

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5/7/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
618/5-7-2018 της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Λαυρεωτικής και α) της με αρ. 158/ 2018 απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κερατσινίου Δραπετσώνας με την οποία
εγκρίθηκε το από 08.06.2018 πρακτικό Νο3 αξιολόγησης των δικαιολογητικών
προσωρινών αναδόχων της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των
δικαιολογητικών κατακύρωσης που υποβλήθηκαν από τους προσωρινούς
αναδόχους Οικονομικούς Φορείς και β) κάθε προγενέστερης πράξης και
παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία επικυρώνεται με την
προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση ή στην οποία αυτή εδράζεται, καθώς και
κάθε μεταγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η
οποία εδράζεται στην προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει 1. Να
μεταρρυθμιστεί, άλλως να ακυρωθεί εν μέρει (ως προς την Ομάδα Ζ.3.) η υπ'
αρ. 158/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λαυρεωτικής
(Απόσπασμα από τα πρακτικά της 9ης Τακτικής συνεδρίασης της Οικονομικής
Επιτροπής της 10.06.2018), με την οποία εγκρίνεται το Πρακτικό Νο 3
Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Προσωρινών Αναδόχων για την προμήθεια
τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του κοινωνικού παντοπωλείου του

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

Δήμου Λαυρεωτικής και των δομών του ΝΠΔΔ «Κέφαλος» Δήμου Λαυρεωτικής, της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, η οποία συγκροτήθηκε με την υπ' αριθμ. 8/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λαυρεωτικής, σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 221 του ν.4412/2016, έτσι ώστε να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας..... από την Ομάδα Ζ.3. και να κατακυρωθεί η προμήθεια της εν λόγω ομάδας στην προσφεύγουσα και 2. Να μεταρρυθμιστεί ή να ακυρωθεί κάθε προγενέστερη πράξη και παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία επικυρώνεται με την προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση ή στην οποία αυτή εδράζεται, καθώς και κάθε μεταγενέστερη πράξη και παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία εδράζεται στην προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Δήμος Λαυρεωτικής με τη με αρ. 105/26-02-2018 Διακήρυξη προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Κοινωνικού Παντοπωλείου Δήμου Λαυρεωτικής και των δομών του ΝΠΔΔ «ΚΕΦΑΛΟΣ» Δήμου Λαυρεωτικής, για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους ή έως εξαντλήσεως του ποσού της σύμβασης, ποσού 168.341,35 € άνευ Φ.Π.Α, με δικαίωμα των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν προσφορά είτε για μία ομάδα είτε για περισσότερες ομάδες είτε για το σύνολο της προμήθειας, αλλά για το σύνολο των ζητούμενων ποσοτήτων κάθε ομάδας. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: Τμήμα 1. Παιδικό Σταθμοί Δημοτικής Ενότητας Λαυρίου, το οποίο περιλαμβάνει τις κάτωθι ομάδες: Α1 ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ αξίας προ ΦΠΑ 3.720,00€, Β1 ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 1.303,76€, Γ1 ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ ΕΙΔΗ αξίας προ ΦΠΑ 3.723,55€, Δ1 ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 7.170,00€, Ε1 ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 7.534,07€, ΣΤ1 ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

αξίας προ ΦΠΑ 5.285,88€. Ζ1 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 6.758,97€. Τμήμα 2 Παιδικός Σταθμός Δημοτικής Ενότητας Κερατέας, το οποίο περιλαμβάνει τις κάτωθι ομάδες: Α2 ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ αξίας προ ΦΠΑ 2.990,00€, Β2 ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 1.303,76€, Γ2 ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ ΕΙΔΗ αξίας προ ΦΠΑ 2.646,93€, Δ2 ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 5.340,00€, Ε2 ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 4.063,10€, ΣΤ2 ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 3.381,56€, Ζ2 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 5.407,77€. Τμήμα 3 Κοινωνικό Παντοπωλείο Δήμου Λαυρεωτικής, το οποίο περιλαμβάνει τις κάτωθι ομάδες: Ε3 ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 19.650,00€, Ζ3 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ αξίας προ ΦΠΑ 88.062,00 €, με κριτήριο ανάθεσης (α) για τις ομάδες Α1 – Α2 (φρέσκο γάλα), Γ1 – Γ2 (γαλακτοκομικά είδη), Δ1 – Δ2 (είδη αρτοποιείου), Ζ1 – Ζ2 – Ζ3 (είδη παντοπωλείου), την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) για το σύνολο των ειδών της κάθε ομάδας, στις τιμές της μελέτης και (β) για τις ομάδες Β1- Β2 (είδη ιχθυοπωλείου), Ε1 – Ε2 – Ε3 (είδη κρεοπωλείου), ΣΤ1 –ΣΤ2 (είδη οπωροπωλείου), το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης, σε ακέραιες μονάδες, επί τοις εκατό (%) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της υπηρεσίας εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 13 του Ν. 3438/2006. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 27 Φεβρουαρίου 2018 και έλαβε ΑΔΑΜ 18PROC002720206 2018-02-27 και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου έλαβε το συστημικό αριθμό 54776. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 22 Μαρτίου 2018 και ώρα 17:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 22/03/2018 και ώρα 13:58:28 μ.μ. την υπ' αριθμ. 91430 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό μεταξύ άλλων και για το Τμήμα 3 Κοινωνικό Παντοπωλείο Δήμου Λαυρεωτικής και συγκεκριμένα για την ομάδα Ζ3 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ. Για την υποομάδα αυτή υπέβαλλε προσφορά μεταξύ άλλων και η εταιρεία με την επωνυμία ΕΜΠΟΡΙΚΗ

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ ΚΑΙ ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑΚΗ ΜΕΣΙΤΙΚΗ και διακριτικό τίτλο....., υποβάλλοντας την με αρ. 91479 προσφορά της την 20/03/2018 και ώρα 16:21:47. Κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών έγιναν δεκτές και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών οι προσφορές και των δύο εταιριών, ήτοι και της προσφεύγουσας και της....., όπου με τη με αρ. 99/2018 της Οικονομικής Επιτροπής ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος για το τμήμα 3, ομάδα Z3 η εταιρεία..... Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στους προσωρινούς αναδόχους οικονομικούς φορείς μέσω του συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ στις 4-5-2018 και η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μεταξύ άλλων την με αρ. 6832/15-5-2018 πρόσκληση κατάθεσης δικαιολογητικών κατακύρωσης και στην προσωρινή ανάδοχο για το τμήμα 3, ομάδα Z3 εταιρεία.....

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. η υπ' αρ. 158/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λαυρεωτικής (Απόσπασμα από τα πρακτικά της 9ης Τακτικής συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 10.06.2018), κατ' αποδοχή του Πρακτικού Νο 3 Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Προσωρινών Αναδόχων για την προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του κοινωνικού παντοπωλείου του Δήμου Λαυρεωτικής και των δομών του ΝΠΔΔ «Κέφαλος» Δήμου Λαυρεωτικής, της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, η εταιρείαΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ & ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ αποφασίστηκε μεταξύ άλλων να κατακυρωθεί ως ανάδοχος της προμήθειας τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Κοινωνικού Παντοπωλείου Δήμου Λαυρεωτικής και των δομών του ΝΠΔΔ "ΚΕΦΑΛΟΣ" Δήμου Λαυρεωτικής, για το τμήμα 3, ομάδα Z3 η εταιρεία ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ & ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ (ποσό 62.977,20€ προ ΦΠΑ). Η απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 25-6-2018 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

3. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 5/7/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την αναθέτουσα αρχή στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, προβαίνοντας συγχρόνως στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 158/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λαυρεωτικής (Απόσπασμα από τα πρακτικά της 9ης Τακτικής συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 10.06.2018), με την οποία κατακυρώθηκε ως ανάδοχος της προμήθειας τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Κοινωνικού Παντοπωλείου Δήμου Λαυρεωτικής και των δομών του ΝΠΔΔ "ΚΕΦΑΛΟΣ" Δήμου Λαυρεωτικής, για το τμήμα 3, ομάδα Ζ3 η εταιρεία ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ & ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ και ζητεί για τους λόγους που εκθέτει σε αυτήν, την ακύρωση εν μέρει (ως προς την Ομάδα Ζ.3.) της ανωτέρω απόφασης και την ανάδειξη της ίδιας ως αναδόχου για την συγκεκριμένη ομάδα.

4. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 222711430958 0903 0042, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

5. 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.

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

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι 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.

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

εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

9. 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.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα υποβάλλοντας τη με αρ. 91430 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό μεταξύ άλλων και για την ομάδα Ζ3, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία, όπως ισχυρίζεται, είναι μη σύμφωνη με τους όρους της οικείας διακήρυξης και την ανάδειξη της ίδιας ως αναδόχου, έχοντας υποβάλλει την αμέσως χαμηλότερη προσφορά (ποσό 63.570,00€ προ ΦΠΑ) από την προσφορά της εταιρείας Α.Ε.

Επομένως , η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία από το 3ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή στο άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».*

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των*

ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

13. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού» του Ν.4412/2016, «[...] 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την 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/και β) 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. Αν ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Η παρούσα παράγραφος παύει να εφαρμόζεται όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει,

συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.[...]»

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 80 «αποδεικτικά μέσα» του Ν.4412/2016, «[...]2.Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: α)... β) για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας...»

16. Επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για

δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, 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. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, 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 προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, 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 αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος. ».

17. Επειδή στο άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 αναφέρεται ότι: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105».

18. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο Διαγωνισμό αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣΤΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009), προβλέπεται στο άρθρο 1.7 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης» ότι: «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και

εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους, στο άρθρο 2.2.3. παράγραφος 2.2.3.2. με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» ορίζεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων 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: [...] Στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν ο προσφέρων 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/και β) όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο προσφέρων είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Δεν αποκλείεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους. [...]». στο άρθρο 2.2.8.2 με τίτλο «αποδεικτικά μέσα» ορίζεται ότι: «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.7, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. [...] β) για τις παραγράφους 2.2.3.2 και 2.2.3.4 περίπτωση β´

πιστοποιητικό της αρμόδιας κατά περίπτωση αρχής ότι είναι ενήμεροι: (i) ως προς τις φορολογικές τους υποχρεώσεις, (ii) ως προς τις υποχρεώσεις που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής προσφοράς, όσο και κατά κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Διευκρινίζεται ότι εάν ο προσφέρων είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, το πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας αφορά: - Τους φορείς επικουρικής ασφάλισης και όχι μόνο τους οργανισμούς κύριας ασφάλισης, τους απασχολούμενους στην επιχείρηση, με οποιαδήποτε σχέση εργασίας, που είναι ασφαλισμένοι σε οποιονδήποτε ασφαλιστικό οργανισμό, - Σε περίπτωση ατομικών επιχειρήσεων, όσους είναι ασφαλισμένοι ως εργοδότες ή ελεύθεροι επαγγελματίες σε ασφαλιστικούς οργανισμούς, - Σε περίπτωση εταιρειών (Νομικών Προσώπων), την ίδια την εταιρεία και όχι τα φυσικά πρόσωπα που τη διοικούν ή την εκπροσωπούν, εκτός αν αυτά έχουν εργασιακή σχέση με την εταιρεία.[...] Για τον έλεγχο των ανωτέρω στοιχείων, οι ενδιαφερόμενοι οφείλουν να υποβάλλουν, μαζί με το πιστοποιητικό ή τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας, κατάσταση προσωπικού κατά ειδικότητα, στην οποία θα φαίνονται οι ασφαλιστικοί φορείς όπου υπάγεται κάθε απασχολούμενος[...], στο άρθρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ορίζεται ότι « Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν

έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης [...] θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης» και στο άρθρο 3.2 με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού Αναδόχου» ορίζεται ότι «[...] Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τ.Ε.Υ.Δ., είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας[...]

19. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, 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. Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003). 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).

20. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω, 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) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζομένων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και

απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάσει των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν του χρόνου υποβολής προσφορών).

21. Επειδή η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

22. Επειδή με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλομένη έσφαλλε ως προς την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε η εταιρεία Α.Ε. για την ομάδα Ζ.3. και για το λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της και να κατακυρωθεί η προμήθεια της εν λόγω ομάδας στην προσφεύγουσα. Ειδικότερα με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι « [...] από τα έγγραφα της προσφοράς της εταιρείας Α.Ε. και συγκεκριμένα, από το υποβληθέν Πρακτικό Έκτακτης Γ.Σ. προκύπτει ότι ο εκ των μετόχων κ. Δημήτριος Νόσης, κατέχει το 99% του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρείας και συγκεκριμένα 19.800 ονομαστικές μετοχές επί συνόλου 20.000 και παράλληλα, ο ως άνω κ. Δημήτριος Νόσης είναι Αντιπρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος της εταιρείας. Σύμφωνα με το άρθρο 7β του άρθρου 39 του Ν.4387/2016, η εταιρεία έχει υποχρέωση ασφάλισης του ως άνω μετόχου – Αντιπροέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της στον κλάδο «Αυτοαπασχολούμενοι και Ελεύθεροι Επαγγελματίες», εφόσον ταυτοχρόνως κατέχει και μετοχές της ίδιας εταιρείας, άνω του 3%, ανεξαρτήτως της παροχής ή όχι εξαρτημένης εργασίας. Επί τη βάσει των ανωτέρω, η ως άνω ανθυποψήφια ανάδοχος εταιρεία όφειλε να προσκομίσει τα προβλεπόμενα σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2.Β.β. της διακήρυξης πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας (κατηγορία

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

«Αυτοαπασχολούμενοι – Ελεύθεροι επαγγελματίες»), ως προς την καταβολή των εισφορών του ως άνω μετόχου, Αντιπροέδρου Δ.Σ. και Διευθύνοντος Συμβούλου, τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής προσφοράς, όσο και κατά κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Το γεγονός δε ότι ο νόμος προβλέπει υποχρεωτική ασφάλιση του εν λόγω προσώπου στην ως άνω κατηγορία ασφαλιζομένων «Αυτοαπασχολούμενοι – Ελεύθεροι επαγγελματίες», δεν σχετίζεται επουδενί με την παροχή ή μη εξαρτημένης εργασίας προς στην εταιρεία, η οποία από τα λοιπά στοιχεία της προσφοράς της αποδεικνύεται αναμφισβήτητα. Το γεγονός δε αυτό, επιβεβαιώνει και η ίδια η προσφέρουσα εταιρεία, η οποία υποβάλει το σύνολο των πιστοποιητικών ασφαλιστικής ενημερότητας του ως άνω προσώπου (κύριας και επικουρικής), πλην όμως τα εν λόγω πιστοποιητικά δεν καλύπτουν τις ζητούμενες ημερομηνίες. Η εταιρεία Α.Ε. υπέβαλε την προσφορά της την 20.03.2018 και η υπ' αρ. πρωτ. 6832/15.05.2018 πρόσκληση προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης κοινοποιήθηκε την 15.05.2018. Ωστόσο, από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκομίζει η εν λόγω εταιρεία, δεν προκύπτει ότι η εταιρεία ήταν ενήμερη, ως προς την καταβολή των οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών του Δημητρίου Νόση, κατά τις ως άνω ημερομηνίες. Ειδικότερα, το προσκομιζόμενο πιστοποιητικό ΕΦΚΑ, με αρ. πρωτ. 425569 φέρει ημερομηνία 26.03.2018 και συνεπώς δεν προκύπτει ότι η εν λόγω εταιρεία ήταν ενήμερη, ως προς την καταβολή των οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών του Δημητρίου Νόση κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της (δηλ. την 20.03.2018). [...]»

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. 10430/11-7-2018 Απόψεις της προς την ΑΕΠΠ υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης πράξης ισχυριζόμενη ότι «[...] Με το άρθρο 107 Ν.4497/2017 (ΦΕΚ 171/13.11.2017), με το οποίο τροποποιείται ο Ν.4412/2016 ορίζεται ότι στην περίπτωση του άρθρου 73 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο του Ν. 4412/2016 (απόσπασμα ποινικού μητρώου), η υποχρέωση αποκλεισμού αφορά ιδίως: • Στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), καθώς και ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών

(Ι.Κ.Ε.), τους διαχειριστές, εφόσον σε βάρος τους έχει εκδοθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τους ανωτέρω λόγους. • Στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, εφόσον σε βάρος τους έχει εκδοθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τους ανωτέρω λόγους. Χωρίς κάτι αντίστοιχο να προβλέπεται και για τις περιπτώσεις της παρ.2 του ίδιου άρθρου. Τα ίδια αναφέρονται και στην ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 20 (Απόφαση 42/30-5-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) (ΑΔΑ: ΩΡΞ30ΞΤΒ-9Ρ5): Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ 3800/14-6-17). Εξάλλου από την πρόσφατη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου προκύπτει τα πιστοποιητικά φορολογικής ασφαλιστικής ενημερότητας, σε περίπτωση νομικών προσώπων, αφορούν το ίδιο το Νομικό Πρόσωπο και όχι τα φυσικά πρόσωπα που το διοικούν, εκτός εάν έχουν εργασιακή σχέση με την εταιρεία. Τέλος, από το καταστατικό της εταιρείας Α.Ε., καθώς και από τα πρακτικά συνεδρίασης του Διοικητικού της Συμβουλίου (σχετ. 1 & 2 της από 05.07.2018 προδικαστικής προσφυγής) και τις καταστάσεις προσωπικού, προκύπτει ότι ο κος Νόσης Δημήτριος του Νικολάου είναι Αντιπρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος της εταιρείας και δεν έχει εργασιακή σχέση με αυτήν, όπως αβασίμως αναφέρεται στην ως άνω προσφυγή. Από όλα τα ανωτέρω θεωρούμε ότι η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού και ακολούθως η Οικονομική Επιτροπή, ορθώς έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκομίστηκαν από τον Οικονομικό Φορέα " Α.Ε." αφού όσο αφορά τις υποχρεώσεις του Φορέα για την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης ελήφθησαν υπόψη τα πιστοποιητικά που αφορούν την ίδια την εταιρεία και όχι αυτά που αφορούν τα μέλη του Διοικητικού της Συμβουλίου, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2 «αποδεικτικά μέσα» της αριθμ.105/2018 διακήρυξης του διαγωνισμού. [...]»

24. Επειδή, από το παρατιθέμενο στη σκέψη 18 περιεχόμενο της Διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού προκύπτει ότι οι προσφορές και τα απαιτούμενα δικαιολογητικά υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που

ορίζονται στην Διακήρυξη. Η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική, υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνάγεται ότι σε περίπτωση απόκλισης της προσφοράς διαγωνιζομένου από απαραίτους όρους της διακηρύξεως έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές.

25. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων συνάγεται ότι για την απόδειξη μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.2 ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να προσκομίσει μεταξύ άλλων πιστοποιητικό της αρμόδιας κατά περίπτωση αρχής ότι είναι ενήμερος ως προς τις υποχρεώσεις που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής προσφοράς, όσο και κατά την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εάν ο προσφέρων είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, το πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας αφορά: - Τους φορείς επικουρικής ασφάλισης και όχι μόνο τους οργανισμούς κύριας ασφάλισης, τους απασχολούμενους στην επιχείρηση, με οποιαδήποτε σχέση εργασίας, που είναι ασφαλισμένοι σε οποιονδήποτε ασφαλιστικό οργανισμό. Σε περίπτωση δε εταιρειών (Νομικών Προσώπων), την ίδια την εταιρεία και όχι τα φυσικά πρόσωπα που τη διοικούν ή την εκπροσωπούν, εκτός αν αυτά έχουν εργασιακή σχέση με την εταιρεία. Η ειδική και σαφής αυτή απαίτηση της διακήρυξης δεν αναιρείται από το γεγονός ότι ο ν. 4387/2016 στο άρθρο 39 παρ. 7β αναφέρεται στην υποχρέωση ασφάλισης των μελών του ΔΣ στην κατηγορία «Αυτοαπασχολούμενοι – Ελεύθεροι επαγγελματίες»), όταν κατέχουν και μετοχές της ίδιας εταιρείας άνω του 3%. Και τούτο, διότι αφενός ο νόμος 4412/2016 περί δημοσίων συμβάσεων ως ειδικός και μεταγενέστερος του νόμου 4387/2016 δεν προβλέπει κάτι τέτοιο και αφετέρου εάν η βούληση του νομοθέτη ήταν να συμπεριλάβει την υποχρέωση προσκόμισης του ανωτέρω

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

πιστοποιητικού της αρμόδιας κατά περίπτωση αρχής εκ μέρους των μελών του ΔΣ που κατέχουν και μετοχές της ίδιας εταιρείας άνω του 3%, ανεξαρτήτως της παροχής ή όχι εξαρτημένης εργασίας, θα το όριζε ρητά. Ως βάσιμα δε αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, στις περιπτώσεις που ο νομοθέτης θέλησε τα ίδια τα μέλη ΔΣ Α.Ε να προσκομίζουν στοιχεία, το όρισε ρητά (όπως υποχρέωση υποβολής ποινικού μητρώου - άρθρο 73 παρ. 1 εδ. αα σε συνδυασμό με το άρθρο 80 παρ. 2 του Ν. 4412/2016)...».

26. Επειδή, από το καταστατικό της εταιρείας Α.Ε. καθώς και από τα πρακτικά συνεδρίασης του Διοικητικού της Συμβουλίου (σχετ. 1 & 2 της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής) και τις υποβαλλόμενες καταστάσεις προσωπικού, προκύπτει ότι ο κος Νόσης Δημήτριος του Νικολάου είναι Αντιπρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος της ως άνω εταιρείας και δεν έχει καμία εργασιακή σχέση με αυτήν, όπως αβασίμως αναφέρεται στην υπό κρίση προσφυγή και νομίμως, σύμφωνα με τα ανωτέρω και όσα έγιναν δεκτά στις σκέψεις 19 έως 21 της παρούσας και κατά τη σαφή διατύπωση των όρων της διακήρυξης ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού και ακολούθως η Οικονομική Επιτροπή, έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκομίστηκαν από τον Οικονομικό Φορέα ' Α.Ε., συμμορφούμενη πλήρως προς τους οικείους όρους της διακήρυξης, αφού όσον αφορά στις υποχρεώσεις του Φορέα για την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης ελήφθησαν υπόψη τα πιστοποιητικά που αφορούν την ίδια την εταιρεία και όχι αυτά που αφορούν τα μέλη του Διοικητικού της Συμβουλίου, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2 «αποδεικτικά μέσα» της υπόψη διακήρυξης του διαγωνισμού. Συνεπώς, αβάσιμα προβάλλεται ότι δεν προσκομίστηκε το απαιτούμενο πιστοποιητικό ενημερότητας ΕΦΚΑ για τον απασχολούμενο Δημήτριο Νόση που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (ήτοι την 20/3/2018), δοθέντος ότι από καμία διάταξη νόμου σχετική με τη διενέργεια διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (επιχείρημα εξ αντιδιαστολής από την απαίτηση υποβολής ποινικού μητρώου μελών του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του φορέα - άρθρο 73 παρ. 1 σε

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

συνδυασμό με το άρθρο 80 παρ. 2 του Ν. 4412/2016). Εξάλλου από την πρόσφατη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου προκύπτει τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, σε περίπτωση νομικών προσώπων, αφορούν το ίδιο το Νομικό Πρόσωπο και όχι τα φυσικά πρόσωπα που το διοικούν, εκτός εάν έχουν εργασιακή σχέση με την εταιρεία. (ΕΣ IV Τμ. 29/2018, ΕΣ VII Τμ. 19/2018, ΕΣ VII Τμ. 308/2017, ΕΣ VII Τμ. Πρ. 54/2016). Συνεπώς, η αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία « ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ & ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ» συμπορεύεται με τους οικείους όρους της διακήρυξης και πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και ο μοναδικός λόγος της προσφυγής πρέπει ακολούθως να απορριφθεί ως αβάσιμος.

27. Επειδή, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά «κάθε προγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλομένης νόμιμης, η οποία επικυρώνεται με την προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση ή στην οποία αυτή εδράζεται, καθώς και κάθε μεταγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλομένης νόμιμης ενέργειας, η οποία εδράζεται στην προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση», είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. II Τμ. Ελ. Συν. 3220, 3200, 2822, 2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016)

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €)

Αριθμός Απόφασης : 634/2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 2 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε την 14 Αυγούστου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη