

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 5-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση, στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 29-9-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1843/30-9-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 23-9-2021 με αρ.519/2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος στην ΥΠΟΟΜΑΔΑ Α1, εκτιμώμενης επιμέρους άνευ ΦΠΑ αξίας 285.565 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΑΝΤΑΛΛΑΚΤΙΚΩΝ-ΕΛΑΣΤΙΚΩΝ ΓΙΑ ΤΑ ΟΧΗΜΑΤΑ ΤΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 387.095 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στις 9-12-2020 στην ΕΕΕΕ και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ ... την 17-12-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 7-10-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 12-10-2021 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθηκατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 καιάρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...και ποσού 1.427,83 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνουδημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 29-9-2021 προσφυγές κατά της από 23-9-2021κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος εγκρίθηκε η προσφορά του από 11-10-2021, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, κατόπιν της από 1-10-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνοντα. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή,ο όρος 2.2.9.2.B1.γ της διακήρυξης, αναφέρει ως προς τον λόγο αποκλεισμού 2.2.3.3.β («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.»), ότι «Αν το κράτος-μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφα ή πιστοποιητικά ή όπου το έγγραφο ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α' και β', καθώς και στην περ. β' της παραγράφου 2.2.3.3, τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά μπορεί να αντικαθίστανται 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.». Επομένως, για όποια περίπτωση του όρου 2.2.3.3.β δεν καλύπτεται από σχετικό εκδιδόμενο εξ

αρμοδίας αρχής πιστοποιητικό, αρκεί η υποβολή ένορκης βεβαίωσης, εκτός αν αυτή δεν προβλέπεται, ήτοι δεν υφίσταται στο οικείο κράτος εγκατάστασης του οικονομικού φορέα, οπότε μόνο τότε υποκαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση. Στην Ελλάδα προδήλως προβλέπεται η ένορκη βεβαίωση ενώπιον συμβολαιογράφου και άρα, ο προσωρινός ανάδοχος σχετικά με τους ως άνω λόγους αποκλεισμού, καθ' ο μέρος δεν καλύπτονταν από πιστοποιητικό, όφειλε να υποβάλει ένορκη βεβαίωση και μόνο και όχι διαζευκτικά και κατ' επιλογή του είτε ένορκη βεβαίωση είτε υπεύθυνη δήλωση, όπως αβάσιμα προβάλλει ο παρεμβαίνων. Συνεπώς, η τυχόν συνυποβολή υπευθύνου δηλώσεως δεν αναπληρώνει τις ελλείψεις ή το απαράδεκτο της ως άνω ένορκης βεβαίωσης, όπως δεν θα αναπλήρωνε την εν όλω μη υποβολή της. Ο δε όρος 2.2.9.2.A όρισε ότι «Επισημαίνεται ότι γίνονται αποδεκτές:• οι ένορκες βεβαιώσεις που αναφέρονται στην παρούσα Διακήρυξη, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους,», ενώ εν προκειμένω, ο παρεμβαίνων υπέβαλε ως προς τον ρητά οριζόμενο ανωτέρω, ως λόγο αποκλεισμού, πτωχευτικό συμβιβασμό, που δεν καλύπτεται από κάποιο υποβληθέν πιστοποιητικό, τη με αριθμό 5424/8-4-2021 ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου της ενώπιον της συμβολαιογράφου, που απέχει πέραν τριμήνου της από 10-9-2021 ηλεκτρονικής και από 15-9-2021 έγχαρτης υποβολής, δικαιολογητικών κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων και η ίδια η ένορκη. Συνεπώς, η ως άνω ένορκη βεβαίωση απαραδέκτως υπεβλήθη και άρα, δεν υποκαθίσταται από συνυποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση του παρεμβαίνοντος, με αποτέλεσμα, να μην αποδείχθηκε κατά τα εκ της διακήρυξης οριζόμενα η απουσία του οικείου λόγου αποκλεισμού ούτε να υποβλήθηκε παραδεκτώς το ρητά απαιτηθέν δικαιολογητικό κατακύρωσης, που εν προκειμένω ήταν η ένορκη βεβαίωση και μόνο. Επιπλέον τούτου, ο όρος 2.2.9.2.B.1.β ορίζει, ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να προσκομίσει, εκτός των άλλων, και υπεύθυνη δήλωση «ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης». Προς κάλυψη της απαιτήσεως αυτής ο παρεμβαίνων υπέβαλε την από 10-9-

2021 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του, στην οποία δηλώνεται μεν ότι δεν έχει εκδοθεί τέτοια δικαστική ή διοικητική απόφαση, αλλά ότι αυτό ισχύει «μέχρι και την ημέρα υποβολής της προσφοράς μας». Επιπλέον, κατά τον όρο 2.2.9.2.B6 ορίζεται ότι «τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους», δηλαδή την υποβολή τους ως δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ο παρεμβαίνων αντιστοίχως υπέβαλε από 10-6-2021 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του, που αναφέρει ότι τα οικεία νομιμοποιητικά «βρίσκονται σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς μας». Επομένως, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, το δηλωθέν περιεχόμενο αφορά συνθήκες ως την υποβολή προσφοράς και όχι ως και τον αυτοτελώς κρίσιμο χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και τούτο, ενώ μάλιστα στην περίπτωση των νομιμοποιητικών, η αναφορά στον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήταν και ρητή, χωρίς τούτο βέβαια να σημαίνει ότι δεν υπήρχε η αντίστοιχη υποχρέωση και όσον αφορά την υπό 2.2.9.2.B.1.β υπεύθυνη δήλωση. Άλλωστε, ακόμη και αν συνέτρεξε σχετική δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, ενδιάμεσα μετά την υποβολή προσφοράς (όταν και τυχόν δεν υφίστατο τέτοια απόφαση) και έως την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης ή αντίστοιχα, αν τα νομιμοποιητικά που υποβλήθηκαν τελούσαν σε ισχύ μέχρι την υποβολή προσφοράς, αλλά σε κάθε περίπτωση δεν ισχύουν κατά τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης, η προσφορά είναι αποκλειστέα, ασχέτως ότι το περιεχόμενο των ανωτέρω δηλώσεων, που αναφέρεται στον χρόνο της προσφοράς είναι αληθές και τούτο, διότι κατά τον όρο 2.2.9.2.A και το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, τα προσόντα και προϋποθέσεις συμμετοχής πρέπει να συντρέχουν αυτοτελώς και στον κρίσιμο χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, ασχέτως ήδη

συνδρομής τους στον χρόνο υποβολής προσφοράς. Επιπλέον, τα ανωτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα, δεν αποτελούν απλό γραφικό σφάλμα χωρίς έννομες συνέπειες, αλλά η αναφορά σε χρόνο προσφοράς και όχι χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης έχει άμεση και ουσιώδη συνέπεια, ως προς την αποδεικτική ισχύ των δηλώσεων ως δικαιολογητικών κατακύρωσης, αφού αλλάζει πλήρως και ουσιωδώς το νόημα και περιεχόμενο της δια των υπευθύνων δηλώσεων, αναλαμβανόμενης δέσμευσης, αφού περιορίζει τη δέσμευση αυτή σε χρόνο που δεν καλύπτει κρίσιμο για την πλήρωση των προϋποθέσεων ανάθεσης της σύμβασης, χρόνο, ήτοι αυτό των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ούτε πρόκειται περί διευκρινιστέας ασάφειας, αφού η μνεία σε χρόνο υποβολής προσφοράς ήταν σαφής και ανεπίδεκτη παρερμηνείας. Συνεπώς και για τις ανωτέρω ελλείψεις είναι αποκλειστέος ο παρεμβαίνων, ελλείψεις που άλλωστε δεν είναι δεκτικές συμπλήρωσης ή διόρθωσης, δεδομένου και ότι δεν είναι εφαρμοστέες στην από 9-12-2020 εκκινήσασα, διαδικασία οι δια του Ν. 4782/2021 νέες διατάξεις των άρ. 102 και 103 Ν. 4412/2016, ως και ότι δεν προκύπτει η περίπτωση του άρ. 3.2 της διακήρυξης περί του ότι «Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλει εντός της προθεσμίας της παρ. 5.3.1 του παρόντος, αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί την χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για την χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές.». Επομένως, για όλες τις ανωτέρω βάσεις και επιμέρους ελλείψεις, ο παρεμβαίνων είναι αποκλειστέος κατά τους σωρευτικούς και αυτοτελείς λόγους απόρριψης II και III του άρ. 3.2 («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:...

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,», αφού τόσο η ανωτέρω ένορκη βεβαίωση περί του όρου-λόγου αποκλεισμού 2.2.3.3.β κατά το απαιτούμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης του όρου 2.2.9.2.B1.γ, όσο και οι ως άνω υπεύθυνες δηλώσεις περί του λόγου αποκλεισμού 2.2.3.2.α κατά το απαιτούμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης του όρου 2.2.9.2.B1.β και περί των νομιμοποιητικών κατά τον όρο 2.2.9.2.B6, υποβλήθηκαν απαραδέκτως και δεν αποδεικνύεται εξ όσων λοιπών υποβλήθηκαν η έλλειψη των ανωτέρω λόγων αποκλεισμού 2.2.3.2.α και 2.2.3.3.β, καθ' ο μέρος έπρεπε να καλυφθούν από τα ανωτέρω απαιτηθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Άρα, για όλους τους ανωτέρω λόγους ο παρεμβαίνων είναι αποκλειστέος, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, παρέλκει δε η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της προσφυγής.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος στην υποομάδα Α1 και ορίστηκε ανάδοχος αυτής.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση 519/2021 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και ορίστηκε προσωρινός ανάδοχος στην ΥΠΟΟΜΑΔΑ Α1.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε στις 5-11-2021 και εκδόθηκε στις 15-11-2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**