

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Μιχαήλ Σειραδάκης και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.01.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 58/24.01.2018. της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» με δ.τ. «.....», η οποία εδρεύει στο Περιστέρι οδόςόπως νόμιμα εκπροσωπείται, η οποία κατατέθηκε στις 23 Ιανουαρίου 2018, κατά της υπ' αριθ. 29/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Πύργου.

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....» με έδρα τον Πύργο Ηλείας (οδός), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να κηρυχθεί έκπτωτη, άλλως να αποκλειστεί η ανάδοχος εταιρεία με την επωνυμία «.....» από το Τμήμα 19 της διακήρυξης (Φρέσκο γάλα για τους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου Πύργου, Φορέας: Δήμος Πύργου) και να ανατεθεί σ' αυτήν, ως δεύτερη μειοδότη, η προμήθεια του Τμήματος 19 της διακήρυξης (Φρέσκο γάλα για τους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου Πύργου, Φορέας: Δήμος Πύργου).

Με την Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη και να απορριφτεί η υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή διά της υπ' αριθ. 598Δ/12.10.2017 Διακήρυξης προκηρύχθηκε από τον Δήμο Πύργου ηλεκτρονικός διαγωνισμός με ανοικτή

διαδικασία, κάτω των ορίων, για την επιλογή αναδόχου της προμήθειας με τίτλο «ΤΡΟΦΙΜΑ ΚΑΙ ΛΟΙΠΕΣ ΠΑΡΟΧΕΣ ΣΕ ΕΙΔΟΣ (ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ) ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΥΡΓΟΥ ΚΑΙ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΑΥΤΟΥ, ΠΕΡΙΟΔΟΥ 2017 - 2018», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 140.209,09 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% και 24%. Η ως άνω διακήρυξη αφορούσε την προμήθεια τροφίμων και γάλακτος και διαχωρίστηκε σε εικοσιένα (21) τμήματα. Σύμφωνα δε με το άρθρο 2 παρ. 4 της διακήρυξης, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς είχαν δικαίωμα να υποβάλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα ή και για όλα τα τμήματα.

2. Επειδή η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά στον ως άνω διαγωνισμό μόνο για το Τμήμα 19 της διακήρυξης (Φρέσκο γάλα για τους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου Πύργου, Φορέας: Δήμος Πύργου), συνολικού προϋπολογισμού 85.394,10 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%. Για το ίδιο ως άνω Τμήμα 19 της διακήρυξης προσφορά υπέβαλε άλλος ένας (1) οικονομικός φορέας και συγκεκριμένα η εταιρεία με την επωνυμία «.....». Κατά τα λοιπά, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν και άλλοι οικονομικοί φορείς, υποβάλλοντας προσφορά για άλλα τμήματα της διακήρυξης. Κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 258/2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, δια της οποίας εγκρίθηκαν οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων πλην ενός. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων. Δυνάμει, της υπ' αριθ. 284/2017 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής, διαπιστώθηκε ότι η προσφορά της εταιρείας «.....» ήταν πιο οικονομική από την προσφορά της προσφεύγουσας, με αποτέλεσμα να αναδειχθεί ως προσωρινή ανάδοχος του Τμήματος 19 της διακήρυξης.

3. Επειδή κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τους προσωρινούς αναδόχους, να προσκομίσουν τα απαιτούμενα εκ του άρθρου 16 σε συνδυασμό με το άρθρο 24 της διακήρυξης δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς, ωστόσο, να κοινοποιήσει στην προσφεύγουσα την ως άνω πρόσκληση.

Σύμφωνα με το από 28/12/2017 υπ' αριθ. 3 πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, διενεργήθηκε ο σχετικός έλεγχος των προσκομισθέντων δικαιολογητικών της προσωρινής αναδόχου και διαπιστώθηκε ότι αυτά ήταν ορθά και πλήρη. Ήδη διά της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. 29/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Πύργου, η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 15/1/2018, εγκρίθηκε το τελευταίο από 28/12/2017 υπ' αριθ. 3 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός ως προς το Τμήμα 19 της διακήρυξης (Φρέσκο γάλα για τους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου Πύργου, Φορέας: Δήμος Πύργου) στη παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....».

4. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή κατατίθεται, από την προσφεύγουσα έχοντας προφανές έννομο συμφέρον αφού έχει υποβάλει νόμιμη και τεχνικά αποδεκτή προσφορά και είναι η επόμενη μειοδότης ως προς το Τμήμα 19 της διακήρυξης.

5. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της, ότι η αναθέτουσα έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία επικυρώθηκε η απόρριψη της προσφοράς της από τον Διαγωνισμό, και ότι άγει σε διακρίσεις και άνιση μεταχείριση της. Επίσης η προσφεύγουσα επικαλείται ότι έχει προφανές έννομο συμφέρον στην υποβολή της προσφυγής, καθώς, τόσο εξαιτίας του αποκλεισμού της, όσο και εξαιτίας της συνέχισης του διαγωνισμού, υφίσταται οικονομική βλάβη.

6. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 187236450958 0326 0019, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 23.01.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της EUROBANK), ποσού εξακοσίων ευρώ (600, 00 €), όπως προκύπτει και από την με αριθμό πρωτοκόλλου ΔΥ/24.01.2018 Βεβαίωση Ελέγχου και Δέσμευσης Ηλεκτρονικού Παραβόλου της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

12. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής.

13. Επειδή στο άρθρο 14 παράγραφος 3 της υπό κρίση διακήρυξης και ειδικότερα στην περίπτωση β' αυτής (σελίδα 17), προβλέπονται τα ακόλουθα: «.../Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:...β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου...».

14. Επειδή περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 16 παρ. 2, περίπτωση β' της διακήρυξης (σελίδες 19-20), προβλέπονται τα εξής: «...Αν το κράτος - μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2 και 3β του άρθρου 14 της παρούσας, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας...».

15. Επειδή παγίως έχει κριθεί ότι σύμφωνα με την αρχή της σαφήνειας της διακήρυξης, απαραίτατοι όροι εκάστης διακήρυξης αποτελούν έκφραση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφ' ενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφ' ετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ 127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008).

16. Επειδή εξάλλου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ 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. Εν όψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας,

της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΣ 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, 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).

17. Επειδή έχει κριθεί, ότι στην περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος δεν συμπεριλάβει στην προσφορά του ρητή δήλωση με την οποία θέτει χρονικό περιορισμό στην ισχύ της, τεκμαίρεται ότι δεσμεύεται καθ' όλη τη διάρκεια του διαγωνισμού και εφόσον δεν ήταν δυνατή η υποβολή αποσπασμάτων ποινικού μητρώου από τα οποία να προκύπτει ότι δεν έχουν εκδοθεί τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις, η παρεμβαίνουσα όφειλε, επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς της, να υποβάλει σχετικές ένορκες βεβαιώσεις (ΔΕφΑθ. 451/2008).

18. Επειδή σύμφωνα και με την πλέον πρόσφατη ενωσιακή νομολογία εκρίθη, ότι το άρθρο 45, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή των διαλαμβανόμενων σε αυτό λόγων αποκλεισμού, καθόσον τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο. Στο πλαίσιο αυτό, τα κράτη μέλη έχουν τη δυνατότητα να καθιστούν ελαστικότερα ή ηπιότερα τα κριτήρια που προβλέπει η διάταξη αυτή (απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Δεκεμβρίου 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

19. Επειδή η άνω νομολογία επικυρώθηκε και από την απόφαση του ΔΕΕ (ECLI:EU:C:2017:1000 ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τέταρτο τμήμα) της 20ής Δεκεμβρίου 2017 C-178/16), όπου εκρίθη ότι η οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, και ειδικότερα το άρθρο 45, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, στοιχεία γ', δ' και ζ', της οδηγίας αυτής, καθώς και οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας έχουν την έννοια ότι δεν αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση δυνάμει της οποίας η αναθέτουσα αρχή δύναται: να λάβει

υπόψη, υπό τις προϋποθέσεις που η ίδια έχει ορίσει, καταδικαστική απόφαση ποινικού δικαστηρίου σε βάρος του διαχειριστή ή μέλους της διοικήσεως διαγωνιζόμενης επιχειρήσεως, έστω και αν η απόφαση αυτή δεν έχει ακόμη καταστεί αμετάκλητη, για αξιόποινη πράξη που θίγει το επαγγελματικό της ήθος, στην περίπτωση που ο διαχειριστής αυτός ή το μέλος διοικήσεως αυτό έπαυσε να ασκεί τα καθήκοντά του εντός του έτους που προηγείται της ημερομηνίας δημοσιεύσεως της προκηρύξεως του διαγωνισμού, και να αποκλείσει την εν λόγω επιχείρηση από τη διαδικασία για τη σύναψη της επίμαχης συμβάσεως, με την αιτιολογία ότι η επιχείρηση αυτή, παραλείποντας να δηλώσει την καταδικαστική αυτή απόφαση, η οποία δεν έχει ακόμη καταστεί αμετάκλητη, δεν διαχώρισε τη θέση της πλήρως και πραγματικά από τις ενέργειες του εν λόγω διαχειριστή ή του εν λόγω μέλους της διοικήσεως.

20. Επειδή με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται ότι στο άρθρο 14 της διακήρυξης και δη στην παράγραφο 1 (σελίδες 15-16) ορίζονται τα εξής: *«...Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπο 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:...1. Όταν υπάρχει σε βάρος του τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους:...»*. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 16 παρ. 2, περίπτωση β' της διακήρυξης (σελίδες 19-20), ορίζονται τα εξής: *«...Αν το κράτος - μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2 και 3β του άρθρου 14 της παρούσας, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό απορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη-μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας...»*. Στη διάταξη του άρθρου 574

παρ. 2 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας ορίζεται ότι: «Σε κάθε δελτίο ποινικού μητρώου αναγράφονται τα εξής: [...] β) Οι ακόλουθες αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις ή βουλεύματα:...». Από την παραπάνω διάταξη προκύπτει σαφώς ότι στο απόσπασμα ποινικού μητρώου αναγράφονται μόνο οι αμετάκλητες καταδίκες. Συνεπώς, η προσκόμιση αποσπάσματος ποινικού μητρώου καλύπτει εν μέρει τη συγκεκριμένη απαίτηση της Διακήρυξης (14 παρ. 1) και του νόμου (άρθρο 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τη δημοσίευση της παρούσης διακήρυξης), αφού ζητείται η μη έκδοση τελεσίδικης απόφασης και δεν αρκείται στη μη έκδοση αμετάκλητης. Και τούτο διότι, αν υπάρχει καταδίκη τελεσίδικη και εκκρεμεί η άσκηση αίτηση αναίρεσης στον Άρειο Πάγο, δεν θα έχει αναγραφεί στο ποινικό μητρώο και συνεπώς δεν εξασφαλίζεται η τήρηση του συγκεκριμένου όρου.

21. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι εσφαλμένως δέχθηκε η αναθέτουσα αρχή την προσκόμιση μόνο του αντιγράφου του ποινικού μητρώου των κ.κ.....») προς απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 14 παρ. 1 της διακήρυξης, ήτοι ότι δεν έχουν καταδικαστεί τελεσιδίκως για τα αδικήματα που αναφέρονται στην παράγραφο αυτή. Δεδομένου ότι δεν εκδίδεται πιστοποιητικό αντίστοιχης ισχύος με το αντίγραφο ποινικού μητρώου, που να πιστοποιεί ότι δεν υφίσταται τελεσίδικη καταδίκη κατά οποιουδήποτε προσώπου, οι ενδιαφερόμενοι οφείλουν επί ποινή αποκλεισμού να προσκομίσουν ένορκη βεβαίωση, διά της οποίας θα δηλώνουν ότι δεν συντρέχει ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού. Εν προκειμένω, η οριστική ανάδοχος προσκόμισε αντίγραφα ποινικού μητρώου των ως άνω προσώπων, ήτοι των διαχειριστών της, αλλά ουδόλως έχει υποβάλει ένορκη βεβαίωση των ιδίων προσώπων, που να περιλαμβάνει σχετική δήλωση, όπου να βεβαιώνουν ότι δεν έχουν καταδικαστεί τελεσιδίκως για τα αδικήματα που περιγράφονται στο άρθρο 14 παρ. 1 της διακήρυξης και 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (όπως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης). Ενόψει αυτής της έλλειψης, καθίσταται προφανές ότι δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 14 παρ. 1 της διακήρυξης, που συνιστούν υποχρεωτικούς λόγους

αποκλεισμού, και, επομένως, η ανάδοχος εταιρεία «.....» πρέπει να κηρυχθεί έκπτωτη, άλλως να αποκλειστεί από το Τμήμα 19 της διακήρυξης (Φρέσκο γάλα για τους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου Πύργου, Φορέας: Δήμος Πύργου).

22. Επειδή από την ανάλυση του πλαισίου της διακήρυξης καθίσταται σαφές, ότι προς αναπλήρωση των ελλειπόντων ή των μη εκδιδόμενων πιστοποιητικών από αρμόδιες αρχές που να βεβαιώνουν για τις ανωτέρω καταστάσεις του άρθρου 14 παρ. 3 περ. β' της διακήρυξης, προβλέπεται η προσκόμιση ένορκης βεβαίωσης εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου, εφόσον πρόκειται για επιχείρηση που είναι εγκατεστημένη στην Ελλάδα. Εν προκειμένω, τα πιστοποιητικά του αρμόδιου Πρωτοδικείου Ηλείας, που έχει προσκομίσει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, δεν καλύπτουν όλες ανεξαιρέτως τις καταστάσεις της περίπτωσης β' του άρθρου 14 παρ. 3, ενώ έχει προσκομίσει ένορκη βεβαίωση, για να αποδείξει ότι δεν εμπίπτει σε κάποια από τις καταστάσεις της ανωτέρω περιπτώσεως, για τις οποίες δεν εκδίδεται πιστοποιητικό από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή. Ειδικότερα, ελλείπει ένορκης βεβαίωσης, δεν αναφέρεται για ποιες από τις περιγραφόμενες καταστάσεις δεν εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό (π.χ. πιστοποιητικό πτωχευτικού συμβιβασμού, πιστοποιητικό περί αναστολής ή μη των εργασιών της επιχείρησης, πιστοποιητικό περί μη ενάρξεως διαδικασίας θέσεως σε αναγκαστική εκκαθάριση, πιστοποιητικό εάν έχει εκδοθεί δικαστική απόφαση περί ενάρξεως των διαδικασιών που προβλέπουν οι περιπτώσεις των καταργηθέντων ήδη άρθρων 44 & 45 του Ν. 1892/1990 [επικύρωση συμφωνίας πιστωτών και εταιρείας και διορισμός Επιτρόπου] ή των άρθρων 46 & 46Α, 46Β & 46Γ [θέση σε ειδική εκκαθάριση] του Ν.1892/1990). Μόνο δε για την περίπτωση του πτωχευτικού συμβιβασμού προσκομίζεται σχετικό πιστοποιητικό από το αρμόδιο Πρωτοδικείο Ηλείας. Αντιθέτως, για τις περιπτώσεις της αναστολής εργασιών, της θέσεως σε αναγκαστική εκκαθάριση και τυχόν εκδόσεως αποφάσεως περί ενάρξεως των προβλεπόμενων διαδικασιών του ήδη καταργηθέντος Ν. 1892/1990 δεν εκδίδεται πιστοποιητικό,

ούτε η ανάδοχος έχει προσκομίσει κάποια βεβαίωση από αρμόδια αρχή που να βεβαιώνει πως δεν εμπίπτει στις ανωτέρω καταστάσεις. Επιπλέον, ουδόλως έχει προσκομιστεί πιστοποιητικό περί τυχόν υπαγωγής στο καθεστώς ειδικής εκκαθάρισης του ήδη καταργηθέντος άρθρου 106 ΙΑ του Πτωχευτικού Κώδικα, πιστοποιητικό περί κατάθεσης ή μη δικογράφου για ορισμό εκκαθαριστή ή συνεκκαθαριστή, καθώς και πιστοποιητικό περί κατάθεσης ή μη δικογράφου αίτησης σχεδίου αναδιοργάνωσης των άρθρων 107 επ. του Πτωχευτικού Κώδικα. Τέλος, δεν έχει προσκομιστεί πιστοποιητικό περί μη λύσεως της εταιρείας, η οποία είναι κατάσταση ανάλογη με τις περιγραφόμενες στο άρθρο 14 παρ. 3 περ. β'. Όλα τα ανωτέρω πιστοποιητικά εκδίδονται από το αρμόδιο πρωτοδικείο και η ανάδοχος ουδόλως τα προσκόμισε, κατά παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης.

23. Επειδή τυχόν συνδρομή των ανωτέρω καταστάσεων συνιστά υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 14 παρ. 3 της διακήρυξης και συναφώς όπως παγίως έχει νομολογηθεί (βλ. ΕΛΣυν Πράξη 153/2014 ΣΤ΄ Κλιμακίου) «μη νομίμως, έγινε δεκτή στην περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού η συμμετοχή της ανωτέρω εταιρείας , διότι δεν κατέθεσε, όπως απαιτούσε το άρθρο 4 της διακήρυξης, πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής, περί μη έκδοσης απόφασης θέσης της εταιρείας σε διαδικασία εξυγίανσης ή περί κατάθεσης ή μη αίτησης ανοίγματος διαδικασίας συνδιαλλαγής-εξυγίανσης του άρθρου 99 του Πτωχευτικού Κώδικα, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 12 του ν. 4013/2011 και β) μη νομίμως η ανωτέρω εταιρεία δεν κατέθεσε σχετική ένορκη βεβαίωση ή υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της ενώπιον της αρμόδιας αρχής για τα πιστοποιητικά του Πρωτοδικείου, περί μη θέσης σε αναγκαστική διαχείριση, περί μη έναρξης διαδικασίας θέσης σε αναγκαστική διαχείριση και περί μη κατάθεσης αίτησης για πτωχευτικό συμβιβασμό, τα οποία δεν εκδίδονται».

24. Επειδή συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως προβάλλεται απορριπτόμενου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της παρέμβασης, αφού πράγματι δεν αποδεικνύεται οριστικώς και όπως απαιτεί η διακήρυξη αν η ανάδοχος εμπίπτει σε κάποια εκ των ανωτέρω περιγραφόμενων καταστάσεων, αφού δεν έχει προσκομιστεί το σχετικό πιστοποιητικό ή, σε περίπτωση μη έκδοσης αυτού, αντίστοιχη ένορκη βεβαίωση.

25. Επειδή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η προσφεύγουσα κατέθεσε υπόμνημα προς την ΑΕΠΠ προς αντίκρουση των σχετικών απόψεων της παρεμβαίνουσας επί της προδικαστικής προσφυγής της. Ωστόσο, σύμφωνα με τη νομολογία, αυτή καθ' εαυτή η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους των θιγομένων προσώπων ικανοποιεί το δικαίωμα ακρόασής τους λόγω της ανάγκης ταχείας περατώσεως των διαφορών εκ διοικητικών συμβάσεων (βλ. ΣτΕ. ΕΑ 620/2011, ΣτΕ Ασφ 554/08, ΣτΕ 2381/2009, ΔΕΦΠΑτρ. 29/2016). Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα είχε τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ με την υπό κρίση προσφυγή της, το αποσταλέν από την προσφεύγουσα μήνυμα στην ΑΕΠΠ δεν λαμβάνεται υπόψη, καθόσον δεν προβλέπεται στο οικείο νομοθετικό (Ν. 4412/2016) και κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017).

26. Επειδή κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος e-παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα εταιρεία.

Αριθμός Απόφασης: 131 / 2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα