

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12.09.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.08.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 753/06.08.2018, της εταιρείας με την επωνυμία [...], που εδρεύει στην [...][...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 332/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κορινθίων, κατ' αποδοχήν του Πρακτικού 20 της 16.07.2018, αναφορικά με την υπ' αριθ. πρωτ. 60801/29.12.2017 προκήρυξη διενέργειας ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της «Προμήθειας τροφίμων, ειδών παντοπωλείου, γάλακτος για τους εργαζόμενους του Δήμου Κορινθίων και έτοιμων γευμάτων για τη σίτιση των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Κορίνθου».

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας [...], που εδρεύει στην [...][...], νομίμως εκπροσωπούμενης και η οποία κατέθεσε την από 10.08.2018 Παρέμβασή της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η τεχνική της προσφορά ως μη πληρούσα τους όρους της διακήρυξης καθώς και κατά το μέρος που η προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας [...] έγινε αποδεκτή, αφού παραβιάζεται – ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται - η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, καθώς

Αριθμός απόφασης: 781/2018

και οι όροι της διακήρυξης για τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγής της λόγους.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα, αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. 60801/29.12.2017 προκήρυξη του Δήμου Κορινθίων αποφασίσθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, διεθνούς, μειοδοτικού διαγωνισμού για την ανάθεση της «Προμήθειας τροφίμων, ειδών παντοπωλείου, γάλακτος για τους εργαζόμενους του Δήμου και έτοιμων γευμάτων για τη σίτιση των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Κορίνθου», συνολικού προϋπολογισμού 466.500,08 €, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 05.01.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 51741,1.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228102985958 1002 0002) ποσού 1.230,00 €, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, συνολικού προϋπολογισμού 245.737,57 € για τα Τμήματα 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, και 29, για τα οποία έχει κατατεθεί η προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 781/2018

προσφεύγουσας και για τα οποία θεωρείται ότι ασκείται και η υπό κρίση Προσφυγή (245.737,57 X 0,5% = 1.229,70 €).

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 466.500,08 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής της Προκήρυξης για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (31.12.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 24.07.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 03.08.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης, αιτούμενη την ακύρωση αυτής κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η τεχνική της προσφορά ως μη πληρούσα τους όρους της διακήρυξης καθώς και κατά το μέρος που η προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας [...] κρίθηκε ως αποδεκτή, σωρεύοντας παράλληλα και αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της για τα τμήματα 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, και 29 και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι

Αριθμός απόφασης: 781/2018

έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της ως μη πληρούσα τους όρους της διακήρυξης. Και τούτο διότι η αρμόδια Επιτροπή διενέργειας του ανωτέρω διαγωνισμού εισηγήθηκε με το σχετικό Πρακτικό της, το οποίο και εγκρίθηκε από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, δοθέντος ότι οι υποβληθείσες οικονομικές καταστάσεις έχουν υποβληθεί ως έγγραφα που έχουν συνταχθεί από τον οικονομικό φορέα και ως εκ τούτου σύμφωνα με τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης θα έπρεπε να φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή και να μην έχουν κατατεθεί ως απλά αντίγραφα. Με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απόρριψη αυτή δεν είναι νόμιμη, αφού σύμφωνα με το άρθρο 2 του Ν. 4250/2014 οι οικονομικές καταστάσεις υποβάλλονται στο Γ.Ε.ΜΗ και καθίστανται από την ανάρτησή τους δημόσια έγγραφα, στο νόμο 4412/2016 δε, αλλά και στη διακήρυξη, σελ. 29 αυτής, ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά αυτή ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων, ως εν προκειμένω είναι το Γ.Ε.ΜΗ.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η εταιρεία [...], αφού η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα στις 06.08.2018 οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 10.08.2018, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η προσφορά της αναφορικά με τον υπό κρίση διαγωνισμό και απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 εδ. γ' και 2 του Ν. 4412/20168 και του άρθρου 8 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017 προβλέπεται ότι

Αριθμός απόφασης: 781/2018

ο προσφεύγων προβάλλει με την προδικαστική προσφυγή του, και μέσω της χρήσης του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, όλες ανεξαιρέτως τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του. Μάλιστα, οφείλει να προβάλλει αυτές τις αιτιάσεις εντός των αποκλειστικών προθεσμιών που προβλέπονται στα άρθρα 361 του Ν. 4412/2016 και 4 του Π.Δ. 39/2017 προς άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, ενώ τα αυτά ισχύουν και για την άσκηση της Παρέμβασης *mutatis mutandis*. Ως εκ τούτου, στο πλαίσιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής, δε δύναται να λαμβάνονται νομίμως υπόψη τυχόν προβαλλόμενοι με άλλα μέσα νομικοί και ουσιαστικοί ισχυρισμοί, όπως εν προκειμένω οι περαιτέρω προβαλλόμενοι με τα από 13.08.2018 Υπόμνημα – Πρόσθετοι Λόγοι ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., το οποίο και δεν εξετάζεται, πέραν των ισχυρισμών που προβλήθηκαν με την άσκηση της Προσφυγής, καθώς αντίθετη ερμηνεία θα είχε ως αποτέλεσμα την καταστρατήγηση του κανονιστικού πλαισίου και των αποκλειστικών προθεσμιών που αυτό θέτει.

9. Επειδή, με το υπ' αριθ. 23/10.08.2018 Πρακτικό της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κορινθίων, η αναθέτουσα αρχή εκφέρει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτό.

10. Επειδή, με την υπ' αριθ. Α356/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. πρωτ. 60801/29.12.2017 προκήρυξης του Δήμου Κορινθίων για την «Προμήθεια τροφίμων, ειδών παντοπωλείου, γάλακτος για τους εργαζόμενους του Δήμου και έτοιμων γευμάτων για τη σίτιση των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Κορίνθου» και για τα Τμήματα 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, και 29 αυτού, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου

Αριθμός απόφασης: 781/2018

4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 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.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με αυτήν απερρίφθη η προσφορά της συνεπεία της μη υποβολής στο διαγωνισμό των οικονομικών καταστάσεων για τα έτη 2014, 2015 και 2016, ως η Διακήρυξη ορίζει, χωρίς να φέρουν αυτές ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι τούτο δεν απαιτείτο σύμφωνα με τον νόμο διότι οι οικονομικές καταστάσεις (ισολογισμοί) των παρελθόντων ετών, υποβάλλονται εμπροθέσμως στο Γ.Ε.ΜΗ. και από την ανάρτησή τους καθίστανται δημόσια έγγραφα και διατίθενται στην θέα όλων (Ν.4250/14 ά.2). Επιπλέον, υποστηρίζει ότι η απαίτηση ηλεκτρονικής υπογραφής θεσμοθετήθηκε για την διασφάλιση της γνησιότητας καθότι με την ψηφιακή υπογραφή παρέχονται εχέγγυα γνησιότητας σε σχέση με την ιδιόχειρη, πλην όμως στα συγκεκριμένα από τη Διακήρυξη έγγραφα των οικονομικών καταστάσεων (ισολογισμοί) δεν τίθενται

Αριθμός απόφασης: 781/2018

θέμα γνησιότητας καθότι αυτά αναρτώνται στο Γ.Ε.ΜΗ. Κατά συνέπεια, ως η προσφεύγουσα υποστηρίζει, τα εν λόγω έγγραφα καθίστανται δημόσια έγγραφα, διαθέσιμα σε όλους μέσω της βάσης του Γ.Ε.ΜΗ και δεν χρήζουν ηλεκτρονικής υπογραφής. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν απαιτείται ειδικώς για τους ισολογισμούς η ηλεκτρονική υπογραφή, τουναντίον στη σελ. 29 αυτής ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν η αναθέτουσα αρχή έχει την δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων, ως εν προκειμένω, σε κάθε περίπτωση η υποβολή των ισολογισμών από την προσφεύγουσα ήταν εκ του περισσού και προς διευκόλυνση της αναθέτουσας αρχής, η οποία σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 και την αρχή της χρηστής διοίκησης δεν θα έπρεπε να αποκλείσει την προσφορά της για ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, σύμφωνα με την προαναφερόμενη διάταξη.

13. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2. «Αποδεικτικά μέσα» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «... οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», ενώ περαιτέρω σύμφωνα με την την παρ. Β3 «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατά το στάδιο της υποβολής της προσφοράς τους: □ Οικονομικές Καταστάσεις των τριών τελευταίων χρήσεων. Ως οικονομικές καταστάσεις των τριών (3)

Αριθμός απόφασης: 781/2018

τελευταίων χρήσεων νοούνται οι Οικονομικές Καταστάσεις των τριών (3) τελευταίων συναπτών οικονομικών ετών (οι ενοποιημένες ή, σε περίπτωση που δεν συντάσσονται τέτοιες, οι απλές (εταιρικές) οικονομικές καταστάσεις), των ετών 2014 - 2015 και 2016 και οι οποίες έχουν συνταχθεί σύμφωνα με τα λογιστικά πρότυπα που επιβάλλει η νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης του προσώπου που τις υποβάλλει. Σε περίπτωση που οι Οικονομικές Καταστάσεις ενός οικονομικού έτους δεν έχουν δημοσιευθεί, υποβάλλεται Υπεύθυνη Δήλωση με τους λόγους της μη δημοσίευσης και τις ελεγμένες μη δημοσιευμένες Οικονομικές Καταστάσεις με όλα τα στοιχεία που απαιτούνται σύμφωνα με την παρούσα. Σε περίπτωση μη υποχρέωσης δημοσίευσης των οικονομικών καταστάσεων, θα πρέπει να προσκομίζονται αντίγραφα E1, E3 και E5 των αντίστοιχων ετών από όπου προκύπτει ο κύκλος εργασιών του προσφέροντος, άλλως και σε περίπτωση αλλοδαπών οικονομικών φορέων, υπεύθυνη δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών για τις ανωτέρω τρεις οικονομικές χρήσεις. Σε περίπτωση Επιχειρήσεων που λειτουργούν για λιγότερο από τρία (3) έτη, θα προσκομίζονται οι Οικονομικές Καταστάσεις των ετών που έχουν λήξει προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών και θα λαμβάνονται υπόψη τα ζητούμενα από την παρούσα, οικονομικά στοιχεία, για τα έτη που αυτές λειτουργούν ...».

14. Επειδή, επέκεινα σύμφωνα με τον όρο 2.4.2 «Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «... Για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής ... 2.4.2.5. Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν ορατή μη κρυπτογραφημένη ψηφιακή υπογραφή σκληρής αποθήκευσης, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής». Επιπλέον στον όρο 2.4.3

Αριθμός απόφασης: 781/2018

«Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»» ορίζεται ότι «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν ... γ) τα αποδεικτικά μέσα των περιπτώσεων Β3, Β4 και Β5 της παραγράφου 2.2.9.2 που αφορούν στην πλήρωση των κριτήριων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και της τήρησης των προτύπων διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης καθώς και τα αποδεικτικά μέσα της περίπτωσης Β6 της παραγράφου 2.2.9.2 για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης του οικονομικού φορέα».

15. Επειδή, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου του δημοσίου συμβάσεων, αλλά και κατά πάγια νομολογία, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού. Εφόσον, λοιπόν, προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και ο τρόπος υποβολής, κατά την κατάθεση της προσφοράς, των δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων, ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα απαιτούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία κατά τον τρόπο και τη διαδικασία που η διακήρυξη επιβάλλει για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008). Μάλιστα, ειδικά σε σχέση με το περιεχόμενο της υποβληθείσας τεχνικής προσφοράς, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, οι τεχνικές προσφορές που υποβάλλουν οι υποψήφιοι πρέπει να ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές που θέτει και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού η διακήρυξη, ενώ τυχόν ελλείψεις ή ουσιώδεις αποκλίσεις τους δεν αναπληρώνονται από τη γενική δήλωση των υποψηφίων περί συμμόρφωσής τους με τους όρους της διακήρυξης (ΣτΕ Ασφ 883/08, ΔΕφΑθ 980/13).

Αριθμός απόφασης: 781/2018

16. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου του δημοσίου συμβάσεων και τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), 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 συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές.

17. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης προκύπτει ότι θεσπίζεται η υποχρέωση προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του οικονομικού φορέα η προσκόμιση των οικονομικές καταστάσεις των 3 τελευταίων χρήσεων και ως τέτοιες νοούνται οι οικονομικές καταστάσεις των 3 τελευταίων συναπτών οικονομικών ετών (οι ενοποιημένες ή, σε περίπτωση που δεν συντάσσονται τέτοιες, οι απλές (εταιρικές) οικονομικές καταστάσεις), των ετών 2014 - 2015 και 2016 και οι οποίες έχουν συνταχθεί σύμφωνα με τα λογιστικά πρότυπα που επιβάλλει η νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης του προσώπου που τις υποβάλλει. Εν προκειμένω και στην περίπτωση της προσφεύγουσας όπου πρόκειται για ανώνυμη εταιρεία υφίσταται υποχρέωση δημοσίευσης των οικονομικών της καταστάσεων (ά. 43 του Ν.2109/1920, 22 του Ν.3190/1955, 98 του Ν. 4072/2012 και 16 του Ν. 4308/2014) .Συνεπώς και σύμφωνα με τον υπόψη όρο της Διακήρυξης η προσφεύγουσα όφειλε να προσκομίσει τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις των 3 τελευταίων συναπτών οικονομικών ετών. Η υποχρέωση προσκόμισης των δημοσιευμένων οικονομικών καταστάσεων των 3 τελευταίων ετών προκύπτει και *argumentum e contrario* από τη συστηματική θεώρηση του υπόψη όρου της Διακήρυξης, όπου ορίζεται σαφώς ποια έγγραφα θα πρέπει να προσκομισθούν σε περίπτωση που δεν δύναται ο οικονομικός φορέας να προσκομίσει δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις, ήτοι στις

Αριθμός απόφασης: 781/2018

περιπτώσεις μη δημοσίευσης αυτών ή μη υποχρέωσης δημοσίευσης, όπερ σημαίνει ότι σε κάθε άλλη περίπτωση οι προσκομιζόμενες καταστάσεις θα έπρεπε να είναι οι δημοσιευμένες.

18. Επειδή, εν προκειμένω και από τη θεώρηση των εγγράφων της προσφοράς της προσφεύγουσας, έγγραφο με τίτλο [...] προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν υπέβαλλε δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις για τα έτη 2014, 2015 και 2016, ως η Διακήρυξη όριζε κατά τα ανωτέρω, και κατ' ακολουθίαν η προσφορά της τυγχάνει απορριπτέα και μόνον εκ του λόγου αυτού.

19. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι οι υποβληθείσες οικονομικές καταστάσεις δεν φέρουν ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας, αφού έχουν υποβληθεί ως έγγραφα, που έχουν συνταχθεί από τον οικονομικό φορέα και όχι ως δημόσια έγγραφα, δηλαδή δεν έχουν υποβληθεί ως αναπόσπαστα μέρη δημοσίου εγγράφου της αρμόδιας υπηρεσίας Γ.Ε.ΜΗ., ήτοι νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, έστω και με άλλη αιτιολογία. Άλλωστε, και κατά πάγια νομολογία, όταν προσβάλλεται διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί νομίμως, έστω και με διαφορετική αιτιολογία, αυτή δεν τυγχάνει ακυρωτέα, αφού το διοικητικό όργανο κατά δέσμια αρμοδιότητα θα όφειλε κατά νόμο να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (ΕΑ ΣτΕ 311/2012, ΣτΕ 671/2011, ΣτΕ 1169/2010, ΣτΕ Ολομ. 2916/2007, ΔΕφΑΘ 300/2012), ως εν προκειμένω, που το προσκομιζόμενο έγγραφο από την προσφεύγουσα δεν καλύπτει τους όρους της διακήρυξης.

20. Επειδή, αναφορικά με την υποχρέωση αυτεπάγγελτης αναζήτησης δικαιολογητικών στους δημόσιους διαγωνισμούς, εφαρμογής τυγχάνει στον υπό κρίση διαγωνισμό το άρθρο 79 παρ. 6 του Ν. 4412/2016, καθώς και το άρθρο της 2.2.9.2. «Αποδεικτικά μέσα» της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα οποία οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις

Αριθμός απόφασης: 781/2018

συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, η δε δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.). Στην υπό κρίση περίπτωση και από τη θεώρηση του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. από την προσφεύγουσα δεν προκύπτει αναφορά για τη σχετική τεκμηρίωση σχετικά με τους ισολογισμούς, ήτοι αναφορά ότι αυτοί διατίθεται ηλεκτρονικά, σε ποια διεύθυνση, ποιος ο φορέας έκδοσης και πιστοποίησης των εγγράφων, ώστε παραδεκτώς να δύναται να θεωρηθεί ότι η μη υποβολή των υπόψη εγγράφων των οικονομικών καταστάσεων θεραπεύεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 6 του Ν.4412/2016 και 2.2.9.2. της Διακήρυξης.

21. Επειδή και *obiter dictum* στην υπό κρίση περίπτωση, η Διακήρυξη, ρητώς, απαιτεί την προσκόμιση των οικονομικών καταστάσεων των 3 τελευταίων ετών, όπως αυτές έχουν δημοσιευθεί και ως εκ τούτου δεν δύναται παραδεκτώς να θεωρηθεί ότι η μη προσκόμιση αυτών, δύναται να θεραπευθεί από τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να έχει πρόσβαση σε αυτά από τη βάση δεδομένων του Γ.Ε.ΜΗ. Και τούτο διότι τα υπόψη έγγραφα ονομάζονται *expressis verbis* από την αναθέτουσα για την αναγκαιότητα της προσκόμισής τους και προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του οικονομικού φορέα και δη κατά το στάδιο υποβολής της προσφορά για την υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι η σπουδαιότητά τους για την αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να αναπληρωθεί από τη γενική διάταξη των άρθρων 79 παρ. 6 του Ν.4412/2016 και 2.2.9.2. της Διακήρυξης, διατάξεις των οποίων εξάλλου δεν τηρούνται οι προϋποθέσεις τους, σύμφωνα με τα όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω (σκέψη 20 περί δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ. από τον οικονομικό φορέα για την αναζήτηση από την αναθέτουσα σχετικών πιστοποιητικών σε βάσεις δεδομένων). Τα ανωτέρω στοιχούν και με την πάγια νομολογία του Σ.τ.Ε., σύμφωνα με την οποία «η συμμετοχή στη διαδικασία των δημοσίων διαγωνισμών για τη σύναψη συμβάσεων δεν αποτελεί «διεκπεραίωση υπόθεσης πολίτη», ώστε να υποχρεούται η οικεία υπηρεσία να αναζητεί αυτεπαγγέλτως τα

Αριθμός απόφασης: 781/2018

δικαιολογητικά που δεν προσκομίζει ο διαγωνιζόμενος κατά την κατάθεση της προσφοράς του» (Σ.Τ.Ε Ε.Α. 146/2010, 1231/2007).

22. Επειδή, εξάλλου και σύμφωνα με τον όρο 2.4.2.5. της Διακήρυξης τα δικαιολογητικά συμμετοχής οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν ορατή μη κρυπτογραφημένη ψηφιακή υπογραφή σκληρής αποθήκευσης, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής, προϋπόθεση που δεν τηρήθηκε στην υπό εξέταση περίπτωση από την αναθέτουσα, αφού κατατέθηκαν απλά φωτοαντίγραφα των οικονομικών καταστάσεων των 3 τελευταίων ετών, ήτοι ιδιωτικά έγγραφα, χωρίς νόμιμη επικύρωση αυτών, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Ν. 4250/2014 και χωρίς ψηφιακή υπογραφή και συνεπώς νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

23. Επειδή, ετέρωθεν η μη υποβολή των εγγράφων των οικονομικών καταστάσεων των 3 τελευταίων ετών, κατά τα προβλεπόμενα στο όρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης, δεν δύναται παραδεκτως να θεωρηθεί ως ασάφεια ή εκ παραδρομής επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα, το οποίο νομίμως δύναται κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 να συμπληρωθεί/διευκρινισθεί εκ των υστέρων, αφού η προσκόμιση των εν λόγω απαιτούμενων πιστοποιητικών απαιτείτο επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, ώστε να θεωρηθεί άρτια και πλήρης η εν λόγω τεχνική προσφορά και συνεπώς ο υπόψη ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

24. Επειδή, τούτων δοθέντων ο πρώτος λόγος της Προδικαστικής Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

25. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, καθ' ο μέρος πλήττουν την προσβαλλόμενη απόφαση λόγω απόρριψης της προσφοράς της, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμες, αφού, κατά τα προεκτεθέντα η προσφορά της προσφεύγουσας νομίμως απερρίφθη,

Αριθμός απόφασης: 781/2018

ως μη πληρούσα τις απαιτούμενες, επί ποινή αποκλεισμού, προδιαγραφές των σχετικών όρων της Διακήρυξης.

26. Επειδή, με λοιπούς λόγους της της Προσφυγής της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης καθ' ό μέρος έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας [...].

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, κρίνεται ως βάσιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον αυτής, σχετικά με το αίτημά της για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ως προς την αποδοχή και αξιολόγηση της προσφοράς του έτερου διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, που σύμφωνα με την προσβαλλόμενη αξιολογήθηκε και εγκρίθηκε η προσφορά της. Και τούτο, διότι εφόσον κριθεί ως νόμιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, παρέλκει, ως αλυσιτελής η εξέταση των οικείων λόγων που προβάλλει περί της αξιολόγησης της προσφοράς του συνδιαγωνιζόμενου του (ΔΕΦΑΘ 892/2010), καθώς, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ 1156/2010, ΣτΕ Ε.Α. 64/2012, 695, 311/2009) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος. Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο προσφεύγων προβάλλει με έννομο συμφέρον λόγους αποκλεισμού ίδιους με εκείνους που απετέλεσαν την αιτιολογία αποκλεισμού του.

28. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει λόγους για την απόρριψη της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης και νυν παρεμβαίνουσας εταιρείας [...], της οποίας η προσφορά έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, οι οποίοι όμως αφορούν: α) την μη ικανοποίηση της απαίτησης του όρου 2.4.3.1. της Διακήρυξης περί προσκόμισης HACCP και ISO του παραγωγού β) την προσφορά εναλλακτικών προσφορών γ) την αμφισβήτηση της πλήρωσης

Αριθμός απόφασης: 781/2018

του όρου περί πιστοληπτική ικανότητα και δ) τις υποβληθείσες άδειες λειτουργίας, τους κωδικούς έγκρισης καταλληλότητας και τα πιστοποιητικά επαγγελματικής ικανότητας, ήτοι λόγους που δεν είναι όμοιοι με τους λόγους για τους οποίους αποκλείσθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

29. Επειδή, ως αναφέρθηκε, σε περίπτωση νομίμου αποκλεισμού, ως εν προκειμένω, δεν υφίσταται κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα να στραφεί κατά της προσφοράς άλλων διαγωνιζόμενων, κατ' εξαίρεση μόνον και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας, εξετάζονται λόγοι αποκλεισμού ίδιου με εκείνους που απετέλεσαν την αιτιολογία αποκλεισμού του, προϋπόθεση που στην υπό κρίση εξεταζόμενη περίπτωση δεν πληρούται σύμφωνα με τα αναφερόμενα ακριβώς ανωτέρω.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228102985958 1002 0002) ποσού 1.230,00 €, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228102985958 1002 0002) ποσού 1.230,00 €.

Αριθμός απόφασης: 781/2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Σεπτεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 26 Σεπτεμβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα