

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 14 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 6/5/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 668/8-5-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ... που εδρεύει στον ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...» που εδρεύει στον ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...» που εδρεύει στην ..., στο ... χλμ. της ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων προσβάλλει, καθ' ερμηνεία της προσφυγής, τις αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής: α) με αριθμό 86/2023 και με θέμα «Λήψη απόφασης για έγκριση του 17/12-04-2023 πρακτικού της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού για την '...' στο σκέλος που αφορά στην κατακύρωση του διαγωνισμού» και β) με αριθμό 67/2023 και με θέμα «Λήψη απόφασης για έγκριση των 57/2022 & 58/2022 πρακτικών της επιτροπής διαγωνισμού για '...'», αφενός κατά το μέρος τους που αποκλείστηκε ο ίδιος από τον διαγωνισμό και αφετέρου κατά το μέρος τους που έγιναν δεκτές οι προσφορές των παρεμβαινουσών.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 611,95 ευρώ με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 122.390,09 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ και δικαίωμα προαίρεσης (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη με αριθμό πρωτ. .../24-11-2022 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 213.558,40 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, χωρίς ΦΠΑ. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25/11/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 14η/12/2022.
3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και οι παρεμβαίνουσες. Με απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 67/28-03-2023 εγκρίθηκαν τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, έγιναν δεκτές οι προσφορές των παρεμβαίνουσών και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η “...”. Με απόφαση του ίδιου οργάνου με αριθμό 86/25-04-2023, με την οποία ολοκληρώθηκε ο διαγωνισμός και στην οποία ενσωματώνονται όλες οι προηγούμενες αποσπαστές διοικητικές πράξεις, επικυρώθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η “...”. Οι αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής και τα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού κοινοποιήθηκαν μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 28/4/2023.
4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για

την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Ο προσφεύγων ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό. Δεδομένου δε ότι ο αποκλεισμός του δεν έχει καταστεί οριστικός, με έννομο συμφέρον προβάλλει και λόγους απόρριψης των προσφορών των παρεμβαινουσών.

6. Η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 8/5/2023 και υπέβαλε στις 19/5/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, τις απόψεις της επ' αυτής.

7. Οι παρεμβαίνουσες κατέθεσαν τις παρεμβάσεις τους, νόμιμα και εμπρόθεσμα, καθώς επίσης και με έννομο συμφέρον με αίτημα τη διατήρηση ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής.

8. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει στις κρίσιμες για την εξέταση της διαφοράς διατάξεις της τα εξής: «2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: ... 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή β) όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. ... (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, ... (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. ... 2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. ... 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ64 καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. ... 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά». 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο

72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό υπόδειγμα ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης ως Παράρτημα αυτής. Η συμπλήρωσή του δύναται να πραγματοποιηθεί με χρήση του υποσυστήματος Promitheus ESPDint, προσβάσιμου μέσω της Διαδικτυακής Πύλης (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, ή άλλης σχετικής συμβατής πλατφόρμας υπηρεσιών διαχείρισης ηλεκτρονικών ΕΕΕΣ. Οι Οικονομικοί Φορείς δύνανται για αυτό το σκοπό να αξιοποιήσουν το αντίστοιχο2 ηλεκτρονικό αρχείο με μορφότυπο XML που αποτελεί επικουρικό στοιχείο των εγγράφων της σύμβασης. Το συμπληρωμένο από τον Οικονομικό Φορέα ΕΕΕΣ, καθώς και η τυχόν συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωση, υποβάλλονται σύμφωνα με την περίπτωση δ της παραγράφου 2.4.2.5 της παρούσας, σε ψηφιακά υπογεγραμμένο ηλεκτρονικό αρχείο με μορφότυπο PDF. [Αναλυτικές οδηγίες και πληροφορίες για το θεσμικό πλαίσιο, τον τρόπο χρήσης και συμπλήρωσης ηλεκτρονικών ΕΕΕΣ και της χρήση του υποσυστήματος Promitheus ESPDint είναι αναρτημένες σε σχετική θεματική ενότητα στη Διαδικτυακή Πύλη (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ.] ... 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: ... β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπείς, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης ...».

9. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων, κατά το μέρους τους που απορρίφθηκε η προσφορά της με την αιτιολογία ότι «στο ΕΕΕΣ του φορέα στο ΜΕΡΟΣ II Παρ. Α στο εάν ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, η απάντηση του φορέα είναι ΟΧΙ και δεν αναγράφει εξηγήσεις. Άρθρο 2.4.6 παρ. β) της Διακήρυξης». Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι κατόπιν της

αρνητικής της απάντησης στο ερώτημα εάν αποτελεί προστατευόμενο εργαστήριο, δεν είχε υποχρέωση απάντησης στο επίμαχο ερώτημα. Περαιτέρω, επικαλούμενη την Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ με αριθμό 23, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν είχε υποχρέωση να απαντήσει θετικά στην ερώτηση του ΕΕΕΣ εάν είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, διότι, αντίστοιχα, δεν απάντησε θετικά στην προηγούμενη ερώτηση σχετικά με την εγγραφή σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων.

10. Σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 2.4.3.1 και 2.2.9.1 της Διακήρυξης, οι οποίες αντιστοιχούν σε αυτές του άρθρου 79 ν. 4412/2016, με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο ΕΕΕΣ καταρτίζοντάς το βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1 (του ίδιου Κανονισμού). Η δε Διακήρυξη (υποσημ. 65 στο άρθρο 2.2.9.1) ενημερώνει τους οικονομικούς φορείς για την υπηρεσία ηλεκτρονικής σύνταξης και διαχείρισης του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ).

11. Από τη συνδυασμένη ερμηνεία των εφαρμοστέων διατάξεων συνάγεται ότι ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να δεσμεύεται με ρητή καταφατική δήλωση που θα περιλαμβάνεται, επί ποινή αποκλεισμού, στο ειδικό πεδίο του ΕΕΕΣ, ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει τις βεβαιώσεις πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από την κατευθυντήρια οδηγία 23/24.1.2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) σχετικά με τη συμπλήρωση του τυποποιημένου εντύπου ΕΕΕΣ, η προαναφερθείσα ανάληψη υποχρέωσης προσκόμισης βεβαίωσης πληρωμής φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν συντρέχει για τους οικονομικούς φορείς που δεν είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων του άρθρου 83 του ν. 4412/2016, τέτοιος δε δεν υφίσταται για τις διαδικασίες συμβάσεων προμηθειών, όπως η προκείμενη (βλ. ΣΤΕ 2643/2022, ΕΑ 211-212/2021).

12. Ενόψει των παραπάνω, εφόσον ο προσφεύγων απάντησε αρνητικά στο ερώτημα εάν είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο, δεν υπείχε υποχρέωση απάντησης στο υποερώτημα εάν είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης ή να παράσχει

πληροφορίες για την δυνατότητα του αναθέτοντος φορέως να την λάβει με απευθείας πρόσβασή του σε εθνική βάση δεδομένων. Συνεπώς, η ως εκ περισσού αρνητική απάντηση του προσφεύγοντος στο επίμαχο υποερώτημα, στο οποίο δεν όφειλε κατ' αρχήν να απαντήσει, δεν συνεπάγεται έννομες συνέπειες ως προς τη δέουσα προαπόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού που σχετίζεται με την καταβολή των φόρων και των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Τούτο δε, διότι ο προσφεύγων δήλωσε στην Ενότητα Β του Μέρους ΙΙΙ ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού, καθώς επίσης και ότι είναι σε θέση να προσκομίσει τα πιστοποιητικά και λοιπά αποδεικτικά έγγραφα που προβλέπει η Διακήρυξη, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η βεβαίωση φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας (βλ. ΣτΕ 2643/2022). Κατόπιν των παραπάνω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων κατά το μέρος τους που έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας "...". Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νόμιμα έγιναν δεκτές με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής οι διευκρινίσεις της παρεμβαίνουσας σχετικά με αποφάσεις αποκλεισμού της από προηγούμενους διαγωνισμού λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, σύναψης συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και υποβολή ψευδών ή ανακριβών δηλώσεων. Κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πάσχει κατά το μέρος που έγινε δεκτό ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας από τον προκείμενο διαγωνισμό εξαιτίας του προηγούμενου αποκλεισμού της από διαγωνισμό του Δήμου ... λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος και παροχής ανακριβών πληροφοριών, ο οποίος κρίθηκε νόμιμος με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 1437/2022. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, ενόψει της αυτοτέλει των διαγωνιστικών διαδικασιών, η αναθέτουσα αρχή ανατιολόγητα αποδέχτηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας βασιζόμενη στο γεγονός ότι εκκρεμεί αίτηση ακύρωσης της παρεμβαίνουσας κατά της παραπάνω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και ότι παλαιότερη απόφαση της Αρχής με το ίδιο περιεχόμενο έχει ήδη ακυρωθεί από το αρμόδιο Δικαστήριο με την απόφασή του με αριθμό

2568/2022.

14. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού η παρεμβαίνουσα απάντησε θετικά στις ερωτήσεις του ΕΕΕΣ σχετικά με το εάν έχει κριθεί ένοχη διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, εάν έχει συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού με άλλους οικονομικούς φορείς και εάν έχει προβεί σε ψευδείς ή ανακριβείς δηλώσεις, παραθέτοντας λεπτομέρειες σχετικά με τις αποφάσεις αποκλεισμού και την εξέλιξη των υποθέσεων. Συγκεκριμένα, όσον αφορά στον επίμαχο αποκλεισμό από προηγούμενο διαγωνισμό του Δήμου ... η παρεμβαίνουσα δήλωσε ότι *«Με την 168η Απόφαση/27ο Πρακτικό/Θέμα 2ο/Συνεδρίαση της 1.8.2022 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με αρ. πρωτ. οικ. 16171/02.08.2022 και ΑΔΑ: ..., με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. οικ. 15739/27-07-2022 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού για Συμβάσεις Λοιπών Προμηθειών & Προμηθειών Αναλωσίμων & Απευθείας Αναθέσεων για το έτος 2021. Εν συνεχεία, η Εταιρεία μας άσκησε τη με α.π. ΓΑΚ (ΕΑΔΗΣΥ) 1173/19.08.2022 προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, επί της οποίας εκδόθηκε η με αρ. 1437/2022 απόφαση με την οποία απορρίφθηκε η ανωτέρω με α.π. ΓΑΚ (ΕΑΔΗΣΥ) 1173/19.08.2022 προδικαστική προσφυγή της Εταιρείας μας. Κατά της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ έχουμε ασκήσει την υπ' αρ. κατ. ΔΕφΑΘ ΑΚ1744/2022 αίτηση ακύρωσης και αναστολής εκτέλεσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία αμφισβητούμε τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και της εκ προθέσεως δήλωσης απατηλών στοιχείων, κατ' άρθρο 372 του Ν.4412/2016, η οποία εκκρεμεί».*

15. Σε αίτημα διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την παραπάνω δήλωση, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε στις 6/3/2023 έγγραφο διευκρινίσεων με συνημμένα, μεταξύ άλλων, την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αριθμό 2568/2022 και την αίτηση ακύρωσης με αριθμό κατάθεσης ΑΚ1744/2022. Ισχυρίστηκε δε με τις διευκρινίσεις της ότι το αντικείμενο της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 1437/2022 είναι ίδιο με το αντικείμενο της απόφασης της Αρχής με αριθμό 489,490,491/2022. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 67/29-3-2023 η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι τα αναφερθέντα στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος γεγονότα δεν συνιστούν λόγους αποκλεισμού και, συγκεκριμένα, όσον αφορά

στον επίμαχο προηγούμενο αποκλεισμό από τον διαγωνισμό του Δήμου ..., η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι «3. Για την υπ'αρ. 1437/2022 απόφαση της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων η οποία απέρριψε την προσφυγή της «...» κατά της υπ'αρ. 168/01-082022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... αφορούσε απόρριψη της προσφοράς του εν λόγω οικονομικού φορέα λόγω ύπαρξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και παροχής παραπλανητικών πληροφοριών εκκρεμεί η υπ'αρ. ΑΚ 1744/2022 αίτηση ακύρωσης-αναστολής η οποία, όπως επισημαίνεται, αφορά το ίδιο θέμα με την υπ'αρ. ΑΚ 868/2022 αίτηση ακύρωσης-αναστολής η οποία έγινε αποδεκτή».

16. Από τα προαναφερθέντα στοιχεία του φακέλου, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δέχτηκε ότι, ενόψει της προηγούμενης έκδοσης απόφασης από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, με την οποία κρίθηκε ότι το αιτιολογικό έρεισμα αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος ήταν μη νόμιμο, δεν συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος που στηριζόταν στα ίδια γεγονότα. Έτσι, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς την απόφασή της να αποδεχτεί την προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίνοντας ότι, ενόψει του δεδicaσμένου της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθήνας με αριθμό 2568/2022, η παρεμβαίνουσα δεν μπορεί να αποκλειστεί με επίκληση των ίδιων ζητημάτων που κρίθηκε ότι μη νόμιμα αποτέλεσαν παλαιότερα αιτιολογικό έρεισμα του αποκλεισμού της από προηγούμενο διαγωνισμό λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος. Εξάλλου, ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί ούτε τη διαπίστωση της αναθέτουσας αρχής ότι οι παλαιότερες αποφάσεις αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας και, αντίστοιχα, οι υποθέσεις ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθήνας είχαν το ίδιο περιεχόμενο, ούτε τη νομιμότητα της διαδικασίας που ακολούθησε η αναθέτουσα αρχή για την εξέταση της συνδρομής ή μη των επίμαχων λόγων αποκλεισμού. Επίσης, δεν προβάλλει ισχυρισμούς σχετικά με τη συνδρομή του επίμαχου λόγου αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας επικαλούμενη τα γεγονότα που τον στοιχειοθετούν, αλλά περιορίζεται στην προβολή του ισχυρισμού ότι «έωλα» έγινε δεκτό από την αναθέτουσα αρχή ότι δεν συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς του λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος στη βάση γεγονότων που έχει ήδη κριθεί από το αρμόδιο Δικαστήριο ότι δεν το συνιστούν. Όπως, όμως, κρίθηκε

παραπάνω, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς την κρίση της αυτή, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Κατά συνέπεια, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως προς το πρώτο σκέλος του.

17. Με το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής, ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νόμιμα έγινε δεκτός ο προσφεύγων, παρότι σε χρόνο πριν την υποβολή της προσφοράς της (14/12/2022) τελούσε σε κατάσταση αναστολής καταχώρισης στο ΓΕΜΗ, διότι δεν είχε δημοσιεύσει εμπρόθεσμα στο ΓΕΜΗ τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις χρήσης του 2021. Ο προκείμενος ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι απορριπτέος, διότι δεν βρίσκει έρεισμα, ούτε στη Διακήρυξη, ούτε στον νόμο. Ειδικότερα, από καμία από τις διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού δεν προβλέπεται ότι συνιστά λόγο αποκλεισμού η αναστολή καταχώρισης του άρθρου 29 ν. 4919/2022, δηλαδή η τεχνική αδυναμία να υποβληθεί οποιαδήποτε νέα αίτηση καταχώρισης πράξης ή στοιχείου στο ΓΕΜΗ, μέχρι να ολοκληρωθεί η καταχώριση των πράξεων που εκκρεμούν, ούτε ο προσφεύγων επικαλείται οποιαδήποτε σχετική διάταξη. Κατά συνέπεια, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως προς το δεύτερο σκέλος του.

18. Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι με απόφαση της αρμόδιας υπηρεσίας της Περιφέρειας ... με αριθμό .../13-7-2022 ανακλήθηκε η άδεια εγκατάστασης του εργοστασίου παραγωγής γαλακτοκομικών προϊόντων και ειδών ζαχαροπλαστικής της παρεμβαίνουσας, πράγμα που η παρεμβαίνουσα δεν ανέφερε στις εξηγήσεις της, όπως επέβαλε, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, το καθήκον αληθείας. Ο προκείμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος λόγω αοριστίας, διότι ο προσφεύγων δεν προβάλλει ότι η προβαλλόμενη παράλειψη της παρεμβαίνουσας συνιστά λόγο αποκλεισμού, αλλά απλώς ότι «*θα πρέπει να ληφθεί υπόψη*». Σε κάθε περίπτωση, ο προκείμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος, διότι από καμία από τις διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού δεν προβλέπεται συναφής λόγος αποκλεισμού. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος αποκλεισμού είναι απορριπτέος στο σύνολό του.

19. Με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων κατά το μέρος τους που έγινε δεκτή η

προσφορά της παρεμβαίνουσας ... ισχυριζόμενη κατ' αρχάς ότι η παρεμβαίνουσα απάντησε «ΝΑΙ» στο ερώτημα του ΕΕΕΣ εάν θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, παρότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, με βάση την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ δεν έπρεπε να απαντήσει στο ερώτημα. Ο προβαλλόμενος ισχυρισμός είναι προδήλως αβάσιμος, διότι, σε κάθε περίπτωση, η απάντηση της παρεμβαίνουσας ότι είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας δεν παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη της Διακήρυξης ή του νόμου. Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως προς το πρώτο σκέλος του.

20. Με το δεύτερο σκέλος του τρίτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα παρέλειψε να δηλώσει ως υπεργολάβο την εταιρεία ..., στο εργοστάσιο της οποίας παρασκευάζεται το γάλα που προτίθεται να προμηθεύσει η παρεμβαίνουσα την αναθέτουσα αρχή, στην περίπτωση που αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης. Ο προβαλλόμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος, διότι αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, είναι η Σύμφωνα δε με το προπαρατεθέν άρθρο 2.2.4 ως κριτήριο καταλληλότητας για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό ορίζεται διαζευκτικά η άσκηση συναφούς εμπορικής ή βιομηχανικής ή βιοτεχνικής δραστηριότητας. Επομένως, η παραγωγή του γάλακτος δεν αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης, ώστε ο οικονομικός φορέας στις εγκαταστάσεις του οποίου παρασκευάζεται το υπό προμήθεια προϊόν και ο οποίος θα προμηθεύσει τον ανάδοχο της σύμβασης, να αποτελεί υπεργολάβο του τελευταίου, όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα. Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος και ως προς το δεύτερο σκέλος του.

21. Κατόπιν των παραπάνω, η κρίσιμη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει μερικώς δεκτή, οι παρεμβάσεις να γίνουν επίσης δεκτές και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στον προσφεύγοντα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό (σκ. 12).

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 3 Ιουλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ