

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26-7-2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 18-7-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 912/19-7-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση, άλλως τροποποίηση της υπ' αρ. 128/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, με την οποία εγκρίθηκε το 3^ο Πρακτικό της Γνωμοδοτικής Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης «.....» και κατακυρώθηκε οριστικά η ανάθεσή της στο συμμετέχοντα οικονομικό φορέα «.....», ως και την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....». Περαιτέρω, η προσφεύγουσα εταιρία αιτείται όπως ανασταλεί η εκτέλεση των προσβαλλομένων πράξεων και η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 358/2019

2. Επειδή, με την υπ' αριθ.πρωτ.διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την ανάθεση της ανωτέρω σύμβασης «.....», CPV Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια, σύμφωνα με τις τρέχουσες ανάγκες και λαμβάνοντας υπόψη τις φθορές που έχουν υποστεί τα τελευταία. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 190.450,00€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ). Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 23-4-2019. Η εν λόγω διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Με την υπ' αριθμ. 81/2019 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκε το από 09/05/2019 δεύτερο πρακτικό της επιτροπής για την παραπάνω προμήθεια και προσκλήθηκε μέσω της ηλεκτρονικής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία «.....» με το με αρ. πρωτ. 13284/03-06-2019 έγγραφο, προκειμένου να προσκομίσει τα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στο άρθρο 3.2 της διακήρυξης. Η εταιρεία «.....» προσκόμισε με τη με αρ. πρωτ. 14673/18-06-2019 αίτησή της, καθώς και μέσω της ηλεκτρονικής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, τα δικαιολογητικά συμμετοχής σε κλειστό φάκελο. Στη συνέχεια η Επιτροπή την Τρίτη 18 Ιουνίου 2019, προέβη στην αποσφράγιση του φακέλου και στον έλεγχο των δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της διακήρυξης. Με το με αρ. πρωτ. 15249/25.06.2019 έγγραφο, ζητήθηκαν από την εταιρεία «.....» συμπληρωματικά δικαιολογητικά. Τα δικαιολογητικά υποβλήθηκαν τόσο μέσω της ηλεκτρονικής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, όσο και με την με αρ. πρωτ. 16231/03.07.2019 αίτησή της. Η Επιτροπή έκρινε τα δικαιολογητικά αυτά αποδεκτά. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή διαβίβασε στην Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, το Πρακτικό 3 και τον υποβληθέντα φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής, προκειμένου να προβεί στην οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας «.....» στην μειοδότη και προσωρινή ανάδοχο εταιρεία «.....». Η Οικονομική Επιτροπή με την προσβαλλόμενη με αρ. 128/2019 απόφασή της ενέκρινε το 3^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού και κατακύρωσε οριστικά την ανάθεση της σχετικής σύμβασης στον οικονομικό φορέα «.....».

Αριθμός απόφασης: Α 358/2019

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα «.....» βάλλει κατά της προαναφερθείσας υπ' αριθμ. 128/10-7-2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, υποστηρίζοντας τα εξής: α) η Επιτροπή παρέλειψε να διαπιστώσει, ως όφειλε, τις ουσιαστικές πλημμέλειες της συμμετοχής της ανωτέρω συμμετέχουσας και τελικώς οριστικής αναδόχου - μειοδότης εταιρείας και ειδικότερα την ευθεία παράβαση των άρθρων 2.2.3.4.(β) και (ζ) και 2.2.9.2 Β.1(β) της διακήρυξης του διαγωνισμού, καθόσον η ανάδοχος εταιρεία δεν προσκόμισε: πιστοποιητικό περί μη εξυγίανσης, εκδοθέν από το αρμόδιο Πρωτοδικείο [άρθρο 2.2.3.4.(β) & 2.2.9.2 Β.1(β)], πιστοποιητικό περί μη ειδικής εκκαθάρισης, εκδοθέν από το αρμόδιο Πρωτοδικείο [άρθρο 2.2.3.4.(β)] και υπεύθυνη δήλωση αναφορικά με τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης στους οποίους οφείλει να καταβάλει εισφορές [άρθρο 2.2.9.2. Β1 (β)]. Αντί αυτού, η μειοδότης εταιρεία εσφαλμένα προσκόμισε Υπεύθυνη Δήλωση με την οποία δηλώνει ότι δεν οφείλει εισφορές, ενώ συμμορφούμενη με τον ως άνω όρο της Διακήρυξης όφειλε να δηλώσει τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης στους οποίους οφείλει να καταβάλει εισφορές (π.χ. ΕΦΚΑ (πρώην ΙΚΑ για εργαζόμενους), ΕΦΚΑ (πρώην ΕΤΑΑ για μισθωτούς μηχανικούς) Κ.Α.), συνεπώς η προσκομισθείσα Δήλωση δεν πληροί τις προαπαιτούμενες απαιτήσεις της διακήρυξης. Επίσης δεν προσκόμισε πιστοποιητικό περί μη θέσης σε εκκαθάριση με δικαστική απόφαση, εκδοθέν από το αρμόδιο Πρωτοδικείο [άρθρο 2.2.9.2. Β1 (β)], ένορκη βεβαίωση, από το κείμενο της οποίας να προκύπτει και να πιστοποιείται ότι δεν έχει κατατεθεί αίτηση για πτωχευτικό συμβιβασμό ή δικόγραφο πτώχευσης, ούτε και έχει εκδοθεί σχετική απόφαση επί αυτού, δοθέντος ότι επί του προσκομισθέντος από την εταιρεία με αριθμ. πρωτ.πιστοποιητικού περί μη κήρυξης της εταιρείας σε κατάσταση πτωχεύσεως του Πρωτοδικείου Αθηνών αναφέρεται ότι *«Πιστοποιητικό Πτωχευτικού συμβιβασμού / Παύσης εργασιών δεν εκδίδεται γιατί προϋποθέτει πτώχευση»*. Η έλλειψη των ανωτέρω δικαιολογητικών και η μη προσήκουσα συμμόρφωση των δικαιολογητικών αυτών σύμφωνα με τις επιταγές της Διακήρυξης, συνιστούν παράλληλα και παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, που όφειλε να διαπιστώσει και η ίδια η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, η οποία παρέλαβε τα δικαιολογητικά, παρέλειψε όμως να αποφανθεί προσηκόντως

Αριθμός απόφασης: Α 358/2019

αποκλείοντας τη συμμετέχουσα εταιρεία από την επόμενη φάση του διαγωνισμού, αλλά και να τα απαριθμήσει αναλυτικά τόσο στην προσβαλλόμενη απόφασή της, όσο και στην με αριθμ. 81/2019 απόφασή της περί ανάδειξης προσωρινού αναδόχου. Η εν λόγω κατηγορία λόγων αποκλεισμού κρίνεται ουσιώδης για την εκτέλεση της σύμβασης, καθόσον αναφέρεται στη φερεγγυότητα του εκάστοτε οικονομικού φορέα, το δε βάρος απόδειξης φέρει ο τελευταίος. Επειδή λοιπόν η συμμετέχουσα εταιρεία δεν κατάφερε να αποδείξει, ως όφειλε, ότι δεν τελεί στις απαριθμούμενες καταστάσεις των άρθρων 2.2.3.4.(β) και (ζ) και 2.2.9.2 Β.1(β) της διακήρυξης, αφού δεν προσκόμισε τα εκεί αναφερόμενα απαιτούμενα αποδεικτικά στοιχεία, δέον όπως αποκλειστεί, κατά την προσφεύγουσα, από τη σύναψη της δημόσιας σύμβασης προμήθειας. Τόσο στην προσβαλλόμενη με αριθμ. 128/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, όσο και στο από 03.07.2019 3ο πρακτικό της Γνωμοδοτικής Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού έχει παρεισφρήσει ουσιώδες σφάλμα καθόσον, λόγω της έλλειψης των παραπάνω αναφερομένων δικαιολογητικών, αν και υπαρκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης, η επιτροπή όφειλε να αποκλείσει τη συμμετέχουσα και ήδη σήμερα οριστική ανάδοχο εταιρεία ήδη από το στάδιο αξιολόγησης. Συμπληρωματικά αναφέρουμε ότι η επιτροπή δεν θα δύνατο να καλέσει την υποψήφια για διευκρινίσεις – συμπληρώσεις, καθόσον τέτοιο αίτημα διευκρίνισης δεν επιτρέπεται να οδηγεί σε θεραπεία της παράλειψης προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η γνωστοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των όρων της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. Πολλώ δε μάλλον όταν η Επιτροπή έχει ήδη εξαντλήσει την επιείκειά της, ζητώντας την προσκόμιση συμπληρωματικών δικαιολογητικών από την ανάδοχο εταιρεία. Κατά συνέπεια η ως άνω παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, κατά την παρούσα φάση τη διαγωνιστικής διαδικασίας καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία. **β)** Από τα έγγραφα του φακέλου που προσκόμισε η μειοδότη εταιρεία «.....» και συγκεκριμένα το από 13.06.2018 και με αριθμ. πιστοποιητικούκαι το από 01.04.2019 και με αριθμ. πιστοποιητικού, «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» που αμφότερα εκδόθηκαν από την εταιρεία «.....» ως ισοδύναμα των πιστοποιητικών, κατ' επίκληση των όρων 2.2.7. και 2.2.9.2. Β5,7 της

Αριθμός απόφασης: Α 358/2019

διακήρυξης και του άρθρου 82 ν.4412/2016, προκύπτουν τα εξής: Τα εν λόγω πιστοποιητικά εκδόθηκαν από την κυπριακή εταιρεία «.....» χωρίς να φέρουν επ' αυτών την ειδική σήμανση από ευρωπαϊκό εθνικό φορέα διαπίστευσης (ελληνικός, κυπριακόςκ.λ.π.) και ως εκ τούτου δεν αποδεικνύεται η τήρηση των ρητά αναφερόμενων στη Διακήρυξη απαιτούμενων ευρωπαϊκών προτύπων, ούτε όμως και προκύπτει συμμόρφωση με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης ως απαιτείται από την ισχύουσα νομοθεσία. Περαιτέρω η μειοδότης την έλλειψή της αυτή δεν απέδειξε προσηκόντως με την προσκόμιση λοιπών αποδεικτικών στοιχείων, όπως ενδεικτικά βεβαίωση της εκδούσας το πιστοποιητικό εταιρείας περί της διαπίστευσής της από ευρωπαϊκό φορέα διαπίστευσης, προσκόμιση εγγράφων που αναφέρονται στις ετήσιες επιτηρήσεις προς απόδειξη της ισοδυναμίας των πιστοποιητικών αυτών με τα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα. Περαιτέρω από την ενδελεχή έρευνα του αντικείμενου και της δραστηριότητας της κυπριακής εταιρείας «.....» που εξέδωσε τα προσκομισθέντα από τη μειοδότης πιστοποιητικά, προέκυψε ότι η παρά το γεγονός ότι εν λόγω εταιρεία όπως η ίδια δηλώνει στην επίσημη ιστοσελίδα της (.....), χορηγεί πιστοποιητικά τα οποία εκδίδονται από τις κεντρικές ή περιφερειακές υπηρεσίες πιστοποίησης της, τελούσες υπό τον έλεγχο και την εποπτεία του κρατικού φορέα διαπίστευσης της, ως το παρατιθέμενο απόσπασμα από τον ιστότοπο της εταιρείας: *«Ηαποτελεί παράρτημα του παγκόσμιας εμβέλειαςοργανισμού (.....), ο οποίος παρέχει αντίστοιχες υπηρεσίες σε πάνω από 20 χώρες και ο οποίος είναι διαπιστευμένος από τον κρατικό οργανισμό διαπίστευσης του (.....). Όλα τα πιστοποιητικά εγκρίνονται και εκδίδονται από τις κεντρικές ή τις περιφερειακές υπηρεσίες πιστοποίησης (κρίσιμα γραφεία) της, σύμφωνα με εναρμονισμένες διαδικασίες οι οποίες τελούν υπό τον έλεγχο του Κρατικού Φορέα Διαπίστευσης (.....) τηςκαι φέρουν την αντίστοιχη επισήμανση.»*, τα εν λόγω με αρ.και, πιστοποιητικά δεν φέρουν τέτοια επισήμανση. Αντ' αυτής στο κάτω μέρος του πιστοποιητικού παρατίθεται η επωνυμία του οργανισμού «.....” με έδρα το τωνμε ένα λεκτικό και απεικονιστικό σήμα που προσομοιάζει με αυτό του ως άνω διεθνούς οργανισμού. Η εγκυρότητα και κανονικότητα των πιστοποιητικών θα έπρεπε να ελεγχθεί ενδελεχώς από την αναθέτουσα αρχή σε συνεργασία με τα κεντρικά του Φορέα Πιστοποίησης, καθόσον εξ' αρχής η

Αριθμός απόφασης: Α 358/2019

μειοδότης εταιρεία δεν πληρούσε και δεν πληροί τα τιθέμενα από την Διακήρυξη κριτήρια. Κατόπιν τούτων τίθεται εν αμφιβόλω το εάν η κυπριακή εταιρεία «.....», ως φερόμενος διαπιστευμένος φορέας, δικαιούται να χρησιμοποιεί το λογότυπο είτε του Εθνικού οργανισμού της είτε του ιδιωτικού ινστιτούτουστα εκδοθέντα από αυτήν πιστοποιητικά ως απόδειξη της διαπίστευσής της. Συνεπώς τα εν λόγω προσκομισθέντα πιστοποιητικά δεν πληρούν, κατά την προσφεύγουσα, τις απαιτούμενες προϋποθέσεις και δεν δύνανται να αποτελέσουν αποδεικτικά μέσα περί της συμμόρφωσης της μειοδότης εταιρείας με τα πρότυπα διασφάλισης του όρου 2.2.7. της Διακήρυξης.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος της λήψης προσωρινών μέτρων δεν είχε καταθέσει στην ΑΕΠΠ απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί από την προσφεύγουσα το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 952,25 €.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 12-7-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε προσφυγή ασκήθηκε την 18-7-2019.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν.

Αριθμός απόφασης: Α 358/2019

4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 1138/2019 Πράξη της Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου.

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας εταιρίας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι και η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, ενώ με την υπ' αρ.81/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής έχει αναδειχθεί δεύτερη κατά σειρά μειοδότηρια, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 παρ. 1 ν.4412/2016, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, καθόσον το επόμενο και τελευταίο στάδιο της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η σύναψη της υπόψη δημόσιας σύμβασης, η οποία, όμως, κατ' εφαρμογή του προαναφερθέντος άρθρου 364 παρ. 1 ν.4412/2016 και ενόψει της άσκησης της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να λάβει χώρα, επί ποινή ακυρότητας, έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 26-7-2019 και εκδόθηκε την 29-7-2019.

Αριθμός απόφασης: Α 358/2019

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ**