

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.01.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 65/13.01.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Γ... Μ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και διακριτικό τίτλο «Μ... ΑΕ», (εφεξής η «προσφεύγουσα») που εδρεύει στην ..., στο ... χλμ. της ...υ, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση Α) της με αρ. πρωτ. .../29.12.2022 και ... απόφασης της ..., κατά το μέρος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε: α) Η απόρριψη της προσφοράς της, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ' και ζ' του Ν. 4412/2016, β) Η κήρυξή της ως έκπτωτης και γ) Η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής της στον τρέχοντα διαγωνισμό και για το Είδος «Γιαούρτι αγελάδος πλήρες 200 γρ.» της Ομάδας Β.3 «Τυροκομικά – Γαλακτοκομικά» της Κατηγορίας Β, Β) κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αρ. πρωτ. .../11.07.2022 με αρ. .../2022 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διεθνής διαγωνισμός προμήθειας ειδών αρτοτροφοδοσίας για τα έτη 2023-2024 συνολικού προϋπολογισμού 1.909.440,00 € με ΦΠΑ. Ειδικότερα, για το επίμαχο είδος Β3 «Γιαούρτι αγελάδος πλήρες 200 γρ.» ο προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ ανέρχεται στο ποσό των 31.500,00 €, σύμφωνα με το Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με κριτήριο κατακύρωσης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (%) επί της νόμιμα διαμορφωμένης μέσης λιανικής τιμής πώλησης τροφίμων που εκδίδεται από το αρμόδιο τμήμα τηςγια την κατηγορία Α και τη χαμηλότερη σταθερή τιμή ανά είδος, για την κατηγορία Β. Προσφορές υποβάλλονται, κατ' αρ. 2.4.1, για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά είδος ή ανά ομάδα. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 11.07.2022 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 03.01.2023, η δε προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 13.01.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης,

καθότι, δυνάμει αυτής, η προσφορά της απερρίφθη, κηρύχθηκε έκπτωτη και κατέπεσε υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό.

5. Επειδή στις 17.01.2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 116/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή όπως καταθέσει απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, η οποία εν συνεχεία τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 212/2023 Πράξη του.

7. Επειδή στις 26.01.2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της (Πρακτικό 7/25.01.2023) επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή στις 31.01.2023 η προσφεύγουσα κοινοποίησε το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή με την προσβαλλόμενη με θέμα «Έγκριση του με αριθ. 5 πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του με αριθ. πρωτ. .../11-7-2022 διεθνούς ηλεκτρονικού ανοιχτού διαγωνισμού (αρ. Διακ.2022, α/α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...) για την ανάδειξη προμηθευτών ειδών αρτοτροφοδοσίας για το χρονικό διάστημα από 01.01.2023 έως 31.12.2024 για το Σωφρονιστικό Κατάστημα ...» ο ... αποφάσισε α) την έγκριση του με αριθ. 5 πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του με αριθ. πρωτ. .../11-7-2022 διεθνούς ηλεκτρονικού ανοιχτού διαγωνισμού (αρ. Διακ. .../2022, α/α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...) για την ανάδειξη προμηθευτών ειδών αρτοτροφοδοσίας για το χρονικό διάστημα από 01.01.2023 έως 31.12.2024 για το Σωφρονιστικό Κατάστημα ... και β) την κατακύρωση του διαγωνισμού (αρ. Διακ. .../2022, α/α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...) σύμφωνα με το αριθ. 5 πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού του Σωφρονιστικού Καταστήματος

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

18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

11. Επειδή, ο τρόπος σύνταξης των προσφορών στο πλαίσιο των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης, αφετέρου της ανάγκης ευχερούς σύγκρισης των προσφορών μεταξύ τους, καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοίωσης αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Σύμφωνα με τα ανωτέρω, και όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, ως προς το σκοπό της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

12. Επειδή, στο άρ. 72 «Εγγυήσεις - Εξουσιοδοτική διάταξη» του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «1... 2. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων: α) ... β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, ...» και στο άρ. 74 «Λόγοι αποκλεισμού - Εξουσιοδοτική διάταξη (άρθρο 57 παρ. 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1... 2... 3... 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης

δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης,» 5... 6... Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4.», στο δε άρ. 102 του ίδιου ως άνω νόμου ορίζεται πως «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.», στο δε άρ. 103, παρ. 3 ορίζεται ότι «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.». Σύμφωνα με το άρ. 2.2.3 «Λόγοι αποκλεισμού» της Διακήρυξης «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του ... ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: ... 2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας.... 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.», σύμφωνα δε με το άρ. 2.2.6.1 της Διακήρυξης «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 ... προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από τα άρθρα 79 παρ. 1 και 3 και 79Α του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο

Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ... και το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. ... Ο οικονομικός φορέας φέρει την ειδική υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ, την κατάστασή του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.3 της παρούσης και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.». Στο άρ. 3.1.2 προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.».».

13. Επειδή με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι εσφαλμένη η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθώς στηρίζεται στις ακυρωθείσες υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και σε έκθεση ελέγχου που δεν αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, δεκτική δικαστικής εκτίμησης και πως δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί λόγος αποκλεισμού της προσφοράς της. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η βάση στην οποία εδράζεται η προσβαλλόμενη απόφαση, δηλαδή οι υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, έχει ήδη ακυρωθεί με την υπ' αρ. Α2568/30-12-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και πως η

ακύρωση ανατρέχει *ex tunc* και, συνεπώς, η όποια αναφορά στις ακυρωθείσες πλέον αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, κατά το μέρος που αφορούν την προσφεύγουσα, καθιστά και την προσβαλλομένη αυτόχρονα άκυρη, τουλάχιστον ως πλημμελώς αιτιολογημένη. Ακόμη, υποστηρίζει ότι το επικαλούμενο στο σώμα των ανωτέρω αποφάσεων ΕΑΔΗΣΥ και με αρ. πρωτ. .../7.2.2020 έγγραφο (μηνυτήρια αναφορά της ΔΟΥ ...) που στηρίζει το πραγματικό δεν στοιχειοθετεί ενοχή ή ευθύνη των εκεί αναφερόμενων φυσικών προσώπων, αλλά μόνον εντολή για έρευνά τους και ενδεχόμενη άσκηση ποινικής δίωξης, ενώ δεν αποτελεί καν εκτελεστή διοικητική πράξη η οποία θα μπορούσε να προσβληθεί ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων και πως, σε διοικητικό επίπεδο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρ. 3 παρ. 4 του Ν.4337/2015, με τις οποίες καταργήθηκαν οι διατάξεις του άρ. 55 του Ν.4174/2013, δεν υφίστανται διοικητικές κυρώσεις σε περίπτωση φερόμενης έκδοσης ή λήψης εικονικών στοιχείων, κατά τούτο, δεν υφίσταται εκτελεστή διοικητική πράξη που μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά. Εν συνεχεία παραθέτει τη διάταξη του άρ. 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ, που κυρώθηκε με το ΝΔ 53/1974 και έχει υπερνομοθετική ισχύ, ισχυρίζεται δε ότι, πέραν των δικαιολογημένων αμφιβολιών περί της γνησιότητας και της αυθεντικότητάς του ως άνω εγγράφου (ήτοι της με αρ. πρωτ. .../7.2.2020 μηνυτήριας αναφοράς και της επισυναπτόμενης σε αυτή έκθεσης ελέγχου της ΔΟΥ ...), δεδομένου ότι αυτό δεν έχει επικυρωθεί νομίμως, ουδέποτε εξέδωσε εικονικά τιμολόγια. Ακολούθως, υποστηρίζει ότι η απόκρυψη πραγματικού, πρέπει να αφορά γεγονότα που, αν δηλώνονταν, ενδεχομένως να είχαν επιρροή στην κατάγνωση λόγου αποκλεισμού (ΣΤΕ ΕΑ 20/2020) και όχι οποιοδήποτε δήθεν «γεγονός» περιλαμβάνεται σε μη επιδεκτικό δικαστικής προσβολής έγγραφο και πως, όπως έχει κριθεί, η δήλωση στο ΕΕΕΣ θα πρέπει να περιλαμβάνει γεγονότα που στοιχειοθετούν τους προβλεπόμενους από τη Διακήρυξη λόγους αποκλεισμού «χωρίς, πάντως, το απλό ενδεχόμενο στοιχειοθετήσεως τέτοιου λόγου, κατόπιν σχετικής κρίσεως, να εξικνείται μέχρι της διαμορφώσεως υποχρεώσεως παροχής πληροφοριών που δεν προσδιορίζονται επακριβώς από τη Διακήρυξη». Ακόμη, ισχυρίζεται ότι, ως προς το σύνολο των λόγων αποκλεισμού που τις επιρρίπτονται με την

προσβαλλομένη (2.2.3.3.στ' και 2.2.3.3.ζ') δεν είναι δυνατό να ζητείται από την ίδια να δηλώνει πραγματικά περιστατικά που ουδόλως έχουν διαπιστωθεί με εκτελεστή διοικητική πράξη ή με δικαστική απόφαση, αλλά αναφέρονται διηγηματικώς σε έκθεση ελέγχου που δεν μπορεί να ελεγχθεί δικαστικά και πως, κατά τούτο, η σχετική κρίση της ΕΑΔΗΣΥ – την οποία επικαλείται η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση- ότι είναι «δηλωτέο το πραγματικό που εντόπισε ο έλεγχος, έστω και ως εύρημα του, το δε περαιτέρω γεγονός περί του αν συγκροτείτο ή όχι λόγος αποκλεισμού στη νυν διαδικασία, θα το αξιολογούσε η αναθέτουσα» (σκέψη, 12 των ως άνω αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ) είναι λαθεμένο, αναφέρει δε ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει μόνον τα στοιχειοθετούντα λόγους αποκλεισμού γεγονότα και όχι εν γένει κάθε αόριστη πληροφορία που περιέχεται σε πληροφοριακά έγγραφα ή ανεπίδεκτες δικαστικού ελέγχου εκθέσεις και πως ο υποψήφιος οφείλει να παράσχει μόνον τις αντίστοιχες και στοιχειοθετούσες λόγους αποκλεισμού πληροφορίες στο ΕΕΕΣ και όχι κάθε εν γένει στοιχείο που μπορεί να περιλαμβάνεται σε οποιοδήποτε πληροφοριακό έγγραφο της διοίκησης. Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι οι αποφάσεις 489, 490 & 491/2022 της ΕΑΔΗΣΥ εκδόθηκαν πριν τη διεξαγωγή του εν λόγω διαγωνισμού και, μέχρι τη σύνταξη του υπ' αρ. 2/2022 πρακτικού ήταν ακόμα σε ισχύ και πως η υπ' αρ. Α2568/30-12-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών η οποία έχει ημερομηνία έκδοσης 30-12-2022 και δεν έχει ακόμα καθαρογραφεί, δεν μπορούσε να είναι σε γνώση της επιτροπής κατά τη σύνταξη του υπ' αρ. 2/2022 πρακτικού, καθώς αυτό εκδόθηκε στις 04.10.2022, αλλά ούτε και της Γενικής Γραμματείας Αντεγκληματικής Πολιτικής, καθώς η υπ' αρ. πρωτ. .../29.12.2022 προσβαλλόμενη εκδόθηκε στις 29.12.2022. Η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει ότι το σύνολο του εγγράφου των Απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής βασίζεται και αναφέρεται στις υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, οι οποίες όμως κατά το επίμαχο μέρος που αφορούν την απόρριψή της από εκείνον τον διαγωνισμό έχουν ήδη ακυρωθεί με την υπ' αρ. Α2568/30-12-2022 ακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και πρέπει να θεωρούνται ως μηδέποτε εκδοθείσες.

Επιπλέον, αναφέρει ότι με την απόφαση αυτή κρίθηκε ότι οι φορολογικές δηλώσεις, οι Εκθέσεις ελέγχου καθώς και οι αποφάσεις προϊσταμένου της ΔΟΥ λογίζονται ως απόρρητες και πως κρίθηκε ως μη νόμιμος ο αποκλεισμός της, καθώς στηρίχθηκε σε παρανόμως κτηθέν αποδεικτικό μέσο, ήτοι κατά παράβαση των διατάξεων περί φορολογικού απορρήτου (πρβλ. ΣΤΕ 4099/1984) και ακυρώθηκαν οι υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ κατά το μέρος αυτό. Συνεπώς, ισχυρίζεται ότι η ακυρωτική αυτή απόφαση εξαφανίζει έναντι όλων την πράξη, κατά το μέρος που ακυρώθηκε, ισχύει από της δημοσιεύσεώς της και ανατρέχει στο χρόνο εκδόσεως της ακυρωθείσας πράξεως, ώστε η τελευταία να θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και πως, παράλληλα, επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση, που υπήρχε προ της εκδόσεώς της και αναβιούν οι προ της ακυρώσεως τυχόν ισχύσασες διοικητικές πράξεις, χωρίς να είναι απαραίτητη η τυπική ανάκληση της ακυρωθείσας πράξεως. Ακόμη, υποστηρίζει ότι η Διοίκηση, έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται απροφασίστως και χωρίς οποιαδήποτε καθυστέρηση προς τις αποφάσεις όλων των δικαστηρίων και τους όρους που θέτει η κάθε απόφαση και πως όλες οι αναφορές στις υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και η χρήση τους ως βάσης που στηρίζει την αιτιολογία της απόρριψης της προσφεύγουσας στον υπό κρίση διαγωνισμό είναι όχι μόνον νομικά έωλες αλλά και αντιστρατεύονται την υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης που παράγεται από τις ακυρωτικές αυτές αποφάσεις. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι η αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής ότι δήθεν οι ανωτέρω αποφάσεις ήταν ακόμη σε ισχύ κατά τη σύνταξη του πρακτικού της ή τη λήψη της απόφασής της ή ότι δεν είχε στη διάθεσή της καθαρογραμμένη την υπ' αρ. Α2568/30-12-2022 ακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών μπορεί να αποτελούν λόγους καλοπιστίας της αναθέτουσας αρχής ως προς την εν γένει συμπεριφορά της, αλλά προφανώς δεν μπορούν να αποτελούν αιτιολογία για τη μη ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων και τη συνέχιση της ισχύος τους και πως οι προσβαλλόμενες πράξεις πρέπει να ακυρωθούν από την ΕΑΔΗΣΥ και, ενόψει της ανωτέρω ακυρωτικής απόφασης, να ανακληθούν

από την αναθέτουσα αρχή- στο πλαίσιο της ανωτέρω διαφαινόμενης καλοπιστίας.

14. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, στην προσβαλλομένη αναφέρεται ότι «Την 4-10-2022 συνεδρίασε η αρμόδια Επιτροπή διενέργειας διαγωνισμών, η οποία συστάθηκε με την αριθ. .../9-3-2022 (ΑΔΑ:) απόφαση του Προϊσταμένου Διεύθυνσης του Καταστήματος Κράτησης ..., προκειμένου να προβεί στην επαναξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και συνέταξε το με αριθ. 2/2022 πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο «συνεδρίασε εκτάκτως η Επιτροπή προκειμένου να εξετάσει εκ νέου το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) που κατέθεσε η εταιρεία “Μ... Α.Ε.” καθώς μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και αφού εκδόθηκε η απόφαση από την Γ.... περί έγκρισης του με αριθ. 1/2022 πρακτικού, υπέπεσε στην αντίληψη της Επιτροπής διαγωνισμού οι αριθ. αποφάσεις 489, 490 & 491/2022 της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων οι οποίες απορρίπτουν την προσφορά της εταιρείας “Μ... Α.Ε.” στα πλαίσια δημόσιου διαγωνισμού ανάθεσης προμήθειας, εξαιτίας ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, καθώς μεταξύ άλλων στο άρθρο 12, αναφέρουν ότι: 1. Κατά τα έτη 2017 & 2018 εκδόθηκαν από την εταιρεία “Μ... Α.Ε.” 45 παραστατικά εσόδων που στο σύνολο τους ήταν εικονικά, εκδόθηκαν για εικονικές συναλλαγές και χρησιμοποιήθηκαν – υποβλήθηκαν από τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, γεγονός το οποίο, σύμφωνα με την ανωτέρω απόφαση της ΕΑΑΔΗΣΥ, επιβεβαιώνεται και μέσω επίσημου εγγράφου που υπέβαλε ως εξήγηση – υπόμνημα ενώπιων της Αρχής. Η ανωτέρω απόφαση της Αρχής, η οποία εκδόθηκε την 31η-03-2022, απέρριψε την προσφορά της εταιρείας, καθώς τα ανωτέρω, δεν δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ του διαγωνισμού οπότε αποτελούν παράπτωμα και ανακριβή δήλωση ΕΕΕΣ και ήταν βασικός λόγος αποκλεισμού σύμφωνα με την τότε διακήρυξη και τον ν. 4412/2016. 2. Επίσης, η εταιρεία “Μ... Α.Ε.” έχει ήδη αναφέρει στο ΕΕΕΣ: α) επαγγελματικό παράπτωμα (αστοχία συσκευασίας τυριού) για το οποίο σύμφωνα με απόφαση της ΑΕΠΠ τελικώς δεν στοιχειοθετεί «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και έχει παρέλθει 3ετία από την έκδοση της

απόφασης, β) την παραδοχή σύναψης συμφωνίας προς στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά την περίοδο 2003-2007 για την οποία καταδικάστηκε και για την οποία έλαβε όλα τα απαραίτητα μέτρα (“αυτοκάθαρσης”) που αποδεικνύουν την αξιοπιστία του και αναλυτικά περιγράφονται στις σελίδες 10 έως 13 του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. και γ) την καταγγελία της αριθ. .../1-3-2019 σύμβασης από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... καθώς η εταιρεία παρέδωσε άλλη μάρκα προϊόντος από αυτό που είχε καταθέσει ως δείγμα και για την οποία καταγγελία εκκρεμεί το αποτέλεσμα, καθώς η εταιρεία κατέθεσε προσφυγή καθώς υποστηρίζει ότι το τελικό προϊόν, μετά από ανάλυση κρατικού φορέα, ήταν το ίδιο ποιοτικά. Η εταιρεία “Μ... Α.Ε.” κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Έγγραφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) στον αριθ. .../2022 - .../11-07-2022 α/α ΕΣΗΔΗΣ ... ανοικτό διεθνές ηλεκτρονικό διαγωνισμό προμήθειας ειδών αρτοτροφοδοσίας, ΔΕΝ δήλωσε το ανωτέρω αριθ. 1 γεγονός, ως όφειλε και μη δίνοντας το δικαίωμα στην Επιτροπή Διαγωνισμού να αξιολογήσει το γεγονός, να ζητήσει διευκρινήσεις ή να προτείνει επανορθωτικά μέτρα που θα αποδείκνυαν την αξιοπιστία του, αφού απέκρυψε το γεγονός. Το ανωτέρω γεγονός είναι ακριβώς και ο ίδιος λόγος για τον οποίο απερρίφθη η προσφορά της εταιρείας σύμφωνα και με τις προαναφερόμενες αποφάσεις της ΕΑΑΔΗΣΥ. Σύμφωνα με την παρ. ζ, άρθρο 2.2.3.3. της διακήρυξης, αποκλείεται εάν κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγω αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και έχει αποκρύψει πληροφορίες. Επίσης, αν συνυπολογίσουμε όλα τα παραπάνω γεγονότα, η εταιρεία “Μ... Α.Ε.”, σύμφωνα με την παρ. στ, άρθρο 2.2.3.3. της διακήρυξης, παρά το γεγονός ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα και έχει δείξει καλή συνεργασία, πλέον επιδεικνύει επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενων δημοσίων συμβάσεων, προηγούμενων συμβάσεων με αναθέτοντες φορείς που είχαν ως αποτέλεσμα παρόμοιες κυρώσεις. Λαμβάνοντας υπ’ όψιν όλα τα παραπάνω, η Επιτροπή Διαγωνισμού προτείνει την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας “Μ... Α.Ε.”, καθώς εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων στ και ζ του άρθρου

2.2.3.3. της διακήρυξης καθώς και του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Επίσης, προτείνει και την κήρυξη του ως έκπτωτου, με συνέπεια την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του υπέρ του δημοσίου, σύμφωνα με την παρ. 2, περ. β, άρθρο 72 του ν. 4412/2016». Όπως βάσιμα η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, νομίμως έλαβε υπόψη της την ως άνω υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Τούτο διότι αυτή εκδόθηκε στις 31.03.2022, η δε αρμόδια Επιτροπή, η οποία συνέταξε το σχετικό υπ' αρ. 2/2022 πρακτικό, συνεδρίασε στις 04.10.2022, οπότε η ως άνω ενιαία απόφαση εξακολουθούσε να είναι σε ισχύ. Ομοίως, κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, ήτοι στις 29.12.2022, εξακολουθούσε η ως άνω απόφαση να είναι σε ισχύ και να μην έχει ανατραπεί, δοθέντος ότι, όπως εξάλλου η προσφεύγουσα ρητά αναφέρει στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η υπ' αρ. υπ' αρ. Α2568/30.12.2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών εκδόθηκε σε μεταγενέστερο χρόνο, ήτοι στις 30.12.2022. Συνεπώς, εφόσον, τόσο κατά το χρόνο συνεδρίασης της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμών που συνέταξε το υπ' αρ. 2/2022 οικείο Πρακτικό, ήτοι στις 04.10.2022, όσο και η ... που εξέδωσε την προσβαλλόμενη στις 29.12.2022, εξακολουθούσε να διατηρεί την ισχύ της, νομίμως βασίζουν την κρίση τους στην ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. , Συναφώς, ουδόλως προκύπτει ότι αυτή είχε ανατραπεί, γεγονός το οποίο επισυνέβη κατόπιν της έκδοσης τόσο του ως άνω υπ' αρ. 2/2022 Πρακτικού, όσο και της προσβαλλόμενης απόφασης, συνεπώς, ούτε η Επιτροπή ούτε το αποφασίζον όργανο θα μπορούσαν, σε κάθε περίπτωση, να γνωρίζουν περί της -χρονικά μετέπειτα- ακύρωσης της συγκεκριμένης απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ. Αλυσιτελώς δε η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμό που αφορά στο υπ' αρ. πρωτ. .../7.2.2020 έγγραφο (μηνυτήρια αναφορά της ΔΟΥ ...), δοθέντος ότι αυτό, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη, δεν έχει ληφθεί αυτοτελώς υπόψη από την αρμόδια Επιτροπή, αλλά, αντιθέτως, όπως εξάλλου και η ίδια η προσφεύγουσα υποστηρίζει, περιλαμβάνεται στο σώμα της ως άνω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ και στηρίζει το εκεί πραγματικό. Επομένως, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

15. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη είναι εσφαλμένη κατ' ουσίαν, και πάντως πλημμελώς αιτιολογημένη ως προς τη συνδρομή των προβλεπόμενων στους όρους 2.2.3.3.στ' και 2.2.3.3.ζ' λόγων αποκλεισμού. Ειδικότερα, ως προς τη συνδρομή της περίπτωσης στ' του όρου 2.2.3.3 της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα παραθέτει τις οικείες διατάξεις και υποστηρίζει ότι η συνδρομή του λόγου αυτού αποκλεισμού συνδέεται με προβλήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων που μάλιστα οδηγεί σε καταγγελία, αποζημίωση ή άλλη παρόμοια κύρωση και πως εν προκειμένω και αντίθετα από όσα διαλαμβάνει η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη πράξη της, η δήθεν έκδοση εικονικών τιμολογίων έγινε με σκοπό τη συμμετοχή σε διαγωνισμό, ήτοι κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και όχι κατά την εκτέλεση συναφθείσας σύμβασης, πολλώ δε μάλλον δεν οδήγησε η υποτιθέμενη παράβαση σε καταγγελία ή άλλη παρόμοια κύρωση στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης. Επί του ισχυρισμού που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας κατ' άρ. 2.2.3.3 στ της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η Επιτροπή έλαβε υπόψη της α) επαγγελματικό παράπτωμα (αστοχία συσκευασίας τυριού) για το οποίο σύμφωνα με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ τελικώς δεν στοιχειοθετεί «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και έχει παρέλθει τριετία από την έκδοση της απόφασης, β) την παραδοχή σύναψης συμφωνίας προς στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά την περίοδο 2003-2007 για την οποία καταδικάστηκε και για την οποία έλαβε όλα τα απαραίτητα μέτρα αυτοκάθαρσης που αποδεικνύουν την αξιοπιστία του και αναλυτικά περιγράφονται στις σελ. 10 - 13 του υποβληθέντος ΕΕΕΣ και γ) την καταγγελία της υπ' αρ. .../1-3-2019 σύμβασης από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., καθώς παρέδωσε άλλη μάρκα προϊόντος από αυτό που είχε καταθέσει ως δείγμα και για την οποία καταγγελία εκκρεμεί το αποτέλεσμα, καθώς η προσφεύγουσα κατέθεσε προσφυγή, κρίνοντας ότι οι ως άνω περιπτώσεις συνιστούν επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια και λόγο αποκλεισμού. Επί των ανωτέρω ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της

υποστηρίζει ότι ως προς την ως άνω υπό α) αναφερόμενη περίπτωση έχει εκδοθεί η υπ' αριθ. 188/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε δεκτή η Προσφυγή της και ακυρώθηκε η υπ' αρ. .../23.01.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και πως, όπως δηλώθηκε και στο ΕΕΕΣ "το εναρκτήριο γεγονός, ήτοι η παράδοση ακατάλληλου τυριού στον Π...., το οποίο έλαβε χώρα το 2012 και δεν οδήγησε σε έκπτωση του οικονομικού φορέα, ούτε σε αποκλεισμό του από μεταγενέστερους Διαγωνισμούς του Π...., δεν στοιχειοθετεί "σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα", με αποτέλεσμα η μη δήλωσή του σε μεταγενέστερες διαγωνιστικές διαδικασίες να μη συνιστά "σοβαρή ψευδή δήλωση". Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι πράγματι στο πλαίσιο της υπ' αρ. .../8.02.2011 σύμβασης προμήθειας τυροκομικών προϊόντων ο Προμηθευτικός (....), με την υπ' αρ. φακ. .../23.04.2012 Απόφασή του (ΑΔΑ: ...), επέβαλε συμβατική ποινή (ποινική ρήτρα), ύψους 2.000 ευρώ σε βάρος της, επειδή παρέδωσε τυρί ακατάλληλο για ανθρώπινη κατανάλωση, αναφέρει δε ότι επρόκειτο για αστοχία κατά τη συσκευασία και παράδοση συγκεκριμένης παρτίδας του προς προμήθεια προϊόντος και πως ο Π.... δεν κήρυξε αυτήν έκπτωτη, ούτε θεώρησε ότι επλήγη η αξιοπιστία της (ως αντισυμβαλλόμενης), αφού μετέπειτα, της ανέθεσε και άλλες συμβάσεις προμήθειας γαλακτοκομικών προϊόντων, εν συνεχεία παραθέτει απόσπασμα της υπ' αρ. 117/2017 απόφασης της ΑΕΠΠ και ισχυρίζεται ότι με την υπ' αρ. 188/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι η επιβολή μεμονωμένης συμβατικής ποινής (πρόστιμο ύψους 2.000 ευρώ), στο πλαίσιο εκτέλεσης προηγούμενης δημόσιας σύμβασης με τον Π...., δεν συνιστά "σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα", υπό την έννοια του άρθ. 73 παρ. 4 περ. θ) του Ν. 4412/2916, δεδομένου μάλιστα ότι ο Π.... δεν κήρυξε την προσφεύγουσα έκπτωτη, αλλά αντίθετα της ανέθεσε στη συνέχεια και άλλες συμβάσεις. Ακόμη, αναφέρει ότι ο νόμος δεν καθορίζει με σαφήνεια τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν "σοβαρές" οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή, αλλά αυτές θα πρέπει να κρίνονται ad hoc, λαμβάνοντας υπόψη τον βαθμό υπαιτιότητας (θα πρέπει να ενέχουν δόλια συμπεριφορά), τις επιπτώσεις,

καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς και πως, συνακόλουθα, η απάντηση "ΟΧΙ" στο ερώτημα κατά πόσο "έχει διαπράξει επαγγελματικό παράπτωμα συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή σε σχέση με την επαγγελματική της ιδιότητα ή δραστηριότητα", η οποία δόθηκε στο πλαίσιο προγενέστερων διαγωνιστικών διαδικασιών του Δήμου ... αλλά και του Δήμου δεν στοιχειοθετεί σοβαρή ψευδή υπεύθυνη δήλωση και μάλιστα ικανή να την αποκλείσει από μελλοντικές διαδικασίες. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι, ακόμη και εάν υφίστατο ως λόγος αποκλεισμού το ανωτέρω γεγονός, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρ. 74 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, εάν η περίοδος του αποκλεισμού των οικονομικών φορέων από τις δημόσιες συμβάσεις δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος του αποκλεισμού δεν υπερβαίνει (για τους λόγους της παρ. 4 του άρθρου 73) τα τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος, ημερομηνία που έχει προ πολλού παρέλθει από το έτος 2012 και ως προς τον διαγωνισμό και την ανωτέρω ακυρωθείσα υπ' αρ. 14/23.01.2018 απόφαση που αφορά στον Δήμο ..., όσο και ως προς τον παρόντα διαγωνισμό. Επί της υπό β) περίπτωσης περί σύναψης συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού κατά την περίοδο 2003-2007, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχει παύσει τη συνεργασία με την εταιρία Ν... (ήδη εταιρία "Φ... ΑΕ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΚΑΙ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...), ήδη από το 2007, σύμφωνα με το από 31/12/2007 μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας και πως η παύση της συνεργασίας ρητώς αναφέρεται ως μέτρο αυτοκάθαρσης στην την υπ' αριθ. .../2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' - ΑΡ. 44 ΠΑΡ. 3 Ν 3959/2011), δεδομένου ότι η μοναδική κύρωση είναι το χρηματικό πρόστιμο, ύψους 11.328,38 €, το οποίο και εξοφλήθηκε ολοσχερώς με το α/α: .../23-1-2019 διπλότυπο είσπραξης. Ακολούθως, παραθέτει τα άρ. 235 παρ. 3 και παρ. 5 του Ν. 4635/2019 και το άρ. 44 παρ. 3β του Ν. 3959/2011, υποστηρίζοντας από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι ο λόγος αποκλεισμού που ανάγεται στη σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν θεμελιώνεται σε περίπτωση που έχει υπάρξει υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και

ολοσχερής εξόφληση του προστίμου. Επί της υπό γ) περίπτωσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, ως προς το ζήτημα της καταγγελίας της υπ' αρ. .../1.3.2019 Σύμβασης, εξεδόθη η υπ' αρ. Α248/2022 ακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης (Τμήμα Α΄ Τριμελές) με την οποία έγινε δεκτή η προσφυγή της ενώπιον του δικαστηρίου και ακυρώθηκε η τεκμαιρόμενη απόρριψη της υπ' αρ. 1240/16.1.2020 ενδικοφανούς προσφυγής της κατά της υπ' αρ. 489/17.12.2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., ισχυριζόμενη ότι κάθε αναφορά στην ακυρωθείσα καταγγελία στο πλαίσιο της υπ' αρ. .../1.3.2019 Σύμβασης και η χρήση της ως βάσης που στηρίζει την αιτιολογία της απόρριψής της στον υπό κρίση διαγωνισμό είναι όχι μόνον νομικά έωλη αλλά και αντιστρατεύεται την υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης που παράγεται από την υπ' αρ. Α248/2022 ακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης. Με τον δεύτερο ισχυρισμό της, ως προς τη συνδρομή της περίπτωσης ζ' του όρου 2.2.3.3 της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα παραθέτει τις οικείες διατάξεις, υποστηρίζοντας ότι, και αληθές υποτιθέμενο το περιεχόμενο της ως άνω Έκθεσης Ελέγχου (και της με αρ. πρωτ. .../7.2.2020 μηνυτήριας αναφοράς στην οποία εμπεριέχεται), δεν καταγιγνώσκει ενοχή των εκεί αναφερόμενων φυσικών προσώπων για απατηλές δηλώσεις, πολλώ δε μάλλον σοβαρές δηλώσεις στο πλαίσιο παροχής πληροφοριών και πως η ΕΑΔΗΣΥ στηρίζει την κρίση της στο ότι δήθεν το ίδιο το πραγματικό -όπως αναπτύσσεται από αυτήν στη σκέψη 12 των ως άνω αποφάσεών της- στοιχειοθετεί τον λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης ζ' του όρου 2.2.3.3 της Διακήρυξης. Άλλωστε, για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, υποστηρίζει ότι δεν θα αρκούσε, για τη στοιχειοθέτηση του υπό εξέταση λόγου αποκλεισμού, η διαπίστωση μίας και μόνης περίπτωσης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων από αυτόν κατά την παροχή πληροφοριών σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (βλ. σελ. 19 της υπ' αρ. 20 Κατευθυντήριας Οδηγίας της ΕΑΑΔΗΣΥ) και πως μία και μόνη περίπτωση όλως ακούσιας (λόγω της μη γνώσης ούτε από τα εκεί αναφερόμενα φυσικά πρόσωπα ούτε από την ίδια της με αρ. πρωτ. .../7.2.2020 μηνυτήριας

αναφοράς της ΔΟΥ ...) απόκρυψης στοιχείων δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει τον υπό κρίση λόγο αποκλεισμού. Επιπλέον, αναφέρει ότι το επίμαχο γεγονός (που αποκρύπτεται) θα πρέπει να αφορά τον ίδιο τον παρόντα διαγωνισμό και πως έχει κριθεί «η παράλειψη της αιτούσας να δηλώσει, στο επίμαχο πεδίο του ΤΕΥΔ της προσφοράς της, ότι κατά το παρελθόν είχε υποβάλει μη αληθείς δηλώσεις (ανεξάρτητα από το εάν αυτές συνιστούν σοβαρές ψευδείς δηλώσεις ή όχι) ή είχε αποκρύψει πληροφορίες, σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, στα πλαίσια των επικαλούμενων από την ανταγωνίστρια της παλαιότερων διαγωνισμών της [...], και ότι είχε αποκλειστεί από τους εν λόγω διαγωνισμούς για την αιτία αυτή, εφόσον δεν της αποδίδονται από τον αναθέτοντα φορέα χαρακτηριστικά (όπως, δόλιας ή καθ' υποτροπή συμπεριφοράς που πλήττει την αξιοπιστία της) ή συνέπειες (απόκρυψη των ίδιων στοιχείων που δεν είχαν δηλωθεί στους προγενέστερους διαγωνισμούς, αντίστοιχα) που απαιτούνται για την αναγωγή της σε νόμιμο λόγο αποκλεισμού από τον ένδικο διαγωνισμό (όπως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά της, κατ' άρθρο 73 παρ.4 περ. θ' του ν.4412/2016, ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια στα πλαίσια προηγούμενης σύμβασης κατ' άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ' του Ν.4412/2016), δεν φαίνεται να συνιστά ανακριβή δήλωση κατά την έννοια του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του Ν.4412/2016 και, ως εκ τούτου, προαπόδειξη περί της συνδρομής, στο πρόσωπό της, του αποδιδόμενου λόγου αποκλεισμού». Εφόσον, όμως, όπως ισχυρίζεται, δεν στοιχειοθετείτο έτερος λόγος αποκλεισμού, δεν στοιχειοθετείται ούτε ο λόγος της περ. ζ' περί απόκρυψης πληροφοριών στο πλαίσιο της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας και πως οι υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ που αφορούν λόγους αποκλεισμού κατά το στάδιο εξέτασης των λόγων συμμετοχής στον διαγωνισμό και όχι κατά το στάδιο εξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν έκριναν σε καμία περίπτωση ότι υφίστατο δόλος απόκρυψης ή δόλος απατηλής δήλωσης εκ μέρους της προσφεύγουσας. Τα δε ως άνω αναφέρει ότι αμφισβήτησε με την με αρ. πρωτ. ΑΚ 868/11.05.2022 αίτηση αναστολής-ακύρωσης των υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ και πως δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να υπονοηθεί, πόσω

μάλλον να στοιχειοθετηθεί εκ προθέσεως υποβολή απατηλών στοιχείων στον επίδικο διαγωνισμό. Επί του ισχυρισμού αυτού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα το άρ. 2.2.3.3 περ. ζ' της Διακήρυξης, η Επιτροπή διαγωνισμού έκρινε ότι η μη δήλωση στο ΕΕΕΣ των υπ' αρ. 489, 490 & 491/2022 αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ, που ήταν σε ισχύ κατά τη σύνταξη του υπ' αρ. 2/2022 πρακτικού, ως όφειλε ο οικονομικός φορέας να κάνει σύμφωνα με τα άρ. 79 και 79Α του Ν. 4412/2016, αποτελεί απόκρυψη πληροφοριών σημαντικών κατά την κρίση της, αφού και σύμφωνα με τα αναφερόμενα στις ως άνω αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ είναι σχετικές με τη συμμετοχή της σε διαγωνισμό στο πλαίσιο δημόσιας σύμβασης. Η προσφεύγουσα επί των ως άνω ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής υποστηρίζει ότι όλες οι αναφορές στις υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και η χρήση τους ως βάσης που στηρίζει την αιτιολογία της απόρριψης της στον υπό κρίση διαγωνισμό είναι όχι μόνον νομικά έωλες αλλά και αντιστρατεύονται την υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης που παράγεται από τις ακυρωτικές αυτές αποφάσεις και πως η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ουσιαστικά την εγγενή πλημμέλεια των προσβαλλομένων πράξεων, οι οποίες πρέπει να ακυρωθούν και, ενόψει της ανωτέρω ακυρωτικής απόφασης, να ανακληθούν από την αναθέτουσα αρχή-στο πλαίσιο της ανωτέρω διαφαινόμενης καλοπιστίας. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι και αληθές υποτιθέμενο το περιεχόμενο της ως άνω Έκθεσης Ελέγχου (και της με αρ. πρωτ. 9457/7.2.2020 μηνυτήριας αναφοράς στην οποία εμπεριέχεται), δεν καταγιγνώσκει ενοχή των εκεί αναφερόμενων φυσικών προσώπων για απατηλές δηλώσεις, πολλώ δε μάλλον σοβαρές δηλώσεις στο πλαίσιο παροχής πληροφοριών, αναφέρει δε, μεταξύ άλλων, ότι, εφόσον εν προκειμένω δεν στοιχειοθετείτο έτερος λόγος αποκλεισμού, δεν στοιχειοθετείται ούτε ο λόγος της περ. ζ' περί απόκρυψης πληροφοριών στο πλαίσιο της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας και πως και οι υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ που αφορούν λόγους αποκλεισμού κατά το στάδιο εξέτασης των λόγων συμμετοχής στον διαγωνισμό και όχι κατά το στάδιο εξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν έκριναν σε καμία περίπτωση ότι υφίστατο δόλος απόκρυψης ή δόλος απατηλής δήλωσης εκ

μέρους της προσφεύγουσας. Ενόψει δε των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής περί συνδρομής του λόγου της περ. στ' του άρθρου 2.3.3.3 της Διακήρυξης είναι σε κάθε περίπτωση πλημμελής, διότι αυτός ο λόγος αποκλεισμού συνδέεται με προβλήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή μπορεί να οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε «επαναλαμβανόμενες» είτε «σοβαρές» και πως εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή αποκλείει την προσφεύγουσα λόγω του ότι δήθεν υφίστανται είτε πράξεις που έχουν ακυρωθεί από την ΕΑΔΗΣΥ (περ. α' του σημείου 2 των Απόψεων) ή από τα δικαστήρια (περ. γ' του σημείου 2 των Απόψεων) είτε πράξεις που με ρητή πρόβλεψη του νόμου δεν είναι δυνατό να στοιχειοθετήσουν λόγο αποκλεισμού (περ. β' του σημείου 2 των Απόψεων), κατά τούτο, όμως, είναι προφανές ότι ούτε επαναλαμβανόμενες ή σοβαρές πλημμέλειες υφίστανται στο πλαίσιο προηγούμενων συμβάσεων ούτε υπάρχουν ή υπήρξαν νομικά λόγω του *ex tunc* ακυρωτικού αποτελέσματος πρόωρες καταγγελίες συμβάσεων, αποζημιώσεις ή οποιαδήποτε άλλη κύρωση.

16. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής. Η προσφεύγουσα στο υποβληθέν με την προσφορά της ΕΕΕΣ δήλωσε στο Μέρος III: *Λόγοι αποκλεισμού «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Απάντηση: Ναι Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες Με την υπ' αριθ. .../17-11-2016 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... του ..., η εταιρεία ... Μ... αποκλείστηκε από το διαγωνισμό διότι στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε, είχε δηλώσει ότι δεν είχε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Το τελευταίο αφορούσε σε επιβολή μίας απλής ποινικής ρήτηρας στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης κατά το έτος 2012 για μία αστοχία συσκευασίας ενός προϊόντος τυριού το οποίο η εταιρία μας προμηθευόταν από το εξωτερικό και όχι σε απόφαση έκπτωσης, καταγγελίας της σύμβασης ή τέτοιας σοβαρής μορφής κυρώσεων. Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού*

λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”); Ναι Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν Επί του θέματος έχει εκδοθεί η υπ’ αριθ. 188/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ (σκέψη 25 της ΑΕΠΠ 188/2018), σύμφωνα με την οποία: «Ειδικότερα, το εναρκτήριο γεγονός, ήτοι η παράδοση ακατάλληλου τυριού στον Π..., το οποίο έλαβε χώρα το 2012 και δεν οδήγησε σε έκπτωση του οικονομικού φορέα, ούτε σε αποκλεισμό του από μεταγενέστερους Διαγωνισμούς του Π..., δεν στοιχειοθετεί «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», με αποτέλεσμα η μη δήλωσή του σε μεταγενέστερες διαγωνιστικές διαδικασίες να μη συνιστά «σοβαρή ψευδή δήλωση». Από τις ανωτέρω σκέψεις συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη δεν απέδειξε τη συνδρομή κάποιου λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και, κατά συνέπεια, η, κατά παράβαση των διατάξεων του εν λόγω άρθρου, απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν ήταν ορθή.». Σημειώνεται επιπλέον ότι έχει παρέλθει η 3ετία από την έκδοση της σχετικής απόφασης της ανωτέρω αναθέτουσας αρχής. ... 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; Απάντηση: Ναι Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες Σύμφωνα με την υπ’ αριθ. .../2018 απόφαση της ... (ΦΕΚ Β' 5577/12-12-2018 - ΑΡ. 44 ΠΑΡ. 3 Ν 3959/2011), η ... διαπίστωσε ότι οι εταιρίες α) «Φ...ΑΕ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΚΑΙ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...», και β) «... Μ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» παραβίασαν, όπως ειδικότερα εκτίθεται στο σκεπτικό της, το άρθρο 1 του ν. 703/1977 καθώς και το άρθρο 81 ΣυνθΕΚ (ήδη 101 ΣΛΕΕ) για το χρονικό διάστημα από 01.01.2003 έως και 31.12.2007, λόγω της συμμετοχής τους σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη (κατανομή αγορών), επέβαλε πρόστιμο για την τέλεση της ως άνω παράβασης στην εταιρεία μας ύψους έντεκα χιλιάδων τριακοσίων εικοσιοκτώ ευρώ και τριάντα οκτώ λεπτών (11.328,38 €) και υποχρέωσε τις προαναφερόμενες επιχειρήσεις να παραλείπουν στο μέλλον τη διαπιστωθείσα στο ως άνω σκεπτικό παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/77, όπως ίσχυε, καθώς και του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ (ήδη 101 ΣΛΕΕ). Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού

λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”); Ναι Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν. 1) Παύση συνεργασίας με την εταιρεία Ν... (ήδη εταιρεία «Φ... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΚΑΙ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...»), ήδη από το 2007, όπως αποδεικνύεται από το από 31/12/2007 μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας. ...Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση; Απάντηση: Ναι Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες Με την υπ' αριθ. .../17.12.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η εταιρεία ... Μ... κηρύχθηκε έκπτωτη από την .../1-3-2019 σύμβαση του ανωτέρω Δήμου (προμήθεια γάλακτος), για το λόγο ότι τα είδη που είχε παραδώσει (μάρκας ...) δεν ήταν δήθεν σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα (μάρκας ...), όπως αναφερόταν στο άρθρο 6 της σύμβασης και η εταιρεία δεν προέβη στην αντικατάσταση των ειδών εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των πέντε (5) ημερών. Το γάλα το οποίο προμηθεύσαμε ήταν ακριβώς το ίδιο ποιοτικά, με τα ίδια χαρακτηριστικά από πλευράς επίσημης ανάλυσης κρατικού φορέα, την ίδια συσκευασία, από το ίδιο ευρωπαϊκό εργοστάσιο παραγωγής, αλλά με διαφορετική εμπορική ετικέτα κατ' επιλογή του ευρωπαϊκού εργοστασίου ανάλογα με την παρτίδα ... Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”); Ναι Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν Η εταιρεία ... Μ... άσκησε εμπρόθεσμα την υπ' αριθ. 1240/16.1.2020 ενδικοφανή προσφυγή της και, εν συνεχεία, την υπ' αριθ. ΑΝ2/11.2.2020 αίτηση αναστολής σε σχέση με την ανωτέρω υπόθεση. Επί της τελευταίας εκδόθηκε η υπ' αριθ. Ν2/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης (Τμήμα Α΄-Τριμελές-Σε Συμβούλιο), με την οποία έγινε δεκτή η αίτηση της εταιρείας ... Μ... ΑΕ λόγω πρόδηλης βασιμότητας και όχι απλά κινδύνου, επειδή αφ' ενός δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις έκπτωσης, αφ' ετέρου δε δεν είχε τηρηθεί η νόμιμη διαδικασία, και ανεστάλη η εκτέλεση της τεκμαιρόμενης σιωπηρής

απόρριψης από το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου ... της ενδικοφανούς προσφυγής της Εταιρείας κατά της απόφασης, με την οποία η Εταιρεία κηρύχθηκε έκπτωτη της προαναφερθείσας σύμβασης του Δήμου Ο προσδιορισμός δικασίμου για την προσφυγή μας έγινε για την 8η-2-2022, οπότε και συζητήθηκε. Αναμένεται η δημοσίευση απόφασης επί της προσφυγής και έως την έκδοση απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης επί της προσφυγής διαρκεί η ισχύς της απόφασης αναστολής της έκπτωσης (άρθρο 205 παρ. 1-2 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, Ν. 2717/1999, Α' 97). ... Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών. Ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) δεν ήταν σε θέση να υποβάλει, χωρίς καθυστέρηση, τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, και δ) έχει επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση; Απάντηση: Όχι Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι» (βλ. αρχείο με τίτλο «27.ESPD PDF_S.pdf» εντός του φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ- ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», σελ. 8-15/19). Σύμφωνα με το άρ. 2.2.3.3 περ. ζ της Διακήρυξης, οικονομικός φορέας αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία εάν κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγω αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές. Ο λόγος αποκλεισμού περί ψευδών δηλώσεων ή απόκρυψης πληροφοριών, που προβλεπόταν και υπό το προηγούμενο καθεστώς, σκοπό έχει να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να

παρέχουν παραπλανητικές ή ανακριβείς ή αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, αποκτά δε ιδιαίτερη σημασία, μετά την εισαγωγή των κανόνων περί προκαταρκτικής απόδειξης και υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένων εντύπων (βλ. *B. Γκέρτσο*, σε *E. Κουλουμπίνη, Η. Μάζο, Ι. Κίτσο*, Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2019, σελ. 271). Σύμφωνα και με την υπ' αρ. 20 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, οι ψευδείς δηλώσεις, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή, κρίνονται «σοβαρές» *ad hoc*, λαμβάνοντας υπόψη το βαθμό υπαιτιότητας, τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς. Το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι (C-267/18, 3 Οκτωβρίου 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA* κατά *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, σκ. 26-29) «*Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 29 και 30). Η εμπέδωση σχέσεως εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου προϋποθέτει, επομένως, ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να είναι σε θέση να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των λόγων προαιρετικού αποκλεισμού (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 30 και 32). Η αρχή αυτή επιτάσσει πράγματι να εξετάζει και να εκτιμά η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά. Συναφώς, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 32 των προτάσεών του, από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η*

παρατυπία που διέπραξε ο προσφέρων πρέπει να ήταν αρκούντως σοβαρή ώστε να δικαιολογείται, υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, η καταγγελία της συμβάσεως. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί αυτομάτως να συναγάγει από την απόφαση άλλης αναθέτουσας αρχής να καταγγείλει προγενέστερη δημόσια σύμβαση για τον λόγο ότι ο ανάδοχος ανέθεσε σε υπεργολάβο τμήμα των εργασιών χωρίς την προηγούμενη έγκρισή της ότι ο εν λόγω ανάδοχος διέπραξε σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρεώσεως σχετικής με την εν λόγω δημόσια σύμβαση». Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα για τον οποίο είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως. Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της αποφάσεως περί καταγγελίας, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή της, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρεώσεως την οποία υπείχε στο πλαίσιο της εν λόγω συμβάσεως, δεδομένου ότι η εν λόγω πλημμέλεια είναι ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα». Λαμβάνοντας υπόψη 1) τη ρύθμιση της διάταξης 2.2.3.3 περ. ζ' της εν λόγω Διακήρυξης, που αντιστοιχεί στην περίπτωση ζ' της παρ. 4 του άρθ. 73 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει και συνιστά, με την υιοθέτησή της, υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού από τον επίμαχο διαγωνισμό σε περίπτωση διαπίστωσης σοβαρής ψευδούς δήλωσης/απόκρυψης πληροφοριών απαιτούμενων για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού εκ μέρους του συμμετέχοντος, 2) το περιεχόμενο του συγκεκριμένου, σχετικού ερωτήματος του ΕΕΕΣ, που αποτελεί αναπόσπαστο παράρτημα της εν λόγω Διακήρυξης, («ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις

*πληροφορίες αυτές...».), η απάντηση στο οποίο θα ήταν άτοπο να ερμηνευθεί ως αφορώσα την τρέχουσα και μόνο διαγωνιστική διαδικασία (ΔΕφΘεσσαλονίκης 126/2021), 3) ότι, κατά το τελευταίο εδάφιο του άρ. 2.2.3.3 της Διακήρυξης, τα πραγματικά περιστατικά που καθιδρύουν λόγους αποκλεισμού, περιλαμβανομένου και εκείνου της κρίσιμης περίπτωσης ζ', έχουν περίοδο ενέργειας τρία έτη, 4) τη βαρύνουσα θέση που επέχει το ΕΕΕΣ για τη λειτουργία του θεσμού της προαπόδειξης, σε συνδυασμό με τους όρους 2.2.6.1. και 3.2 της διακήρυξης περί των συνεπειών της υποβολής ανακριβούς ΕΕΕΣ καθώς και τη δυνατότητα υποβολής Συνοδευτικής Διευκρινιστικής αυτού δήλωσης, 5) ότι, όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος, 6) τον σκοπό θέσπισης των λόγων αποκλεισμού, που συνίσταται στην πληρέστερη δυνατή ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής περί της προηγούμενης συμπεριφοράς των συμμετεχόντων, στην οποία συμπεριλαμβάνεται και η συμπεριφορά τους σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:50, όπου κρίθηκε ότι η *βούληση του νομοθέτη της Ένωσης είναι να παράσχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προβαίνει σε αξιολόγηση σχετικά με τις πράξεις τις οποίες έχει τελέσει ένας οικονομικός φορέας ή τις οποίες αυτός έχει παραλείψει να τελέσει είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, σε μια από τις περιπτώσεις του άρθρου 57, παράγραφος 4, της εν λόγω Οδηγίας*), προκύπτει ότι ο επίμαχος, αναχθείς από τη Διακήρυξη σε αυτοτελή, λόγος αποκλεισμού, αφορά ψευδείς δηλώσεις/αποκρύψεις εκ μέρους του συμμετέχοντος, οι οποίες έλαβαν χώρα είτε στον τρέχοντα διαγωνισμό, είτε σε προηγούμενους διαγωνισμούς (*ad hoc* ΔΕΦΑθηνών Α614/2022, σκ. 14). Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να δηλώσουν στο προκείμενο ερώτημα του ΕΕΕΣ εκείνα τα πραγματικά περιστατικά που έλαβαν χώρα στο πλαίσιο προηγούμενων διαγωνισμών, που μπορούν, κατά τα βασικά*

χαρακτηριστικά τους, να συγκροτήσουν τον οικείο λόγο αποκλεισμού, περί ψευδούς δηλώσεως/αποκρύψεως. Τέτοια πραγματικά στοιχεία αποτελούν προηγούμενες πράξεις αποκλεισμού έτερων αναθετουσών αρχών, εφόσον αυτές βασίστηκαν σε κρίση περί ψευδούς δήλωσης ή απόκρυψης πληροφοριών στο εκεί υποβληθέν ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, ανεξαρτήτως αν η οικεία κρίση διατυπώθηκε πανηγυρικώς ως εμπίπτουσα στον οικείο λόγο αποκλεισμού ή όχι, και ανεξαρτήτως αν οι αποκρυβείσες εκεί πληροφορίες αφορούσαν τον αυτό ή έτερο λόγο αποκλεισμού (ο.π. *ad hoc* ΔΕΦΑθηνών Α614/2022 σκ. 14). Εν προκειμένω, στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της, η προσφεύγουσα ουδόλως αναφέρθηκε στην υπ' αρ. 489, 490 & 491/2022 (ενιαία) απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, όπως προεκτέθηκε, τούτο, εξάλλου, αναφέρεται και στην προσβαλλόμενη. Όπως στη σκ. 14 της παρούσας προεκτέθηκε, νομίμως η αναθέτουσα αρχή έλαβε υπόψη της την ανωτέρω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, καθώς, τόσο κατά το χρόνο σύνταξης του υπ' αρ. 2/2022 πρακτικού από την Επιτροπή (04.10.2022), όσο και κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης (29.12.2022), η συγκεκριμένη απόφαση εξακολουθούσε να είναι σε ισχύ, και συνεπώς, αποτελούσε στοιχείο που όφειλε η προσφεύγουσα να συμπεριλάβει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δοθέντος ότι, κατ' άρ. 2.2.6.1 της Διακήρυξης «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 ... προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από τα άρθρα 79 παρ. 1 και 3 και 79Α του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ... και το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. ... Ο οικονομικός φορέας φέρει την ειδική υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ, την κατάστασή του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.3 της παρούσης και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.», κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, ήτοι την 01.08.2022, η προσφεύγουσα όφειλε να δηλώσει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ το γεγονός επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αρ. 489, 490

& 491/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Τούτο διότι, ειδικότερα, κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ και της προσφοράς της, ήτοι την 01.08.2022, η ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ είχε ήδη εκδοθεί (από τις 31.03.2022), ουδόλως δε είχε ακυρωθεί, άλλως εξαφανιστεί καθ' οιονδήποτε τρόπο, με συνέπεια να εξακολουθεί να παράγει έννομα αποτελέσματα και να παραμένει σε ισχύ. Συνεπώς, εφόσον η εν λόγω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ ακυρώθηκε σε χρόνο μεταγενέστερο, και δη, κατά τα ανωτέρω, με την έκδοση της υπ' αρ. Α2568/2022 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία εκδόθηκε στις 30.12.2022, η προσφεύγουσα όφειλε όπως δηλώσει στο ΕΕΕΣ της τα σχετικά με αυτήν πραγματικά περιστατικά, προκειμένου, κατά τα προεκτεθέντα, η αναθέτουσα αρχή να λάβει γνώση επ' αυτών και, ακολούθως, να κρίνει εάν εμπίπτουν σε λόγο αποκλεισμού, όπως προβλέπεται από τη Διακήρυξη. Επομένως, νομίμως κρίθηκε ότι η μη αναφορά στα ως άνω περιστατικά και η απόκρυψη αυτών αποτελούν παράπτωμα και ανακριβή δήλωση του ΕΕΕΣ, κατ' αρ. 2.2.3.3 περ. ζ της Διακήρυξης, ο δε οικείος ισχυρισμός της προσφεύγουσας απορρίπτεται ως αβάσιμος. Ως προς τον ισχυρισμό για την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας κατ' αρ. 2.2.3.3 περ. στ της Διακήρυξης, όπως αναφέρεται τόσο στην προσβαλλόμενη όσο και στις απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή έλαβε υπόψη της τις εκεί παρατιθέμενες περιπτώσεις, όπως αυτές δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ, κρίνοντας ότι συνιστούν επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια και λόγο αποκλεισμού. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας που προβάλλεται με το υπόμνημά της ως προς την περίπτωση (γ) που αφορά στην καταγγελία της υπ' αρ. 6583/1.3.2019 Σύμβασης, ειδικότερα ότι εκδόθηκε η υπ' αρ. Α248/2022 ακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης (Τμήμα Α' Τριμελές), με την οποία έγινε δεκτή η προσφυγή της και ακυρώθηκε η τεκμαιρόμενη απόρριψη της υπ' αρ. 1240/16.1.2020 ενδικοφανούς προσφυγής της κατά της υπ' αρ. 489/17.12.2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., απορρίπτεται, σε κάθε περίπτωση, ως προβαλλόμενος απαραδέκτως το πρώτον στο στάδιο αυτό. Τούτο, μεταξύ άλλων διότι, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, στο υποβληθέν ΕΕΕΣ δηλώθηκε σχετικά ότι «Αναμένεται η δημοσίευση απόφασης επί της προσφυγής και έως

την έκδοση απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης επί της προσφυγής διαρκεί η ισχύς της απόφασης αναστολής της έκπτωσης (άρθρο 205 παρ. 1-2 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, Ν. 2717/1999, Α' 97).» (βλ. αρχείο με τίτλο «27.ESPD PDF_S.pdf» εντός του φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ- ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», σελ. 14/19), εντούτοις, η προσκομισθείσα ως άνω δικαστική απόφαση υπ' αρ. Α248/2022 του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης εκδόθηκε στις 13.09.2022. Ως δε αναφέρθηκε ανωτέρω, η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά την 01.08.2022, συνεπώς η ανωτέρω απόφαση ήρθε σε γνώση της μετά την υποβολή της προσφοράς της και του ΕΕΕΣ. Σύμφωνα δε με το άρ. 2.2.6 της Διακήρυξης «Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες δηλώσουν ότι πληρούν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, οι οποίες επέλθουν ή για τις οποίες λάβουν γνώση μετά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και μέχρι την ημέρα της έγγραφης πρόσκλησης για την σύναψη του συμφωνητικού οι προσφέροντες οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή», ενέργεια στην οποία ουδόλως προκύπτει ότι προέβη η προσφεύγουσα, ως όφειλε. Κατά συνέπεια, εφόσον κατά το χρόνο σύνταξης του οικείου υπ' αρ. 2/2022 Πρακτικού και έκδοσης της προσβαλλόμενης η αναθέτουσα αρχή δεν γνώριζε, ούτε ηδύνατο να γνωρίζει, ότι το δηλωθέν στο ΕΕΕΣ σχετικό γεγονός είχε ανατραπεί με δικαστική απόφαση, νομίμως απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας και για τον λόγο που προβλέπεται στο άρ. 2.2.3.3 περ. στ της Διακήρυξης. Επομένως, και ο οικείος ισχυρισμός της προσφεύγουσας απορρίπτεται ως αβάσιμος. Κατά τα ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής απορρίπτεται εν συνόλω ως αβάσιμος.

17. Επειδή με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, εάν λόγω της αναφοράς (στο προοίμιο της με αρ. πρωτ. .../29.12.2022 Απόφασης της ... - στην οποία ενσωματώνεται αυτούσιο το περιεχόμενο του υπ' αρ. 2/2022 πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού-) στις υπ' αρ. 489, 490, 491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, υποτεθεί ότι απορρίφθηκε επειδή δήθεν δεν δήλωσε στοιχεία στο ΕΕΕΣ της είτε δήλωσε στοιχεία εκ προθέσεως απατηλά, τούτο είναι παράνομο ως αντίθετο στη διάταξη των άρ. 102 και 103 του Ν. 4412/2016. Εν

συνεχεία, παραθέτει τις διατάξεις των εν λόγω άρθρων, ως επίσης και του άρ. 3.2 της Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι από τη σαφή γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων είναι αντιληπτό ότι, προκειμένου να απορριφθεί η προσφορά διαγωνιζομένου και να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, απαιτείται δήλωση στοιχείων που είναι εκ προθέσεως απατηλά και πως σε αντίθεση δηλαδή με την προϊσχύουσα (πριν από την τροποποίηση με το άρ. 43 του Ν.4872/2021) διατύπωση της διάταξης του άρ. 103 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 που όριζε ότι οι έννομες συνέπειες επέρχονται εφόσον «διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρ. 79 είναι ψευδή ή ανακριβή», η νέα διατύπωση δεν αρκείται σε ψευδή ή ανακριβή στοιχεία αλλά απαιτεί απατηλά στοιχεία και μάλιστα εκ προθέσεως, ήτοι με δόλο εξαπάτησης. Ακολούθως, υποστηρίζει ότι είναι σαφές πως, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η δήλωση στο ΕΕΕΣ ήταν ανυπαίτια ψευδής, δεν συνέτρεχε σε καμία περίπτωση η προϋπόθεση της εκ προθέσεως δήλωσης απατηλών στοιχείων προς την αναθέτουσα αρχή, για όλους τους λόγους που εξέθεσε στην προσφυγή της και πως, ακόμα κι αν ήθελε υποτεθεί ότι όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ τα παραστατικά εσόδων που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, με την προσβαλλομένη πράξη της, αυτήν δεν δύναται να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας διότι, εφόσον υπέπεσαν σε γνώση της αναθέτουσας αρχής οι υπ' αρ. 489,490 και 491 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, τούτο συνεπάγεται την παράλληλη γνώση περί της λήψης από μέρους της προσφεύγουσας επαρκών επανορθωτικών μέτρων κατά το άρ. 73 του Ν. 4412/2016. Επομένως, ισχυρίζεται ότι, εφόσον κατά τη διαδικασία αξιολόγησης της προσφοράς της η αναθέτουσα αρχή διαπίστωσε ότι οι πληροφορίες που αναφέρονται στο ΕΕΕΣ και αφορούν στους λόγους αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 του Ν.4412/2016 ήταν ελλιπείς, όφειλε να καλέσει την προσφεύγουσα σε παροχή διευκρινίσεων, προτού απορρίψει την προσφορά της, ιδιαίτερα δε, όταν υπέπεσε σε γνώση της αναθέτουσας αρχής η λήψη από μέρους της επανορθωτικών μέτρων αναφορικά με το εν λόγω παράπτωμα. Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι δεν ζήτησε από την προσφεύγουσα να υποβάλει, συμπληρώσει ή να αποσαφηνίσει το ο,τιδήποτε καθώς το επίμαχο θέμα δεν ήταν δηλωμένο στο

ΕΕΕΣ, οπότε δεν έδωσε τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να αξιολογήσει το γεγονός, να ζητήσει διευκρινίσεις ή να προτείνει επανορθωτικά μέτρα, αφού δεν γνώριζε το γεγονός. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι αν είχε ορθά δηλωθεί το ΕΕΕΣ, θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει από την προσφεύγουσα συμπληρωματικές πληροφορίες.

18. Επειδή επί του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, όπως βάσιμα η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, δοθέντος ότι εν προκειμένω για το συγκεκριμένο ζήτημα η προσφεύγουσα ουδέν δήλωσε επί του επίμαχου θέματος στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της, δεν ηδύνατο, πολλώ μάλλον δεν είχε υποχρέωση, όπως καλέσει αυτήν προς παροχή διευκρινίσεων κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016. Αλυσιτελώς δε η προσφεύγουσα επικαλείται το άρ. 103 του ίδιου ως άνω νόμου, ως και το άρ. 3.2 της Διακήρυξης, καθώς αυτά αφορούν στην περίπτωση προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι των δικαιολογητικών συμμετοχής, όπως στην κρινόμενη περίπτωση. Δηλαδή, εφόσον, κατά τα ως άνω εκτεθέντα, η προσφεύγουσα δεν δήλωσε το σχετικό με την υπ' άρ. 489, 490, 491/2022 (ενιαία) απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ γεγονός στο ΕΕΕΣ της, ουδόλως θα ηδύνατο η αναθέτουσα αρχή αυτεπαγγέλτως όπως καλέσει την προσφεύγουσα προς παροχή διευκρινίσεων, κατόπιν της διαπίστωσης ύπαρξης αυτής. Συναφώς, αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι *«εφόσον κατά τη διαδικασία αξιολόγησης της προσφοράς της Εταιρείας μας, η αναθέτουσα αρχή διαπίστωσε ότι οι πληροφορίες που αναφέρονται στο ΕΕΕΣ και αφορούν στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 του Ν.4412/2016 ήταν ελλιπείς, όφειλε να καλέσει την προσφεύγουσα Εταιρεία μας σε παροχή διευκρινίσεων, προτού απορρίψει την προσφορά της. Ιδιαίτερα δε, όταν υπέπεσε σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής η λήψη από μέρους της Εταιρείας μας επανορθωτικών μέτρων αναφορικά με το εν λόγω παράπτωμα»* καθώς ουδεμία σχετική πρόβλεψη υφίσταται στην οικεία νομοθεσία ή στις διατάξεις της Διακήρυξης. Δηλαδή, εφόσον η αναθέτουσα αρχή διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα δεν δήλωσε πραγματικό γεγονός που αφορά σε λόγο αποκλεισμού, αποκρύπτοντας αυτόν, μη παρέχοντας σε αυτήν (την αναθέτουσα αρχή) το δικαίωμα να το αξιολογήσει, δεν ηδύνατο, πολλώ μάλλον δεν όφειλε, όπως

όλως αβάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει, να καλέσει αυτήν προς παροχή διευκρινίσεων, κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016 καθώς τούτο θα οδηγούσε σε μη νόμιμη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς της. Επιπλέον, ως προς τον ισχυρισμό της που αφορά στην κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, δεδομένου ότι, όπως κρίθηκε ανωτέρω, απέκρυψε πραγματικά στοιχεία που όφειλε να δηλώσει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, συντρέχει η περίπτωση κατάπτωσης αυτής κατ' άρ. 72, παρ. 2, περ. β' του Ν. 4412/2016, όπως εξάλλου τούτο αναφέρεται στην προσβαλλόμενη, σύμφωνα με το οποίο η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρ. 73 έως 78. Επομένως, ο τρίτος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

19. Επειδή με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι παράνομη η κτήση της επικαλούμενης στις υπ'αρ.489,490,491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ μηνυτήριας αναφοράς ως αποδεικτικού μέσου, παραθέτει δε τα άρ. 19 παρ. 3 και 9Α του Συντάγματος, καθώς και σχετική νομολογία και υποστηρίζει ότι η επικαλούμενη στις υπ' αρ. 489,490,491/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και με αρ. πρωτ. .../07.02.2020 μηνυτήρια αναφορά της ΔΟΥ ... προς τον Εισαγγελέα Πλημμελειοδικών ... αποτελεί έγγραφο που περιέχει καταφανώς προσωπικά δεδομένα, και μάλιστα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα που αφορούν ποινικές καταδίκες και αδικήματα, σύμφωνα με το άρθρο 10 του Γενικού Κανονισμού για την Προστασία Δεδομένων (Κανονισμός 2016/679/ΕΕ), συνεπώς, η (νόμιμη) διαβίβαση του εγγράφου αυτού σε οποιονδήποτε τρίτο θα έπρεπε να γίνει μόνον με ταυτόχρονη ενημέρωση του υποκειμένου των δεδομένων, ήτοι των φυσικών προσώπων που αναφέρονται σε αυτό, πράγμα που ουδόλως έχει συμβεί. Ακολούθως, παραθέτει τα άρ. 5 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και το άρ. 17 του Ν. 4174/2013 (Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις, Α' 170) και αναφέρεται στο φορολογικό απόρρητο, επικαλούμενη γνωμοδοτήσεις του ΝΣΚ. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι η επίμαχη υπ' αρ. πρωτ. .../07.02.2020 μηνυτήρια αναφορά της ΔΟΥ ... προς τον Εισαγγελέα Πλημμελειοδικών ..., που αναφέρεται σε όλη την έκταση των υπ' αρ. 489,490 και 491 αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ αποτελεί

παρανόμως κτηθέν αποδεικτικό μέσο, το οποίο δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί, σύμφωνα με τη ρητή και άμεσης εφαρμογής διάταξη του άρθρου 19 παρ. 3 του Συντάγματος όχι μόνον σε εκείνη την περίπτωση αλλά και σε όλον τον χρόνο καθ' ον δεν έχει υπάρξει νόμιμη εξαίρεση από το φορολογικό απόρρητο σε οποιαδήποτε διαδικασία και ενώπιον οιασδήποτε αρχής, περιλαμβανομένης και της ΕΑΔΗΣΥ. Ισχυρίζεται δε ότι το ως άνω κρίθηκε αμετακλήτως και με την υπ' αρ. Α2568/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήματος ΙΓ'), η οποία εκδόθηκε επί της με αρ. κατ. ΑΚ 868/11.05.2022 αίτησης αναστολής – ακύρωσης της προσφεύγουσας, στο πλαίσιο έτερης διαγωνιστικής διαδικασίας και η οποία αφορούσε στην ακύρωση των ανωτέρω αναφερόμενων υπ' αρ. 489,490,491/2022 αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ, ήτοι σε όμοια με την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία και με όμοια πραγματικά περιστατικά, παραθέτει δε τα κριθέντα με την εν λόγω δικαστική απόφαση. Συμπερασματικά, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με την επικαλούμενη υπ' αρ. .../2022 απόφαση κρίθηκε ως μη νόμιμος ο αποκλεισμός της, καθώς στηρίχθηκε σε παρανόμως κτηθέν αποδεικτικό μέσο, ήτοι κατά παράβαση των διατάξεων περί φορολογικού απορρήτου (πρβλ. ΣτΕ 4099/1984) και πως η αναθέτουσα αρχή μπορεί να διενεργεί έλεγχο, πλην όμως μόνο επί τη βάσει νομίμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων. Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της δηλώνει ότι ουδέποτε και με κανένα τρόπο είχε περιέλθει σε γνώση της το περιεχόμενο της ανωτέρω μηνυτήριας αναφοράς της ΔΟΥ ... που επικαλείται η ΕΑΔΗΣΥ στις υπ' αρ. 489,490,491/2022 αποφάσεις.

20. Επειδή επί του τέταρτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, όπως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, δεν έλαβε γνώση του περιεχομένου της αναφερόμενης στην προδικαστικής προσφυγής της μηνυτήριας αναφοράς της ΔΟΥ ..., ούτε αυτό προκύπτει από την προσβαλλόμενη. Τουναντίον, η κρίση της αναθέτουσας αρχής δεν στηρίχθηκε στο περιεχόμενο αυτής, που ούτως ή άλλως δηλώνει ότι δεν περιήλθε σε γνώση της, αλλά στην εκδοθείσα υπ' αρ. 489,490,491/2022 (ενιαία) απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία έλαβε υπόψη αυτήν. Δηλαδή, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης, η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε

υπόψη της αυτοτελώς το περιεχόμενο της εν λόγω μηνυτήριας αναφοράς, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Οι δε λοιποί ισχυρισμοί που περιλαμβάνονται στον οικείο λόγο της προσφυγής σχετικά με το φορολογικό απόρρητο αφορούν αποκλειστικά στην ως άνω υπ' αρ. 489,490,491/2022 (ενιαία) απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, την οποία ήδη, όπως αποδεικνύεται από τα προσκομισθέντα από την προσφεύγουσα έγγραφα, προσέβαλε ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου, το οποίο εξέδωσε σχετική απόφαση, κατά συνέπεια, αλυσιτελώς προβάλλονται στο πλαίσιο της κρινόμενης διαφοράς. Επομένως, ο τέταρτος λόγος καθίσταται απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, το δε παράβολο να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21.02.2023 και εκδόθηκε στις 13.03.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ