

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

Η

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Μαρτίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της με αρ. 241/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 180/12-02-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα ... , που κατοικοεδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ... (εφεξής «προσφεύγων»).

Κατά της ...^{ης} ΑΝΩΤΕΡΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ... «...» - ..., που εδρεύει στη Ρόδο, νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ») και κατά της με αριθμό Φ.600.163/30676/31-1-2019 απόφασής της, στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού, για την προμήθεια νωπών οπωροκηπευτικών προς κάλυψη αναγκών των Μονάδων της, (ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΥΠ' ΑΡΙΘ. ...), κατά το μέρος που δεν απέκλεισε από το διαγωνισμό την εταιρεία με την επωνυμία «...Ο.Ε.», αλλά κατακύρωσε το αποτέλεσμα του σε αυτήν, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή και

Κατά της παρεμβαίνουσας, ομόρρυθμης εταιρίας με την επωνυμία «... Ο.Ε.», που εδρεύει στη Ρόδο, επί της συμβολής των οδών ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «...» ή «παρεμβαίνων» ή «παρεμβαίνουσα»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. ...Διακήρυξη η ^η ΑΝΩΤΕΡΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ... «...» - Δ/ΝΣΗ ... προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια νωπών οπωροκηπευτικών, προς κάλυψη αναγκών των μονάδων της, εκτιμώμενης αξίας 140.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), όπως αυτή συνάγεται από το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό επί της μέσης αποφορολογημένης λιανικής τιμής πώλησης των ειδών επί του «Δελτίου Πιστοποιήσεως Τιμών» του Τμήματος Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής, το οποίο θα είναι ενιαίο για όλα τα είδη. Η Διακήρυξη καταχωρίστηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 22-08-2018 με ΑΔΑΜ: ...2018-08-22, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), έλαβε δε συστημικό αριθμό ... (εφεξής «διαγωνισμός»).

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ (140.000,00€) και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-08-2018) δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ρυθμίζεται όμως από τις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 259142760959 0410 0063), ποσού 700,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017. Συνακόλουθα, πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

4. Επειδή, περαιτέρω, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, παρεμβαίνει η εταιρεία Η υπό εξέταση παρέμβασή της είναι εμπρόθεσμη, {κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (α/α ΕΣΗΔΗΣ: ...), την 21-02-2019, ήτοι εντός δεκαημέρου από την από 11-02-2019 κοινοποίηση, μεταξύ των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, και στην παρεμβαίνουσα της υπό εξέταση προσφυγής}. Μολονότι, εξάλλου, δεν έχει ασκηθεί με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, ωστόσο, επειδή για την προσφυγή γίνεται δεκτό ότι η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, η παράβαση του οποίου θα οδηγούσε στο απαράδεκτό της (ΔΕφΚομοτηνής 39/2017), για τους ίδιους λόγους που για την ταυτότητα του νομικού λόγου ισχύουν και για την Παρέμβαση και επειδή η υπό εξέταση παρέμβαση περιέχει τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία, παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ. Συνακόλουθα, και η υπό εξέταση παρέμβαση πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

5. Επειδή, στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά ο προσφεύγων (α/α προσφοράς ...), η εταιρεία με την επωνυμία ...Ο.Ε. (α/α προσφοράς ...) και η ... (α/α προσφοράς ...). Με την με αριθμό Φ.600.163/29/17285/Σ.4323/24.10.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το από 28 Σεπτεμβρίου 2018 Πρακτικό Καταχώρισης Στοιχείων Προσφορών Προμηθευτών και Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής και κρίθηκαν αποδεκτές στο διαγωνισμό οι προσφορές όλων των διαγωνιζομένων, ορίσθηκε, δε, η ημερομηνία αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών. Μετά και την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών στις

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

06.11.2018 κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργίας της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού η με αριθμ. Φ.600.163/30/17590/Σ.4524/05.11.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα συνημμένα σε αυτήν Πρακτικά, ήτοι α) το από 26.10.2018 Πρακτικό Αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών, στο οποίο αναφέρονται οι προσφερθείσες εκ μέρους των διαγωνιζομένων εκπτώσεις, ήτοι 6% από την ..., 7% από τον προσφεύγοντα και 10% από την εταιρεία με την επωνυμία ...Ο.Ε. (εφεξής ...) και με το οποίο έγιναν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές όλων των διαγωνιζομένων και β) η από 01.11.2018 Εισηγητική Έκθεση Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, με την οποία η Επιτροπή εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας ... ως προσωρινής αναδόχου της προμήθειας. Με την πιο πάνω απόφαση, εξάλλου, η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία προσκλήθηκε να υποβάλλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, ηλεκτρονικά μέχρι την 16-11-2018, και σε φυσικό φάκελο μέχρι την 21-11-2018, ορίστηκε δε ως ημερομηνία αποσφράγισής τους η 22^α Νοεμβρίου 2018. Κατά της τελευταίας αυτής πράξης της αναθέτουσας αρχής ο προσφεύγων την 16-11-2018 άσκησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προδικαστική προσφυγή, που απορρίφθηκε με τη με αριθμό 17/2019 Απόφαση (Α.Ε.Π.Π. 5^ο Κλιμάκιο). Λόγω της άσκησης της προσφυγής, ωστόσο, η αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης είχε ανασταλεί. Μετά τη συνέχιση του διαγωνισμού, που αποφασίστηκε με την με αριθμό Φ.600.163/2/30390/Σ. 194/18-01-2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, την 25^η Ιανουαρίου 2019 αποσφραγίστηκαν τα εν λόγω δικαιολογητικά και με τη με αριθμό Φ.600.163/30676/31-1-2019 απόφαση (προσβαλλόμενη πράξη) εγκρίθηκε το από 25-01-2019 πρακτικό ελέγχου τους και κατακυρώθηκε οριστικά η σύμβαση στην εταιρεία Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προσφυγή του, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτήν.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα εξής: 1) Η προσωρινή ανάδοχος δεν προσκόμισε αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας εντός του

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

χρόνου, που είχε ταχθεί με το με αριθμό Φ600/2/303390/18-1-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι η φορολογική ενημερότητα της ως άνω εταιρείας, αναρτήθηκε στην σελίδα του διαγωνισμού, την 25-1-2019 και ώρα 18.33.50 μ.μ, ενώ η πρόσκληση ανέφερε την 09.00 π.μ. Μάλιστα, ενώ η Επιτροπή ελέγχου δικαιολογητικών συνεδρίασε την ίδια μέρα και ώρα 09:15 π.μ. βεβαιώνει ότι τα δικαιολογητικά υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα. Συνεπώς, λόγω της εκπρόθεσμης υποβολής της φορολογικής της ενημερότητας και σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 104 παρ. 4 ν.4412/2016, η προσωρινή ανάδοχος έπρεπε να αποκλειστεί. 2) Επιπλέον, η προσωρινή ανάδοχος, υπέβαλλε το με αριθμό πρωτ. Μ 3079/7-11-2018 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Δωδεκάνησου, το οποίο όμως έχει χρόνο ισχύος μέχρι 31-12-2018, κατά συνέπεια δεν ισχύει κατά τον χρόνο υποβολής του, υπέβαλλε δε και το με αριθμό πρωτ. 582022.829348/8-5-2018 πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, το οποίο όμως έπρεπε να εκδοθεί μετά την ημερομηνία της πρόσκλησής του, διότι βεβαιώνει γεγονότα μέχρι τη ημέρα έκδοσης του. Είναι συνεπώς μη νόμιμα τα δύο ως άνω πιστοποιητικά και για τους λόγους αυτούς θα έπρεπε να αποκλειστεί η προσωρινή ανάδοχος. 3) Επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία έπρεπε να αποκλειστεί, διότι ο εκ των ομορρύθμων εταίρων της, ...του ...με τη με αριθμό 119/20-07-2016 απόφαση του ΔΣ της μονομετοχικής ανώνυμης εταιρίας «....» κηρύχθηκε έκπτωτος από σύμβαση μίσθωσης ακινήτου, σε δημόσιο διαγωνισμό στον οποίο ήταν ανάδοχος, συνεπώς η καθ' ης εταιρείας εμπίπτει στον προβλεπόμενο στο άρθρο 2.2.γ.(3) (στ), λόγο αποκλεισμού (... αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης δημόσιας σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις ...). Το παράπτωμα αυτό, η

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

προσωρινή ανάδοχος παρέλειψε να το δηλώσει στο ΤΕΥΔ της, το προέβαλε ο προσφεύγων στην πιο πάνω προσφυγή του που απορρίφθηκε, σε κάθε περίπτωση, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την αποκλείσει με βάση τις διατάξεις του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 («... 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. ...»), 4) Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εφόσον η προσωρινή ανάδοχος απέκρυψε το παράπτωμά της αυτό από το ΤΕΥΔ της εμπίπτει στις διατάξεις της περ. (ζ) των προβλεπόμενων και παραπάνω αναφερόμενων στη διακήρυξη λόγων αποκλεισμού («...Εάν κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2 παραγράφου 2δ της παρούσας») και, συνεπώς, θα έπρεπε να αποκλειστεί και για το λόγο αυτό.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/6/31079/ Σ.631/18-02-2019 απόψεις της, εις αντίκρουση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ισχυρίζεται ότι: 1) Με το με αριθμό Φ.600.163/2/30390/Σ. 194/18-01-2019 έγγραφό της δεν προσκάλεσε την προσωρινή ανάδοχο να υποβάλει ή να επικαιροποιήσει δικαιολογητικά. Δεδομένου, ότι λόγω της προηγούμενης προσφυγής του προσφεύγοντα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αποσφραγίστηκαν όχι την 22^η Νοεμβρίου, όπως αρχικά είχε οριστεί, αλλά την 25^η Ιανουαρίου 2019, εκ περισσού ζητήθηκε τηλεφωνικά η υποβολή νέας φορολογικής ενημερότητας που να καλύπτει και τον χρόνο αποσφράγισης αυτών, την οποία η προσωρινή ανάδοχος, ήδη παρεμβαίνουσα, υπέβαλε αυθημερόν, χωρίς να απαιτηθεί να χορηγηθεί προβλεπόμενη από την παρ. 2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 προθεσμία. Την ως άνω φορολογική ενημερότητα, που η αναθέτουσα αρχή ζήτησε μετά

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

την αποσφράγιση των δικαιολογητικών, προκειμένου να διαπιστώσει ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου ο λόγος αποκλεισμού περί αθέτησης των υποχρεώσεων της για καταβολή φόρων, δοθέντος ότι η αποσφράγιση των δικαιολογητικών έλαβε χώρα δύο μήνες μετά την υποβολή τους, αφού υπεβλήθη αυθημερόν, την έλαβε υπόψη της στο Πρακτικό που η Επιτροπή συνέταξε αυθημερόν, χωρίς να γίνεται μνεία σε αυτό για την ώρα ηλεκτρονικής υποβολής της. 2) Το με αριθμό Μ 3079/7-11-2018 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Δωδεκανήσου ίσχυε έως τις 31-12-2018, συνεπώς κάλυπτε τον χρόνο υποβολής προσφοράς (21-09-2018) και τον χρόνο υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης (16-11-2018), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ήταν δε καθόλα νόμιμο. 3) Το με αριθμό 582022.829348/8-5-2018 πιστοποιητικό ΓΕΜΗ είναι νόμιμο, όπως προκύπτει και από την σχετική εφαρμογή στον ιστότοπο του ΓΕΜΗ, μετά από έλεγχο δε που διενεργήθηκε, διαπιστώθηκε ότι τα στοιχεία που βεβαιώνονται σε αυτό εξακολουθούν να ισχύουν, καθώς στον ιστότοπο του ΓΕΜΗ, η προσωρινή ανάδοχος φαίνεται ενεργή. Επιπλέον, σε σχέση με όσα βεβαιώνονται στην παρ. 4 του πιο πάνω πιστοποιητικού, η προσωρινή ανάδοχος προσκόμισε και το αντίστοιχο πιστοποιητικό με αριθμό 1057/08-11-2018 από το Πρωτοδικείο Ρόδου. Από το με αριθμό 5035/28-09-2018 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ εξάλλου, όπου αναφέρεται ότι «[...] Κατά παρέκκλιση του ανωτέρω κανόνα, πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί προ της κοινοποίησης της πρόσκλησης, μπορούν να υποβληθούν, στην περίπτωση που εξακολουθούν να ισχύουν κατά τον χρόνο υποβολής τους [...]», προκύπτει ότι το με αριθμό 582022.829348/8-5-2018 πιστοποιητικό μπορούσε να υποβληθεί αφού, εφόσον δεν αναφέρει χρόνο ισχύος του, συνέχιζε να βρίσκεται σε ισχύ και κατά τον χρόνο που υποβλήθηκε. 4) Από το απόσπασμα του υπ' αριθμ. 119 Πρακτικού Συνεδριάσεως Δ.Σ. της Δ.Ε.Ρ.Μ.Α.Ε., εξάλλου, δεν προκύπτει ότι είχε υπογραφεί δημόσια σύμβαση, αλλά ότι ο ομόρρυθμος εταίρος της προσωρινής αναδόχου κηρύχθηκε έκπτωτος πριν από την υπογραφή της. Στη με αριθμό 1668/2012 Απόφαση του ΣΤΕ εξάλλου, την οποία ο προσφεύγων επικαλείται, ο οικονομικός φορέας

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

είχε κηρυχθεί έκπτωτος, λόγω πλημμελούς εκτέλεσης των εργασιών που του είχαν ανατεθεί, κρίθηκε δε ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ομορρύθμου εταίρου ή διαχειριστή εταιρείας αποτελεί λόγο αποκλεισμού εταιρείας που συμμετέχει σε διαγωνισμό, ακόμη και αν το παράπτωμα είχε τελεστεί από τα ως άνω πρόσωπα σε χρόνο προγενέστερο του διαγωνισμού, κατά την άσκηση ατομικής τους δραστηριότητας ή ως μέλη άλλων εταιρειών, αλλά κατά την εκτέλεση υποχρεώσεων που είχαν αναλάβει στα πλαίσια δημόσιας σύμβασης. Επιπλέον, από το επισυναφθέν σε παρέμβαση της προσωρινής αναδόχου, στο πλαίσιο προηγούμενης σε βάρος της προσφυγής, με αρ. πρωτ. 1738/19-11-2018 έγγραφο της Δ.Ε.Ρ.Μ.Α.Ε., με το οποίο, παρά την έκπτωσή του, επεστράφη στον ομόρρυθμο εταίρο η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του στον επίμαχο διαγωνισμό, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υπέστη καμία ζημία. 5) Για τους παραπάνω λόγους, τέλος, η αναθέτουσα αρχή δεν θεωρεί ότι η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία μπορεί να κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων, ούτε ότι υφίσταται σε βάρος της ο οικείος λόγος αποκλεισμού, ούτε ότι υπέβαλε ανακριβές ΤΕΥΔ. Εξάλλου, εναπόκειτο στην κρίση της να αποφανθεί αν συνέτρεχε στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου ο οικείος λόγος αποκλεισμού, λαμβάνοντας όμως υπόψη όλα τα ανωτέρω στοιχεία, καθώς και ότι για πλημμέλειες που ο ίδιος ο προσφεύγων έχει επιδείξει στο παρελθόν κατά την εκτέλεση έτερης σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή δεν θεώρησε ότι πρέπει να αποκλειστεί, ομοίως έκρινε και για την προσωρινή ανάδοχο ότι δεν συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού.

8. Επειδή, με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι: 1) Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 και της παρ. 1 του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, ως χρόνος υποβολής των δικαιολογητικών ορίζεται ο χρόνος μετά την αξιολόγηση των προσφορών και πριν την επιλογή προσωρινού αναδόχου. Εν συνεχεία, δε, δεν απαιτείται καμία επικαιροποίηση ή επανυποβολή των δικαιολογητικών, πλην της υποχρεωτικής προσκόμισης εκ νέου αυτών κατά τη σύναψη της σύμβασης. Συνεπώς δεν είχε οποιαδήποτε υποχρέωση προσκόμισης νέων ή επίκαιρων δικαιολογητικών κατά το χρόνο

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

αποσφράγισης του φακέλου των δικαιολογητικών του. Σχετικά με τη μη αθέτηση υποχρεώσεων καταβολής φόρων ο παρεμβαίνων είχε προσκομίσει εγκαίρως κατά τον απαιτούμενο χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών (ήτοι κατά το χρόνο που τέθηκε από την υπ' αρ. Φ.600.163/30/17590Σ.4524/5ΝΟΕ2018 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής) την τότε ισχύουσα φορολογική του ενημερότητα, περαιτέρω δε και από υπερβολική πρόνοια, δοθέντος ότι καθυστέρησε η οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα αυτή να έχει λήξει, κλήθηκε να καταθέσει μία ισχύουσα κατά την ημέρα αποσφράγισης των δικαιολογητικών φορολογική ενημερότητα, απλώς και μόνο για να υπάρχει έγγραφη απόδειξη της συνδρομής στο πρόσωπό του των νόμιμων προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό. 2) Τα ως άνω ισχύουν και σχετικά με το υπ' αρ. Μ 3079/7-11-2018 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Δωδεκανήσου που αναφέρει στην προσφυγή του ο προσφεύγων, δεδομένου ότι κατά το χρόνο κατάθεσης των δικαιολογητικών, όπως αυτός ορίστηκε από την υπ' αρ. Φ.600.163/30/17590Σ.4524/5ΝΟΕ2018 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, και ειδικότερα στις 13 Νοεμβρίου 2018, οπότε και αυτό κατατέθηκε, το εν λόγω πιστοποιητικό βρισκόταν σε πλήρη ισχύ, αφού κατά τα ρητά αναγραφόμενα σε αυτό ίσχυε έως τις 31-12-2018. 3) Τα αυτά, εξάλλου, ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων ισχύουν και αναφορικά με το υπ' αρ. 582022.829348/8-5-2018 πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, το οποίο εκδόθηκε μεν προγενέστερα από την ημερομηνία της πρόσκλησης για υποβολή πιστοποιητικών, πλην όμως ούτε από τη διάταξη του άρθρου 104 ν. 4412/2016, ούτε του άρθρου 2.ε. της διακήρυξης δεν ορίζεται ως ρητή προϋπόθεση της εγκυρότητας ενός πιστοποιητικού, αυτό να έχει εκδοθεί μετά την υποβολή της πρόσκλησης προς κατάθεσή του. Εξάλλου εάν υφίστατο οποιοδήποτε θέμα σχετικά με την ημερομηνία έκδοσης του πιστοποιητικού, η αναθέτουσα αρχή είχε κάθε δυνατότητα κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 ν. 4412/2016 να τον καλέσει προς υποβολή διευκρινήσεων ή συμπληρώσεων επ' αυτού. Σε κάθε περίπτωση, αναφορικά με την συνδρομή των προϋποθέσεων κατά το χρόνο υποβολής της πρόσκλησης, προσκομίζει

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

συνημμένα με την παρέμβασή του και επικαλείται το υπ' αρ. 710165.1018704 /4-12-2018 πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ με το οποίο βεβαιώνεται ότι στις 4-12-2018, ήτοι σε χρόνο μεταγενέστερο από τον χρόνο υποβολής της πρόσκλησης, είχε (όπως είναι αυτονόητο) τις νόμιμες προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό (μη υποβολή αίτησης για εκκαθάριση κτλ), αλλά και το υπ' αρ. 764955.1100358/21-2-2019 πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ από το οποίο προκύπτει ότι ακόμα και κατά την κατάθεση της παρέμβασής του είχε τις ανωτέρω προϋποθέσεις. 4) Τέλος, σχετικά με τον τρίτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι απαράδεκτα, καταχρηστικά και κατά παράβαση του δεδικασμένου της με αριθμό 17/2019 Απόφασης της ΑΕΠΠ, ο προσφεύγων επαναφέρει την ίδια αιτίαση που είχε εγείρει σε προηγούμενη προσφυγή του, που απερρίφθη ως εκπρόθεσμη. Το γεγονός, μάλιστα, ότι στο πρόσωπο του προσφεύγοντος συντρέχει λόγος αποκλεισμού, λόγω στρέβλωσης του ανταγωνισμού, ένεκα της σχέσης του με την τρίτη μειοδότη, Ζωή Αλαφάκη, σύζυγό του, που ο παρεμβαίνων δεν έσπευσε να επισημάνει επιτείνει την καταχρηστικότητα στην επαναφορά του επίμαχου ισχυρισμού και στην παρούσα προσφυγή. Επί της ουσίας, τέλος, αναφέρεται πλήρως στην από 29-11-2018 παρέμβασή του, επί της από 16-11-2018 προσφυγής του αντιδίκου, την οποία προσκομίζει με την παρέμβασή του και επικαλείται. Με την εν λόγω παρέμβασή του, επικαλείται και ισχυρίζεται ότι απέδειξε ότι αφενός μεν οι λόγοι «της έκπτωσης» του νομίμου εκπροσώπου του από τη διαγωνιστική διαδικασία δεν ανάγονταν σε πλημμελή εκ μέρους του εκπλήρωση των συμβατικών του υποχρεώσεων, ενώ επιπλέον η ίδια η τότε αναθέτουσα αρχή προσκόμισε έγγραφο από το οποίο προκύπτει ότι δεν υπέστη οποιαδήποτε ζημία και δεν έχει οποιαδήποτε αξίωση εναντίον του.

9. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993).

10. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό του πλαίσιο, προβλέπει, στο άρθρο 2 με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής» στο στοιχείο δ' με τίτλο «Κριτήρια Επιλογής», ότι: «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού. Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να έχουν ανανεώσει τις υγειονομικές άδειες σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Νομοθεσία και τους Κανονισμούς. Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να υποβάλουν αντίστοιχα δικαιολογητικά στον φάκελο δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου», στο στοιχείο γ' με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό)

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

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: [...] (2) Στις ακόλουθες περιπτώσεις, είτε μεμονωμένα είτε συνολικά: 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 στοιχείο ε' με τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής», ότι: « (2) Αποδεικτικά μέσα (α) Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2^α έως και 2δ, 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 ... (στ) Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2γ οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα στον φάκελο δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου τα παρακάτω δικαιολογητικά: ... 2/ για τις παραγράφους 2γ (2) και 2γ(3)β πιστοποιητικά που εκδίδονται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας ... ζ) Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2δ(1) (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν στο φάκελο δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους. Στην περίπτωση που χώρα δεν τηρεί τέτοιο μητρώο, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας ότι δεν τηρείται τέτοιο μητρώο και ότι ασκεί τη δραστηριότητα που απαιτείται για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού ...», στην παράγραφο 4 με τίτλο «Κατάρτιση – Περιεχόμενο προσφορών», στο στοιχείο στ' με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: [...] (7) 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», τέλος στο άρθρο 3 με τίτλο «Διενέργεια διαδικασίας – Αξιολόγηση Προσφορών», στην παράγραφο 2 με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου», ότι: «α. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, όπως αναφέρονται στην παράγραφο 2^ε(2) του άρθρου 2 (Αποδεικτικά μέσα) υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. ... γ. 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 ... ε. 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: (1) ... (2) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή (3) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2γ (λόγοι αποκλεισμού) και 2δ (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας ...»

11. Επειδή, κατά την έννοια των προπαρατεθέντων όρων της διακήρυξης συνάγεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος, κατά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, έπρεπε, μεταξύ των άλλων, να προσκομίσει πιστοποιητικό/βεβαίωση από το οικείο επαγγελματικό ή εμπορικό μητρώο, από το οποίο να προκύπτει ότι τόσο κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών αυτών είναι εγγεγραμμένος στο οικείο μητρώο και ότι ασκεί εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα, συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας, επιπλέον, δε, πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας, από το οποίο να προκύπτει και στους δύο ως άνω χρόνους ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων. Στην περίπτωση κατά την οποία είτε δεν είχε προσκομίσει καθόλου τα οικεία πιστοποιητικά είτε από

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

αυτά που προσκόμισε δεν αποδεικνυόταν είτε ότι είναι εγγεγραμμένος στο οικείο μητρώο είτε ότι δεν είναι φορολογικά ενήμερος είτε κατά τον χρόνο υποβολή προσφοράς είτε κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να του τα ζητήσει συμπληρωματικά. Παρερχομένης άπρακτης, όμως, και της προθεσμίας αυτής, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να απορρίψει την προσφορά του.

12. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, εταιρεία ..., με τη με αριθμ. Φ.600.163/30/17590/Σ.4524/05.11.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία, μεταξύ άλλων, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης προμήθειας, περαιτέρω προσκλήθηκε να υποβάλλει δικαιολογητικά κατακύρωσης ηλεκτρονικά μέχρι την 16-11-2018 και σε φυσικό φάκελο μέχρι την 21-11-2018, ορίστηκε δε ημερομηνία αποσφράγισης τους η 22^α Νοεμβρίου 2018. Όπως προκύπτει από τα ανηρημένα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, μεταξύ των πιστοποιητικών που η εταιρεία ... υπέβαλε ηλεκτρονικά περιλαμβάνεται και το από 07-11-2018 με αριθμό πρωτ. Μ3079 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Δωδεκανήσου, από το οποίο αποδεικνύεται ότι η εταιρεία ...ιδρύθηκε την 11-05-2017 και ενεγράφη στο Επιμελητήριο την 04-05-2017 για την άσκηση των εξής δραστηριοτήτων: λιανικό εμπόριο οπωροκηπευτικών, λιανικό εμπόριο ειδών παντοπωλείου και χονδρικό εμπόριο οπωροκηπευτικών. Επίσης στο πιο πάνω πιστοποιητικό υπάρχουν προτυπωμένα πεδία υπό τον τίτλο «Ημ. Διακοπής» και «Ημ. Διαγραφής», χωρίς όμως συμπληρωμένο κανένα στοιχείο επ' αυτών. Τέλος, στο τέλος του πιο πάνω πιστοποιητικού ρητώς αναφέρεται ότι ισχύει μέχρι 31-12-2018. Από τις διατυπώσεις του πιο πάνω πιστοποιητικού, αποδεικνύεται ότι η εταιρεία ... τόσο κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς (αφού είχε εγγραφεί από 04-05-17 και κατά την υποβολή προσφοράς δεν είχε διακόψει δραστηριότητα ούτε είχε διαγραφεί) όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (αφού αυτά ζητήθηκαν την 05-11-2018, το επίμαχο δε πιστοποιητικό υποβλήθηκε την 13-11-2018 και είχε ισχύ έως 31-12-2018)

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

ήταν εγγεγραμμένη στο οικείο μητρώο και ότι ασκεί εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα, συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Στα ίδια στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, εξάλλου, περιλαμβάνονται και η με αριθμό 65586836 φορολογική ενημερότητα της εταιρείας ... εκδοθείσα από την ΑΑΔΕ και αναρτηθείσα ηλεκτρονικά την 22-09-2018 με ισχύ έως την 22^α-11-2018 και η με αριθμό 65813898 φορολογική ενημερότητα της ίδιας εταιρείας εκδοθείσα ομοίως από την ΑΑΔΕ και αναρτηθείσα ηλεκτρονικά την 13-11-2018 με ισχύ έως την 9^η-01-2019. Από τις διατυπώσεις των πιο πάνω πιστοποιητικών, αποδεικνύεται ότι η εταιρεία ... τόσο κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς (με την πρώτη ενημερότητα) όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (με τη δεύτερη φορολογική ενημερότητα, αφού αυτά ζητήθηκαν την 05-11-2018, το επίμαχο δε δεύτερο πιστοποιητικό υποβλήθηκε την 13-11-2018 και είχε ισχύ έως 09-01-2019) δεν είχε αθετήσει τις υποχρεώσεις της όσον αφορά στην καταβολή φόρων. Λαμβανομένων υπόψη όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, κατ' ακολουθίαν, η προσβαλλόμενη απόφαση που ενέκρινε το πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού που εισηγήθηκε ότι μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου της υπό δημοπράτηση σύμβασης, μεταξύ των άλλων, και τα πιο πάνω πιστοποιητικά είναι σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού είναι νόμιμη, οι περί του αντιθέτου δε ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Ούτε, εξάλλου, θα ήταν νόμιμη, υποχρέωση του αναδόχου να επικαιροποιεί τα δικαιολογητικά αυτά, κατά την διάρκεια ελέγχου τους από την Επιτροπή, όσες φορές χρειαστεί, μέχρις εκδόσεως του πρακτικού αξιολόγησης της Επιτροπής ή και της εγκριτικής πράξης της αναθέτουσας αρχής, αν για οποιονδήποτε λόγο ο έλεγχος αυτός καθυστερήσει. Και τούτο, διότι το κρίσιμο διάστημα, κατά το οποίο τα δικαιολογητικά πρέπει να αποδεικνύουν τις ιδιότητες και τα γεγονότα που κατά τη διακήρυξη αφορούν στο πρόσωπό του, είναι αυτό του χρόνου υποβολής τους και όχι αυτό της αποσφράγισης και ελέγχου τους. Για τον λόγο αυτό, άλλωστε, και δεν προβλέπεται, ούτε στις διατάξεις του ν. 4412/2016 ούτε στην διακήρυξη, άλλο στάδιο κατά το οποίο, υποβάλλονται εκ

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

νέου τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, παρά μόνον μετά την οριστική κατακύρωση και μόνον στην περίπτωση προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής και ενδίκων μέσων κατά της απόφασης κατακύρωσης, έπειτα από σχετική πρόσκληση (αρ. 105 παρ. 2γ) ν. 4412/2016). Και τούτο, γιατί, λόγω των περιπτώσεων που περιοριστικά αναφέρονται στην εν λόγω διάταξη, τεκμαίρεται ότι από την ημερομηνία αρχικής έκδοσης και υποβολής τους, μετά την αρχική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, θα έχει παρέλθει τέτοιο διάστημα, ώστε να απαιτείται η επικαιροποίησή τους. Και σε αυτήν, ακόμη την περίπτωση, όμως, υποχρέωση γεννάται σε βάρος του οριστικού πλέον αναδόχου, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας. Σε κάθε περίπτωση, και αν ακόμη ήθελε κριθεί ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν είχε προσκομίσει καθόλου τα οικεία πιστοποιητικά είτε από αυτά που προσκόμισε δεν αποδεικνυόταν είτε ότι είναι εγγεγραμμένος στο οικείο μητρώο είτε ότι δεν είναι φορολογικά ενήμερος είτε κατά τον χρόνο υποβολή προσφοράς είτε κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να του τα ζητήσει συμπληρωματικά και αν παρερχόταν άπρακτη η προθεσμία που θα του είχε τάξει, τότε να απορρίψει την προσφορά του. Για τους πιο πάνω λόγους, τέλος, αλυσίτελώς βάλλει ο προσφεύγων κατά του χρόνου υποβολής, μετά την αποσφράγιση, της υποβληθείσας, τρίτης κατά σειρά φορολογικής ενημερότητας του προσωρινού αναδόχου, εκδοθείσας την 25-01-2019, την οποία δεν απαιτείτο να υποβάλει αυτός, κατά τα άνω, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, συνεπώς καμία έννομη συνέπεια δεν έχει η υποβολή της, μετά την αποσφράγισή τους. Η ενημερότητα αυτή, άλλωστε, ζητήθηκε και υπεβλήθη, γιατί, όπως είχε δικαίωμα οποτεδήποτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή ήθελε πριν την οριστική κατακύρωση του αποτελέσματός του να εξετάσει ότι στο πρόσωπο της εταιρείας ... δεν συνέτρεχε ο λόγος αποκλεισμού σχετικά με την αθέτηση υποχρεώσεων καταβολής φόρων, ωστόσο, αφού υπεβλήθη κατά την ημέρα αποσφράγισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εκ περισσού και πάντως χωρίς άλλη έννομη συνέπεια περιλήφθηκε στο οικείο Πρακτικό ελέγχου τους.

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

13. Επειδή, περαιτέρω, και σε συνέχεια όσων αναφέρονται στη σκέψη 10 της παρούσας, η διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπει στο άρθρο 2.2.γ.(3) με τίτλο «λόγοι αποκλεισμού», ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης δημόσιας σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Κατά την έννοια του όρου αυτού, συνάγεται ότι για τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, στην περίπτωση γενομένης πρόωρης καταγγελίας προηγούμενης σύμβασης απαιτείται, σωρευτικά με αυτήν την καταγγελία (έκπτωση), αυτή να επιβλήθηκε ως αποτέλεσμα σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο της σύμβασης. Δεν αρκεί να διαπιστώνεται ότι ο οικονομικός φορέας έχει κηρυχθεί έκπτωτος από δημόσια σύμβαση, διότι ο αυτόματος αποκλεισμός οικονομικών φορέων που στο παρελθόν κηρύχθηκαν έκπτωτοι από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων δεν είναι συμβατός με το ευρωπαϊκό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΕ C-465/11 Forposta σκ. 41). Περιπτώσεις, εξάλλου, που οι επιδόσεις των οικονομικών φορέων σε προηγούμενες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, θεωρούνται η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίον προοριζόταν ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα (βλ. Αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Ο οικείος λόγος αποκλεισμού, μάλιστα, γίνεται δεκτό ότι όταν πρόκειται για ομόρρυθμη εταιρεία, συντρέχει, όχι μόνον όταν την πιο πάνω συμπεριφορά έχει επιδείξει στο παρελθόν η ίδια η επιχείρηση, αλλά και ο ομόρρυθμος εταίρος της ή ο διαχειριστής της. Και τούτο, γιατί όπως έχει κριθεί ειδικώς για

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, ότι προκειμένου να αποτρέπεται η ανάθεση εκτέλεσως δημοσίων έργων σε επιχειρήσεις που αποτελούνται από αφερέγγυα πρόσωπα, όταν αξιολογείται η φερεγγυότητα και η αξιοπιστία τους κατά την διαδικασία ανάδειξης αναδόχου δημοσίου έργου, λαμβάνεται υπόψη και εξετάζεται και η συμπεριφορά των τεχνικών στελεχών της κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων που έχουν αναλάβει ατομικώς ή ως μέλη άλλων επιχειρήσεων ακόμη και σε χρόνο προγενέστερο της συστάσεώς της ως άνω εργοληπτικής επιχείρησης (πρβλ. ΣΤΕ 1259/1991), για τους ίδιους λόγους, και δεδομένου ότι οι προσωπικές εταιρείες στηρίζονται στα ομόρρυθμα μέλη και τους διαχειριστές τους, η ικανότητα, η φερεγγυότητα και η συνέπεια στην εκπλήρωση των υποχρεώσεων των οποίων αποτελούν εχέγγυα για την καλή εκτέλεση μιας σύμβασης από την εταιρεία, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους ομόρρυθμου εταίρου ή διαχειριστή ομόρρυθμης εταιρείας, αποτελεί λόγο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό της εταιρείας ή της κοινοπραξίας στην οποία αυτή μετέχει, έστω και εάν το εν λόγω επαγγελματικό παράπτωμα διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων, που είχαν αναλάβει τα ως άνω πρόσωπα ατομικώς ή ως μέλη άλλων επιχειρήσεων, ακόμη και σε χρόνο προγενέστερο της σύστασης της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό, είτε αυτοτελώς είτε ως μέλους κοινοπραξίας, ομόρρυθμης εταιρείας (πρβλ. ΣΤΕ 1668/2012). Σε κάθε περίπτωση η δυνατότητα αποκλεισμού αφορά στις περιπτώσεις που η προηγουμένως διαπιστωθείσα πλημμέλεια αφορά στην εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων (του κλασικού τομέα, ήτοι του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016) και συμβάσεων με αναθέτοντα φορέα (πρώην εξαιρούμενων τομέων, ήτοι του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016), ήτοι σε όλες τις συμβάσεις του ν. 4412/2016 ανεξαρτήτως αξίας, καθώς στην εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης (του ν. 4413/2016) (πρβλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 20, σελ. 18). Συνακόλουθα, δεν συγκαταλέγονται στις συμβάσεις κατά την εκτέλεση των οποίων διαπιστωθείσα συμπεριφορά μπορεί να συνιστά τον οικείο λόγο αποκλεισμού, συμβάσεις πλειοδοτικού διαγωνισμού για την εκμίσθωση δημοτικού ακινήτου.

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

14. Επειδή, εξάλλου, στο ίδιο άρθρο 2.2.γ.(3) με τίτλο «λόγοι αποκλεισμού», στο στοιχείο (ζ) η διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπει ότι αποκλείεται προσφέρων οικονομικός φορέας «Εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2 παραγράφου 2δ της παρούσας ...». Από τη γραμματική διατύπωση του όρου αυτού συνάγεται για τις ψευδείς δηλώσεις, τουλάχιστον, ότι αυτές θα πρέπει να αφορούν σε προηγούμενη της παρούσας διαγωνιστική διαδικασία. Τούτο, δε, διότι θα ήταν λογικά άτοπο κατά τον χρόνο που θα διαπιστωνόταν ότι στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας υποπίπτει σε σοβαρή ψευδή δήλωση σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, ήδη να έχει κριθεί ένοχος για τη δήλωσή του αυτή. Περαιτέρω, συνάγεται ότι η απόκρυψη των πληροφοριών σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού πρέπει να λαμβάνει χώρα με δόλο. Και τούτο, διότι η από αμέλεια απόκρυψη πληροφοριών που μπορεί να επηρεάζει την απόφαση της αναθέτουσας αρχής μεταξύ άλλων και σε σχέση με τον αποκλεισμό συμμετέχοντος οικονομικού φορέα από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία συνιστά τον στο στοιχείο (η) στο ίδιο άρθρο της διακήρυξης λόγο αποκλεισμού «εάν επιχείρησε ... να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση ...». Κατά συνέπεια, αν ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, όταν υποβάλει τις επίμαχες πληροφορίες, έχει την πεποίθηση ότι δεν έχει κηρυχθεί έκπτωτος από προηγούμενη σύμβαση λόγω αδυναμίας παροχής ή εκτέλεσης ή σημαντικών ελλείψεων στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία που με τη σύμβαση ανέλαβε, δε θα μπορούσε να αποκλειστεί για δόλια απόκρυψη της πληροφορίας αυτής.

15. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, ο ..., ομόρρυθμος εταίρος της προσωρινής αναδόχου της σύμβασης, εταιρείας ..., είχε πλειοδοτήσει σε

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

διαγωνισμό για την εκμίσθωση καταστήματος υγειονομικού ενδιαφέροντος της Δημοτικής Επιχείρησης Ρόδου με την επωνυμία ..., πλην όμως, όπως προκύπτει από το με αριθμό 119/2016 Απόσπασμα Πρακτικού ΔΣ της πιο πάνω δημοτικής επιχείρησης, η σχετική σύμβαση δεν υπεγράφη ποτέ, ο δε πλειοδότης κηρύχθηκε έκπτωτος, με την αιτιολογία ότι δεν παρουσίασε αξιόχρεο εγγυητή για την τήρηση των όρων της προς υπογραφή μίσθωσης. Δεν προκύπτει, συνεπώς, ότι ο ομόρρυθμος εταίρος της προσωρινής αναδόχου κηρύχθηκε έκπτωτος, επειδή επέδειξε αδυναμία κατά την εκτέλεση της σύμβασης ή σημαντικές ελλείψεις ή πλημμέλειες στο παρασχεθέν προϊόν ή την υπηρεσία, που ανέλαβε, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 13 της παρούσας, συνεπώς δεν συνέτρεχε στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου ο οικείος λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.γ.(3) με τίτλο «λόγοι αποκλεισμού» στοιχείο (στ) της διακήρυξης. Απεναντίας, από τη γραμματική διατύπωση του αποσπάσματος του πιο πάνω πρακτικού του Διοικητικού Συμβουλίου της ..., συνάγεται ότι ο ...καμία υποχρέωση δεν είχε ακόμη αναλάβει έναντι της εταιρείας που διενεργούσε το διαγωνισμό, ούτε προκύπτει ότι επειδή δεν υπεγράφη τελικά η σχετική σύμβαση μίσθωσης επειδή ο εγγυητής που παρουσίασε δεν κρίθηκε αξιόχρεος, η υπέστη καμία ζημία. Τούτο, δε διότι από το επισυναφθέν σε παρέμβαση της προσωρινής αναδόχου στο πλαίσιο προηγούμενης σε βάρος της προσφυγής, με αρ. πρωτ. 1738/19-11-2018 έγγραφο της, προκύπτει ότι, παρά την έκπτωσή του, επεστράφη στον ομόρρυθμο εταίρο η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του στον επίμαχο διαγωνισμό. Συνακόλουθα, είναι απορριπτέος ο σχετικός λόγος της υπό εξέταση προσφυγής. Ο οικείος λόγος αποκλεισμού, άλλωστε, δεν συνέτρεχε, και διότι η επικαλούμενη έκπτωση του ομορρύθμου εταίρου της προσωρινής αναδόχου εταιρείας δεν έλαβε χώρα στο πλαίσιο δημόσιας σύμβασης του ν. 4412/2016 ή του ν. 4413/2016, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 13 της παρούσας, αλλά στο πλαίσιο πλειοδοτικού διαγωνισμού για την εκμίσθωση ακινήτου από δημοτική επιχείρηση. Είναι, συνεπώς, απορριπτέος ο σχετικός λόγος της υπό εξέταση προσφυγής και για το λόγο αυτόν. Συνακόλουθα, δεν θα ήταν νόμιμος αποκλεισμός της

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

προσωρινής αναδόχου ούτε σύμφωνα με τις ρυθμίσεις του άρθρου 2.2.γ.(3) με τίτλο «λόγοι αποκλεισμού», στο στοιχείο (ζ) της διακήρυξης. Τούτο, δε, διότι σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 14 της παρούσας, από τα παραπάνω ούτε προέκυψε ότι η προσωρινή ανάδοχος έχει κριθεί ένοχος ψευδών δηλώσεων σε προηγούμενη διαδικασία, ούτε ότι απέκρυψε με δόλο πληροφορίες σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού. Απεναντίας, βάσιμα είχε την πεποίθηση ότι δεν έχει κηρυχθεί έκπτωτος από προηγούμενη σύμβαση λόγω αδυναμίας κατά την εκτέλεση της σύμβασης ή σημαντικών ελλείψεων ή πλημμελειών στο παρασχεθέν προϊόν ή την υπηρεσία, που ανέλαβε, αλλά όπως ισχυρίζεται, επειδή η ... που διενεργούσε το διαγωνισμό έκρινε αναξιόχρεο τον εγγυητή που παρουσίασε στο πλαίσιο του διαγωνισμού για την εκμίσθωση ακινήτου και αδυνατούσε να τον αντικαταστήσει. Κατά συνέπεια, είναι απορριπτέος και ο τελευταίος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, 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 προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε ο προσφεύγων (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 700,00€.

Αριθμός απόφασης: 337 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 12 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 1^η Απριλίου 2019.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης