

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 21-4-2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, σε αναπλήρωση της Σταυρούλας Κουρή (βάσει της Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ 28/2022) Εισηγητής και Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος.

Για να εξετάσει, την από 21-3-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 444/22-3-2022 του οικονομικού φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 11-3-2021 κοινοποιηθείσας υπ' αρ. 29/2022 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας (3^ο πρακτικό συνεδρίασης 3/25-2-2022), καθ' ο μέρος τον απέκλεισε και διέταξε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για Προμήθεια-τοποθέτηση φωτιστικών τύπου LED επί υφιστάμενων υποδομών πεζοδρομίων στους οικισμούς ... εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 167.768 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 8-3-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 8-4-2022 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 13-4-2022 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 κατεβλήθη κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ ..., ποσού 838,84 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, ο προσφεύγων εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί την από 21-3-2022 προσφυγή του κατά

της από 11-3-2022 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος ως προσωρινός ανάδοχος απεκλείσθη υπό την αιτιολογία ότι δεν υπέβαλε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης (χωρίς να έχει υποβάλει ούτε με την προσφορά του) ποινικά μητρώα μελών ΔΣ αυτού, που καλύπτουν και το χρονικό στάδιο υποβολής προσφορών (παρά μόνο υπέβαλε ποινικά μητρώα για τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης), ως και περαιτέρω, διετάχθη, συνεπεία της ως άνω, κριθείσας ως παράνομης, μη υποβολής, η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά τον όρο 2.2.9.2.B1 της διακήρυξης, ορίζονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης του λόγου αποκλεισμού 2.2.3.1, τα εξής «Β. 1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά. α) για την παράγραφο 2.2.3.1 απόσπασμα του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμο έγγραφο που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του». Επιπλέον, κατά τον όρο 3.2, τα δικαιολογητικά του όρου 2.2.9.2, περί απόδειξης μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3 υποβάλλονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης μετά την προς τούτο κλήση της αναθέτουσας προς τον προσωρινό ανάδοχο, ενώ εν προκειμένω, ουδόλως η αναθέτουσα προέβη σε χρήση της κατά το άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ευχέρειάς της, τυχόν να ζητήσει τα δικαιολογητικά αυτά προώρως κατά το στάδιο προ της ανάδειξης προσωρινού αναδόχου. Εκ του συνδυασμού των ανωτέρω, όπως και εκ της όμοιας διάταξης του άρ. 80 παρ. 12 Ν. 4412/2016 («12. Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν στην παρ. 1 του άρθρου 73 και την περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την

υποβολή τους,»), με σαφήνεια προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να υποβάλει αποκλειστικά κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, ποινικά μητρώα εκδοθέντα έως και 3 μήνες πριν την υποβολή τους, ήτοι πριν την υποβολή τους με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Άλλωστε, το ποινικό μητρώο εκ φύσεώς του δεν καλύπτει μόνο το χρονικό σημείο στο οποίο έχει εκδοθεί, αλλά και κάθε προηγηθείσα αυτού ποινική καταδίκη και άρα, αναγκαία και το προηγηθέν διάστημα υποβολής προσφοράς. Επιπλέον, η όποια δυνατότητα διαγραφής ποινών από το δελτίο του ποινικού μητρώου γενικής χρήσης, αφορά κατ' άρ. 571 ΚΠοινΔικ, τις εξής περιπτώσεις «3. Στο αντίγραφο γενικής χρήσης καταχωρίζεται το περιεχόμενο όλων των δελτίων ποινικού μητρώου, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο, εκτός από εκείνα: α) που αναγράφουν χρηματική ποινή ή παροχή κοινωφελούς εργασίας ή ποινή φυλάκισης έως έξι μήνες, μετά την πάροδο τριών ετών, β) που αναγράφουν ποινή φυλάκισης πέραν των έξι μηνών ή ποινή περιορισμού σε ψυχιατρικό κατάστημα, μετά την πάροδο οκτώ ετών, γ) που αναγράφουν κάθειρξη, μετά την πάροδο είκοσι ετών. 4. Οι προθεσμίες της προηγούμενης παραγράφου αρχίζουν από την απότιση της ποινής. Αν επήλθε μεταγενέστερη καταδίκη για πλημμέλημα ή κακούργημα, οι προθεσμίες αυτές αρχίζουν από την απότιση της νέας ποινής. 5. Η ποινή θεωρείται ότι αποτίθηκε και όταν: α) μετατράπηκε σε χρηματική, από την ημέρα καταβολής του ποσού της μετατροπής, β) χαρίστηκε, από την έκδοση του οικείου προεδρικού διατάγματος, γ) χορηγήθηκε απόλυση, από την επιτυχή πάροδο του χρόνου δοκιμασίας. 6. Αν η καταδικαστική απόφαση δεν εκτελέστηκε, οι πιο πάνω προθεσμίες αρχίζουν από την παραγραφή της. 7. Κατ' εξαίρεση, όταν πρόκειται για πρώτη καταδίκη ή για καταδίκη που αφορά: α) έγκλημα από αμέλεια ή β) έγκλημα με δόλο, για το οποίο ο νόμος απειλεί ποινή φυλάκισης μέχρι ένα έτος ή χρηματική ποινή, οι προθεσμίες που προβλέπουν τα εδ. α' έως και γ' της παρ. 3 του άρθρου αυτού μπορούν να συντμηθούν στο μισό, με διάταξη του αρμόδιου κατά το άρθρο 575 εισαγγελέα πλημμελειοδικών, ύστερα από αίτηση του ενδιαφερομένου. Η σύντμηση παρέχεται, αν υπάρχει προσδοκία έντιμου βίου στο μέλλον. 8. Αν μαζί με την ποινή τη στερητική της

ελευθερίας έχουν επιβληθεί παρεπόμενες ποινές ή μέτρα ασφαλείας, δεν καταχωρίζονται στο αντίγραφο γενικής χρήσης στις περιπτώσεις που η κύρια ποινή δεν καταχωρίζεται σύμφωνα με την παρ. 3.». Σημειωτέον δε, ότι κατά τον όρο 2.2.3.1 της διακήρυξης, οι λόγοι αποκλεισμού του όρου 2.2.3.1, περί των οποίων το ποινικό μητρώο, έχουν πενταετή ισχύ από την αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση («Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (στ) η κατά τα ανωτέρω, περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση.»). Συνεπώς, δεν υπάρχει περίπτωση καταδίκης προσώπου για τα ως άνω αδικήματα, που συνιστούν όλα κακουργήματα (για τα οποία δεν υφίσταται και εξ αμελείας τέλεση) και δη, συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση απάτη κατά των συμφερόντων της ΕΕ, τρομοκρατία, νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, παιδική εργασία και εμπορία ανθρώπων, στην οποία δεν θα αναγράφεται αυτή η καταδίκη στο ποινικό μητρώο για πέντε έτη από την αμετάκλητη καταδίκη. Αλυσιτελώς, προβάλλει η αναθέτουσα την Απόφαση ΑΕΠΠ 494/2021, που έκρινε επί όλως διαφορετικής περίπτωσης, αφού το τότε κρινόμενο ζήτημα αφορούσε ποινικό μητρώο που είχε χρησιμοποιηθεί προς έκδοση ενημερότητας πτυχίου, πλην όμως το ποινικό μητρώο είχε εκδοθεί πάνω από 3 μήνες πριν την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης (και τούτο, καίτοι στην Απόφαση αυτή εν τέλει κρίθηκε, ότι επιτρεπτός υποκαθίσταται το ποινικό μητρώο από την ενημερότητα εργοληπτικού πτυχίου). Αντιθέτως, εν προκειμένω, ο προσφεύγων υπέβαλε ποινικά μητρώα έκδοσης εντός τριμήνου πριν την υποβολή τους, πλην όμως, απεκλείσθη διότι δεν υπέβαλε και προγενέστερα της υποβολής τους ποινικά μητρώα, που θα είχαν εκδοθεί εντός τριμήνου από την υποβολή της προσφοράς, υποχρέωση άνευ ουδενός ερείσματος στη διακήρυξη. Ακόμη, το γεγονός ότι η διακήρυξη ορίζει απώτατο χρόνο έκδοσης ποινικού μητρώου σε σχέση πάντα με την υποβολή του ως δικαιολογητικού κατακύρωσης, δεν σημαίνει ότι δύναται να θεωρηθεί πως εφόσον, έχει παρέλθει διάστημα άνω των τριών μηνών από την έκδοση του και την υποβολή προσφοράς, θα πρέπει να υποβάλει και ποινικά μητρώα εκδοθέντα εντός τριμήνου από την προσφορά.

Ούτε ο ειδικώς, περί δικαιολογητικών κατακύρωσης όρος περί προ τριμήνου, κατ' απώτατο όριο, εκδόσεως, δύναται αναλογικά να ερμηνευθεί ως ιδρύων περιορισμένη χρονική διάρκεια του ποινικού μητρώου (κατά τρόπο, ώστε να μην καλύπτει ούτε το παρελθόν) και ως θεσπίζων απαίτηση υποβολής πρόσθετων ποινικών μητρώων εκδοθέντων εντός τριμήνου και πριν την υποβολή της προσφοράς. Εξάλλου, ο λόγος για τον οποίο ζητείται εκ του νόμου και της διακήρυξης επίκαιρο του ποινικού μητρώου σε σχέση με την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης συνίσταται ακριβώς στο ότι ένα παρελθοντικό ποινικό μητρώο προσφέρει μεν διασφάλιση για τα προηγούμενα της έκδοσης του γεγονότα, αλλά όχι για τα επόμενα και άρα, ευλόγως θα πρέπει να είναι κατά το δυνατόν πιο πρόσφατο σε σχέση με τον χρόνο οριστικής απόδειξης έλλειψης λόγων αποκλεισμού (εφόσον βέβαια, το πρόσωπο εξακολουθεί και έχει κρίσιμη περί του οικονομικού φορέα, ιδιότητα), χωρίς τούτο να σημαίνει πως δεν παρέχει απόδειξη για κάθε προγενέστερο της εκδόσεώς του χρονικό σημείο, μεταξύ των οποίων και της προσφοράς. Ούτε υφίσταται αναλογία με τις φορολογικές και ασφαλιστικές ενημερότητες, οι οποίες εκ φύσεως και εκ των διατάξεων περί εκδόσεώς τους, ακριβώς εκδίδονται με περιορισμένη χρονική ισχύ και συγκεκριμένα, καλύπτουν το χρονικό σημείο έκδοσής τους και ένα διάστημα μετά από αυτό και όχι διάστημα πριν τον χρόνο έκδοσής τους. Αντίθετα, το ποινικό μητρώο αποδεικνύει εκ φύσεώς του, γεγονότα από το παρελθόν ως και την έκδοσή του και επιπλέον τούτου, κατά τον όρο της διακήρυξης περί αποδοχής ποινικού μητρώου εκδοθέντος προ τριμήνου, κατά πλάσμα δικαίου φέρει αποδεικτική ισχύ για τους σκοπούς της διαδικασίας, ως και τρεις μήνες από την έκδοσή του. Η δε όποια δυνατότητα διαγραφής ποινών από το ποινικό μητρώο γενικής χρήσης υπερβαίνει κατά πολύ σε ελάχιστο επιτρεπτό χρονικό σημείο συντέλεσης, βλ. ανωτέρω, την όποια εν προκειμένω χρονική ισχύ κάθε πιθανής καταδίκης, ως λόγου αποκλεισμού στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας. Άρα, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας, ότι δια των δικαιολογητικών κατακύρωσης θα πρέπει να αποδεικνύεται η πλήρωση των όρων συμμετοχής και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, προβάλλονται αλυσιτελώς, αφού δια της υποβολής ποινικών μητρώων εκδοθέντων εντός

τριμήνου προ της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν προκύπτει αποδεικτική έλλειψη ως προς το παρελθοντικό, της εκδόσεώς τους, διάστημα. Τούτο, πέραν του ότι, σε κάθε περίπτωση, ουδόλως η διακήρυξη προέβλεψε με οιαδήποτε σαφήνεια, υποχρέωση υποβολής ποινικών μητρώων εκδόσεως και πέραν του τριμήνου πριν την υποβολή τους και εκδοθέντων εντός τριμήνου προ της προσφοράς, ενώ επιπλέον, το γεγονός ότι τα προσόντα συμμετοχής πρέπει όντως να συντρέχουν ως ουσιαστικές απαιτήσεις, ήδη κατά τον χρόνο της προσφοράς, δεν συνεπάγεται και ότι αναγκαία και άνευ ετέρου και ειδικής πρόβλεψης, ιδρύεται και επί ποινή αποκλεισμού, αποδεικτικού χαρακτήρα απαίτηση για την υποβολή δικαιολογητικών που αποδεικνύουν αυτά και κατά τον χρόνο της προσφοράς, ήτοι χρόνο που ουδόλως στη νυν διακήρυξη, μνημονεύεται σε σχέση με την απαίτηση επικαίρου έκδοσης των ποινικών μητρώων. Πάντως, ούτως ή άλλως, η υποβολή ποινικών μητρώων που καλύπτουν τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης, αν μη τι άλλο καλύπτει και τον παρελθοντικό χρόνο της προσφοράς (που εν προκειμένω έλαβε χώρα, λιγότερο από 10 μήνες πριν την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, βλ. αμέσως κατωτέρω). Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων, μετά την από 29-3-2021 προσφορά του και την από 4-1-2022 πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, που του κοινοποιήθηκε την 5-1-2022, υπέβαλε την 11-1-2022 τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων και τα αποσπάσματα ποινικού μητρώου των προσώπων με ιδιότητα μελών ΔΣ κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όλα εκδοθέντα από 2-11-2021 (....., ...), από 15-11-2021 (... , ... , ...) έως και από 7-12-2021 (...), ήτοι εντός τριμήνου πριν την από 12-1-2022 υποβολή τους. Άρα, όλα τα ανωτέρω μητρώα εκδόθηκαν εντός τριμήνου πριν την υποβολή τους. Επιπλέον, για τον από Αύγουστο του 2021 αποθανόντα Διευθύνοντα Σύμβουλο (...), ήτοι πρόσωπο που στελέχωνε το ΔΣ μόνο κατά τον χρόνο της από 29-3-2021 προσφοράς και όχι και κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, υπέβαλε απόσπασμα ποινικού μητρώου της 12-1-2021, ήτοι εντός τριμήνου πριν τον μόνο κρίσιμο περί των νυν λόγων αποκλεισμού, χρόνο, στον οποίο αυτός είχε κρίσιμη περί της συμμετοχής του οικονομικού φορέα στη διαδικασία, ιδιότητα.

Μετά τον θάνατο του προφανώς και κρίσιμη περί του οικονομικού φορέα ιδιότητα δεν είχε, αλλά και δεν δύνατο να καταδικαστεί για αδίκημα και άρα, ο μόνος αποδεικτέος χρόνος έλλειψης καταδίκης ήταν αυτός της προσφοράς. Άρα, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, δεν προκύπτει πλημμέλεια και έλλειψη επί των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με την εσφαλμένη ανωτέρω αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντα. Συνεπώς, ο αποκλεισμός του προσφεύγοντα έλαβε χώρα μη νομίμως και είναι ακυρωτέος, ομοίως δε ακυρωτέα προκύπτει και η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του, δεδομένου ότι δεν προκύπτει ούτε παράβαση των υποχρεώσεων του περί υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ούτε εντοπισμός ή μη απόδειξη έλλειψης λόγων αποκλεισμού δια των υποβληθέντων σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, δικαιολογητικών ούτε ανακρίβεια καθ' οιονδήποτε τρόπο των κατά την προσφορά δηλώσεών του.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων και κατ' αυτόθροη συνέπεια του αποκλεισμού του, διετάχθη η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 29/2022 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας (3^ο πρακτικό συνεδρίασης 3/25-2-2022), καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων και ορίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21-4-2022 και εκδόθηκε στις 29-4-2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ