι δηλαδή ο υποβάλων προσφορά για συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας καλείται να παραδεχθεί ταυτόχρονα, ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού του από την συγκεκριμένη διαδικασία, και δη λόγος ανεπίδεκτος θεραπείας, αφού δεν νοείται στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής η εκ μέρους του φορέα επίκληση των προβλεπόμενων από το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24 (παράγραφοι 7 και 6, πρώτα εδάφια) περιστάσεων άρσεως του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (λ.χ. λήψη μέτρων αυτοκαθάρσεως, πάροδος τριετίας κ.λπ.).

Επειδή για τη στοιχειοθέτηση του λόγου αυτού ΑΡΚΟΥΝ ΕΥΛΟΓΕΣ ΕΝΔΕΙΞΕΙΣ τις οποίες η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αντλήσει από οποιαδήποτε πηγή και δη από την προσκομιζόμενη απόφαση της ΕΑ και την πληθώρα δημοσιευμάτων που πιστοποιούν τα ανωτέρω, συνεπώς, η υποψηφιότητα του ανωτέρω πρέπει να αποκλειστεί και για τον πρόσθετο αυτό λόγο, ανεξάρτητα βέβαια του γεγονότος ότι τα παραπάνω συνιστούν και

σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα κατά τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ. Επειδή, εξάλλου, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών [...]

5) Η επιβολή κυρώσεων στην εταιρεία ... στα πλαίσια προηγούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας. Με την Απόφαση με αρ. Φ.600.163/179/417694 Σ.2281 Αθήνα, 11Αυγ 20 της ...», επιβλήθηκε έκπτωση αξίας 189.983,14€ στην αντίδικο καθώς στο πλαίσιο υλοποίησης σύμβασης με την ΑΑ βρέθηκε ότι οι παρασχεθείσες υπηρεσίες, δεν ανταποκρίνονται πλήρως στις απαιτήσεις της υπηρεσίας, αλλά παρουσιάζουν αντικειμενικά διαπιστωθείσες παρεκκλίσεις που δεν επηρεάζουν την καταλληλότητα των τροφίμων. Δηλαδή βρέθηκε ότι η αντίδικος, άλλα είχε υποχρέωση να παραδίδει και άλλα παρέδιδε κατά την εκτέλεση σύμβασης σίτισης των διαμενόντων στο Το γεγονός αυτό, συνιστά επιβολή ΚΥΡΩΣΕΩΝ, αφού η υποχρεωτική έκπτωση στην παραλαμβανόμενη ποσότητα, αποτελεί μορφή αποζημίωσης της αναθέτουσας αρχής και για τούτο, άλλωστε, προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης προσφυγής ενώπιον των αρμοδίων διοικητικών δικαστηρίων. Στην ερώτηση του ΤΕΥΔ, «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, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις;» η αντίδικος απάντησε αρνητικά αποκρύπτοντας το γεγονός ότι της επιβλήθηκαν οι ως άνω κυρώσεις. Η προαναφερόμενη απόφαση που αποτελεί επιβολή κυρώσεων κατά της ήδη αναδειχθείσας ως προσωρινής αναδόχου εταιρίας, ασκεί ουσιώδη επιρροή στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία διότι κατά την περίπτωση στ', παρ. 4, άρθρου 73 ν. 4412/2016 όπως έχει επιλεγεί ως λόγος υποχρεωτικού αποκλεισμού κατά την περ. στ' όρου 2.2.3.4 της οικείας διακήρυξης (σελ. 17), συνιστά περίπτωση υποχρεωτικού αποκλεισμού του συμμετέχοντα στο διαγωνισμό οικονομικού φορέα, καθώς σχετίζεται με τη

φερεγγυότητα, την αξιοπιστία και την έκβαση της εκτέλεσης προηγούμενης δημόσιας σύμβασης εκ μέρους του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, (βλ. σχετ. αιτιολογική σκ. 101, Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. επίσης σκ. 15, ΕΑ ΣΤΕ 40/2019). [...] Όμως, στην προκειμένη περίπτωση, η απάντηση ήταν αρνητική, επομένως, κατ' αρχήν, ουδέν διορθωτικό μέτρο κατ' άρ. 73 παρ. 7 ν. 4412/2016 έχει τη δυνατότητα η εν λόγω εταιρία να επικαλεστεί, αφής στιγμής δε δήλωσε καν τη συνδρομή προηγούμενης απόφασης έκπτωσης σε βάρος της, αλλά αντίθετα απάντησε αρνητικά δια της επιλογής "ΟΧΙ" στο σχετικό ερώτημα του ΤΕΥΔ (Βλ. απάντηση στο ΤΕΥΔ της προσωρινής αναδόχου εταιρείας). Με τη δε εν λόγω δήλωση της εν λόγω εταιρίας με το ΤΕΥΔ, ήτοι με την απόκρυψη της συνδρομής στο πρόσωπό της περίπτωσης προηγούμενης πλημμέλειας και συγκεκριμένα έκπτωσης κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, και σε αυτή την περίπτωση, στοιχειοθετούνται έτεροι δύο, αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού των περιπτώσεων ζ' και η', άρθρου 73 ν. 4412/2016 περί ψευδούς/ανακριβούς δήλωσης δια του ΤΕΥΔ και παροχής παραπλανητικών πληροφοριών στην αναθέτουσα αρχή, που ασκούν επιρροή στις αποφάσεις που λαμβάνει η τελευταία, στους οποίους θα αναφερθούμε αμέσως κατωτέρω.

6) Η απόκρυψη της επιβολής κυρώσεων από την κτηνιατρική υπηρεσία, αλλά και από την Αναθέτουσα Αρχή, στα πλαίσια άλλης διαγωνιστικής διαδικασίας συνιστούν παράλληλα ψευδή/ανακριβή δήλωση δια του ΤΕΥΔ και επομένως στοιχειοθετείται και έτερος, αυτοτελής λόγος αποκλεισμού. Σύμφωνα με την πρόσφατη απόφαση Ν32/2019 Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Γ' ΑΚΥΡ-Διαδικασία Ν. 4412/2016), η οποία επικύρωσε την απόφαση 4ου Κλιμακίου της Αρχής με αρ. 997/2018 που αφορούσε στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα λόγω συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και συνάμα λόγω ψευδούς/ανακριβούς δήλωσης με το ΤΕΥΔ ακριβώς λόγω αποσιώπησης του προηγούμενου λόγου αποκλεισμού, κρίθηκε ότι (σκέψη 11): «Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις συνάγεται ότι με την ένδικη Διακήρυξη έχει αναχθεί σε λόγο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό η διαπίστωση υποβολής από συμμετέχοντα φορέα σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή αποκρύψεως πληροφοριών σχετικά με την απουσία λόγων αποκλεισμού, ως απότοκος της υποχρέωσης αλήθειας των διαγωνιζομένων, μη τήρηση της οποίας θέτει εν αμφιβόλω την αξιοπιστία τους. [...] Ενόψει

τούτων, μόνη η παρασιώπηση ή ψευδής δήλωση των στοιχείων εκείνων που, κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΤΕΥΔ, είναι απαραίτητα για τη διάγνωση επαγγελματικού παραπτώματος, υπό την έννοια του όρου 2.2.3.3. περ. θ της Διακήρυξης, συνιστά λόγο αποκλεισμού του συμμετέχοντος φορέα, φαίνεται δε ότι συντρέχει στην προκειμένη περίπτωση, ενόψει της περιληφθείσης στο ΤΕΥΔ αρνητικής απαντήσεως της αιτούσας επί του ερωτήματος της υπάρξεως σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, παρότι είχαν επιβληθεί σε βάρος της οι προμνησθείσες και μη αμφισβητούμενες κυρώσεις για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, νόμιμα δε τόσο η Αναθέτουσα Αρχή, όσο και η αποφανθείσα επί της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας ΑΕΠΠ, την κρίση τους περί αποκλεισμού αυτής στήριξαν στην επάλληλη αιτιολογία της ψευδούς δηλώσεως-αποκρύψεως στο ΤΕΥΔ της διαπράξεως σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. [...] Τούτο δε καθότι, με τον αποδοθέντα στην αιτούσα λόγο αποκλεισμού τιμωρείται η αποσιώπηση πληροφοριών, κατά τον όρο 2.2.3.3. περ. ζ της Διακήρυξης, ήτοι των αναγκαίων για τη διάγνωση επαγγελματικού παραπτώματος στοιχείων, αποτελεί δε λόγο διακριτό έναντι αυτής καθαυτής είτε της αθετήσεως των υποχρεώσεων εργατικού δικαίου, είτε του επαγγελματικού παραπτώματος, η συνδρομή των όρων των οποίων ελέγχεται σε επόμενο στάδιο και επί τη βάση των ζητούμενων από τον διαγωνιζόμενο πληροφοριών. Άλλωστε κρίσιμος χρόνος για την παροχή των ζητούμενων πληροφοριών, επομένως και της κρίσεως περί της ακριβείας αυτών, είναι αυτός της υποβολής των προσφορών, μετά των οποίων κατατίθεται και το ΤΕΥΔ, ώστε η ανακρίβεια δεν καθίσταται συγγνωστή από την επέλευση μεταγενέστερων γεγονότων.». Περαιτέρω, αντίστοιχα με την απόφαση με αρ. 40/2019 της Επιτροπής Αναστολών ΣΤΕ (σκ. 18) κρίθηκε ότι: «Έτσι, πιθανολογείται σοβαρά ως βάσιμη η προβαλλομένη αιτίαση, ότι τα μέλη της παρεμβαίνουσας, απαντώντας αρνητικά στο ως άνω ερώτημα του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας, απέκρυψαν πληροφορία που απητείτο για την εξακρίβωση της απουσίας νομίμου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, κατά παράβαση της περιπτώσεως (ζ) του άρ. 22.Α.4 της διακηρύξεως [άρθ. 73 παρ. 4 περ. (ζ) Ν. 4412 και άρθ. 57 παρ. 4 περ. (η) της Οδηγίας] []». Κατά το περιεχόμενο και την έννοια του επίμαχου, εν λόγω λόγου αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει οικονομικό φορέα, εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών

δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή 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 του ν. 4412/2016. Ο σκοπός της πρόβλεψης του παρόντος λόγου αποκλεισμού κυρίως συνίσταται στην αποτροπή των οικονομικών φορέων από το να παρέχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Κατά μείζονα δε λόγο σήμερα, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Ε.Σ./Ε.Ε.Ε.Π. για τις συμβάσεις άνω των ορίων και του Τ.Ε.Υ.Δ. για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), κρίνεται ιδιαιτέρως σημαντική η διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν σε αυτά, (βλ. σελ. 19 της Κατευθυντήριας Οδηγίας υπ' αρ. 20/2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ, αρ. πρωτ. 3800/14.06.2017, ΑΔΑ: ΩΡΞ3ΟΞΤΒ-9Ρ5, βλ. επίσης, Ενότητα Δ, σελίδα 6 της Κατευθυντήριας Οδηγίας με αρ. 15/2016, αρ. πρωτ. 5797/25.11.2016, ΑΔΑ: ΩΧ0ΓΟΞΤΒ-ΑΚΗ 1 περί Οδηγιών συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ, βλ. επίσης τον προσδιορισμό της έννοιας αυτής κατά το προϊσχύον νομικό πλαίσιο της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Στη επίκληση του παρόντος λόγου αποκλεισμού δύναται να προβεί οιοσδήποτε συμμετέχων στον επίμαχο διαγωνισμό οικονομικός φορέας ως προς τη συμμετοχή έτερου οικονομικού φορέα, όταν ο τελευταίος έχει παραλείψει όπως δηλώσει με το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ τη συνδρομή σε βάρος του, άλλου λόγου αποκλεισμού ή την απουσία πλήρωσης ορισμένου εκ της διακήρυξης ποιοτικού κριτηρίου συμμετοχής, (βλ. Δ.Γ. Ράικο, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο-Τόμος Ι, Εκδ. Σάκκουλα 2018, σελ. 688 & εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία «...» παρέλειψε να δηλώσει, ήτοι απέκρυψε τη συνδρομή σε βάρος της δύο λόγων αποκλεισμού, που στην πραγματικότητα στοιχειοθετούν τρεις (3) διαφορετικούς, αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού - καθόσον οι παραβάσεις στις οποίες υπέπεσε, συνιστούν ταυτόχρονα περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ήτοι η εν λόγω εταιρία, η οποία εσφαλμένα και μη νόμιμα ανεδείχθη με την προσβαλλόμενη ως προσωρινή ανάδοχος της προκηρυσσόμενης σύμβασης,

απέκρυψε από την αναθέτουσα αρχή τη συνδρομή σε βάρος της λόγω αποκλεισμού, λόγω πλημμελούς εκτέλεσης, πρότερης δημόσιας σύμβασης, καθώς και λόγω ύπαρξης ακατάλληλου γαλακτοκομικού προϊόντος.

Εν προκειμένω, και ανεξαρτήτως της νομικής εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών της προηγηθείσας έκπτωσης και κρίσης περί μη διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εν λόγω εταιρίας, ως επιμελής και ειλικρινής υποψήφιος όφειλε να δηλώσει στο ΤΕΥΔ τόσο τα περιστατικά περί της σφράγισης της μονάδας παραγωγής του όσο και τα περιστατικά περί την έκπτωση, δηλώνοντας και τα μέτρα τα οποία είχε τυχόν λάβει, προκειμένου να τύχει της δέουσας εκτίμησης από την αναθέτουσα αρχή. Η απόκρυψη-αποσιώπηση όμως των ανωτέρω εκ μέρους της ως άνω εταιρίας της συνδρομής λόγω αποκλεισμού σε βάρος της, διά των αρνητικών απαντήσεων στο ΤΕΥΔ, κάθε άλλο παρά συνιστά ελάσσονα παρατυπία, καθόσον απέκρυψε στοιχεία κρίσιμα για την αξιοπιστία και φερεγγυότητά της αφής στιγμής συντρέχουν σε βάρος πλείονες λόγοι αποκλεισμού. Έτσι ανάδοχος εταιρία δια του υποβληθέντος στον παρόντα διαγωνισμό ΤΕΥΔ, υπέπεσε και σε έτερη πλημμέλεια, η οποία στοιχειοθετεί και την περίπτωση αποκλεισμού στοιχείου ζ', παραγράφου 4, άρθρου 73 ν. 4412/2016 (& αντίστοιχα όρος 2.2.3.4. περ. ζ' της οικείας διακήρυξης) περί σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού, παραβιάζοντας παράλληλα την υποχρέωση της αλήθειας και της διαφάνειας που υπέχουν οι συμμετέχοντες σε ένα διαγωνισμό, ενώ μάλιστα, παράλληλα, εντελώς ψευδώς, είχε δηλώσει στο «Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις» του ΤΕΥΔ ότι «Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι τα στοιχεία που έχω αναφέρει σύμφωνα με τα μέρη I - IV ανωτέρω είναι ακριβή και ορθά και ότι έχω πλήρη επίγνωση των συνεπειών σε περίπτωση σοβαρών ψευδών δηλώσεων.», (βλ. Σχετικό 6, σελ. 29 του υποβληθέντος στο διαγωνισμό ΤΕΥΔ της εν λόγω εταιρίας). (βλ Απόφαση ΑΕΠΠ 846/2018 σκέψεις 61 και επόμενες) 7. Η απόκρυψη της επιβολής ελέγχου από την κτηνιατρική υπηρεσία, της επιβολής κυρώσεων από την 98... και του ελέγχου από τον ΟΛΑΦ ΚΑΙ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ συνιστούν παράλληλα και επιχείρηση επηρεασμού της αναθέτουσας αρχής δια της παροχής παραπλανητικών πληροφοριών που επηρεάζουν ουσιαδώς τις αποφάσεις της τελευταίας και επομένως

στοιχειοθετείται και έτερος, αυτοτελής λόγος αποκλεισμού. Παράλληλα, δια των ανωτέρω αναλυτικά και τεκμηριωμένα αναφερόμενων δηλώσεων της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου με το ΤΕΥΔ που υπέβαλε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, στοιχειοθετείται και ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης η', παραγράφου 4, άρθρου 73 ν. 4412/2016. Κατά την έννοια του παρόντος λόγου αποκλεισμού, ο οποίος, ομοίως προς τους προηγούμενους, έχει καταστεί υποχρεωτικός ενόψει της συμπερίληψης σχετικής ρήτρας της οικείας διακήρυξης δια του όρου 2.2.3.4 περ. η' (σελ. 18). Πρόκειται για περίπτωση ανάρμοστης συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα κατά τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, που φαίνεται να προσανατολίζεται στον αποκλεισμό μόνο από τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην οποία διαπιστώθηκε η υπό κρίση συμπεριφορά (και όχι από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων), προκειμένου να διασφαλίζεται η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας [...] Ήτοι κατά την εν λόγω περίπτωση η', παραγράφου 4, αρ. 73 Ν. 4412/2016 δύναται να επιβληθεί αποκλεισμός από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία κατά την οποία παρασχέθηκαν οι εν λόγω παραπλανητικές ως ανακριβείς πληροφορίες, ήτοι από την παρούσα διενεργούμενη ηλεκτρονική διαγωνιστική διαδικασία σίτισης του Δήμου Η παρούσα περίπτωση αποκλεισμού εισάγεται για πρώτη φορά στο ενωσιακό και εθνικό δίκαιο ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού διαγωνιζομένου και δρα προληπτικά, καθώς τυποποιείται με αυτή η «απόπειρα» επιρροής με αθέμιτο τρόπο επί της συγκεκριμένης τρέχουσας διαγωνιστικής διαδικασίας (χαρακτηρίζεται, δε, από τη θεωρία ως «ήπια διαφθορά»), (βλ. Δ.Γ. Ράικο, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο-Τόμος Ι, Εκδ. Σάκκουλα 2018, σελ. 689). Ήτοι ο οικονομικός φορέας, που προβαίνει στην εν λόγω παράβαση, σκοπεύει στη διασφάλιση της συμμετοχής του και της ανάδειξής του σε ορισμένο διαγωνισμό επί τη βάση ανακριβών, αναληθών πληροφοριών με το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ σχετικά με την πλήρωση των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής και τη συνδρομή ή μη άλλων λόγων αποκλεισμού, που πρόκειται να ασκήσουν ουσιώδη και προφανώς αθέμιτη επιρροή στην απόφαση της αναθέτουσας αρχής ως προς την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία, στην οποία παρέχονται οι εν λόγω παραπλανητικές πληροφορίες, (βλ. & σκ. 11 ΑΕΠΠ 181/2017). [...]

8) Διότι, η υποψηφιότητα του αναδόχου, έπασχε εν συνόλω, καθώς δεν προσκομίζεται ΕΓΓΡΑΦΟ ΤΗΣ ΚΤΗΝΙΑΤΡΙΚΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ, που να προβλέπει την ημερήσια δυναμικότητα παραγωγής και αποτελεί στοιχείο της αδειοδότησης. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης παράγραφος 2.2.6. Β4, ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, όφειλε να περιλαμβάνει άδεια ίδρυσης και λειτουργίας εργαστηρίου παρασκευής τροφίμων. Η εν λόγω άδεια, περιλαμβάνει τόσο τον κωδικό έγκρισης από τον ΕΦΕΤ, την γνωστοποίηση, ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΑΔΕΙΑ ΙΔΡΥΣΗΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΚΤΗΝΙΑΤΡΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ, απ' όπου προκύπτει Η ΔΥΝΑΜΙΚΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ, δηλαδή ο ημερήσιος αριθμός μερίδων. Τοιαύτη άδεια, ΔΕΝ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΤΑΙ στα έγγραφα που κατέθεσε ο ανάδοχος, ούτε προσκομίστηκε εκ των υστέρων κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή, δεν μπορούσε να αξιολογήσει την προσφορά του αναδόχου, αφού δεν ήταν σε θέση να γνωρίζει αν η επιχείρηση, έχει ικανή δυναμικότητα παραγωγής ΜΕΡΙΔΩΝ ΦΑΓΗΤΟΥ ΗΜΕΡΗΣΙΩΣ, και σε τι ύψος ανέρχεται αυτή, αν συσχετίσουμε και το γεγονός ότι ο ανάδοχος δίνει μερίδες φαγητού και σε άλλους φορείς. [...]

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (25.05.2022), ήτοι, εννέα (09) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 16.05.2022 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η οικονομική της προσφορά, αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης του εν λόγω Διαγωνισμού και εγκρίθηκαν ως πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε στον ένδικο Διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει τα εξής: «...II. ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟΙ ΟΙ ΛΟΓΟΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΠΟΥ ΒΑΣΙΖΟΝΤΑΙ ΣΕ ΠΑΡΑΝΟΜΩΣ ΚΤΗΘΕΝΤΑ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ Η΄

ΚΑΙ ΣΕ ΕΙΚΑΣΙΕΣ ΒΑΣΙΣΜΕΝΕΣ ΣΕ ΔΗΜΟΣΙΕΥΜΑΤΑ ΑΜΦΙΒΟΛΗΣ ΑΞΙΟΠΙΣΤΙΑΣ.

Η προσφεύγουσα με τους λόγους της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή μας είναι απορριπτέα λόγω παραβίασης της παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης, προσάπτοντας στην εταιρία μας ότι δήθεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις της εκ των παρ. 2 και 5, άρθρου 18 του ν. 4412/2016, δήθεν έχει επιδείξει σοβαρή ή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, δήθεν έχει διαπράξει σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, δήθεν έχει αποκρύψει επιβληθείσες σε βάρος της κυρώσεις από την κτηνιατρική υπηρεσία, από τον ΕΦΕΤ, από την ΑΣΔΥΣ, από την ΑΔΤΕ, από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, δήθεν τελεί σε σύγκρουση συμφερόντων και σε κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού κατά την προετοιμασία δημοσίων συμβάσεων, περί των οποίων, φέρεται επάλληλα διά της προσφυγής ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας μας παρείχε σοβαρές ψευδείς και παραπλανητικές δηλώσεις επί του ΕΕΕΣ, και για την απόδειξη των οποίων η προσφεύγουσα προσήγαγε τα ακόλουθα έγγραφα ως σχετικά: -Πλήθος δημοσιευμάτων εκ του ημερήσιου ή εβδομαδιαίου τύπου (σχετικό 5 προσφυγής) με αναπόδεικτα και εγκάθετα σχόλια, τα οποία απαραδέκτως εισφέρονται καθώς δεν αποτελούν νόμιμα αποδεικτικά μέσα - Έκθεση ελέγχου ΕΦΕΤ με αρ. πρωτ. ΟΠΣ ... (που δεν έχει αριθμηθεί ως σχετικό στο σώμα της προσφυγής, πλην, όμως, διαβιβάστηκε με την προσφυγή και επιλεκτικά τμήμα αυτής έχει ενταχθεί στη σελ. 17 της προδικαστικής προσφυγής), και την από 4.6.2020 υπηρεσιακή έκθεση της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Περιφέρειας ... (σχετικό 2 προσφυγής), ήτοι ελέγχους εκ των ως άνω υπηρεσιών, οι οποίοι όμως δεν κατέληξαν αρμοδίως σε διαπίστωση παράβασης από την εταιρία μας και επί των οποίων ουδεμία κύρωση έχει επιβληθεί στην εταιρία μας, ως αποδεικνύουμε διά των δημοσίων εγγράφων που προσάγουμε και επικαλούμαστε διά της παρούσας, ως αιτηθήκαμε και λάβαμε από την Κτηνιατρική Υπηρεσία και τον ΕΦΕΤ, αντίστοιχα, (βλ Σχετικά παρέμβασης με αρ. 3-6), - την Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού .../2020 περί υπαγωγής της εταιρίας μας στην απλοποιημένη διαδικασία διευθέτησης διαφοράς άρθρου 25α ν. 3959/2011 (περί της οποίας αφενός είχαμε αναφερθεί προσηκόντως στο ΕΕΕΣ, αφετέρου η διακήρυξη διαλαμβάνει κατά την παρ. 2.2.3.4.γ' ρητή πρόβλεψη ότι η

διαπίστωση της υπαγωγής οικονομικού φορέα σε διευθέτηση διαφοράς δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού εκ των παρ. 4.γ και 4.θ. άρθρου 73, ν. 4412/2016), ζήτημα, το οποίο έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης εκ της Αρχής κατά τα διαλαμβανόμενα στην Απόφαση ΕΑΔΗΣΥ .../2022 σκέψη 4, - την απόφαση της .../11.08.2020 (βλ. Σχετικό 3 προσφυγής), περί επιβολής στην ανάδοχο ένωση, μέλος της οποίας ήταν η εταιρία μας, τιμολογιακής έκπτωσης για παρεκκλίσεις που δεν επηρεάζουν ποσοτικά ή ποιοτικά την εκτέλεση της σύμβασης, η οποία κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή ότι υλοποιήθηκε με επιτυχία σύμφωνα με τις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης τις οποίες προσάγουμε διά της παρούσας, (βλ Σχετικά παρέμβασης με αρ. 7-8) ζήτημα, το οποίο, άλλωστε, έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης εκ της Αρχής (βλ Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1431 και 1489/2021). Προβάλλει, δε, (σελ. 19 και 35 προδικαστικής προσφυγής) η προσφεύγουσα αορίστως και αναπόδεικτα, υποτιθέμενη παραβίαση εκ της εταιρίας μας των διατάξεων περ. δ, και ε', της παρ. 4, άρθρου 73, ν. 4412/2016 (περί σύγκρουσης συμφερόντων και περί υφιστάμενης κατάστασης στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης), άνευ ερείσματος και χωρίς να αναλύει ή να τεκμηριώνει τους σχετικούς λόγους.

Επίσης, προδήλως νόμω αβάσιμα, η προσφεύγουσα προβάλλει ως λόγο αποκλεισμού, την άνευ εννόμων συνεπειών πρόδηλη παραδρομή της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναφέρεται στην εταιρία μας με την προηγούμενη νομική μορφή της ως ετερόρρυθμη εταιρίας, και τέλος, άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει ότι συντρέχει λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης με την προσφυγή, απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί οριστικής κατακύρωσης, διότι σε αυτήν δεν αναφέρεται η προθεσμία για την αναστολή σύναψης της σύμβασης, χωρίς να προβάλλεται οποιαδήποτε βλάβη της προσφεύγουσας, ή τυχόν μη νόμιμη υπογραφή της σύμβασης διαρκούσης της προθεσμίας για την υποβολή προδικαστικής προσφυγής κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής σε όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, που εγκρίθηκαν διά της προσβαλλόμενης με την προσφυγή απόφασης της αναθέτουσας αρχής. Σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 3 άρθρου 19 Συντάγματος, ορίζεται ότι: «Απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού και των

άρθρων 9 και 9Α.». Το δε άρθρο 9Α Συντάγματος προβλέπει τα εξής: «Καθένας έχει δικαίωμα προστασίας από τη συλλογή, επεξεργασία και χρήση, ιδίως με ηλεκτρονικά μέσα, των προσωπικών του δεδομένων, όπως νόμος ορίζει. Η προστασία των προσωπικών δεδομένων διασφαλίζεται από ανεξάρτητη αρχή, που συγκροτείται και λειτουργεί, όπως νόμος ορίζει». Από το συνδυασμό των ως άνω συνταγματικών επιταγών συνάγεται ο παράνομος χαρακτήρας αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του νομοθετικού πλαισίου που αφορά στην προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Κάμψη δε της συνταγματικής απαγόρευσης της παρ. 3 άρθρου 19 και λήψη υπόψιν παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων επιτρέπεται μόνο εφόσον αυτά αποτελούν το μοναδικό αποδεικτικό μέσο για τη διαφύλαξη δικαιολογημένου συμφέροντος, που δεν μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά (κυρίως περιπτώσεις απόδειξης της ενοχής για κακουργήματα επισύροντα την ισόβια κάθειρξη ή της αθωότητας σε ποινικές διαδικασίες, βλ. ΑΠ 42/2004, 840/2011, 1323/2011 κτλ).

Στο πλαίσιο αυτό, στο άρθρο 26 ν. 4624/2019, με τίτλο «Διαβίβαση δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα από δημόσιους φορείς», ορίζεται ότι: «1. Η διαβίβαση δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα από δημόσιο φορέα σε δημόσιο φορέα επιτρέπεται, εφόσον είναι απαραίτητο για την εκτέλεση των καθηκόντων του φορέα που διαβιβάζει ή του τρίτου στον οποίο διαβιβάζονται τα δεδομένα και εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις που επιτρέπουν την επεξεργασία σύμφωνα με το άρθρο 24. Ο τρίτος στον οποίο διαβιβάζονται τα δεδομένα επεξεργάζεται αυτά μόνο για τον 10 σκοπό για τον οποίο διαβιβάστηκαν. Η επεξεργασία για άλλους σκοπούς επιτρέπεται μόνον εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 24. 2. Οι δημόσιοι φορείς επιτρέπεται να διαβιβάζουν δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα σε ιδιωτικούς φορείς εφόσον: α) η διαβίβαση είναι απαραίτητη για την εκτέλεση των καθηκόντων του φορέα που διαβιβάζει και πληρούνται περαιτέρω και οι προϋποθέσεις του άρθρου 24 β) ο τρίτος στον οποίο διαβιβάζονται έχει έννομο συμφέρον να είναι σε γνώση της διαβίβασης και το υποκείμενο των δεδομένων δεν έχει έννομο συμφέρον να μην διαβιβασθούν τα δεδομένα που το αφορούν· ή γ) η επεξεργασία είναι απαραίτητη για τη θεμελίωση, άσκηση ή υποστήριξη νομικών αξιώσεων και ο τρίτος δεσμεύθηκε έναντι του δημόσιου φορέα που του διαβίβασε τα δεδομένα ότι θα τα επεξεργαστεί μόνο για τον σκοπό για τον οποίο διαβιβάστηκαν. Η

επεξεργασία για άλλους σκοπούς επιτρέπεται, εάν επιτρέπεται η διαβίβαση σύμφωνα με την παράγραφο 1 και ο φορέας διαβίβασης έχει παράσχει τη συγκατάθεσή του για τη διαβίβαση. 3. Η διαβίβαση ειδικών κατηγοριών δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα με την έννοια του άρθρου 9 παράγραφος 1 του ΓΚΠΔ, επιτρέπεται εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις της παραγράφου 1 ή της παραγράφου 2 και εφαρμόζεται μία από τις εξαιρέσεις του άρθρου 9 παράγραφος 2 του ΓΚΠΔ ή σύμφωνα με το άρθρο 22 του παρόντος.».

Από την προπαρατεθείσα διάταξη, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999 ΦΕΚ Α 45) συνάγεται ότι εν προκειμένω η προσφεύγουσα, απευθυνόμενη προς δημόσιους φορείς για τη λήψη εγγράφων, τα οποία εμπεριέχουν στοιχεία που αποτελούν δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα του νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας μας, ο οποίος κατά το χρόνο έκδοσης των επικαλούμενων από την προσφεύγουσα εγγράφων ελέγχων εκ της Κτηνιατρικής υπηρεσίας και του ΕΦΕΤ, ήταν ομόρρυθμος εταίρος και νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας μας, υπό την τότε μορφή της, της ετερορρύθμου εταιρίας, όφειλε όπως υποβάλει ειδικό αίτημα, με το οποίο αφενός να επικαλείται και τεκμηριώνει επαρκώς την ανάγκη απόκτησης πρόσβασης στα συγκεκριμένα δεδομένα (καθώς και της περαιτέρω χρήσης τους ενώπιον δικαστικών αρχών, ήτοι της χρήσης τους για σκοπό διαφορετικό από εκείνον για τον οποίο τα δεδομένα συνελέγησαν από τον εκάστοτε αρμόδιο δημόσιο φορέα) για τη θεμελίωση, άσκηση ή υποστήριξη νομικών της αξιώσεων και, αφετέρου, να δεσμεύεται ότι θα επεξεργαστεί τα διαβιβασθέντα σε εκείνη δεδομένα μόνο για το σκοπό για τον οποίο διαβιβάστηκαν. Από τα στοιχεία ωστόσο που συνοδεύουν την προσφυγή, δεν προκύπτει ότι εν προκειμένω η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτημα ενώπιον του ΕΦΕΤ, της Περιφέρειας ...ή της Εισαγγελίας, ή άλλης αρχής, με το ανωτέρω διαλαμβανόμενο περιεχόμενο, συνεπώς, τα 11 ανωτέρω αναφερόμενα σχετικά έγγραφα Εκθέσεων του ΕΦΕΤ και της Κτηνιατρικής Περιφέρειας ..., τα οποία επικαλείται με την προσφυγή της αποκτήθηκαν εκ μέρους της κατά παράβαση του ν. 4624/2019. Η δε χορήγηση της πρόσβασης από μέρους των δημόσιων φορέων, όπως και η επεξεργασία των δεδομένων, περαιτέρω, από την προσφεύγουσα ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και της Αρχής σας, επισύρουν κυρώσεις ποινικού και διοικητικού χαρακτήρα κατά τους ορισμούς

των οικείων διατάξεων ν. 4624/2019 (βλ. ιδίως άρθρα 38, 39, 81, 82), περί των οποίων θα ασχοληθεί η αρμόδια Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων και τα ποινικά και αστικά δικαστήρια. Πλην, όμως, παραμένει το γεγονός ότι τα μη νομίμως κτηθέντα έγγραφα ελέγχων εκ του ΕΦΕΤ και της Κτηνιατρικής υπηρεσίας, δε δύνανται να ληφθούν παραδεκτά υπόψη κατά την παρούσα διαδικασία και οφείλουν να απορριφθούν, απορριπτομένων και των σχετικών λόγων ως αναπόδεικτων. [...] Σε κάθε περίπτωση, οι αρμόδιες Αρχές (ΕΦΕΤ, Κτηνιατρική Υπηρεσία, ΑΣΔΥΣ., ... ΑΔΤΕ), έχουν αρμοδίως εκδώσει βεβαιώσεις, κατά τις οποίες αποδεικνύονται ευθέως, προδήλως και αδιάσειστα, αβάσιμες οι αιτιάσεις της προσφυγής (βλ. Σχετικά 3-9 παρέμβασης), η δε Επιτροπή Ανταγωνισμού διαπίστωσε πολύ συγκεκριμένες παραβάσεις της εταιρίας μας, κατά τα διαλαμβανόμενα στην Απόφαση Ολομέλειας Επ. Αντ. .../2022, σκέψεις 114-117, (βλ. Σχετικό 10 παρέμβασης), ήτοι, συμβάσεις αποκλειστικής συνεργασίας με ετέρους οικονομικούς φορείς οι οποίες «[...] εμπίπτουν στην κατά το άρθρο 1 του Ν. 3959/2011 έννοια της συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων και είχαν ως περιεχόμενο και αντικείμενο την από κοινού αποκλειστική δραστηριοποίηση των συμπραττουσών επιχειρήσεων στην παροχή υπηρεσιών σίτισης στις δομές υποδοχής μεταναστών/ προσφύγων μέσω της συμμετοχής τους στους σχετικούς διαγωνισμούς ή/ και για την περίπτωση της [...] την ρητή δέσμευση περί μη ανάληψης σχετικών έργων σίτισης στη νήσο [...] 116. Τα μέρη ρητά και ανεπιφύλακτα αποδέχονται και αναγνωρίζουν ότι συμμετείχαν σε οριζόντια σύμπραξη, δια της σύναψης συμφωνιών, οι οποίες περιείχαν όρους που συνιστούν εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού – και οι οποίες εφαρμόστηκαν μεταξύ των μερών – καθώς απέτρεπαν την αυτόνομη ή/και μέσω εναλλακτικών κοινοπρακτικών σχημάτων ανταγωνιστική δραστηριοποίηση των συμπραττουσών επιχειρήσεων για τη διεκδίκηση και υλοποίηση μελλοντικών συμβάσεων παροχής υπηρεσιών σίτισης προσφύγων/μεταναστών, μέσω δημόσιων διαγωνισμών με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, στην εκάστοτε προαναφερόμενη περιοχή και κατέτειναν, έτσι, σε περιορισμό της διάθεσης των σχετικών υπηρεσιών κατά παράβαση του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011» και υπήγαγε την εταιρία μας σε διευθέτηση διαφοράς άρθρου 25α, ν. 3959/2011, περίπτωση που δεν θεμελιώνει κανένα εκ των λόγων αποκλεισμού των περιπτώσεων που εξαντλητικά απαριθμούνται

στην παρ. 2.2.3.3 της διακήρυξης, συμπεριλαμβανομένων των περ. γ', δ', ε', στ', ζ', η', θ' παρ. 4, άρθρου 73, ν. 4412/20169 και τα δεδομένα αυτά πλήρως και προσηκόντως δηλώσαμε στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ (βλ Σχετικά 10 - 12).

III. ΕΠΙ ΤΩΝ ΕΠΙΜΕΡΟΥΣ ΛΟΓΩΝ - ΑΒΑΣΙΜΟΤΗΤΑ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ- ΜΗ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΕΩΛΩΝ ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ [...]

Α. Ο λόγος περί ακύρωσης της απόφασης περί οριστικής κατακύρωσης, διότι τα πρακτικά της επιτροπής και οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής αναφέρουν την επωνυμία της εταιρίας μας υπό την προηγούμενη νομική της μορφή, είναι απαράδεκτος και νόμω αβάσιμος [...]. Η προσφεύγουσα ήδη συνομολογεί ότι πρόκειται για τυπικό λόγο και επιπλέον, ουδεμία βλάβη επικαλείται από την κατ' αυτήν τυπική παρανομία της προσβαλλόμενης πράξης και των εγκριθέντων με αυτή πρακτικών. Όμως, όποτε προβάλλεται τυπικός λόγος, δεν αρκεί η επισήμανση της σχετικής παράβασης, πρέπει επιπλέον η παράβαση να είναι ουσιώδης και να προκύπτει σαφώς η βλάβη την οποία υφίσταται η προσφεύγουσα από αυτήν. Στην προκειμένη περίπτωση, δεν προκύπτει, ούτε η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η εσφαλμένη αναγραφή της επωνυμίας της εταιρίας μας, υπό την παλαιά νομική της μορφή, ως ετερόρρυθμη, και όχι υπό τη νέα νομική της μορφή, ως ανώνυμη, άσκησε οποιαδήποτε επιρροή στη διαμόρφωση της ουσιαστικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής, ή ότι αποτέλεσε την αιτία (ή την αφορμή) να στερηθεί η προσφεύγουσα της δυνατότητάς της να ασκήσει κάποιο δικαίωμα, εκ των οποίων συνάγεται ότι ο σχετικός λόγος είναι αυτοτελώς απορριπτέος ως απαράδεκτος. Είναι, όμως, επάλληλα και νόμω αβάσιμος, καθώς η μετατροπή της νομικής μορφής δυνάμει του νόμου 4601/2019 άρθρα 104 και επ, κατά την οποία διατηρείται αναλλοίωτο το νομικό πρόσωπο της εταιρίας, δε συνιστά μεταβολή της νομικής της προσωπικότητας, ως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα. [...] Εφόσον το καταστατικό της εταιρείας με τη νέα νομική της μορφή έχει υποβληθεί στον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, η μετατροπή συντελείται με μόνη την καταχώριση, σύμφωνα με την υποπερίπτωση αα' της περίπτωσης α' της παρ. 1 του άρθρου 16 του ν. 3419/2005, του συμβολαιογραφικού εγγράφου. 3. Από την ολοκλήρωση των

διατυπώσεων δημοσιότητας σύμφωνα με τις παραγράφους 1 και 2, κατά περίπτωση, επέρχονται αυτοδίκαια και έναντι όλων τα εξής αποτελέσματα: α. η μετατραπείσα εταιρεία διατηρεί τη νομική της προσωπικότητα και συνεχίζεται με τη νέα νομική της μορφή χωρίς να πραγματοποιείται μεταβίβαση της περιουσίας της, με ειδική ή καθολική διαδοχή, β. οι διοικητικές άδειες που έχουν εκδοθεί υπέρ της μετατραπείσας εταιρείας συνεχίζουν να υφίστανται, γ. οι μέτοχοι ή οι εταίροι της μετατραπείσας εταιρείας μετέχουν στην εταιρεία με τη νέα νομική της μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις που διέπουν αυτή, δ. δικαιώματα τρίτων στις εταιρικές συμμετοχές της μετατραπείσας εταιρείας διατηρούνται στις εταιρικές συμμετοχές με τη νέα νομική της μορφή. 4. Οι εκκρεμείς δίκες συνεχίζονται αυτοδίκαια και χωρίς άλλη διατύπωση στο όνομα της εταιρείας με τη νέα νομική της μορφή».

13. Ειδικότερα, σύμφωνα με την περ. α΄ της παρ. 3 του άνω άρθρου 113, ν. 4601/2019 προβλέπεται ότι με τη συστατική δημοσίευση στο ΓΕΜΗ κατά τις παρ. 1 ή 2 ανωτέρω, επέρχεται απευθείας μεταβολή στη νομική μορφή της υπό μετατροπή εταιρείας, χωρίς να μεσολαβήσει η λύση και η εκκαθάρισή της και ως εκ τούτου να επέλθει περάτωση της νομικής της προσωπικότητας, η οποία συνεχίζεται στο πρόσωπο της εταιρείας, που προκύπτει από τη μετατροπή. Ο υπό μετατροπή νομικός φορέας επομένως, από το ως άνω χρονικό σημείο και έπειτα συνεχίζει να λειτουργεί υπό νέο νομικό «ένδυμα», αλλά διατηρώντας τη νομική του ταυτότητα και έχοντας τους ίδιους ΑΦΜ. Στη μετατροπή δεν πραγματοποιείται μεταβίβαση περιουσίας, ούτε μέσω καθολικής διαδοχής, όπως συμβαίνει στη συγχώνευση και στη διάσπαση, ούτε μέσω ειδικής διαδοχής. Στη μετατροπή της νομικής μορφής συμμετέχει μόνον ένα νομικό πρόσωπο το οποίο διατηρεί το σύνολο του ενεργητικού του και παθητικού του και απλώς μεταβάλλει εταιρική μορφή. Για το λόγο αυτό στην περίπτωση της μετατροπής δεν μπορεί να γίνει λόγος για κατά κυριολεξία «περιουσιακές συνέπειες», όπως στις περιπτώσεις της συγχώνευσης και της διάσπασης. Η εταιρία που προήλθε από τη μετατροπή έχει όλα τα δικαιώματα, (ενοχικά, εμπράγματα, επί πραγμάτων ή επί άυλων αγαθών κλπ) και ευθύνεται για όλες τις υποχρεώσεις που είχε η μετατραπείσα εταιρία κατά το χρόνο της μετατροπής. Διευκρινίζεται ότι στην προκειμένη περίπτωση δεν πρόκειται για «υποκατάσταση» της προερχόμενης από τη μετατροπή εταιρείας στα δικαιώματα και στις υποχρεώσεις της μετατραπείσας εταιρείας, διότι όπως ήδη

αναφέρθηκε, η τελευταία δεν είναι διάδοχος της πρώτης, αλλά αποτελεί συνέχεια αυτής. Η συνέχιση των έννομων σχέσεων στο πρόσωπο της εταιρίας με τη νέα νομική μορφή γίνεται αυτομάτως με την ολοκλήρωση της μετατροπής, χωρίς να απαιτούνται γι' αυτό περαιτέρω διατυπώσεις, ή επιπλέον προϋποθέσεις. [...] Συνεπώς, εφόσον και η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι η εταιρία μας συμμετείχε στο διαγωνισμό υπό τη νομική μορφή της ανώνυμης εταιρίας, χωρίς να επικαλείται οποιαδήποτε έλλειψη στα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής της, τεχνικής της προσφοράς ή και δικαιολογητικών κατακύρωσης, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή την αναφέρει σε όλα τα έγγραφα του διαγωνισμού, με την προηγούμενη νομική της μορφή, ουδεμία έννομη συνέπεια δύναται να επιφέρει, εκτιμώμενης της αναφοράς της παλαιάς μας επωνυμίας εκ της αναθέτουσας αρχής, μόνον ως εκ προδήλου παραδρομής η οποία είναι ανάξια περαιτέρω αξιολόγησης και η οποία προφανώς δε δύναται να οδηγήσει σε ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης και των εγκριθέντων με αυτήν πρακτικών, καθώς, άλλωστε, ουδεμία σύγκυση δύναται να υπάρξει από μόνη την αναφορά της επωνυμίας υπό την παλαιότερη νομική μορφή της μετατραπείσας εταιρίας μας, σύμφωνα με το νόμο.

Β. Ο λόγος περί ακύρωσης της απόφασης περί οριστικής κατακύρωσης διότι δεν αναφέρεται ρητά η προθεσμία αναστολής της υπογραφής της σύμβασης προβάλλεται απαραδέκτως.

Σύμφωνα με το άρθρο 3.3.1 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «3.3.1. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώνεται η απόφαση έγκρισης των πρακτικών των περ. α & β της παρ. 2 του άρθρου 100 του ν. 4412/2016 (περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής και της οικονομικής προσφοράς). Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», σε όλους τους οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος στη διαδικασία ανάθεσης, εκτός από όσους αποκλείστηκαν οριστικά, ιδίως δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, την απόφαση κατακύρωσης, στην οποία αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 360 έως 372 του ν. 4412/2016, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών,

και, επιπλέον, αναρτά τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στα «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού». Μετά την έκδοση και κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης οι προσφέροντες λαμβάνουν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία και των στοιχείων που υποβλήθηκαν από αυτούς, με ενέργειες της αναθέτουσας αρχής. Κατά της απόφασης κατακύρωσης χωρεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την παράγραφο 3.4 της παρούσας. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά της ανωτέρω απόφασης». Η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι η αναθέτουσα αρχή πράγματι ακολούθησε τη διαδικασία, ως ορίζεται στην ανωτέρω παράγραφο της διακήρυξης, ισχυρίζεται όμως ότι η απόφαση κατακύρωσης οφείλει να ακυρωθεί διότι δεν περιείχε μνεία περί της προθεσμίας αναστολής της σύναψης της σύμβασης. Πρόκειται και πάλι για τυπικό λόγο, και ως προείπαμε, κατά πάγια νομολογία, όποτε προβάλλεται τυπικός λόγος, δεν αρκεί η επισήμανση της σχετικής παράβασης, πρέπει επιπλέον η παράβαση να είναι ουσιώδης και να προκύπτει σαφώς η βλάβη την οποία υφίσταται η προσφεύγουσα από αυτήν. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ούτε ότι υπέστη οποιαδήποτε βλάβη, ούτε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν τήρησε τελικά τη νόμιμη προθεσμία αναστολής της σύναψης της σύμβασης, ούτε άλλωστε κάτι τέτοιο προκύπτει από το φάκελο του διαγωνισμού. Άλλωστε, η ίδια, συμμετέχοντας στο διαγωνισμό, αποδεικνύεται και από την προδικαστική προσφυγή της ότι ήταν πλήρως ενήμερη για τη διαδικασία και τις σχετικές προθεσμίες. Πρόκειται, συνεπώς, για λόγο απορριπτέο ως προβαλλόμενο άνευ εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, η οποία ουδεμία βλάβη επικαλέστηκε ή τεκμηρίωσε από την κοινοποίηση των πρακτικών και αποφάσεων του διαγωνισμού μετά των δικαιολογητικών της συμμετοχής μας, με τον ανωτέρω τρόπο, εφόσον αποδεικνύεται ότι η αναθέτουσα αρχή τήρησε τη νόμιμη προθεσμία αναστολής της σύναψης της σύμβασης, η προσφεύγουσα κατέθεσε την προδικαστική της προσφυγή και η σύναψη της σύμβασης θα ακολουθήσει μόνον εφόσον εκκαθαριστεί η παρούσα προσυμβατική διαφορά, κατά τα οριζόμενα στο Βιβλίο IV περί της έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων ν. 4412/201613 .

16. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υπονοεί ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την ενημερώσει σχετικά με την προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής

προσφυγής, διαλαμβάνοντας ότι «.....». Η προτεινόμενη από την προσφεύγουσα εκδοχή ότι υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να την ενημερώσει για την προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέα καθώς κατά πάγια νομολογία δεν μπορεί να θεωρηθεί επιβαλλόμενη και για την κατ' άρθρ. 345 επ. του ν. 4412/2016 προδικαστική προσφυγή, η άσκηση της οποίας τάσσεται ως προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων, δεδομένου ότι η ενδικοφανής αυτή διαδικασία δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη, διαδικαστικού χαρακτήρα, άλλου διοικητικού νόμου, αλλά από τις ίδιες τις διατάξεις του ν. 4412/2016, για την έννοια των οποίων δεν καταλείπεται καμία εύλογη αμφιβολία, οι οποίες προβλέπουν την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και επιβάλλουν ρητώς, ως προϋπόθεση του παραδεκτού άσκησης ενδίκων βοηθημάτων στα δικαστήρια, την προηγούμενη άσκησή της. Άλλωστε, δεν μπορεί να γίνει ευλόγως δεκτό, ότι επιχείρηση που μετέχει τακτικά σε δημόσιους διαγωνισμούς, όπως η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στην πρώτη σελίδα της προδικαστικής προσφυγής της, ήτοι ότι διαθέτει αξιόλογη εμπειρία από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και έχει μετάσχει σε διαδικασία ανάθεσης με βάση τις διατάξεις του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, να αγνοεί τις -αφορώσες την δικαστική προστασία επί διαφορών, που ανακύπτουν κατά το στάδιο της ανάθεσης- διατάξεις των άρθρων 345 επ. του νόμου αυτού και τις σχετικές προθεσμίες. Σε κάθε περίπτωση, δεδομένου ότι και η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως την προδικαστική προσφυγή της και η αναθέτουσα αρχή έχει τηρήσει τις προθεσμίες και δεν προέβη στην υπογραφή της σύμβασης, ο ισχυρισμός καθίσταται μη ουσιώδης και για το λόγο αυτό απορριπτέος.

Γ. Αβάσιμοι οι λόγοι περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, εκ παραβίασης του άρθρου 18, παρ. 2, ν. 4412/2016 και υποβολής σοβαρών ψευδών και παραπλανητικών δηλώσεων περί αυτών εκ της εταιρίας μας

Η προσφεύγουσα στις σελ. 9-11 αναλύει τις μη ισχύουσες πλέον διατάξεις περί ΤΕΥΔ, καταλήγοντας ότι συντρέχει περίπτωση αποκλεισμού της εταιρίας μας λόγω παραβίασης της παρ. 2, και 5, άρθρου 18, ν. 4412/2016, παραβίαση που συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και το οποίο υποτίθεται ότι αποκρύψαμε από το υποβληθέν ΕΕΕΣ κατά τη συμμετοχή της εταιρίας μας. Ο

λόγος είναι προδήλως απορριπτέος, διότι η εταιρία μας αφενός δεν παρέχει υπηρεσίες καθαριότητας ή φύλαξης, αφετέρου ούτε η προσφεύγουσα επικαλείται ή και τεκμηριώνει ότι η εταιρία μας έχει παραβιάσει διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, ούτε ότι η εταιρία μας έχει παραβιάσει τους νόμους που απαριθμούνται εξαντλητικά στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α' του ίδιου νόμου το οποίο περιλαμβάνει την ακόλουθη νομοθεσία : Δεδομένου ότι δεν υφίσταται σαφής προσδιορισμός των νομικών και πραγματικών λόγων για τους οποίους η προσφεύγουσα παραπονείται περί την παραβίαση του άρθρου 18 ν. 4412/2016 και συνακόλουθα περί επαγγελματικού παραπτώματος και παρεπόμενων σοβαρών ψευδών και παραπλανητικών δηλώσεων, οι σχετικοί λόγοι προβάλλονται αορίστως και συνεπώς είναι απορριπτέοι ως ανεπίδεκτοι εκτιμήσεως και αναπόδεικτοι.

Δ. Αβάσιμοι οι λόγοι περί διάπραξης εκ της εταιρίας μας σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και συνακόλουθα υποβολής σοβαρής ψευδούς και παραπλανητικής δήλωσης επ' αυτού, που αντλούνται από τα διαλαμβανόμενα στην από 4.6.2020 Έκθεση της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας της Περιφέρειας Πέραν από το γεγονός ότι η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα από 4.6.2020 Έκθεση της Δ/σης Κτηνιατρικής της Περιφέρειας ..., (Βλ. Σχετικό 2 προδικαστικής προσφυγής) δεν αποτελεί νόμιμο και παραδεκτό αποδεικτικό μέσο, αξιοσημείωτο είναι ότι το ίδιο το περιεχόμενο της Έκθεσης αποδεικνύει τα αντίθετα από αυτά που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, καθώς ρητά αναφέρεται σε αυτήν ότι το όποιο πρόβλημα καταλληλότητας προϊόντων, σχετίζεται με τη μεταφορική εταιρία «...» και όχι με την εταιρία μας. Προς πλήρη, δε, απόδειξη περί του ψευδούς περιεχομένου του σχετικού λόγου της προσφυγής, και του ότι στην εταιρία μας δεν διαγνώστηκαν παραβάσεις ούτε επιβλήθηκαν κυρώσεις ή πρόστιμα είτε εξ αυτής της έκθεσης, είτε για άλλη αιτία, προσάγουμε και επικαλούμαστε την αίτησή μας προς την Περιφέρεια ... (Σχετικό 3 παρέμβασης) η οποία ανταποκρίθηκε βεβαιώνοντας διά του με αρ. πρωτ. Περιφέρειας ...6005/19.05.2022 δημοσίου εγγράφου ότι, παρά τα καταγγελλόμενα διά της προσφυγής, δεν έχουν επιβληθεί διοικητικές κυρώσεις, ούτε πρόστιμα σε

βάρος της εταιρίας μας, ούτε επί τη βάση του από 4.6.2020 ούτε από οποιοδήποτε άλλο έλεγχο της υπηρεσίας (βλ. Σχετικό 4 παρέμβασης). Αποδεικνύονται, συνεπώς, οι αντλούμενοι από την από 4.6.2020 έκθεση ελέγχου της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας, σχετικοί λόγοι της προσφυγής ως προδήλως ψευδείς και ως εκ τούτου, απορριπτέοι.

Ε. Αβάσιμοι οι λόγοι περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, παραβίασης άρθρου 18, παρ. 2, ν. 4412/2016, ψευδούς και παραπλανητικής δήλωσης, που βασίζονται επί της Έκθεσης Ελέγχου ΕΦΕΤ με αρ. πρωτ. Ο.Π.Σ. .../08.05.2020

Πέραν από το γεγονός ότι η επικαλούμενη Έκθεση ΕΦΕΤ δεν αποτελεί παραδεκτό αποδεικτικό μέσο, αντίκρουση του σχετικού λόγου της προσφυγής δίδει το ίδιο το περιεχόμενο της Έκθεσης, από το οποίο αποδεικνύεται, ότι δεν συντρέχει περίπτωση μη συμμόρφωσης εκ της εταιρίας μας στη νομοθεσία για την τήρηση της οποίας είναι αρμόδιος ο ΕΦΕΤ, ως ψευδώς υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Από την ίδια Έκθεση που επικαλείται η προσφεύγουσα προκύπτει ότι οποιεσδήποτε κυρώσεις υποτίθεται ότι μπορούν να επιβληθούν για παραβάσεις, προϋποθέτουν παράβαση διαπιστωμένη εκ νέου με επανέλεγχο (καθ' υποτροπή), ενώ επίσης από την ίδια Έκθεση αποδεικνύεται (παρ. 10 συμπεράσματα Ελέγχου) ότι και η φερόμενη παράβαση που μας προσάπτει η προσφεύγουσα ως προς τον προηγούμενο έλεγχο της 18.10.2019 περί προσφοράς μη γαλακτοκομικού προϊόντος βρίσκεται σε διαδικασία διερεύνησης, και δεν έχουν επιβληθεί κυρώσεις. Άλλωστε, το αυτό προκύπτει και από τις καταληκτικές συστάσεις του ΕΦΕΤ προς την εταιρία μας (παρ. 11 της Έκθεσης). Επιπλέον, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η εταιρία μας ουδέποτε προσκλήθηκε προς παροχή τυχόν διευκρινίσεων επί των ελέγχων ΕΦΕΤ που διενεργήθηκαν, ώστε να έχουμε τη δυνατότητα να αποδείξουμε ότι το μη γαλακτοκομικό προϊόν που βρέθηκε στις εγκαταστάσεις της εταιρίας μας στις 18.10.2019, ημέρα Παρασκευή, σε μικρή ποσότητα, δεν προοριζόταν να προσφερθεί ως γιαούρτι κατά την εκτέλεση των υπηρεσιών σίτισης του ..., ως αβάσιμα συμπέρανε ο έλεγχος κατά το έτος 2019, αβασιμότητα που προκύπτει πρόδηλα και μόνον από την ποσότητα που βρέθηκε που δεν αντιστοιχεί αντικειμενικά με τις ανάγκες των σιτιζομένων στο ...που τότε ανέρχονταν σε περίπου 14.000, αλλά προοριζόταν για το προσωπικό της επιχείρησής μας που επίσης σιτίζεται καθημερινά και για την παρασκευή συνοδευτικών των

γευμάτων (σάλτσας) προς εκτέλεση άλλων συμβάσεων που η εταιρία μας παράλληλα εκτελεί. Σε κάθε περίπτωση, και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, οι λόγοι της προσφυγής που αντλούνται από το περιεχόμενο της Έκθεσης Ελέγχου ΕΦΕΤ Ο.Π.Σ. .../08.05.2020, αποδεικνύονται ψευδείς, σύμφωνα με το μετ' επίκλησης προσαγόμενο δημόσιο έγγραφο με αριθμ. πρωτ. ΕΦΕΤ .../20.05.2022 (ορθή επανάληψη) διά του οποίου, σε απάντηση αιτήματός μας, (βλ Σχετικά 5-6 παρέμβασης) βεβαιώνεται αρμοδίως από τον ΕΦΕΤ, ότι στο πλαίσιο του επικαλούμενου εκ της προσφεύγουσας ελέγχου, δεν προέκυψαν μη συμμορφώσεις, ούτε θα προκύψουν διοικητικές κυρώσεις, και ότι σχετικά με προγενέστερο έλεγχο που διενεργήθηκε στην εταιρία μας στις 18.10.2019 η υπηρεσία έχει δρομολογήσει διαδικασίες για την επιβολή ή μη διοικητικών κυρώσεων. Ήτοι ουδεμία σχετική απόφαση του ΕΦΕΤ περί απόδοσης οποιασδήποτε παράβασης υφίσταται σε βάρος της εταιρίας μας.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το ν. 4235/2014, άρθρα 23-24, ορίζεται ότι για τη διαπίστωση παραβάσεων και την επιβολή κυρώσεων εκ του ΕΦΕΤ εξ επίσημων ελέγχων αυτού, προϋποτίθεται αφενός κατ' αρχήν η εξέταση της έκθεσης ελέγχου του ΕΦΕΤ από το αρμόδιο συλλογικό όργανο που ορίζει το Διοικητικό Συμβούλιο του ΕΦΕΤ, κατόπιν της λήψης της έκθεσης απόψεων του ενδιαφερόμενου και της αξιολόγησης των αποδεικτικών μέσων και ακολουθεί η έκδοση αιτιολογημένης απόφασης για την επιβολή ή μη κυρώσεων και αφετέρου σε περίπτωση απόφασης περί επιβολής διοικητικών κυρώσεων, ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να ασκήσει ένσταση ενώπιον του Διοικητικού Συμβουλίου του ΕΦΕΤ, το οποίο ακολούθως, είναι αρμόδιο να ακυρώσει ή να τροποποιήσει την απόφαση επιβολής κυρώσεων, ή να απορρίψει την ένσταση. Σύμφωνα, συνεπώς με την ανωτέρω εκ του νόμου περιγραφείσα διαδικασία, μέχρι την απόδοση παράβασης στην εταιρία μας από το αρμόδιο όργανο, ήτοι το Διοικητικό Συμβούλιο του ΕΦΕΤ, κατόπιν αιτιολογημένης εισήγησης του αρμόδιου συλλογικού οργάνου, λήψης της σχετικής απόφασης ΔΣ του ΕΦΕΤ και επίδοσης αυτής στην εταιρία μας, ουδεμία διαπίστωση περί παραβατικότητας της εταιρίας μας υφίσταται, ούτε, άλλωστε, οι ανωτέρω επικαλούμενοι από την προσφεύγουσα έλεγχοι του ΕΦΕΤ συνιστούν εκτελεστές πράξεις, ως έχει ήδη κριθεί από τα αρμόδια δικαστήρια σε συναφείς περιπτώσεις. Συνεπώς, ούτε κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ στον παρόντα διαγωνισμό, ούτε και μέχρι σήμερα, και όπως

αποδεικνύεται διά του προσκομιζόμενου μετ' επικλήσεως δημοσίου εγγράφου (βλ Σχετικό 6 παρέμβασης), ουδέποτε ο ΕΦΕΤ έχει αποδώσει παραβάσεις ούτε έχει επιβάλει κυρώσεις στην εταιρία μας, για οποιοδήποτε έλεγχο επικαλείται η προσφεύγουσα, όσα, δε, προβάλλονται διά της προσφυγής, περί σκοπούμενης παραπλάνησης ως προς την διακίνηση γαλακτοκομικού προϊόντος εντός του ..., περί διάθεσης προϊόντων χωρίς σήμανση, περί διάθεσης ακατάλληλων τροφίμων και διακίνησή τους με οχήματα που δεν διέθεταν σύστημα ψύξης ερειδόμενα στην ανωτέρω Έκθεση, και όλοι οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σε βάρος της εταιρίας μας είναι απορριπτέοι, ως αποδεδειγμένα ψευδείς, αναπόδεικτοι και μη νόμιμοι, διότι αποδεικνύουμε διά της ανωτέρω βεβαίωσης του ΕΦΕΤ ότι δεν συντρέχει απόδοση εκ του ΕΦΕΤ διά απόφασής του, παράβασης στην εταιρία μας οποιωνδήποτε διατάξεων του νόμου, είτε του ν. 4235/2014, είτε του Κανονισμού ΕΚ 852/2004, είτε οποιασδήποτε διάταξης του ΚΤΠ ή άλλης νομοθεσίας εκ του ΕΦΕΤ. Η δε επίκληση εκ μέρους της προσφεύγουσας της ΥΑ με αρ. 278186 (ΦΕΚ Β 1097/2002) προκειμένου να στηρίξει την -κατά την προσφεύγουσα - υποχρέωση αποκλεισμού της εταιρίας μας για διάστημα πέντε ετών από τη συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς, είναι επάλληλα απορριπτέα και για τον ειδικότερο λόγο ότι το επιχείρημα ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης της συμμετοχής μας σε διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού «για προμήθεια ...» (CPV ...) που δεν συντρέχει στην προκειμένη περίπτωση καθώς οι διαγωνισμοί που η εταιρία μας συμμετέχει αφορούν υπηρεσίες σίτισης και όχι προμήθεια «γαλακτοκομικών προϊόντων». Ε. Ως προς την επίκληση λόγου αποκλεισμού της εταιρίας μας δυνάμει της περ. γ, παρ. 2.2.3.4. περί σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (σελ. 18-23 προδικαστικής προσφυγής)

Η προσφεύγουσα προβάλλει το νόμω αβάσιμο ισχυρισμό ότι η διακήρυξη προβλέπει στην παρ. 2.2.3.3 περ. γ', δ', ε', τον αποκλεισμό της εταιρίας μας η οποία προέβη σε προσήκουσα δήλωση επί του υποβληθέντος ΕΕΕΣ (Βλ. Σχετικό 11 παρέμβασης) περί της υπαγωγής της κατόπιν της Απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αρ. .../2022 την οποία προσκομίσαμε, σε διευθέτηση διαφοράς δυνάμει της διάταξης άρθρου 25α ν. 3959/2011. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία μας ανταποκρίθηκε πλήρως στις υποχρεώσεις της, ως περιγράφονται στην παρ. 1, άρθρου 79, ν.

4412/2016 κατά τις οποίες ορίζεται ότι: «Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο 23 τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως [...] η εφαρμογή της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά από την έναρξη ισχύος του παρόντος είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ, οι προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού των περ. ζ' ή/ και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του παρόντος και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου». Αντίστοιχη διάταξη υιοθετεί και η διακήρυξη στην παρ. 2.2.9.2.1 προτελευταίο εδάφιο, κατά την οποία ορίζεται ότι: «Ιδίως επισημαίνεται ότι κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η πάροδος της τριετούς περιόδου της ισχύος του λόγου αποκλεισμού (παραγράφου 10 του άρθρου 73) ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, σύμφωνα με την περ. γ της παραγράφου 2.2.3.4 της παρούσης, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης».

Αποδεικνύουμε ότι σε συμμόρφωση με τις ανωτέρω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, και δεδομένου ότι δεν συντρέχουν οι οικείοι λόγοι αποκλεισμού, διά του υποβληθέντος ΕΕΕΣ (βλ. Σχετικό 11 Παρέμβασης) ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας μας, αληθώς δήλωσε κατόπιν θετικής απάντησης στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ, τα ακόλουθα: «Η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ) με την υπ' αριθ. .../2022 ομόφωνη απόφασή της, εκδοθείσα κατά την απλοποιημένη διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 και σύμφωνα με την υπ' αριθ. .../2020 απόφαση της ΕΑ, υπήγαγε την εταιρία μας σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών του

άρθρ. 25Α ν. 3959/2011 αποδεχόμενη τη σχετική πρόταση Διευθέτησης Διαφοράς που υπέβαλε η εταιρία μας κατά τις υποδείξεις και συνεργαζόμενη πλήρως με την ΕΑ. Με την απόφαση της ΕΑ διαπιστώθηκε ότι η εταιρία μας είχε συμμετάσχει στο παρελθόν σε συμφωνίες με άλλες επιχειρήσεις που περιλάμβαναν υποχρέωση αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ των επιχειρήσεων για τους διαγωνισμούς στη Νήσο ..., κατά το διάστημα από 25.02.2017 - 31.12.2018. Κατά την εκτίμηση της ΕΑ οι συμφωνίες είχαν ως συνέπεια τον αποκλεισμό της συμμετοχής και ανταγωνιστικής δραστηριοποίησης εκάστης εκ των συμπραττουσών επιχειρήσεων αυτόνομα ή και σε ένωση με έτερες επιχειρήσεις και τον αποκλεισμό της υποβολής ανταγωνιστικών προσφορών με συνακόλουθο περιορισμό της διάθεσης των σχετικών υπηρεσιών και εμπίπτουν στην κατά το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 έννοια της συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων. Όπως προκύπτει από το συνημμένο Δελτίο Τύπου, η εταιρία μας συνεργάστηκε πλήρως με την ΕΑ, αποδέχθηκε τις παραπάνω διαπιστώσεις της ΕΑ και την καταβολή προστίμου 125.253,69 ευρώ. Δεδομένου ότι η Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν έχει εισέτι δημοσιευθεί, σας διαβιβάζουμε συνημμένα το σχετικό εκδοθέν Δελτίο Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Όπως αναφέρεται στο Δελτίο Τύπου, η απόφαση της ΕΑ εκδόθηκε χωρίς να εκδοθεί ούτε κοινοποιηθεί στην εταιρία μας σχετική Εισήγηση της ΕΑ που να περιλαμβάνει συγκεκριμένες αιτιάσεις περί παραβίασης των κανόνων ανταγωνισμού. Επίσης, οι παραπάνω συμφωνίες περί αποκλειστικής συνεργασίας με άλλες επιχειρήσεις για την εκτέλεση του έργου της σίτισης των προσφύγων, όπως εμμέσως δέχθηκε και η ΕΑ, δεν αποτελούν υπόθεση νόθευσης διαγωνισμών (bid rigging), καθώς δεν είχαν ως αντικείμενο την χειραγώγηση των προσφορών με στόχο την αύξηση των τιμών ή την υποβάθμιση της ποιότητας των αγαθών ή υπηρεσιών για αγοραστές/αναθέτουσες αρχές που προμηθεύονται τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες μέσω διαδικασίας διαγωνισμών αλλά την αποκλειστική συνεργασία μεταξύ των επιχειρήσεων. Επιλήψιμος κρίθηκε ο αποκλειστικός χαρακτήρας της συνεργασίας μεταξύ των επιχειρήσεων. Κατά την αξιολόγηση της βαρύτητας της παράβασης και την επιβολή μειωμένων προστίμων, η ΕΑ έκρινε ότι η παράβαση εκ μέρους της εταιρίας μας είχε σύντομη διάρκεια, (25.02.2017 ως 31.12.2018), καθαρά τοπικό χαρακτήρα (στη ...), χωρίς να επηρεάζει τον ανταγωνισμό στην επικράτεια ή το ενωσιακό εμπόριο. Λήφθηκε

ακόμη υπ' όψιν ότι κατά την επίδικη περίοδο το ενιαίο αντικείμενο της σίτισης προσφύγων/μεταναστών φιλοξενούμενων στα ...των νησιών του ... είχε καταταμηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή χρονικά και ποσοτικά, μέσω της διενέργειας αλληπάλληλων, κατεπειγουσών διαδικασιών διαπραγμάτευσης για συμβάσεις βραχυχρόνιας, ακόμη και ολιγοήμερης, διάρκειας, ενώ μέχρι τα τέλη του 2019 κανένας δημόσιος διαγωνισμός για ανάθεση σύμβασης μακροχρόνιας διάρκειας δεν είχε καταλήξει σε κατακύρωση/συμβασιοποίηση. Το ως άνω προβληματικό πλαίσιο έχει ρητά αναγνωρίσει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) σε γνώμες της αναφορικά με νομοθετικές ρυθμίσεις που επέτρεπαν κατ' ουσία τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων κατά παρέκκλιση της κείμενης νομοθεσίας, με προσφυγή σε εξαιρετικές, κατεπείγουσες διαδικασίες. Το στρεβλό και ανορθολογικό αυτό πλαίσιο των σχετικών διαδικασιών ανάθεσης επιβεβαιώθηκε από την ΕΑ. Σημειώνουμε ότι με το άρθρο 235 του ν. 4635/2019 (Α' 167/30.10.2019), του οποίου οι ρυθμίσεις επαναλήφθηκαν με το άρθρ. 22 παρ. 4 περίπτ. γ' ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α' 36/09.03.2021) και το άρθρ. 48 του ν. 4886/2022 (ΦΕΚ Α' 12/24.01.2022), τροποποιήθηκαν τα άρθρα 44 του ν. 3959/2011 και 73 παρ. 4 και 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και η υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης εξαιρείται ρητώς πλέον ως λόγος αποκλεισμού της περιπτώσεως γ' του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 που αφορά τη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Το άρθρ. 44 παρ. 3β περίπτ. β' ορίζει ότι «εφόσον συντρέχει...υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25Α ... επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις... η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων...».

Τις παραπάνω νομοθετικές διατάξεις επαναλαμβάνει η διακήρυξη στην παρ. 2.2.3.4. γ' αυτής. Δεδομένου ότι κατ' άρθρο 49 του ν. 3959/2011 ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει σύμφωνα με το άρθρο 51 του ν. 4886/2022 (ΦΕΚ Α' 12/24.01.2022) προβλέπεται ότι «Τα πρόστιμα που προβλέπονται από τον παρόντα νόμο βεβαιώνονται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού ως δημόσια έσοδα και εισπράττονται κατά τον Κώδικα Είσπραξης Δημοσίων Εσόδων (ν.δ. 356/1974, Α' 90) από την αρμόδια Υπηρεσία της Α.Α.Δ.Ε.», διαδικασία που δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί, καθώς η Απόφαση της Ολομέλειας Επιτροπής

Ανταγωνισμού με αρ. .../2022 μόλις δημοσιεύθηκε, διά της παρούσας, δεσμεύομαι να καταβάλω το, αποδεχθέν εκ της υπαγωγής της εταιρίας στην απλοποιημένη διαδικασία διευθέτησης διαφορών, πρόστιμο 125.253,69 ευρώ, αμέσως μόλις βεβαιωθεί κατά την ως άνω διαδικασία. Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι κατά το συνδυασμό των άρθρων 73 και 79 του ν. 4412/2016, το άρθρο 44 του ν. 3959/2011, και τον όρο 2.2.3.4.γ της διακήρυξης η υπαγωγή σε διευθέτηση ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού της εταιρίας μας, στο πλαίσιο αναδιοργάνωσης της εταιρίας μας, έχουμε ήδη λάβει πρόσθετα μέτρα για τη συμμόρφωση με τη νομοθεσία για την προστασία του ανταγωνισμού, μεταξύ των οποίων, τη σύνταξη, έγκριση και υιοθέτηση Κανονισμού Συμμόρφωσης, την υιοθέτηση εσωτερικών ελεγκτικών διαδικασιών για την αποτροπή αντι - ανταγωνιστικών πρακτικών, την εισαγωγή επιπρόσθετων εταιρικών κανόνων για το προσωπικό και τους συνεργάτες και τη διενέργεια επιμορφωτικών δράσεων για το προσωπικό μας.

Επίσης λάβαμε οργανωτικά μέτρα κατά τη διαδικασία πιστοποίησης της Εταιρίας προς τα ISO 37001:2016 «Σύστημα Διαχείρισης για την καταπολέμηση της Διαφθοράς» και προς το Πρότυπο ISO 22301:2012 «Σύστημα περί Επιχειρησιακής Συνέχειας». Στο παρόν ΕΕΕΣ επισυνάπτονται: Το δελτίο Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ο Κανονισμός Συμμόρφωσης της εταιρίας μας και τα σχετικά Πιστοποιητικά συμμόρφωσης της εταιρίας μας προς τα ανωτέρω πρότυπα, για την πλήρη συμμόρφωση της εταιρίας μας προς τη νομοθεσία για την προστασία του ανταγωνισμού. Προσβλέποντας στην απρόσκοπτη συμμετοχή μας στον προκείμενο διαγωνισμό, παραμένουμε στη διάθεση της αρχής σας για την προσκόμιση οποιασδήποτε διευκρίνισης και τεκμηρίωσης.».

Ακολούθως, δε, κατά το στάδιο της κατακύρωσης, η εταιρία μας υπέβαλε και την Απόφαση της Ολομέλειας Επιτροπής Ανταγωνισμού με αρ. .../2022 και τα αποδεικτικά εξόφλησης του προστίμου (βλ Σχετικά 10 και 12 Παρέμβασης), με συνέπεια την πλήρη συμμόρφωσή μας προς τις εφαρμοστέες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης. Εξάλλου, αντίθετα προς τους αβάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, επικαλούμαστε την πρόσφατη κρίση κατά τα διαλαμβανόμενα στην Απόφαση Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. .../2022 επί του ζητήματος της σχέσης μεταξύ της διαπιστωθείσας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού της παράβασης της διάταξης άρθρου 1, ν. 3959/2011 εκ των συμβάσεων

αποκλειστικής συνεργασίας της εταιρίας μας κατά τα έτη 2017-2018, έναντι του λόγου αποκλεισμού εκ της περ. γ' παρ. 4, άρθρου 73, ν. 4412/2016 ότι σύμφωνα με την Απόφαση Επ. Αντ. .../2022 (βλ. σκέψη 4 της Απόφασης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. .../2022 σελ. 24-27), «114..... εμπίπτουν στην κατά το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 έννοια της συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων και είχαν ως περιεχόμενο και αντικείμενο την από κοινού αποκλειστική δραστηριοποίηση των συμπραττουσών επιχειρήσεων στην παροχή υπηρεσιών σίτισης στις δομές υποδοχής μεταναστών/προσφύγων μέσω της συμμετοχής τους στους σχετικούς διαγωνισμούς..... Η υποχρέωση της αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ των ως άνω επιχειρήσεων για μελλοντικό αριθμό διαγωνισμών είχε ως αυτόθροη συνέπεια τον αποκλεισμό της συμμετοχής και ανταγωνιστικής δραστηριοποίησης εκάστης εκ των συμπραττουσών επιχειρήσεων αυτόνομα ή και σε ένωση με έτερες επιχειρήσεις και τον αποκλεισμό της υποβολής ανταγωνιστικών προσφορών και τον συνακόλουθο περιορισμό της διάθεσης των σχετικών υπηρεσιών. Συνεπώς, οι άνω επιχειρήσεις προέβησαν σε οριζόντια σύμπραξη με αντικείμενο τον περιορισμό της διάθεσης των υπηρεσιών σίτισης προσφύγων/μεταναστών ... στις δομές αυτών μέσω των σχετικών δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών, η οποία συνιστά σοβαρό εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού και εμπίπτει στην απαγορευτική διάταξη του άρθρου 1, παρ. 1 του ν. 3959/2011..... 116. Τα μέρη ρητά και ανεπιφύλακτα αποδέχονται και αναγνωρίζουν ότι συμμετείχαν σε οριζόντια σύμπραξη, διά της σύναψης συμφωνιών, οι οποίες περιείχαν όρους που συνιστούν εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού – και οι οποίες εφαρμόστηκαν μεταξύ των μερών – καθώς απέτρεπαν την αυτόνομη ή και μέσω εναλλακτικών κοινοπρακτικών σχημάτων ανταγωνιστική δραστηριοποίηση των συμπραττουσών επιχειρήσεων για τη διεκδίκηση και υλοποίηση μελλοντικών συμβάσεων παροχής υπηρεσιών σίτισης προσφύγων/μεταναστών, μέσω δημόσιων διαγωνισμών με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, στην εκάστοτε προαναφερόμενη περιοχή και κατέτειναν έτσι, σε περιορισμό της διάθεσης των σχετικών υπηρεσιών κατά παράβαση του άρθρου 1, του ν. 3959/2011. 117. Οι εταιρίες συναφώς δεν αμφισβητούν την αποδεικτική αξία των σημαντικότερων στοιχείων της υπόθεσης που τους επιδείχθηκαν στο πλαίσιο των διμερών συσκέψεων και τα οποία στοιχειοθετούν το βάσιμο των ως άνω αποδιδόμενων αιτιάσεων και

αναγνωρίζουν ότι υπό το φως των εν λόγω αποδεικτικών στοιχείων η υπό εξέταση σύμπραξη συνιστά εξ αντικειμένου παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/201120».

Επομένως διαγνώσθηκε και αναγνωρίστηκε και από την εταιρεία ότι έλαβε μέρος σε συμφωνίες που περιείχαν όρους, που εξ αντικειμένου συνιστούσαν περιορισμούς του ανταγωνισμού, ενώ ελήφθη υπόψη ότι «57.... Συμφωνίες, εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως αντικείμενό τους τον περιορισμό του ανταγωνισμού θεωρούνται εκείνες οι οποίες είναι από τη φύση τους ικανές να περιορίσουν τον ανταγωνισμό. Κατά τη σχετική αξιολόγηση του αντικειμένου της σύμπραξης, δεν απαιτείται αντι-ανταγωνιστική πρόθεση, αλλά αρκεί το αντικειμενικά ενδεχόμενο αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα. Εφόσον το αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα είναι αντικειμενικά ενδεχόμενο, η σύμπραξη είναι απαγορευμένη, έστω και αν οι συμπράττοντες δεν αποσκοπούν στο αποτέλεσμα αυτό....» Πάντως, ουδόλως αναγνωρίσθηκε ή διαγνώσθηκε σκοπιμότητα εκ της εταιρείας και στόχος εκ των συμφωνιών προς τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ή οιαδήποτε υποκειμενική στάση της εταιρείας ή βούληση των μερών των συμφωνιών προς το στόχο τέτοιας στρέβλωσης, αλλά μόνον ότι οι συμφωνίες αντικειμενικά και εκ φύσεώς τους είχαν ενδεχόμενο αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα, ασχέτως πρόθεσης ή στόχου των συμφωνιών. Κατά τον δε όρο 2.2.3.4.γ της νυν διακήρυξης, ως λόγος αποκλεισμού ορίζεται η ακόλουθη συνθήκη «γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, με την επιφύλαξη της παρ. 3B του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Επομένως, ο ως άνω λόγος αποκλεισμού δεν συνίσταται στη συμμετοχή σε συμφωνίες που αντικειμενικώς και εκ φύσεώς τους, όπως εν προκειμένω διαπιστώθηκε, φέρουν ενδεχόμενο στρέβλωσης ανταγωνισμού, αλλά σε συμφωνίες που συνάπτονται ακριβώς με στόχο και όχι, ως τυχόν αντικειμενικό αποτέλεσμα ή απορρέοντα κίνδυνο, τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Τούτο ενώ συμφωνία που ουδόλως συνάπτεται με στόχο ακριβώς τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ουδόλως αποκλείεται, λόγω της αγοράς και της θέσης των μερών σε αυτή ως και λοιπών συνθηκών, να φέρει αντικειμενικά κινδύνους για τον ανταγωνισμό, ασχέτως κάθε πρόθεσης των μερών ή στόχου της συμφωνίας. Εξάλλου, συμφωνίες αποκλειστικής

συνεργασίας, δύνανται να μην έχουν πάντως αντι-ανταγωνιστικό κίνδυνο ούτε κάθε τέτοια συμφωνία συνιστά στρέβλωση του ανταγωνισμού, ενώ αντίστροφα άλλες συμφωνίες, που δεν έχουν το περιεχόμενο της αποκλειστικής συνεργασίας, δύνανται να έχουν είτε αντικειμενικό κίνδυνο είτε ακόμη και σκοπό αντι-ανταγωνιστικής στρέβλωσης. Κατ' αποτέλεσμα, μόνο του το γεγονός της γνώσης σύναψης σύμβασης αποκλειστικής συνεργασίας, όχι μόνον δεν συνεπάγεται γνώση σύναψης σύμβασης με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (που εν προκειμένω δεν προκύπτει καν) αλλά ούτε καν γνώση ότι η σύμβαση έχει ή δεν έχει εξ αντικειμένου κίνδυνο για τον ανταγωνισμό. Συνεπώς, αφενός ουδόλως η κατάγνωση της συνθήκης του άρ. 1, ν. 3959/2011 εξομοιούται και δη άνευ ετέρου με τον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.γ. ανωτέρω της διακήρυξης, αφετέρου η ως άνω Απόφαση, αλλά ούτε η εκ της εταιρίας αναγνώριση, περιλαμβάνουνε διάγνωση ή αποδοχή ότι οι οικείες συμφωνίες της εταιρίας ...συνήφθησαν με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Ούτε δύνανται να διευρυνθεί ερμηνευτικά το περιεχόμενο του ως άνω λόγου αποκλεισμού, ώστε να περιλαμβάνει και συμφωνίες που δεν φέρουν αυτά καθαυτά τα οριζόμενα ρητά ως απαραίτητα για να συγκροτηθεί ο λόγος αποκλεισμού, στοιχεία μεταξύ των οποίων, όλως κρίσιμα, ο «στόχος» της συμφωνίας προς στρέβλωση του ανταγωνισμού, ήτοι η υποκειμενική πρόθεση των μερών, όπως διά της συμφωνίας και της σύμπτωσης των μεταξύ τους δηλώσεων βούλησης, καταλήξουν και επιτύχουν σε τέτοια στρέβλωση και σε κάθε περίπτωση και τουλάχιστον, η θέση της στρέβλωσης του ανταγωνισμού εντός της μεταξύ τους συμφωνίας, ως συμβατικού σκοπού ή έστω επιδιωκόμενου και εξυπηρετούμενου, μεταξύ ακόμη και άλλως σωρευτικών στόχων, στόχου αυτής (και όχι ως εν τέλει προκύψαντος και κατ' αποτέλεσμα και εκ των υστέρων, αναγνωρισθέντος εκ της Απόφασης Επιτροπής Ανταγωνισμού, αντικειμενικού ενδεχόμενου ή αποτόκου της, ασχέτως των στόχων της συμφωνίας, ως και της πρόθεσης των μερών και των δι' αυτής επιδιωκόμενων στόχων». Ήτοι, *ad hoc* η Αρχή έχει ήδη ορθά διαγνώσει ότι το εννοιολογικό περιεχόμενο των απαγορευμένων συμφωνιών που καλύπτονται από το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 και το άρθρο 101 Σ.Λ.Ε.Ε., περιλαμβάνοντας οποιουδήποτε είδους συμφωνία είναι ευρύτατο. Προς καταλογισμό, δε, εκ της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε επιχείρηση, παραβίασης του άρθρου 1, ν. 3959/2011, δεν απαιτείται ούτε επίγνωση της φύσης της

συμφωνίας, ούτε αντιανταγωνιστική πρόθεση, ούτε σκοπός, και καταγιγνώσκεται ακόμη και στην περίπτωση που συντρέχει άγνοια ότι η συμφωνία δύναται να θεωρηθεί παράνομη, ακόμη και εάν η συμφωνία εξυπηρετεί και άλλους (θεμιτούς ή/και νόμιμους) σκοπούς, δεν εξετάζεται, δε, εάν υπαγορεύθηκε από συγκεκριμένους εμπορικούς λόγους ή ήταν κατ' εκτίμηση οικονομικά λογική ή πρόσφορη. Αντίθετα, η παρ. 4.δ' άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ ορίζει στενά το εύρος του δυνητικού λόγου αποκλεισμού, προβλέποντας ότι συντρέχει: «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», και αντίστοιχα ο ν. 4412/2016 εξειδικεύει στην παρ. 4.γ άρθρου 73 το σχετικό λόγο, προβλέποντας ότι: «εάν, με την επιφύλαξη της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών, 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». Ad hoc, διά της Απόφασης ΕΑΔΗΣΥ 605/2022 κρίθηκε καταληκτικά ότι: «Συνεπώς, η υπαγωγή στην ως άνω διευθέτηση και η εξόφληση του οικείου προστίμου εξαρχής αναιρούν το λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73, παρ. 4, περ. γ', Ν. 4412/2016, ενώ άλλωστε και ο νυν όρος 2.2.3.4.γ' της διακήρυξης ορίζει ότι «υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού με την επιφύλαξη της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011» (βλ. σελ. 31 της Απόφασης της Αρχής .../2022 και σελ. 29, 30 και 32 κατά την οποία αναλύεται το εφαρμοστέο νομικό πλαίσιο και η αιτιολογία περί απόρριψης του οικείου λόγου συνεχίζεται συμπληρωματικά).

Συνεπώς, από την αντιπαραβολή του άρθρου 57, παρ. 4, περ. δ' της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ (και ισχύει και για την αντίστοιχη ανωτέρω διάταξη περ. γ, παρ. 4 άρθρου 73 του ν. 4412/2016) με το αντίστοιχο άρθρο 101 ΣΛΕΕ (και την αντίστοιχη διάταξη άρθρου 1, ν. 3959/2011) διά των οποίων απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως

αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς, προκύπτει ότι η διάταξη της Οδηγίας και του άρθρου 73, παρ. 4.γ', ν. 4412/2016 (και η αντίστοιχη διάταξη της διακήρυξης 2.2.3.4.γ') έχει σαφώς πιο στενό εννοιολογικό περιεχόμενο, και δεν εντάσσονται στο εννοιολογικό της περιεχόμενο όλες οι αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές που περιγράφονται στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ (και άρθρο 1, ν. 3959/2011). Κρίσιμο για την κατάφαση του σχετικού λόγου αποκλεισμού κατά το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων είναι το γεγονός ότι απαιτείται επιπλέον το στοιχείο είτε ο οικονομικός φορέας είτε η συμφωνία να έχει ως στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, όπως και στην Απόφαση Επ.Αν. 767/2022 επισημαίνεται, το στοιχείο του στόχου είναι αδιάφορο από πλευράς δικαίου του ανταγωνισμού, ενώ παρίσταται απολύτως κρίσιμο από πλευράς δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Επιπλέον, η κρίση αυτή της Αρχής, κατά την Απόφαση 605/2022 αυτής, βασίζεται σε αντίστοιχη κρίση της Ολομέλειας ΣτΕ κατά τη σκέψη 32 της Απόφασης 1819/2020 ότι: «σε σχέση με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που αφορούν επαγγελματικά παραπτώματα, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, έχει κριθεί (με παραπομπή στην απόφαση της ΑΕΠΠ 2/2019, σκ. 22) ότι δεν είναι νόμιμη η διεύρυνσή τους, αφού οι οικείες διατάξεις απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους, βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από την συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων». Εφόσον, συνεπώς κατά τη ρητή διάταξη της διακήρυξης παρ. 2.2.9.2.1 και παρ. 1, άρθρου 79, ν. 4412/2016 δεν συντρέχει εξ αρχής λόγος αποκλεισμού, ούτε εκ της περ. γ', ούτε εκ των περ. ζ', η' και θ', παρ. 2.2.3.3. της διακήρυξης, συνεπάγεται ότι δεν συντρέχει περίπτωση ούτε τριετούς αποκλεισμού, ούτε αξιολόγησης εκ της αναθέτουσας αρχής μέτρων αυτοκάθαρσης, των αντίθετων αιτιάσεων της προσφεύγουσας απορριπτέων ως νόμω αβασίμων.

ΣΤ. Ως προς τους συκοφαντικούς ισχυρισμούς που βασίζονται σε δημοσιεύματα σε βάρος της εταιρίας μας και περί της απόδοσης στην εταιρία μας των λόγων αποκλεισμού περ. δ' (σύγκρουσης συμφερόντων) και ε' (στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία διαδικασίας σύναψης σύμβασης) Η κακόβουλη

διάδοση ότι φέρεται η εταιρία μας να εμπλέκεται σε κακοδιαχείριση διερευνούμενη από την Ευρωπαϊκή Υπηρεσία Καταπολέμησης της Απάτης (OLAF) και σε στρέβλωση του ανταγωνισμού, συνέβη ακριβώς εκ του καταγίγισμου δημοσιευμάτων του τύπου που η προσφεύγουσα άνευ αιδούς επικαλείται σε βάρος μας (βλ σελ. 20 προσφυγής και σχετικό φάκελο δημοσιευμάτων που προσάγει, μαζί με πλήθος ακατάληπτα «έγγραφα») χωρίς να προσάγει, όμως, οποιοδήποτε παραδεκτό αποδεικτικό μέσο. Πλην, όμως, η εταιρία μας δεν έχει καταστεί τουλάχιστον μέχρι σήμερα αντικείμενο διερεύνησης από την ανωτέρω Υπηρεσία, και καμία διαδικασία δεν έχει διενεργηθεί σχετικά σε βάρος μας. Την ανυπαρξία, δε, κυρώσεων, τόσο από την πλευρά της OLAF, όσο και από την πλευρά της Επιτροπής Ανταγωνισμού, επί κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων ή και στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία διαδικασίας σύναψης σύμβασης αποδεικνύει η προσαγόμενη και επικαλούμενη Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού .../2022 ((βλ Σχετικό 10 παρέμβασης). Είναι δε ασύστατος νομικά ο προβαλλόμενος λόγος περί υποχρέωσης δήλωσης στο ΕΕΕΣ αποδοχής εκ μέρους μας των λόγων αποκλεισμού περ. δ' και ε' παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης επειδή ορισμένες ιστοσελίδες δημοσιεύουν αβάσιμα στοιχεία, ούτε η προσφεύγουσα εξειδίκευσε με οποιοδήποτε τρόπο τις αβάσιμες κατηγορίες της, τελεί δε σε προφανή σύγχυση σχετικά με τα περιστατικά που θα μπορούσαν να τεκμηριώσουν τους αντίστοιχους λόγους αποκλεισμού, ως αναλύονται σε οικεία συγγράμματα, στα οποία παραπέμπουμε προς οικονομία της παρούσας παρέμβασης, και δεδομένου ότι πρόκειται για αόριστους και αναπτόδεικτους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Για τους λόγους αυτούς, ουδεμία υποχρέωση είχαμε ή έχουμε περί καταφατικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ για διάπραξη των οικείων παραβάσεων που σχετίζονται με την περ. γ, της παρ. 4, άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ούτε συντρέχει περίπτωση υποβολής ψευδούς δήλωσης διά του υποβληθέντος ΤΕΥΔ, και για το λόγο αυτό.

Ζ. Ως προς τον ισχυρισμό ότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού εκ των περ. στ', παρ. 4, άρθρου. 73 ν. 4412/2016 και περ. στ', παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης αντλούμενος αβασίμως εκ της Απόφασης ... με αρ. πρωτ.. .../11.08.2020

Κατά την περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73, του ν. 4412/2016 προβλέπεται ως προαιρετικός λόγος αποκλεισμού η περίπτωση «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».

Η ερμηνεία της διάταξης προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ, κατά την οποία οι αναθέτοντες φορείς θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις, ή συμβάσεις με αναθέτοντα φορέα, παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία εκτέλεσης, ή αδυναμία παροχής, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για το σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Επισημαίνεται, δε, ότι ούτε ελάχιστονες παρατυπίες υπάγονται στον οικείο λόγο αποκλεισμού, ούτε οποιαδήποτε πλημμέλεια, αντίθετα, πρέπει να διαπιστώνεται η συνδρομή αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της επιβολής αποζημιώσεων της αναθέτουσας αρχής με κριθείσα ως σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια του οικονομικού φορέα κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης της σύμβασης, προκειμένου να ιδρύεται ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Τέλος, επί του σχετικού λόγου εφαρμόζεται απαρέγκλιτα η αρχή της αναλογικότητας.

Από την ίδια την επικαλούμενη, από την προσφεύγουσα προαναφερόμενη απόφαση της ... προκύπτει η αναλήθεια της αιτίας της προσφεύγουσας, διότι αποδεικνύεται ότι η έκπτωση επί του τιμήματος αποφασίστηκε όχι λόγω σοβαρών ή ουσιωδών πλημμελειών ή ελλείψεων περί την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά για παρεκκλίσεις που δεν επηρεάζουν την καταλληλότητα των προϊόντων. Άλλωστε, από μόνον το γεγονός με την ίδια απόφαση εγκρίθηκε η οριστική ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των ποσοτήτων σίπησης, με απλή έκπτωση επί της τιμής, αποδεικνύεται ότι δεν υφίσταται ζήτημα ουσιώδους πλημμέλειας, ουσιώδους έλλειψης ή αναξιοπιστίας της εταιρίας μας. Η δε έκπτωση επί της τιμής επ' ουδεμία περίπτωση δύναται να ερμηνευθεί ως «αποζημίωση» της αναθέτουσας αρχής. Τα αυτά προβλέπονται στο άρθρο 219 του ν. 4412/2016 κατά τις παρ. 3 και 4 του οποίου ορίζεται ότι: «3. Αν η επιτροπή παραλαβής κρίνει ότι οι παρεχόμενες υπηρεσίες ή τα παραδοτέα δεν

ανταποκρίνονται πλήρως στους όρους της σύμβασης, συντάσσεται πρωτόκολλο προσωρινής παραλαβής, που αναφέρει τις παρεκκλίσεις που διαπιστώθηκαν από τους όρους της σύμβασης και γνωμοδοτεί αν οι αναφερόμενες παρεκκλίσεις επηρεάζουν την καταλληλότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών ή παραδοτέων και συνεπώς αν μπορούν οι τελευταίες να καλύψουν τις σχετικές ανάγκες. 4. Για την εφαρμογή της παραγράφου 3 ορίζονται τα ακόλουθα: α) Στην περίπτωση που διαπιστωθεί ότι, δεν επηρεάζεται η καταλληλότητα, με αιτιολογημένη απόφαση του αρμόδιου αποφαινόμενου οργάνου, μπορεί να εγκριθεί η παραλαβή των εν λόγω παρεχόμενων υπηρεσιών ή παραδοτέων, με έκπτωση επί της συμβατικής αξίας, η οποία θα πρέπει να είναι ανάλογη προς τις διαπιστωθείσες παρεκκλίσεις. Μετά την έκδοση της ως άνω απόφασης, η επιτροπή παραλαβής υποχρεούται να προβεί στην οριστική παραλαβή των παρεχόμενων υπηρεσιών ή παραδοτέων της σύμβασης και να συντάξει σχετικό πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην απόφαση». Πρόκειται, συνεπώς, περί λόγου προσφυγής ερειδόμενου επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς η έκπτωση επί του τιμήματος δίδεται σε περίπτωση απολύτως κατάλληλων σε ποιότητα και ποσότητα προϊόντων που απλώς παρεκκλίνουν μη ουσιωδώς από τα προβλεπόμενα κατά τη σύμβαση, ενώ τα αποδιδόμενα διά της προσφυγής σε βάρος μας προκύπτουν μόνον σε περίπτωση σοβαρών και ουσιωδών πλημμελειών που επηρεάζουν την καταλληλότητα, οπότε τυγχάνουν εφαρμογής έτερες διατάξεις του νόμου (ήτοι η περ. β παρ. 4, άρθρου 219 και άρθρου 220 του ν. 4412/2016) και όχι η παρ. 3, ανωτέρω άρθρου 219 ν. 4412/2016 που εφαρμόστηκε κατά αδιάστικτη αναφορά στην ίδια την Απόφαση της ... που η προσφεύγουσα επικαλείται (βλ παρ. ε σχετικού προσφυγής με αρ. 3). Περαιτέρω, ο παρών σχολιαζόμενος λόγος επί της εκδοχής ότι συνεπάγεται και ψευδή δήλωση επί του υποβληθέντος ΕΕΕΣ εκ του νομίμου εκπροσώπου μας (βλ Σχετικό 11 παρέμβασης) είναι και προδήλως αβάσιμος. Και αυτό διότι η αναθέτουσα αρχή της ... έχει χορηγήσει επανειλημμένα στην εταιρία μας βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης επισημαίνοντας ιδίως ότι «η υπ' αριθμ. ... σύμβαση μεταξύ της .../ΔΠΜ και της ένωσης εταιρειών «..., - ..., - ...» εκτελέστηκε προσηκόντως έως την 14 Δεκ 20, συμπεριλαμβανομένων των πρωτοκόλλων οριστικής παραλαβής από τις 09 Μαρ 20 έως και την 16 Μαΐ 20, διάστημα κατά το οποίο

σημειώθηκαν μόνο παρεκκλίσεις οι οποίες δεν επηρεάζουν ποιοτικά και ποσοτικά την παραλαβή των εν λόγω υπηρεσιών, για τις οποίες επιβλήθηκε τιμολογιακή έκπτωση 5% επί της αξίας των συγκεκριμένων ποσοτήτων κατά τα άρθρα 208 και 219 του ν. 4412/2016», όπως αντίστοιχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης είχαν χορηγηθεί στην εταιρία μας και από την αναθέτουσα αρχή ως προς τις συμβάσεις εκ διαπραγματεύσεων έτους 2019 (βλ Σχετικά 7, 8, 9 παρέμβασης). Δεδομένων των ανωτέρω και ο παρών λόγος τόσο ως προς την επίκληση ότι συντρέχει η περίπτωση αποκλεισμού περ. στ' παρ. 2.2.3.4 της διακήρυξης, όσο και ως προς την επίκληση ότι συντρέχει παρεπόμενη σοβαρή ψευδής ή και παραπλανητική δήλωση στο ΕΕΕΣ επ' αυτού, είναι απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

Η. Αβάσιμοι οι λόγοι περί απόκρυψης άλλως περί υποβολής σοβαρών ψευδών και παραπλανητικών δηλώσεων στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, περί τη διάπραξη σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, περί προηγούμενης σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, περί σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, περί σύγκρουσης συμφερόντων, περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού, που βασίζονται επί της από 4.6.2020 έκθεσης ελέγχου της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας, επί του περιεχομένου της Έκθεσης Ελέγχου ΕΦΕΤ με αρ. πρωτ. Ο.Π.Σ. ..., επί της Απόφασης ... με αρ. πρωτ. ... /11.08.2020 και εκ της Απόφασης Επ.Αντ. .../2022. Προσκομίζοντας μετ' επικλήσεως τα ανωτέρω δημόσια έγγραφα / βεβαιώσεις εκ της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας, και εκ του ΕΦΕΤ και των βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης των συμβάσεων εκ της και ... (βλ Σχετικά 4, 6, 7, 8, 9 παρέμβασης) και αξιολογούμενου του ΕΕΕΣ της εταιρίας μας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην Απόφαση Επ.Αντ. .../2022 (βλ Σχετικό 10 παρέμβασης) σε συνδυασμό με τα προβλεπόμενα κατά τη διάταξη της παρ. 1, άρθρου 79 του ν. 4412/201625, αποδεικνύουμε ότι απαντώντας αρνητικά στα σχετικά ερωτήματα του ΕΕΕΣ επί των λόγων αποκλεισμού περ. γ', δ', ε', στ', ζ', η', θ'. παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης, επαληθεύουμε τις εκ των προτέρων αληθείς δηλώσεις του νομίμου εκπροσώπου μας επί του υποβληθέντος ΕΕΕΣ (βλ. Σχετικό 11 παρέμβασης), με συνέπεια, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί απόκρυψης και υποβολής σοβαρών ψευδών και παραπλανητικών δηλώσεων, ως επαναλαμβάνονται σε όλη την

προδικαστική προσφυγή και αναλύονται στις σελ. 26 ως 32 αυτής, να συνεπάγονται ως ευθέως προδήλως αβάσιμοι και εκ του λόγου αυτού απορριπτέοι. Ο δε ισχυρισμός ότι η εταιρία μας υπέστη σφράγιση της μονάδας παραγωγής της από οποιαδήποτε αρχή (σελ. 29 προσφυγής), συμπεριλαμβανομένης της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας ή και του ΕΦΕΤ προβάλλεται από την προσφεύγουσα αορίστως και κακόπιστα, καθώς η τελευταία ουδόλως προσδιορίζει τον ισχυρισμό της, ο οποίος οφείλει να απορριφθεί ως ψευδής και αναπόδεικτος, διότι ουδέποτε σφραγίστηκε η μονάδα παραγωγής της εταιρίας μας, από οποιαδήποτε δημόσια αρχή.

Θ. Ως προς την αβάσιμη αιτίαση ότι η εταιρία μας είναι αποκλειστέα διότι δεν υπέβαλε δήθεν προσηκόντως και επαρκώς την αδειοδότηση της μονάδας της, άλλως ότι δεν αποδείξαμε τη δυναμικότητα της μονάδας παραγωγής ή και ότι δεν αποδείξαμε ότι δυνάμεθα να εκτελέσουμε τη σύμβαση που μας ανατέθηκε. Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 18, ν. 4442/2016, με τίτλο «Γνωστοποίηση λειτουργίας», όπως αντικαταστάθηκε διά του άρθρου 72 Ν.4549/2018, (ΦΕΚ Α 105/14.6.2018)27, ρητά ορίζεται ότι: «1. Η ίδρυση, επέκταση ή εκσυγχρονισμός των δραστηριοτήτων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος Κεφαλαίου, πλην των περιπτώσεων που αναφέρονται στο άρθρο 18Α, υπάγονται στο καθεστώς γνωστοποίησης του άρθρου 5. 2. Η γνωστοποίηση υποβάλλεται αποκλειστικά ηλεκτρονικά από τον φορέα της οικονομικής δραστηριότητας μέσω του Ολοκληρωμένου Πληροφοριακού Συστήματος Άσκησης Δραστηριοτήτων και Ελέγχων (ΟΠΣ - ΑΔΕ) του άρθρου 14. Μέχρι την ενεργοποίηση του ΟΠΣ - ΑΔΕ, η γνωστοποίηση των δραστηριοτήτων του παρόντος Κεφαλαίου, πλην των περιπτώσεων του επόμενου άρθρου, υποβάλλεται από τον φορέα της οικονομικής δραστηριότητας στην Αρχή της παρ. 14 του άρθρου 17 του ν. 3982/2011 (Α` 143), η οποία την κοινοποιεί αμελλητί στις αρμόδιες αρχές. 3. Για την υποβολή της γνωστοποίησης απαιτείται η κατάθεση του παραβόλου του άρθρου 11. Μέχρι την έκδοση της απόφασης της παραγράφου 3 του άρθρου 11, εφαρμόζονται αναλογικά η παράγραφος 1 και η υποπερίπτωση ι της περίπτωσης Β` της παρ. 2 του άρθρου 1 της κοινής υπουργικής απόφασης 14684/914/Φ15/2012 (Β` 3533). 4. Κατά την υποβολή της γνωστοποίησης δεν υποβάλλονται δικαιολογητικά. Τα δικαιολογητικά που προβλέπονται στην κείμενη νομοθεσία για τη λειτουργία της δραστηριότητας

τηρούνται στην εγκατάσταση. 5. Μετά την υποβολή της γνωστοποίησης ή από το χρόνο κατά τον οποίο υπήρχε υποχρέωση για την υποβολή της, η αρμόδια αρχή της παραγράφου 2 διενεργεί ελέγχους με βάση τον βαθμό επικινδυνότητας των δραστηριοτήτων που υπέβαλαν τη γνωστοποίηση. Η αρμόδια αρχή ελέγχει βάσει βαθμού επικινδυνότητας κατά πρώτον, εγκαταστάσεις υψηλού κινδύνου, και ακολούθως μεσαίου κινδύνου και χαμηλού κινδύνου. Μέχρι την εξειδίκευση των κριτηρίων αξιολόγησης κινδύνου και την κατάταξη των επιχειρήσεων σε βαθμό επικινδυνότητας, σύμφωνα με το άρθρο 137 του ν. 4512/2018 (Α` 5), η κατάταξη γίνεται ύστερα από εκτίμηση της αρμόδιας αρχής λαμβάνοντας υπόψη τα κριτήρια του άρθρου 137.6. Για τις δραστηριότητες του παρόντος Κεφαλαίου που υπόκεινται σε καθεστώς γνωστοποίησης, όπου στην κείμενη νομοθεσία αναφέρεται «άδεια λειτουργίας», «υπεύθυνη δήλωση λειτουργίας» ή «ενημέρωση», ως τέτοια νοείται εφεξής η γνωστοποίηση». Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διακήρυξη ως προς το ζήτημα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ορίζεται στην παρ. 2.2.9.2.B.4. ότι για την απόδειξη της δυνατότητας παραγωγής των προϊόντων σίτισης απαιτείται να προσκομιστεί αντίγραφο νόμιμης άδειας ίδρυσης και λειτουργίας εργαστηρίου παρασκευής τροφίμων και για το λόγο αυτό νομίμως η εταιρία μας προσκόμισε τη Γνωστοποίηση Λειτουργίας της βιοτεχνίας (μονάδας παραγωγής χαμηλής όχλησης) με αρ. ... (ver7), η οποία αποτελεί κατά νόμο (παρ. 6, άρθρου 18, ν. 4442/2016) την απαιτούμενη «άδεια λειτουργίας». Στη δε προαναφερόμενη Γνωστοποίηση για τη Λειτουργία μεταποιητικής δραστηριότητας του Τομέα Τροφίμων, αναφέρονται όλες οι απαιτούμενες πληροφορίες, ως προς τη δυναμικότητα της μονάδας παραγωγής, που ανέρχεται σε 56, 25 τόνους παραγόμενου προϊόντος ανά ημέρα, προσκομίσαμε δε, και τη βεβαίωση εκ του ΕΦΕΤ με αρ. πρωτ. ... /21.12.2021 σχετικά με τη χορήγηση κωδικού IMP, δεδομένης της δραστηριότητάς μας στην παραγωγή προϊόντων μεταξύ άλλων με βάση το κρέας (βλ. Σχετικά 13, 14 παρέμβασης). Σημειωτέον ότι με βάση το Παράρτημα Α «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της 36 Σύμβασης» ορίζεται ότι η σύμβαση αφορά στην προμήθεια ... (CPV ...), για την σίτιση ..., ο αριθμός των οποίων υπολογίζεται σε εκατό (120) άτομα, ο δε χρόνος σίτισης υπολογίζεται σε ένα έτος από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, εκ των οποίων προκύπτει ότι δεδομένης της

δυναμικότητας της μονάδας παραγωγής που ανέρχεται σε 56,25 τόνους παραγόμενου προϊόντος ανά ημέρα, είναι προφανές ότι η δυναμικότητά μας επαρκεί για τη σίτιση εκατόν είκοσι ατόμων ανά ημέρα, με το μενού που περιλαμβάνεται στο ίδιο Παράρτημα της Διακήρυξης. Συνεπώς, τα αντιθέτως προβαλλόμενα είναι προδήλως απορριπτέα ως νόμω και ουσία αβάσιμα. Εξάλλου, δεδομένου ότι η ανωτέρω υποβληθείσα με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, γνωστοποίηση λειτουργίας της μονάδας παραγωγής μας, ρητά αναφέρει τον αριθμό πρωτοκόλλου της βεβαίωσης έγκρισης εκ της κτηνιατρικής υπηρεσίας με αρ. πρωτ. ... /12.03.2018, ακόμη και σε περίπτωση αμφιβολίας, ή κατά την εκδοχή που προτείνεται από την προσφεύγουσα, η τυχόν έλλειψη δεν δύναται να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς, ενόψει του ότι στην προκείμενη περίπτωση, δεν πρόκειται για την το πρώτον κτήση απαιτούμενων για τη συμμετοχή προσόντων, αλλά απλώς στην το πρώτον υποβολή αποδεικτικών εγγράφων που ανατρέχουν σε προσόντα ήδη υφιστάμενα στο χρόνο υποβολής της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πλήρως εξακριβώσιμου εφόσον ο αριθμός πρωτοκόλλου της έγκρισης εκ της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας έχει δηλωθεί διά της κατατεθείσας γνωστοποίησης λειτουργίας. Κατά συνέπεια η τυχόν συμπλήρωση με την υποβολή της έγκρισης της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας (Βλ. Σχετικό 15 Παρέμβασης) δεν άγει σε μεταβολή της προσφοράς, αλλά σε επιπλέον τεκμηρίωση και πάντως η σχετική διευκρίνιση ακόμη και εάν θεωρηθεί ότι η προσφορά μας χρήζει συμπλήρωσης, δεν δύναται να επηρεάσει το ουσιαστικό περιεχόμενό της, ούτε να οδηγήσει σε αποκλεισμό καθώς η προηγούμενη παροχή διευκρίνισης είναι υποχρεωτική σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη της παρ. 2.4.6.β' και γ' της διακήρυξης. Ειδικότερα, νόμιμη συντρέχει η περίπτωση υποβολής του σχετικού δικαιολογητικού, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102, ν. 4412/2016 στο πλαίσιο υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής, κατά τη διάταξη της παρ. 3.1.2.1 της διακήρυξης που ορίζει ότι:.... Ακόμη και εάν υποτεθεί ότι τα δικαιολογητικά απόδειξης του ποιοτικού κριτηρίου τεχνικής ικανότητας αφορούν στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και πάλι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να οδηγηθεί στον αποκλεισμό της προσφοράς μας, αλλά οφείλει να μας απευθύνει πρόσκληση προς συμπλήρωση, κατ' εφαρμογή της διάταξης άρθρου 103, ν. 4412/2016, ως ήδη ισχύει σύμφωνα με τις διατάξεις άρθρου 22 του ν. 4903/2022, ήτοι της

νέας διάταξης άρθρου 103 ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α'36/9.3.2021) κατά το οποίο επιβάλλεται η πρόσκλησή μας προς συμπλήρωση, και ορίζεται ρητά πλέον ότι: «2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης. «Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται».

8. Επειδή, στο, από 27.05.2022, έγγραφο Απόψεων της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής:

«[...] Σύμφωνα με το άρ. 2.2.3.4 περ. γ, γίνεται στους όρους της διακήρυξης γίνεται αναφορά στις περιπτώσεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας σύνηψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ωστόσο τίθεται με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν.3959/2011. Εν προκειμένω, η εταιρεία «...», κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ, στην ερώτηση «έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού απάντησε θετικά αναφέροντας αναλυτικά την αριθμ..../2022 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, εκδοθείσα κατά την απλοποιημένη διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών του άρθρου 25 α του ν. 9659/2011 και σύμφωνα με την αριθ. ... /2020 απόφαση της ΕΑ, υπήγαγε την εν λόγω εταιρεία σε διαδικασία διευθέτησης διαφοράς. Σύμφωνα, λοιπόν, με την επιφύλαξη που ορίζει ο όρος 2.2.3.4 της διακήρυξης, του άρθρου 44 παρ.3 β περ. β; ορίζεται ότι «εφόσον συντρέχει, υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25 Α... επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις... η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμού για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων...».

Από τα ως άνω συνάγεται, ότι η αναδειχθείσα εταιρεία «...», σύμφωνα με το συνδυασμό των άρθρων 73 και 79 του ν.4412/2016, το άρθρο 44 του ν. 3959/2011, και τον όρο 2.2.3.4γ της διακήρυξης, η υπαγωγή σε διευθέτηση ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού της εν λόγω εταιρείας. Μάλιστα όπως μας κοινοποίησε έχουν ληφθεί πρόσθετα μέτρα αναδιοργάνωσης για τη συμμόρφωση με τη νομοθεσία για την προστασία του ανταγωνισμού όπως εμφανίζεται από το 31 ης Ιανουαρίου 2022 πρακτικό της εν λόγω εταιρείας και λήφθηκαν παράλληλα οργανωτικά μέτρα κατά τη διαδικασία ISO 22301:2012 « Σύστημα περί Επιχειρησιακής Συνέχειας». Η συσταθείσα επιτροπή του Συνδέσμου Κοινωνικής Προστασίας και Αλληλεγγύης ... και ...; λαμβάνοντας υπόψιν

α) την υπ' αριθμ. ... /12-01-2022 Διακήρυξη του Δημάρχου ...

β) τις υποβληθείσες προσφορές

γ) τις διατάξεις του ν.4412/2016 όπως τροποποιήθηκαν με το ν.4782/2021

δ) την αριθμ.128/26-10-2021 απόφαση έγκρισης πολυετών δαπανών ανάληψης υποχρέωσης

ε) το από 25/02/2022 1^ο πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών

στ) το από 01/03/2022 2^ο πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου πρότεινε προς την οικονομική επιτροπή να κατακυρωθεί η προμήθεια με τίτλο : «ΣΙΤΙΣΗ... 2021-2022», στην εταιρεία «...» με ΑΦΜ ..., καθώς αποτελούσε την οικονομικότερη προσφορά, ήτοι 233.458,38 ευρώ (214.182 + 19.276,38 ευρώ ΦΠΑ 9%), και κατατέθηκαν όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά κατακύρωσης σύμφωνα με τους προβλεπόμενους όρους. Επειδή, τηρήθηκε η νομιμότητα και η εμπρόθεσμη κατάθεση όλων των απαραίτητων δικαιολογητικών. Επειδή, η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...», με ΑΦΜ..., ήταν η οικονομικότερη προσφορά, η οποία κατατέθηκε κατά τη διαγωνιστική διαδικασία και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. [...]».

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

• **1^{ος} λόγος Προσφυγής: Ασάφεια ως προς την επωνυμία του οικονομικού φορέα που αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της σύμβασης**

Κατά την προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη πράξη δέον ακυρωθεί, διότι, ενώ στο συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό αναφέρεται ως προσωρινός μειοδότης η εταιρία με την επωνυμία «...», τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προσκομίστηκαν από την εταιρία «...» και επομένως, υπάρχει ασάφεια ως προς την «ταυτότητα» του συγκεκριμένου συμμετέχοντος. Ωστόσο, εν προκειμένω, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, κατά τους οποίους: α) η μετατροπή της νομικής της μορφής, δυνάμει του Ν. 4601/2019 (βλ. άρθρα 104 και επ.) είναι καθόλα νόμιμη, ενώ δια της μετατροπής αυτής, διατηρείται αναλλοίωτο το νομικό πρόσωπο της εταιρίας και δεν επέρχεται μεταβολή της νομικής της προσωπικότητας (διατηρεί το ίδιο Α.Φ.Μ) και β) το γεγονός ότι όταν η καθής η Προσφυγή αναφέρεται στο συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό υπό την παλαιά νομική μορφή της (ετερόρρυθμη εταιρία) και όχι υπό τη νέα νομική μορφή της (ανώνυμη εταιρία), ουδόλως άσκησε επιρροή στη διαμόρφωση της ουσιαστικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής και περαιτέρω,

ουδόλως είχε ως αποτέλεσμα να στερηθεί η προσφεύγουσα της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας που δικαιούται. Με βάση τα προλεχθέντα, ο σχετικός λόγος Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

• 2^{ος} λόγος Προσφυγής: Ελλιπές περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης

Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, μολονότι στο άρθρο 3.3. («Κατακύρωση – σύναψη σύμβασης») παρ. 1 της Διακήρυξης ορίζεται ρητώς ότι στην Απόφαση κατακύρωσης «... *θα πρέπει να αναφέρονται οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 360 έως 372 του Ν. 4412/2016, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών.*», στην προσβαλλόμενη πράξη του υπόψη Δήμου ουδόλως αναφέρονται οι επίμαχες προθεσμίες και ως εκ τούτου, η πράξη αυτή πάσχει ακυρότητας. Ωστόσο, δοθέντος ότι - ως, άλλωστε, συνομολογεί και η προσφεύγουσα - η αναθέτουσα αρχή ακολούθησε τη διαδικασία που περιγράφεται στο επίμαχο άρθρο 3.3.1. της Διακήρυξης και περαιτέρω, η καταγγελλόμενη παράλειψη δεν είναι ουσιώδης, ούτε προξένησε βλάβη στην προσφεύγουσα, οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της τελευταίας θα πρέπει να απορριφθούν. Τουναντίον, γίνονται, εν προκειμένω, δεκτοί οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, ότι δηλαδή από την εμπρόθεσμη άσκηση της παρούσας Προσφυγής, αποδεικνύεται η μη στέρηση της δικονομικής προστασίας που εδικαιούτο η προσφεύγουσα, άλλως, ότι η προσφεύγουσα «... *ήταν πλήρως ενήμερη για τη διαδικασία και τις σχετικές προθεσμίες*» και ότι ουδεμία ζημία υπέστη από την επίμαχη παράλειψη (εκ παραδρομής σφάλμα της προσβαλλόμενης πράξης). Με βάση τα προλεχθέντα, ο σχετικός λόγος Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

• 3^{ος} λόγος Προσφυγής: Συνδρομή αυτοτελών λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσωρινού μειοδότη (απόκρυψη ή παροχή παραπλανητικών πληροφοριών που σχετίζονται με σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, συμφωνίες νόθευσης του ανταγωνισμού και με σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, με σκοπό τον επηρεασμό της αναθέτουσας αρχής ως προς την επιλογή του αναδόχου)

- Κατά την προσφεύγουσα, στο πρόσωπο της καθής η Προσφυγή συντρέχουν αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού (βλ. **άρθρο 2.4.3.2. περ. γ, δ, ε στ, ζ, η και θ της Διακήρυξης**), ως προκύπτει από το γεγονός ότι η εταιρία αυτή δεν δήλωσε στα οικεία πεδία του Ε.Ε.Ε.Σ τα κάτωθι πραγματικά περιστατικά.

α) Καταρχάς, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι η καθής η Προσφυγή παρέλειψε να δηλώσει ότι, σύμφωνα με την, από 04.06,2020, Υπηρεσιακή Έκθεση της Δ/σης Κτηνιατρικής Περιφέρειας ..., μεταξύ των προϊόντων ζωικής προέλευσης (ψαριών) που διακινήθηκαν από αυτήν, με τελικό αποδέκτη την, βρέθηκε ποσότητα ακατάλληλων προϊόντων.

- Κατά την παρεμβαίνουσα η προαναφερθείσα Έκθεση δεν αποτελεί νόμιμο και παραδεκτό αποδεικτικό μέσο, ενώ από το ίδιο το περιεχόμενο της Έκθεσης αυτής αποδεικνύεται ότι η ακαταλληλότητα των οικείων προϊόντων, σχετίζεται με τη μεταφορική εταιρία «...». Πέραν τούτου, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι ουδέν πρόστιμο ή άλλη διοικητική κύρωση της επιβλήθηκε για το ως άνω περιστατικό.

- Ως προς τον επίμαχο υπ' αριθμ. α) ισχυρισμό, δέον επισημανθεί ότι, αφού στο με αρ. πρωτ. 6005/19.05.2022 έγγραφο της Δ/σης Κτηνιατρικής Περιφέρειας ..., βεβαιώνεται ότι ουδέποτε επιβλήθηκαν διοικητικές κυρώσεις ή πρόστιμα σε βάρος της παρεμβαίνουσας, ούτε εξ αφορμής του επίμαχου, από 04.06.2020, ελέγχου, ούτε για οποιαδήποτε άλλη αιτία (βλ. σχετικό 4 της Παρέμβασης), δεν ήταν υποχρεωτικό, όπως δηλώσει το εν λόγω περιστατικό στο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ περί «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» ή περί «σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης», ως αβασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων. Και τούτο, διότι από την ίδια τη διατύπωση του άρθρου 2.2.3.4. περ. ζ της εν θέματι Διακήρυξης, όπου ορίζεται ρητώς ότι: *«ζ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία.»*, προκύπτει σαφώς, ότι δεν συντρέχουν στην προκείμενη περίπτωση οι προϋποθέσεις του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, αφού ουδεμία κύρωση επιβλήθηκε στην εν λόγω εταιρία, που να της στερεί το

δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων συμβάσεων, απορριπτομένων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

Συνεπώς, οι περιπτώσεις «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», υπό την έννοια του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ του Ν. 4412/2016, προϋποθέτουν, κατά τον νόμο και τη Διακήρυξη, την επιβολής σχετικής κύρωσης/ποινής, λόγω συμπεριφοράς που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα ενός οικονομικού φορέα, η οποία (κύρωση) θα πρέπει να δηλώνεται υποχρεωτικώς στο οικείο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ. Ομοίως και η περίπτωση στ) του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης (*«σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης»*), προϋποθέτει την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ήτοι, περιστάσεις που δεν συντρέχουν στην εξεταζόμενη περίπτωση.

Εν όψει των ανωτέρω, η μη δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. του ως άνω (μεμονωμένου) περιστατικού από την παρεμβαίνουσα, που δεν είχε – ως προελέχθη – ως συνέπεια την επιβολή προστίμων ή άλλων διοικητικών κυρώσεων, ουδόλως στοιχειοθετεί τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ και η του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, **άρθρου 2.2.3.4. περ. ζ και η της οικείας Διακήρυξης**) περί σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού και περί αθέμιτου επηρεασμού της διαδικασίας λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, αντίστοιχα, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

β) Περαιτέρω, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι η καθής η Προσφυγή παρέλειψε να δηλώσει πως, επειδή τα οχήματά της δεν διέθεταν σύστημα ψύξης, τα γαλακτοκομικά προϊόντα που διακινήθηκαν από αυτήν εντός του ..., κρίθηκαν ακατάλληλα. Προς τεκμηρίωση δε των ανωτέρω ισχυρισμών της, παραπέμπει στην με αρ. πρωτ. Ο.Π.Σ. ... /08.05.2020 Έκθεση Ελέγχου ΕΦΕΤ επί της με αρ. ... 1/11.08.2020 Απόφασης της (...) «...», με την οποία της επιβλήθηκε **έκπτωση της συμβατικής αξίας 189.983,14€**. Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: *«[...] Εν προκειμένω, και ανεξαρτήτως της νομικής εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών της προηγηθείσας έκπτωσης και κρίσης περί μη διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της εν λόγω εταιρίας, ως επιμελής και ειλικρινής*

υποψήφιος όφειλε να δηλώσει στο ΤΕΥΔ τόσο τα περιστατικά περί της σφράγισης της μονάδας παραγωγής του όσο και τα περιστατικά περί την έκπτωση, δηλώνοντας και τα μέτρα τα οποία είχε τυχόν λάβει, προκειμένου να τύχει της δέουσας εκτίμησης από την αναθέτουσα αρχή [...]».

• Κατά την παρεμβαίνουσα, από την ίδια της Έκθεση του ΕΦΕΤ, που επικαλείται η προσφεύγουσα προς τεκμηρίωση των σχετικών ισχυρισμών της, προκύπτει ότι: α) για την εν γένει επιβολή κυρώσεων από τον ως άνω Οργανισμό, θα πρέπει να υφίσταται παράβαση διαπιστωμένη εκ νέου με επανέλεγχο (καθ' υποτροπή) και β) η φερόμενη παράβαση σε σχέση με την προσφορά ακατάλληλου γαλακτοκομικού προϊόντος βρίσκεται σε διαδικασία διερεύνησης, ως άλλωστε, προκύπτει και από τις συστάσεις του Οργανισμού προς την εταιρία (βλ. παρ. 11 της, από ..., Έκθεσης του ΕΦΕΤ που επικαλείται ο προσφεύγων). Για τους ανωτέρω λόγους, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι ουδέν πρόστιμο της επιβλήθηκε για το ως άνω περιστατικό, παρά μόνο έκπτωση επί της συμβατικής αξίας, σύμφωνα με το άρθρο 219 του Ν. 4412/2016.

• Ως προς τον επίμαχο υπ' αριθμ. β) ισχυρισμό, δέον επισημανθεί ότι, ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η έκπτωση επί της τιμής δεν δύναται να θεωρηθεί «αποζημίωση» υπό την έννοια του άρ. 2.2.3.4. περ. στ) της Διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «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».

Ως, εξάλλου, αναφέρεται στο με αρ. πρωτ. ... /20.05.2022 έγγραφο του ΕΦΕΤ σε σχέση με το επίμαχο περιστατικό (βλ. σχετικό 6 της Παρέμβασης): «... δεν θα προκύψουν διοικητικές κυρώσεις, δηλαδή επιβολή χρηματικού προστίμου...». Επίσης, στην Απόφαση επιβολής έκπτωσης της τιμής αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «[...] Α π ο φ α σ ί ζ ο υ μ ε

Β. την οριστική ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των ποσοτήτων παραδόθηκαν ... στο όπως παρακάτω:

(1) Αξίας ποσού ύψους τριών εκατομμυρίων επτακοσίων ενενήντα εννέα χιλιάδων εξακοσίων εξήντα χιλιάδων και ογδόντα εννέα λεπτών

(3.799.662,89€) με την επιβολή έκπτωσης 5%, που αντιστοιχεί σε συνολικό ποσό ύψους εκατόν ογδόντα εννέα χιλιάδων εννιακοσίων ογδόντα τριών ευρώ και δεκατεσσάρων λεπτών (189.983,14€), όπως αναλύεται στο Παράρτημα (Α) του παρόντος, καθόσον οι ευρεθείσες αποκλίσεις στις εν λόγω ποσότητες σισσυτίων δεν επηρεάζουν την καταλληλότητα τους και μπορούν να χρησιμοποιηθούν για το σκοπό τον οποίο προορίζονται, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα άρθρα 9 και 11 της εν λόγω σύμβασης και στα άρθρα 208 και 221 του Ν. 4412/2016».

Επομένως, η επιβολή της ως άνω έκπτωσης δεν αφορά σε σοβαρή ή ουσιώδη πλημμέλεια περί την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι, δεν συνιστά «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια του οικονομικού φορέα κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης της σύμβασης...», υπό την έννοια του επίμαχου άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ) του Ν. 4412/2016. Θα πρέπει στο σημείο αυτό να σημειωθεί ότι η τυχόν υπαγωγή μιας μη ουσιώδους πλημμέλειας στο πλαίσιο εκτέλεσης προηγούμενης σύμβασης στον οικείο λόγο αποκλεισμού, θα ερχόταν σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, διότι θα έβαινε πέραν του σκοπού για τον οποίον καθιερώθηκε ο λόγος αυτός. Επομένως, για τη στοιχειοθέτηση του οικείου λόγου αποκλεισμού, θα πρέπει να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια ανάμεσα στη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης της σύμβασης και στην επιβολή αποζημιώσεων ή άλλης παρόμοιας κύρωσης.

Εν όψει των ανωτέρω, δεν ιδρύεται, εν προκειμένω, ο λόγος αποκλεισμού του άρ. 2.2.3.4. περ. στ) της Διακήρυξης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Για τους ίδιους δε λόγους, δεν συντρέχει περίπτωση «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» (άρ. 2.2.3.4. περ. θ), που θέτει εν αμφιφύλλω την αξιοπιστία του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, η μη δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. του ως άνω (μεμονωμένου) περιστατικού από την παρεμβαίνουσα, το οποίο δεν είχε – ως προελέχθη – ως συνέπεια την επιβολή προστίμων ή άλλων διοικητικών κυρώσεων, ουδόλως στοιχειοθετεί τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ και η του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, άρθρου 2.2.3.4. περ. ζ και η της οικείας Διακήρυξης), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Τέλος, σημειώνεται ότι ο ισχυρισμός του

προσφεύγοντος, σύμφωνα με τον οποίον η καθής η Προσφυγή υπέστη σφράγιση της μονάδας παραγωγής της (βλ. σελ. 29 Προσφυγής), προβάλλεται αορίστως και αναποδείκτως και για τον λόγο αυτόν, θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

γ) Τέλος, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι η καθής η Προσφυγή παρέλειψε να δηλώσει ότι επιβλήθηκαν σε βάρος της ποινές από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για συμμετοχή σε καρτέλ (βλ. υπ' αριθμ. .../2022 Απόφαση της Ε.Α). Όπως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα «... με την απόκρυψη της συνδρομής στο πρόσωπό της περίπτωσης προηγούμενης πλημμέλειας και συγκεκριμένα έκπτωσης κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, και σε αυτή την περίπτωση, στοιχειοθετούνται έτεροι δύο, αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού των περιπτώσεων ζ' και η', άρθρου 73 ν. 4412/2016 περί ψευδούς/ανακριβούς δήλωσης δια του ΤΕΥΔ και παροχής παραπλανητικών πληροφοριών στην αναθέτουσα αρχή, που ασκούν επιρροή στις αποφάσεις που λαμβάνει η τελευταία...».

- Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι δεν δύναται να αποκλεισθεί από τον υπόψη Διαγωνισμό, καθώς από τον συνδυασμό των άρθρων 73 και 79 του Ν. 4412/2016, του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011 και του άρθρου 2.2.3.4. περ. γ της Διακήρυξης, προκύπτει ότι η υπαγωγή της σε διευθέτηση διαφορών ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού αναιρεί τον οικείο λόγο αποκλεισμού («γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, με την επιφύλαξη της παρ. 3B του άρθρου 44 του ν. 3959/2011.»).

- Ως προς τον επίμαχο υπ' αριθμ. γ) ισχυρισμό δέον επισημανθεί ότι, δοθέντος ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση, δόθηκε θετική απάντηση («ΝΑΙ») στο επίμαχο ερώτημα: «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», (βλ. Μέρος II «Λόγοι αποκλεισμού» του Ε.Ε.Ε.Σ, σελ. 8) και περαιτέρω η καθής η Προσφυγή ανέλυσε επαρκώς στο εν λόγω έντυπο τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης, ότι δηλαδή με την υπ' αριθμ. .../2022 Απόφαση της ΕΑ διαπιστώθηκε ότι είχε συμμετάσχει στο παρελθόν σε συμφωνίες με άλλες επιχειρήσεις, οι οποίες περιλάμβαναν

υποχρέωση αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ των επιχειρήσεων για τους διαγωνισμούς στην ..., κατά το διάστημα από 25.02.2017 έως 31.12.2018, ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού αποδέχθηκε την εκ μέρους της υποβληθείσα Πρόταση Διευθέτησης Διαφοράς, ότι έχει υπαχθεί σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρ. 25Α του Ν. 3959/2011 κλπ, δεν συντρέχει στο πρόσωπό της ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. γ της ένδικης Διακήρυξης. Μάλιστα, στο ερώτημα: «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);», η καθής η Προσφυγή απάντησε θετικά («ΝΑΙ»), αναλύοντας εν συνεχεία (βλ. σελ. 11 του εν λόγω εντύπου), όλα τα πρόσθετα μέτρα συμμόρφωσης που έλαβε για την προστασία του ανταγωνισμού («... Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι κατά το συνδυασμό των άρθρων 73 και 79 του ν. 4412/2016, το άρθρο 44 του ν. 3959/2011, και τον όρο 2.2.3.4.γ της διακήρυξης **η υπαγωγή σε διευθέτηση ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού της εταιρίας μας, στο πλαίσιο αναδιοργάνωσης της εταιρίας μας, έχουμε ήδη λάβει πρόσθετα μέτρα για τη συμμόρφωση με τη νομοθεσία για την προστασία του ανταγωνισμού**, μεταξύ των οποίων, τη σύνταξη, έγκριση και υιοθέτηση Κανονισμού Συμμόρφωσης, την υιοθέτηση εσωτερικών ελεγκτικών διαδικασιών για την αποτροπή αντι - ανταγωνιστικών πρακτικών, την εισαγωγή επιπρόσθετων εταιρικών κανόνων για το προσωπικό και τους συνεργάτες και τη διενέργεια επιμορφωτικών δράσεων για το προσωπικό μας. Επίσης λάβαμε οργανωτικά μέτρα κατά τη διαδικασία πιστοποίησης της Εταιρίας προς τα ISO 37001:2016 «Σύστημα Διαχείρισης για την καταπολέμηση της Διαφθοράς» και προς το Πρότυπο ISO 22301:2012 «Σύστημα περί Επιχειρησιακής Συνέχειας». Στο παρόν ΕΕΕΣ επισυνάπτονται: Το δελτίο Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ο Κανονισμός Συμμόρφωσης της εταιρίας μας και τα σχετικά Πιστοποιητικά συμμόρφωσης της εταιρίας μας προς τα ανωτέρω πρότυπα, για την πλήρη συμμόρφωση της εταιρίας μας προς τη νομοθεσία για την προστασία του ανταγωνισμού. [...]).

Ως, άλλωστε, αναφέρεται και στην επίμαχη Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (βλ. σκέψεις 116, 117 και 123): **«116. Τα μέρη ρητά και ανεπιφύλακτα αποδέχονται και αναγνωρίζουν ότι συμμετείχαν σε οριζόντια σύμπραξη, δια της σύναψης συμφωνιών, οι οποίες περιείχαν όρους που συνιστούν εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού – και οι οποίες εφαρμόστηκαν μεταξύ των μερών – καθώς απέτρεπαν την αυτόνομη ή/και**

μέσω εναλλακτικών κοινοπρακτικών σχημάτων ανταγωνιστική δραστηριοποίηση των συμπραττουσών επιχειρήσεων για τη διεκδίκηση και υλοποίηση μελλοντικών συμβάσεων παροχής υπηρεσιών σίτισης προσφύγων/μεταναστών, μέσω δημόσιων διαγωνισμών με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, στην εκάστοτε προαναφερόμενη περιοχή και κατέτειναν, έτσι, σε περιορισμό της διάθεσης των σχετικών υπηρεσιών κατά παράβαση του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011. **117.** Οι εταιρίες συναφώς, δεν αμφισβητούν την αποδεικτική αξία των σημαντικότερων στοιχείων της υπόθεσης που τους επιδείχθηκαν στο πλαίσιο των διμερών συσκέψεων και τα οποία στοιχειοθετούν το βάσιμο των ως άνω αποδιδόμενων αιτιάσεων και αναγνωρίζουν ότι, υπό το φως των εν λόγω αποδεικτικών στοιχείων, η υπό εξέταση σύμπραξη συνιστά εξ αντικειμένου παράβαση του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011.», «**123.** Εν προκειμένω, δεδομένου ότι οι παραβατικές πρακτικές αφορούν σε σύναψη συμφωνιών με καθαρά τοπικό χαρακτήρα, καθώς αφορούσαν στην παροχή υπηρεσιών σίτισης μεταναστών/ προσφύγων μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών στις ..., που αποτελούν μικρό μέρος της ελληνικής επικράτειας, εκτιμάται, δυνάμει και των ανωτέρω αναφερομένων, ότι δεν δύνανται να επηρεάσουν αισθητά το εμπόριο μεταξύ κρατών-μελών και συνεπώς το άρθρο 101 ΣΛΕΕ δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω. Συνεκτιμάται περαιτέρω προς αυτή την κατεύθυνση ότι η μία εκ των εμπλεκόμενων εταιριών [...] Σημειωτέον ότι οι σχετικές διαγωνιστικές διαδικασίες κατά την εξεταζόμενη περίοδο προκηρύσσονταν και διενεργούνταν από τις τοπικές ... και όχι σε επίπεδο επικράτειας. Επιπλέον, η εν λόγω οικονομική δραστηριότητα της παροχής υπηρεσιών σίτισης προσφύγων δεν αφορά σε εισαγωγές ή εξαγωγές ούτε καλύπτει περισσότερα του ενός κράτη – μέλη. [...]».

Τέλος, δέον σημειωθεί ότι κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η παρεμβαίνουσα συμμορφούμενη προς τις εφαρμοστέες διατάξεις του νόμου και της οικείας Διακήρυξης, υπέβαλε την υπ' αριθμ. .../2022 Απόφαση της Ολομέλειας Επιτροπής Ανταγωνισμού με Θέμα: «Λήψη απόφασης επί της αυταπάγγελτης έρευνας στην αγορά παροχής υπηρεσιών σίτισης στις δομές υποδοχής μεταναστών/προσφύγων για πιθανή παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011, περί «Προστασίας του Ελεύθερου Ανταγωνισμού», και 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής

Ένωσης (ΣΛΕΕ)» (ΦΕΚ Β΄ 948/02.03.2022)», καθώς και τα αποδεικτικά εξόφλησης του οικείου προστίμου.

Με βάση τα προλεχθέντα και δοθέντος ότι η υπαγωγή της παρεμβαίνουσας σε διευθέτηση διαφορών του άρθρ. 25Α του Ν. 3959/2011, όπως και η εξόφληση του οικείου προστίμου, αναιρούν το λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73, παρ. 4, περ. γ του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, άρθρου 2.2.3.4. περ. γ της ένδικης Διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «*υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού με την επιφύλαξη της παρ. 3Β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011*»), ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας δέον απορριφθεί.

Τέλος, θα πρέπει να απορριφθούν, ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, κατά τους οποίους στοιχειοθετούνται, εν προκειμένω, οι λόγοι αποκλεισμού των περιπτώσεων δ) [«κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων»] και ε) [«κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης»], αντίστοιχα, του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης. Καταληκτικά, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί της συνδρομής περισσότερων του ενός αυτοτελών λόγων αποκλεισμού σε βάρος της εταιρίας (άρ. 2.2.3.4. γ, δ, ε, στ, ζ, η και θ), θα πρέπει εν συνόλω να απορριφθούν.

• 4^{ος} λόγος Προσφυγής: Μη υποβολή της άδειας ίδρυσης από την Κτηνιατρική Υπηρεσία

Κατά την προσφεύγουσα, η μη υποβολή της επίμαχης άδειας είχε ως συνέπεια η αναθέτουσα αρχή να μην δύναται να αξιολογήσει την Προσφορά της παρεμβαίνουσας, αφού δεν ήταν σε θέση να γνωρίζει, εάν η επιχείρηση αυτή έχει ικανή δυναμικότητα παραγωγής μερίδων φαγητού ημερησίως, και σε τι ύψος ανέρχεται αυτή. Ωστόσο, στην προκείμενη περίπτωση γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του παραμβαίνοντος, σύμφωνα με τους οποίους:

α) Επειδή, σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.9.2. περ. Β.4. της Διακήρυξης (βλ. σελ. 27), για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6. ήταν, μεταξύ άλλων, υποχρεωτικό όπως προσκομιστεί στον υποφάκελο τεχνικής προσφοράς, αντίγραφο νόμιμης άδειας ίδρυσης και

λειτουργίας εργαστηρίου παρασκευής τροφίμων, η καθής η Προσφυγή υπέβαλε τη με αρ. 1 ... (ver7) Γνωστοποίηση Λειτουργίας της βιοτεχνίας (μονάδας παραγωγής χαμηλής όχλησης), η οποία αποτελεί την απαιτούμενη «άδεια λειτουργίας».

β) Στην ανωτέρω Γνωστοποίηση περιλαμβάνονται όλες οι απαιτούμενες πληροφορίες, ως προς τη δυναμικότητα της μονάδας παραγωγής, που ανέρχεται σε 56,25 τόνους παραγόμενου προϊόντος ανά ημέρα, η οποία, σε κάθε περίπτωση, επαρκεί για την κάλυψη των αναγκών σίτισης των απόρων του ... του ... και ..., οι οποίοι, κατά τη Διακήρυξη, ανέρχονται σε εκατό (120) άτομα (βλ. υποβληθείσα Γνωστοποίηση, όπου αναφέρεται: «... *Μέγεθος δραστηριότητας Δυναμικότητα της εγκατάστασης ως προς την πρώτη ύλη* 73.15

Επιλέξτε μονάδα τ/ημέρα

Δυναμικότητα ως προς το παραγόμενο προϊόν 56.25

Επιλέξτε μονάδα τ/ημέρα».

γ) Η καθής η Προσφυγή υπέβαλε μαζί με την Προσφορά της και την με αρ. πρωτ. ... /21.12.2021 βεβαίωση του Ε.Φ.Ε.Τ σχετικά με τη χορήγηση κωδικού IMP, δεδομένης της δραστηριότητάς της, μεταξύ άλλων, στην παραγωγή προϊόντων με βάση το κρέας και

δ) Σε περίπτωση που η οικεία αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε να λάβει περισσότερες πληροφορίες ως προς την ημερήσια δυναμικότητα παραγωγής μερίδων φαγητού, θα μπορούσε να προσφύγει στο νέο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, ως αυτό ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της ένδικης Διακήρυξης (12.01.2022), ώστε να ζητήσει τη συμπλήρωση ήδη υποβληθέντων με την εξεταζόμενη Προσφορά εγγράφων. Τυχόν δε παροχή συμπληρωματικών πληροφοριών προς τον υπόψη Δήμο, δεν θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή ήδη υποβληθείσας Προσφοράς, ούτε θα εισήγαγε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ της καθής η Προσφυγή και σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων. Και τούτο, διότι τα επίμαχα στοιχεία περί της δυναμικότητας παραγωγής γευμάτων περιλαμβάνονται, κατά την κοινή αντίληψη των πραγμάτων, σε έγγραφα που - ως αντικειμενικώς θα μπορούσε να διαπιστωθεί - έχουν εκδοθεί προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στον επίμαχο Διαγωνισμό (15.02.2022), ήτοι, σε έγγραφα που έχουν προγενέστερο της εν λόγω ημερομηνίας χαρακτήρα.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού χιλίων διακοσίων πέντε ευρώ 1.205,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 28 Ιουνίου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΚΩΝ/ΝΟΣ ΑΝΑΣΤΑΣΟΠΟΥΛΟΣ