

**Η**

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή-Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6-8-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 763/7-8-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...».

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της απόφασης με αρ. 155/2018 του 34<sup>ου</sup> πρακτικού της από 24-7-2018 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., κατά το μέρος με το οποίο αφενός ενέκρινε την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και δεν έκρινε αυτόν εξ αρχής και ούτως ή άλλως αποκλειστέο ήδη από το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής και περαιτέρω και κατ' αποτέλεσμα ανακήρυξε τον τελευταίο προσωρινό μειοδότη, ήτοι προσωρινό ανάδοχο. Επικουρικώς και εφόσον απορριφθεί το πρώτο ως άνω αιτητικό και βάση της προσφυγής του, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της προσβαλλομένης, καθ' ο μέρος αυτή ανακήρυξε τον τελευταίο προσωρινό ανάδοχο, χωρίς όμως η αναθέτουσα αρχή να περατώσει την κρίση της ως προς τα καταγγελλθέντα από τον προσφεύγοντα για τη συνδρομή στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου λόγου αποκλεισμού και επομένως περάτωσε το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής κατά παράλειψη διακρίβωσης όσων αναφέρει στο παραπάνω ενώπιον της αναθέτουσας έγγραφό του, ως προς το ειδικό αυτό ζήτημα όσον αφορά τον οικονομικό φορέα «...», ζήτημα που συνιστούσε προϋπόθεση για την ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου και περαιτέρω μη νόμιμα μετέθεσε την κρίση περί τούτου στο στάδιο έγκρισης της (οριστικής) κατακύρωσης σε αυτόν του

## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

αποτελέσματος του διαγωνισμού, στο πλαίσιο της με αρ. ... διακήρυξης ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΣΥΝΘΕΤΙΚΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΣΤΟ ΓΗΠΕΔΟ ...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας αξίας 134,885,80€, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με CPV 39293400-6 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 28-6-2018. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 30-5-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημερομηνία με συστημικό α/α ....

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 674,43 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της τράπεζας ΕΘΝΙΚΗ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα από 6-8-2018 προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 2-8-2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης του υπ' αρ. 73656/9-7-2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, σύμφωνα με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «...».

3. Επειδή, ειδικότερα στο συγκεκριμένο διαγωνισμό υποβλήθηκαν συνολικά τρεις (3) προσφορές, ήτοι από τις εταιρίες «...» με προσφερόμενη έκπτωση 28%, «...» με προσφερόμενη έκπτωση 3% και «...» με ποσοστό έκπτωσης 2%. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής η αναθέτουσα αρχή έκρινε τον τρίτο εκ του προσωρινού καταλόγου μειοδοσίας συμμετέχοντα

## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

οικονομικό φορέα, ήτοι τον «...», αποκλειστέο εκ του λόγου ότι δεν είχε καταθέσει την προβλεπόμενη από το άρθρο 24.2 της διακήρυξης εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο διαγωνισμό, αποδεκτούς δε τους ως άνω δύο άλλους, άρα και τον .... Επίσης η αναθέτουσα αρχή έκρινε με την προσβαλλόμενη απόφασή της προσωρινό μειοδότη, ήτοι προσωρινό ανάδοχο, τον οικονομικό φορέα «...» και αποφάσισε να αποστείλει συνημμένα στην προσβαλλόμενη απόφαση προς την Επιτροπή του Διαγωνισμού το από 17-7-2018 «Υπόμνημα Υποβολής Διευκρινίσεων» του προσφεύγοντος, προκειμένου στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της να λάβει γνώση, να διερευνήσει τα καταγγελλόμενα, να συλλέξει τα απαραίτητα στοιχεία ώστε να απαντηθεί το αίτημα του προσφεύγοντος και να προχωρήσει στις απαραίτητες ενέργειες της για την ανάδειξη του τελικού αναδόχου.

4. Επειδή, ο προσφεύγων, ο οποίος κρίθηκε δεύτερος στη σειρά προσωρινός μειοδότης δυνάμει της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, βάλλει κατ' αυτής ισχυριζόμενος ειδικότερα ότι: α) ο ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος «...» δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22.Δ.α.ii της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας διότι τόσο στο υποβληθέν εκ μέρους του ΤΕΥΔ όσο και στον συνυποβληθέντα ΚΑΤΑΛΟΓΟ ΚΥΡΙΟΤΕΡΩΝ ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΝ περιλαμβάνονται εννέα (9) έργα, από τα οποία όμως μόνον τα τέσσερα (4) και όχι πέντε (5) όπως όριζε η διακήρυξη, έχουν καθ' έκαστο συμβατική αξία άνω των 90.000€, που απαιτούσε, κατά τον προσφεύγοντα, η διακήρυξη, η δε αδυναμία πλήρωσης των εν λόγω κριτηρίων επιλογής δεν δύναται να συμπληρωθεί με διευκρινίσεις του άρθρου 102 ν.4412/2016 και β) και επικουρικά ως προς τον υπό α) πρώτο λόγο της προσφυγής, επικαλείται ότι είναι παράνομη η ανακήρυξη του «...» ως προσωρινού αναδόχου, καθόσον η προσβαλλόμενη καίτοι τον ανακήρυξε μεν προσωρινό ανάδοχο, ταυτόχρονα απέστειλε στην Επιτροπή του Διαγωνισμού το από 17-7-2018 έγγραφο του προσφεύγοντα περί συνδρομής στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου λόγου αποκλεισμού συνεπεία προηγούμενης έκπτωσής του από δημόσια σύμβαση και ως εκ τούτου η ορθότητα και η ακρίβεια των δηλώσεων στο ΤΕΥΔ του και συνεπώς το παραδεκτό των δικαιολογητικών συμμετοχής του δεν έχει κριθεί ως προς το ζήτημα στο οποίο

## **Αριθμός Απόφασης: 724/2018**

αναφέρεται το εν λόγω έγγραφο του προσφεύγοντα. Κατ' αυτόν τον τρόπο, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της αντιφάσκει, αφού από τη μία πλευρά διερευνά την ακρίβεια των δηλώσεων στο ΤΕΥΔ του και από την άλλη το εγκρίνει και μάλιστα και ως προς το ίδιο ζήτημα για το οποίο διερευνά την ακρίβεια του ΤΕΥΔ του.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν κατέθεσε απόψεις ενώπιον της ΑΕΠΠ, ως όφειλε δυνάμει της παρ.1 του άρθρου 365 ν.4412/2016.

6. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 365 επόμε. ν. 4412/2016 και αρ. 12 επόμε. του π.δ. 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει των οικείων 1009 & 1078/2018 Πράξεων του Προέδρου του, στην εξέταση της άνω προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, η διακήρυξη υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 2-8-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον προσφεύγοντα. Ο δε προσφεύγων προκύπτει προδήλως ότι έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής, αφού ως συμμετέχων στον εν λόγω διαγωνισμό αρχικά και καταταχθείς δεύτερος στον προσωρινό πίνακα μειοδοτών, εάν γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή του, τότε θα καταστεί πρώτος αποδεκτός μειοδότης και συνεπώς προσωρινός ανάδοχος.

8. Επειδή, κατά το άρθρο 14 του π.δ. 39/2017 (Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών) σε περίπτωση μη αποστολής στο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των απόψεών της και των κωδικών πρόσβασης στα στοιχεία του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση β της παραγράφου 2 του άρθρου 9 του εν λόγω Κανονισμού, ο οικείος σχηματισμός μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Κατά την ίδια διάταξη η

## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

παράλειψη κοινοποίησης σε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση στην ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστά ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 365 παρ. 1 υποπαρ. γ ν. 4412/2016). Εν προκειμένω, ναι μεν η αναθέτουσα αρχή ουδόλως απέστειλε προς το παρόν Κλιμάκιο απόψεις επί της εξεταζόμενης προσφυγής, ως προαναφέρθηκε, ωστόσο δεν κρίνεται ιδιαίτερος δυσχερή η ουσιαστική παροχή προδικαστικής προστασίας και για το λόγο αυτό, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθήκες, δεν επιβάλλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή, αλλ' ούτε συνάγει εξ αυτού του λόγου τεκμήριο ομολογίας, κρίνοντας έκαστο των προβληθέντων λόγων προσφυγής με βάση τις κατωτέρω σκέψεις της παρούσας.

9. Επειδή, ο πρώτος λόγος της εξεταζόμενης προσφυγής, περί μη πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσωρινού αναδόχου, κρίνεται βάσιμος για τους ακόλουθους λόγους. Καταρχάς, η αναθέτουσα περάτωσε δια της προσβαλλομένης εκτελεστής πράξεώς της την κρίση της περί την εκ μέρους του ... πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και αποδοχή της προσφοράς του. Σύμφωνα με τον όρο 22.Δ.α.ii της διακήρυξης προβλέπεται για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου απαιτείται, εκτός των άλλων, η *«προσκόμιση καταλόγου πέντε (5) τουλάχιστον συμβάσεων κατά την τελευταία τριετία, συναφών της προκηρυχθείσας, ύψους τουλάχιστον 90.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ, με φορείς του ιδιωτικού ή του δημοσίου τομέα με αντίστοιχο αντικείμενο δηλαδή “προμήθεια και εγκατάσταση συνθετικού χλοοτάπητα” (οπωσδήποτε οι συμβάσεις για να ληφθούν υπόψη θα πρέπει να αφορούν ΚΑΙ εγκατάσταση, διότι είναι κρίσιμο το στοιχείο της πείρας του αναδόχου ιδίως σε εργασίες εγκατάστασης συνθετικών χλοοταπήτων παρόμοιου μεγέθους, προδιαγραφών και αξίας με αυτό της παρούσας σύμβασης)*. Για να ληφθούν υπόψη πρέπει να υφίσταται για την απόδειξή τους είτε βεβαίωση καλής εκτέλεσης, είτε βεβαίωση προσωρινής ή οριστικής παραλαβής σε περίπτωση δημόσιας σύμβασης ή ιδιωτικό συμφωνητικό, τιμολόγια και βεβαίωση καλής εκτέλεσης για σύμβαση με ιδιωτικούς φορείς. Είναι αποδεκτές περιπτώσεις κατά τις οποίες ο οικονομικός

## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

φορέας μετείχε ως μέλος ένωσης (π.χ. κοινοπραξία) αρκεί οι συμβάσεις αυτές να μην ξεπερνούν το 50% του συνόλου των εκτελεσθέντων συμβάσεων, που εκτελέσθηκαν την τελευταία τριετία, συνοδευόμενου από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης.». Από τη διατύπωση του όρου προκύπτει ότι η απαίτηση της διακήρυξης επί του συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής είναι η ύπαρξη πέντε (5) εκτελεσμένων συναφών συμβάσεων, ήτοι με αντικείμενο προμήθεια και εγκατάσταση συνθετικού χλοοτάπητα, έκαστη με συμβατική 90.000€, εντός της τελευταίας τριετίας πριν από την υποβολή προσφοράς στον προκείμενο διαγωνισμό και αποδεικνυόμενες ως προς τη συντελεσθείσα εκτέλεσή τους είτε με βεβαίωση καλής εκτέλεσης, είτε με βεβαίωση προσωρινής ή οριστικής παραλαβής σε περίπτωση δημόσιας σύμβασης ή ιδιωτικό συμφωνητικό, τιμολόγια και βεβαίωση καλής εκτέλεσης για σύμβαση με ιδιωτικούς φορείς. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης αναφέρεται στο οικονομικό ύψος εκάστης των συμβάσεων, χωρίς να αναφέρεται πουθενά περί «συνολικής αξίας» ή κάτι αντίστοιχο. Τούτου δοθέντος, για να ληφθεί υπόψη ως προς την πλήρωση του παραπάνω κριτηρίου μία σύμβαση πρέπει σωρευτικά να συντρέχουν τα ακόλουθα: να έχει (άνευ ΦΠΑ) συμβατική αξία 90.000 ευρώ, να έχει εκτελεστεί ήδη κατά την υποβολή προσφοράς και τούτο αποδεικνυόμενο με τους ρητά προσδιοριζόμενους από τη διακήρυξη τρόπους και έγγραφα, να αφορά συγχρόνως και σωρευτικά προμήθεια και εγκατάσταση συνθετικού χλοοτάπητα και να έχει συναφθεί το νωρίτερο 3 έτη πριν από την υποβολή της προσφοράς. Εν προκειμένω ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «...» με το υποβληθέν ΤΕΥΔ του δήλωσε στο Μέρος IV κεφάλαιο Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ότι κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017 έχει εκτελέσει εννέα (9) συνολικά έργα του είδους που ζητείται με τη διακήρυξη, εκ των οποίων το πρώτο αξίας 56.273,73€, το δεύτερο αξίας 225.394,80€, το τρίτο αξίας 113.760,12€, το τέταρτο αξίας 19.918,37€, το πέμπτο αξίας 191.511,00€, το έκτο αξίας 25.945,92€, το έβδομο αξίας 24.056,02€, το όγδοο αξίας 231.061,60€ και το ένατο αξίας 50.220,00€. Προς απόδειξη δε κατάθεσε και σχετικό κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων, ο οποίος περιλαμβάνει τα εν λόγω έργα. Επιπρόσθετα ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας με το υποβληθέν ΤΕΥΔ του δήλωσε στο Μέρος II κεφάλαιο Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις

## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

ικανότητες άλλων φορέων δήλωσε ότι δεν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που έθεσε η διακήρυξη. Ωστόσο από τα επικληθέντα ως άνω εννέα (9) έργα μόνον τα τέσσερα (4) έχουν ανά έκαστο συμβατική αξία άνω των 90.000€ και ως εκ τούτου μόνον αυτά μπορούν να ληφθούν υπόψη για την εξέταση της από αυτόν πλήρωσης του σχετικού κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ήτοι τα έργα αξίας 225.394,80€, 113.760,12€, 191.511,00€ και 231.061,60€. Κατά συνέπεια ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «...» δεν πληροί το κριτήριο επιλογής του όρου 22.Δ.α.ii της διακήρυξης, αφού μόνον τέσσερις (4) από τις επικαλεσθείσες με το ΤΕΥΔ του συμβάσεις και όχι πέντε (5), ως όφειλε κατά τη διακήρυξη, πληρούν τη σχετική τεθείσα απαίτηση τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Και βέβαια η έλλειψη αυτή δεν θεραπεύεται από τυχόν εφαρμογή του άρθρου 102 ν.4412/2016, καθόσον δεν αφορά σε ασάφεια των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, ως βάσιμα προβάλλει και ο προσφεύγων, ενώ δια αυτής αποδεικνύεται ουσιώδης έλλειψη της προσφοράς του και δη των δια του ΤΕΥΔ του δηλώσεών του, ως προς την εκ μέρους του μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής, που στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής συνιστά προκαταρκτική απόδειξη και η οποία έλλειψη δεν δύναται να αρθεί δια διευκρινίσεως βάσει των προβλέψεων του άρ. 102 παρ. 2-4 Ν. 4412/2016 (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 89/2017), συνιστώντας ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς και αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ του οικονομικού φορέα που δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης και προέβη σε εσφαλμένες ή ουσιωδώς ελλιπείς δηλώσεις και πλημμελώς υπέβαλε προσφορά, εις βάρος των επιμελών προσφερόντων και της εύλογης προσδοκίας αυτών προς ίση μεταχείριση και διαφάνεια (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 708/2018). Εξάλλου, δεν είναι δυνατόν, κατ' άρ. 79, 80 και 103 Ν. 4412/2016 και την αρχή της προκαταρκτικής απόδειξης που διέπει κατά το ισχύον πλέον καθεστώς τη συμμετοχή σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης να αποδειχθεί προσόν που δεν δηλώθηκε στο ΤΕΥΔ ούτε είναι δυνατόν να αποδειχθεί το πρώτον η πλήρωση κριτηρίου επιλογής, η μη πλήρωση του οποίου δηλώνεται ή προκύπτει από το ίδιο το ΤΕΥΔ και ούτως, η προσφορά είναι αποκλειστέα ήδη από το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής (και συνεπώς, παρανόμως ο

## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

διαγωνιζόμενος μετέχει σε κάθε επόμενο στάδιο, ως και αυτό των δικαιολογητικών κατακύρωσης). Τούτο θα αποτελούσε εκτός των άλλων και ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς με το πρώτον επίκληση νέου προσόντος προς πλήρωση όρου διακήρυξης που δεν προκύπτει με τα εκ της προσφοράς δηλωθέντα, κατά παράβαση της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, με αποτέλεσμα οιοσδήποτε να δύναται να δηλώνει οτιδήποτε με την προσφορά του και στη συνέχεια και μόνο κατόπιν αναδείξεώς του ως προσωρινού αναδόχου (και εν μέσω, πλέον, βεβαιότητας ή αυξημένης πιθανότητας ανάληψης του συμβατικού αντικείμενου) να επικαλείται τα τυχόν καλύπτοντα τους όρους της διαδικασίας προσόντα του και να συμπληρώνει την προσφορά του με νέες επικλήσεις και στοιχεία. Κατ' αποτέλεσμα, εξάλλου, του αποκλεισμού που ανατρέχει στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, μη νομίμως έλαβε χώρα η ανάδειξη του ... ως προσωρινού αναδόχου και επομένως, ούτως ή άλλως, δεν δύναται παραδεκτώς να προσκομίσει και να αξιολογηθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του. Για τους λόγους αυτούς, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί ως εσφαλμένη κατά τα διαληφθέντα στην παρούσα σκέψη και να κριθεί αποκλειστέος ο εν λόγω οικονομικός φορέας ... ήδη από το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, δεκτού καθιστάμενου του πρώτου λόγου της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, ο οποίος μόνος του επαρκεί για τον αποκλεισμό του ως άνω διαγωνιζομένου ....

**10.** Επειδή, με την αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας η πληττόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη κατά το σκέλος με το οποίο εξ αρχής δεν απέκλεισε τον συμμετέχοντα «...» από την περαιτέρω αξιολόγηση της προσφοράς του λόγω μη πλήρωσης συγκεκριμένου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής και κατ' αποτέλεσμα ο τελευταίος είναι εξ αρχής και άνευ ετέρου αποκλειστέος από τη διαδικασία, ανεξαρτήτως τυχόν συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 και όσων αφορά ο δεύτερος λόγος της προσφυγής και η οικεία επικαλούμενη πλημμέλεια της αναθέτουσας. Πλην όμως και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, όπως και ότι ο προσφεύγων προβάλλει τον δεύτερο λόγο του επικουρικά και υπό τον όρο απόρριψης του πρώτου λόγου του ως και του πρώτου ως άνω αιτητικού του



## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

που έγινε κατά τα ανωτέρω δεκτό, εν προκειμένω βάσιμος τυγχάνει και ο δεύτερος προβληθείς λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στη μη νόμιμη ανακήρυξη του «...» ως προσωρινού αναδόχου, καθόσον η προσβαλλόμενη καίτοι τον ανακήρυξε μεν προσωρινό ανάδοχο, ταυτόχρονα απέστειλε στην Επιτροπή του Διαγωνισμού το από 17-7-2018 έγγραφο του προσφεύγοντα περί συνδρομής στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου λόγου αποκλεισμού συνεπεία προηγούμενης έκπτωσής του από δημόσια σύμβαση, με αποτέλεσμα η ορθότητα και η ακρίβεια των δηλώσεων στο ΤΕΥΔ του και συνεπώς το παραδεκτό των δικαιολογητικών συμμετοχής του να μην έχει κριθεί ως προς το ζήτημα στο οποίο αναφέρεται το εν λόγω έγγραφο του προσφεύγοντα. Ο εν λόγω οικονομικός φορέας «...» με το υποβληθέν ΤΕΥΔ του Μέρος ΙΙΙ Κεφάλαιο Γ: λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα στο πεδίο εάν έχει επιδείξει ο οικονομικός φορέας σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις και εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες, δήλωσε ΟΧΙ, καθώς και ότι: «*Με την από 01/09/17 Απόφαση του Υφυπουργού Πολιτισμού και Αθλητισμού (ΑΔΑ: ...)* κηρύχθηκα έκπτωτος. Στις 04/10/2017 κατέθεσα Προσφυγή ΠΡ131/4-10-2017 ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πατρών και Αίτηση Αναστολής ΑΝ21/4-10-2017 προς το Διοικητικό Εφετείο Πατρών. Στις 09/10/2017 εκδόθηκε προσωρινή αναστολή εκτελέσεως μέχρι την έκδοση της αποφάσεως του Δικαστηρίου επί της αιτήσεως αναστολής. Στις 23/11/2017 εκδόθηκε η με ΑΡ.29/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών κάνοντας δεκτή την κρινόμενη αίτηση αναστολής επειδή ο προβαλλόμενος με την προσφυγή μου σχετικός λόγος εκτιμάται ότι είναι προδήλως βάσιμος. Ουδέποτε έχω επιδείξει ούτε σοβαρή ούτε βεβαίως επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης.».

Εν προκειμένω, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, πριν την έκδοση εκτελεστής διοικητικής πράξης με την οποία έκρινε ως προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα

## **Αριθμός Απόφασης: 724/2018**

«...», όπως προκύπτει εν προκειμένω, να διαπιστώσει, κατά εφαρμογή της παρ. 6 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, την τυχόν συνδρομή του λόγου αποκλεισμού της περ. στ της παρ. 4 του άρθρου 73 ν.4412/2016, καθώς και την πλήρωση των όρων των παρ.7 και 8 του ίδιου άρθρου. Παρά ταύτα η αναθέτουσα αρχή και ενώ κατέληξε σε οριστική κρίση ως προς την αποδοχή του στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής και την ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου, παράνομα παρέλειψε και μετέθεσε την κρίση περί της συνδρομής στο πρόσωπο προσωρινού αναδόχου του παραπάνω λόγου αποκλεισμού, στο στάδιο της οριστικοποίησης της κατακύρωσης. Και ναι μεν, κατ' άρ. 103 Ν. 4412/2016, στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης κρίνεται, μεταξύ άλλων, και η εξ αυτών οριστική απόδειξη της ήδη δηλωθείσας στο ΤΕΥΔ μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού, δεν είναι δυνατόν, όμως, ενώ η αναθέτουσα ήδη επιφυλάσσεται, άλλως διερευνά την εκ μέρους προσφέροντος αλήθεια του ΤΕΥΔ του ως προς τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και εξετάζει στοιχεία και γεγονότα που της έχουν ήδη αναφερθεί από άλλον προσφέροντα ειδικά ως προς τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο ενός μετέχοντα, να ανακηρύσσει συγχρόνως αυτόν προσωρινό ανάδοχο και να παραπέμπει την κρίση περί του αν αυτός έχει ή όχι λόγο αποκλεισμού στο στάδιο της κατακύρωσης, καθόσον το ζήτημα περί της τυχόν συνδρομής λόγου αποκλεισμού τελεί σε γνώση της και εξετάζεται ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής. Και τούτο γιατί το ως άνω ζήτημα προς διερεύνηση αφενός αφορά την ακρίβεια και ορθότητα, ως και το παραδεκτό με βάση τους όρους της διακήρυξης, σχετίζεται και προκύπτει με βάση τις δηλώσεις στο ΤΕΥΔ του παραπάνω οικονομικού φορέα, άρα από έγγραφα των δικαιολογητικών συμμετοχής, αφετέρου προέκυψε και ήταν γνωστό στην αναθέτουσα ήδη προ της κρίσης της περί των δικαιολογητικών συμμετοχής, η οποία αναθέτουσα εξάλλου ρητώς επιφυλάχθηκε επί τούτου για περαιτέρω διερεύνηση στην ίδια την πράξη επικύρωσης (μεταξύ άλλων και) σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής. Άρα, με το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής συνομολογημένα, κατά την ίδια την αναθέτουσα, ελλιπές και περιέχον κρίση αβεβαίη (και δη κατά συνομολογημένη εκ της ίδιας της αιτιολογίας της προσβαλλομένης, παράλειψη εγκαίρου και προ εκδόσεώς της ελέγχου από την

## **Αριθμός Απόφασης: 724/2018**

αναθέτουσα) ως προς τη μη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή προχώρησε τη διαδικασία στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έχουσα αναμίξει παρανόμως τα στάδια της διαδικασίας, συγχέοντας αυτά και επομένως, έχοντας προβεί στην έκδοση εκτελεστής πράξης έγκρισης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής και ανακηρύξεως προσωρινού αναδόχου κατά παράλειψη προηγούμενης οφειλόμενης ενέργειας. Όπως βάσιμα προβάλλει και ο προσφεύγων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να μην περατώσει το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, να μην ανακηρύξει τον συμμετέχοντα «...» ως προσωρινό ανάδοχο, να αναπέμψει, όπως έπραξε μεν αλλά παραπέμποντας για το στάδιο ελέγχου κατακύρωσης, το ζήτημα διερεύνησης της συνδρομής λόγου αποκλεισμού ως ζήτημα που αφορά την αμφισβήτηση της ίδιας της ορθότητας της δήλωσης του «...» στο ΤΕΥΔ του και άρα της προκαταρκτικής απόδειξης στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ακολούθως δε η Επιτροπή Διαγωνισμού να καταλήξει σε νέο γνωμοδοτικό πρακτικό που θα αφορά το παραδεκτό της συμμετοχής του «...» στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής και κατόπιν αυτών, τότε η Οικονομική Επιτροπή να επικυρώσει ή όχι το πρακτικό αυτό και να ανακηρύξει εν τέλει τον προσωρινό ανάδοχο. Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, η προσβαλλομένη εκτελεστή πράξη είναι μη νόμιμη και συγκεκριμένα κατά το μέρος της με το οποίο ενσωματώνει την παράλειψη εξαγωγής κρίσης ως προς τη συνδρομή στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου λόγου αποκλεισμού με βάση τα όσα αναφέρει στο ΤΕΥΔ του κατά τα ρητώς αναφερόμενα στην αιτιολογία της προσβαλλομένης και επομένως καθ' ο μέρος προβαίνει σε περάτωση του σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής κατά παράλειψη διακρίβωσης των στην ως άνω αιτιολογία αναφερομένων, ως προς το ειδικό αυτό ζήτημα όσον αφορά τον οικονομικό φορέα «...», ζήτημα που συνιστούσε προϋπόθεση για την έγκριση δικαιολογητικών συμμετοχής και ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου και περαιτέρω κατά την παράνομη, δια της ως άνω παραλείψεώς της, μετάθεση της κρίσης της περί τούτου στο στάδιο έγκρισης της (οριστικής) κατακύρωσης σε αυτόν του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Σε κάθε δε περίπτωση, εφόσον η αναθέτουσα ενέκρινε μεν την προσφορά του ... και τα δικαιολογητικά συμμετοχής του, άρα και τις δια του

## Αριθμός Απόφασης: 724/2018

ΤΕΥΔ δηλώσεις του ως πληρούσες τους όρους της διακήρυξης, άρα προέβη σε διάγνωση περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού, κρίση σύμφυτη με την έγκριση των δικαιολογητικών συμμετοχής, άρα και των δια του ΤΕΥΔ δηλώσεων, αλλά συγχρόνως, με την ίδια την αιτιολογία της κατέλειψε περιθώριο αντίθετης κρίσης της, επί των ιδίων ήδη γνωστών στην ίδια και δηλωθέντων από τον ... καταρχήν δεδομένων, η αιτιολογία της ως προς την αποδοχή του ... ειδικώς όσον αφορά την έλλειψη λόγων αποκλεισμού, είναι περαιτέρω, αντιφατική, αυτοαναιρούμενη, αόριστη και κατ' αποτέλεσμα παράνομη, άρα η προσβαλλομένη είναι και προς τούτο παράνομη. Και ναι μεν, λόγω της κατά τα ανωτέρω βασιμότητας του δεύτερου λόγου της προσφυγής και κατόπιν αυτής ακύρωσης της οικείας παράλειψης της αναθέτουσας, κατ' άρ. 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016 θα διατασσόταν αναπομπή στην αναθέτουσα προς άρση της οικείας παράλειψης δια ζητήσεως διευκρινίσεων από τον παρεμβαίνοντα και κατόπιν αυτών τεχνική κρίση της επί της ισοδυναμίας και ούτως της ακρίβειας των εξ αυτού δηλουμένων. Πλην όμως, τα ως άνω παρέλκουν και δεν τυγχάνουν εφαρμοστέα εν προκειμένω, λόγω της κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, ούτως ή άλλως ακύρωσης της προσβαλλομένης καθ' ο μέρος εξαρχής απεδέχθη την προσφορά του ... και επομένως, του, βάσει του πρώτου λόγου της προσφυγής και των οικείων πλημμελειών της προσφοράς του και των αντιστοίχων σφαλμάτων της αναθέτουσας, άνευ ετέρου αποκλειστέου χαρακτήρα της προσφοράς του ... (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 173 και 667/2018). Εξάλλου, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει από τον προσφεύγοντα επικλήσεως επικουρικά ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής και συνεπώς, δεδομένης της αποδοχής του πρώτου ως άνω (κατ' επίκληση του πρώτου λόγου) αιτητικού του περί εξαρχής και άνευ ετέρου αποκλεισμού του ..., παρέλκει η, καθισταμένη άνευ νοήματος, αποδοχή του δεύτερου (και συναρτώμενου από τον δεύτερο λόγο της προσφυγής) αιτητικού της προσφυγής.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η πληττόμενη με αρ. 155/2018 του 34<sup>ου</sup> πρακτικού της από 24-7-2018 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., κατά το μέρος με το οποίο ενέκρινε την προσφορά

## **Αριθμός Απόφασης: 724/2018**

του οικονομικού φορέα «...» και δεν έκρινε αυτόν εξ αρχής και ούτως ή άλλως αποκλειστέο, ως και κατά το μέρος της με το οποίο, κατ' αυτόθροη συνέπεια της αποδοχής του στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής (Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017) ανακήρυξε τον τελευταίο προσωρινό μειοδότη και προσωρινό ανάδοχο.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 674,43 ευρώ που κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής του.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. 155/2018 του 34<sup>ου</sup> πρακτικού της από 24-7-2018 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του «...» ήδη από το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής και περαιτέρω, ανακήρυξε αυτόν προσωρινό ανάδοχο.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου ποσού 674,43 ευρώ στον προσφεύγοντα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-8-2018 και εκδόθηκε στις 10-9-2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ**