

H

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

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή (εισηγήτρια) και Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, συνεδρίασε, σήμερα, 18 Ιανουαρίου 2018 στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 20/9-1-2018 και Ειδ. Αριθ. Κατ. II /4/9-1-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «αναθέτουσα αρχή».

(εφεξής προσφεύγων)

› (εφεξής

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατ'ορθή επισκόπηση αυτής, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ'αριθ.615/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλαμάτας κατά το σκέλος αυτής με την οποία ορίστηκε μειοδότης στο Τμήμα Γ' της διακήρυξης για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ & ΠΑΡΟΧΗ ΦΡΕΣΚΟΥ ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΣΤΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥΧΟΥΣ ΥΠΑΛΛΗΛΟΥΣ ΕΤΟΥΣ 2017-2018 ΑΡΙΘΜΟΣ ΜΕΛΕΤΗΣ:09/2017 ΑΡΙΘΜΟΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ 309/2017, (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ)» ο οικονομικός φορέας «προκειμένου η εν λόγω προσωρινή ανάδοχος εταιρεία να κηρυχθεί έκπτωτη του διαγωνισμού, άλλως, να αποκλειστεί από αυτόν και, περαιτέρω, να ανατεθεί στον προσφεύγοντα ως δεύτερο μειοδότη ο διαγωνισμός.»,

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης ως άνω πράξης όπως με σκοπώ αφενός μεν

επανορθωθούν οι εικαζόμενες παραβάσεις εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κι αφετέρου όπως αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφέροντων του ως εκ της εκτελέσεως της προσβαλλομένης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.

Κατά της υπό κρίση προσφυγής ασκήθηκε η με ΓΑΚ ΠΑΡ 26/15-1-2018 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «
» με αίτημα την αποδοχή της παρεμβάσεως και την απόρριψη της προσφυγής.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. **Επειδή**, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλομένης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή πράξης και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης 367 για την έκδοση απόφασής της. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017

2. **Επειδή**, οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως

παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

3. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία συμμετέχει στο διαγωνισμό κατέβαλε παράβολο συνολικού ποσού 600 Ευρώ (κωδικός ε-Παραβόλου), που, αποτελεί το κατώτερο νόμιμο ποσό παραβόλου δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού για το τμήμα Γ' που συμμετέχει ο προσφεύγων και που αφορά η προσφυγή ανέρχεται σε ποσό 62.884 Ευρώ άνευ ΦΠΑ (55408,80 Ευρώ μη συμπ/vou ΦΠΑ 13% + 7.435,20 δικαίωμα προαίρεσης άνευ ΦΠΑ). Το εν λόγω παράβολο πληρώθηκε και αφού ελέγχθηκε, δεσμεύτηκε από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την από 8-1-2018 Βεβαίωσή της.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στις 8-1-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 28-12-2017 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου διενεργείται (ηλεκτρονικά) ο διαγωνισμός και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους. Σημειωτέον ότι η καταληκτική ημερομηνία άσκησης της υπό κρίση προσφυγής συνέπιπτε με ημέρα Κυριακή, ήτοι κατά Νόμον εξαιρέσιμη ημέρα και, κατά συνέπεια, αυτή νομίμως ασκήθηκε την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε

στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 8-1-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π, ομοίως, στις 8-1-2018.

5. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016). Ο συνολικός προυπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό 210.105,21 Ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

6. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή, η οποία αφορά αποκλειστικά και μόνο το Τμήμα Γ' του διαγωνισμού, στο οποίο συμμετέχει ο προσφεύγων και για το οποίο ασκείται η παρούσα προσφυγή, προβάλλονται δύο λόγοι, σύμφωνα με τους οποίους: α) (επί του πρώτου λόγου): η προσβαλλομένη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Διαγωνισμού τυγχάνει ακυρωτέα καθώς τα προσκομιζόμενα από τον αναδειχθέντα ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού οικονομικό φορέα « ποινικά μητρώα της Προέδρου και

Διευθύνουσας Συμβούλου της εταιρείας καθώς και των λοιπών μελών του Δ.Σ. δεν είναι σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.1. της διακήρυξης ούτε και με το άρθρο 73 παρ.1 Ν.4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης. Ειδικότερα, τα ποινικά μητρώα που προσκομίστηκαν περιλαμβάνουν, σύμφωνα με τον ΚποινΔ, αποκλειστικά και μόνο τις αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις και όχι τις τελεσίδικες τοιαύτες κι, επομένως, ο ανωτέρω οικονομικός φορέας, τηρώντας τους όρους της διακήρυξης, έπρεπε να προσκομίσει ένορκες βεβαιώσεις προς απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό του του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Για τον λόγο αυτό ο προσφεύγων αιτείται την κήρυξη του ως άνω προσωρινού μειοδότη οικονομικού φορέα έκπτωτου, άλλως τον αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό β) (ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής): η προσβαλλομένη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Διαγωνισμού τυγχάνει ακυρωτέα καθώς τα πιστοποιητικά που έχει προσκομίσει ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που προβλέπει το άρθρο 2.2.3.3 περ. β' της διακήρυξης, ενώ, ο ανάδοχος δεν έχει προσκομίσει ένορκη βεβαίωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8.2 κεφάλαιο Β.1. περ. γ' της διακήρυξης για να αποδείξει ότι δεν εμπίπτει σε κάποια από τις καταστάσεις της ανωτέρω περίπτωσης, για τις οποίες δεν εκδίδεται πιστοποιητικό από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή. Ειδικότερα, ελλείψει ένορκης βεβαίωσης δεν αναφέρεται για ποιες από τις καταστάσεις δεν

εκδίδεται πιστοποιητικό, παρά μόνο για τον πτωχευτικό συμβιβασμό προσκομίζεται βεβαίωση από το αρμόδιο Πρωτοδικείο ότι δεν εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό. Αντιθέτως, για τις περιπτώσεις της αναστολής εργασιών, θέσεως σε αναγκαστική εκκαθάριση και τυχόν εκδόσεως αποφάσεως περί ενάρξεως των διαδικασιών του ήδη καταργηθέντος Ν. 1892/1990 δεν προκύπτει από σχετική βεβαίωση ότι δεν εκδίδεται πιστοποιητικό. Για τον λόγο αυτό ο προσφεύγων αιτείται την κήρυξη του ως άνω προσωρινού μειοδότη οικονομικού φορέα έκπτωτου, άλλως τον αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό

7. Επειδή, η υπό κρίση παρέμβαση έχει ασκηθεί νομίμως, χωρίς τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου, περιέχει, ωστόσο, τα κατά Νόμον απαιτούμενα στοιχεία (ΔΕΦΚομ Ν39/2017) κι, εμπροθέσμως, στις 15-1-2018, δεδομένου ότι η ασκηθείσα προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 10-1-2018. Ο δε παρεμβαίνων έχει έννομο συμφέρον στην άσκησή της, δεδομένου ότι έχει υποβάλλει προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό, έχοντας αναδειχθεί μειοδότης στην κατηγορία/τμήμα που προσβάλλεται κι, επομένως η άσκηση της υπό κρίση προσφυγής θίγει τα συμφέροντά του.

8. Επειδή, με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα:
α) (ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής): Ο οικονομικός φορέας «
» προσκόμισε απόσπασμα ποινικού μητρώου καθώς τούτο προβλεπόταν από τη διακήρυξη (βλ. Β1 διακήρυξης σελ. 28, 29). Στην περίπτωση που το σχετικό δικαιολογητικό δεν είναι επαρκές, κάθε εταιρεία όφειλε να υποβάλει ένσταση κατά της διακήρυξης ή να ζητήσει διευκρινήσεις. Περαιτέρω, η Επιτροπή του διαγωνισμού μπορεί να ζητάει επικουρικώς κάθε πιστοποιητικό που ενισχύει ενδεχομένως τη διαφάνεια και την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των δικαιολογητικών. Επιπλέον, οι αρχές μπορούν να εξετάζουν και αυτεπαγγέλτως τα ποινικά μητρώα των συμμετεχόντων β) (ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής): το πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου σε συνδυασμό με το πιστοποιητικό ΓΕΜΗ καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που απαιτεί ο Νόμος. Ο πτωχευτικός συμβιβασμός αναφέρεται ειδικώς στο οικείο πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου, καθώς, το Πρωτοδικείο πλέον είναι αρμόδιο μόνο για τις αιτήσεις πτώχευσης. Ο πτωχευτικός συμβιβασμός ή ανάλογη κατάσταση πλέον παρακολουθούνται από το ΓΕΜΗ που εκδίδει και το σχετικό πιστοποιητικό. Επιπλέον, η εταιρεία έχει καταθέσει υπεύθυνη

δήλωση ότι όλα τα δικαιολογητικά είναι αληθή και συντρέχουν στο πρόσωπό της οι προυποθέσεις συμμετοχής. Άλλωστε η προτεινόμενη ένορκη βεβαίωση έχει προ πολλού καταργηθεί.

9. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη, άρθρο 2.2.3 «Λόγοι αποκλεισμού»: «*Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) 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:* 2.2.3.1. Οταν υπάρχει σε βάρος του τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους :[...] Στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά κατ' ελάχιστον τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2 «Αποδεικτικά μέσα»: [...]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 πτοινικού 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. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και στα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή στα πρόσωπα πουέχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην ως άνω παράγραφο. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά ιδίως: [...] στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου [...] Εάν από το υποβληθέν πτοινικό μητρώο δεν προκύπτει το είδος του αδικήματος για το οποίο καταδικάσθηκε ο ενδιαφερόμενος, υποβάλλεται από αυτόν Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 8 του Ν 1599/86, φέρουσα την ψηφιακή του υπογραφή, όπου αναφέρονται με σαφήνεια τα αδικήματα αυτά. Η επιτροπή του διαγωνισμού μπορεί σε κάθε περίπτωση να ζητήσει από τον ενδιαφερόμενο να προσκομίσει αντίγραφα των καταδικαστικών αποφάσεων. Σε περίπτωση που το απόσπασμα πτοινικού

μητρώου δεν είναι λευκό θα υποβάλλεται ένορκη βεβαίωση ενώπιον δικαστικής αρχής ή Συμβολαιογράφου, περί των αδικημάτων που αφορούν οι καταδίκες που είναι γραμμένες στο μητρώο. Αν από την ένορκη βεβαίωση προκύπτει ότι κάποια από τις καταδίκες αφορά αδίκημα που θα μπορούσε να προκαλέσει αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, προσκομίζεται η καταδικαστική απόφαση προκειμένου να διαπιστωθεί αν το αδίκημα αφορά την άσκηση του επαγγέλματος του διαγωνιζόμενου. Η ένορκη βεβαίωση διατηρεί την ισχύ της για όσο χρόνο αντιστοιχεί στο περιεχόμενο του ποινικού μητρώου.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/EΕ «Λόγοι αποκλεισμού»1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας έναν οικονομικό φορέα όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 59, 60 και 61, ή προκύπτει άλλως ότι υπάρχει τελεσίδικη απόφαση εις βάρος του για έναν από τους ακόλουθους λόγους: [...]. Την ίδια, ως άνω ρύθμιση, επαναλαμβάνει το άρθρο 73 Ν.4412/2016 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/EΕ)», στο οποίο ρητά παραπέμπει το άρθρο 2.2.3. της διακήρυξης (βλ. υποσημείωση 26), ως είχε κατά το χρόνο έναρξης της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας σύμφωνα με το άρθρο 61 Ν.4412/2016, ήτοι κατά την 18-7-2017, οπότε απεστάλη η διακήρυξη στην Επίσημη Υπηρεσία Έκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης καθώς και κατά την ημερομηνία δημοσίευσης αυτής στο ΕΣΗΔΗΣ, ομοίως, την 18-7-2017. Σύμφωνα με την σχετική ρύθμιση: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 ή είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με άλλο τρόπο, ότι υπάρχει εις βάρος του «τελεσίδικη», καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: [...]. Η λέξη «τελεσίδικη» στο πρώτο εδάφιο της παρ.1 αντικαταστάθηκε από τη λέξη «αμετάκλητη» με το άρθρο 107 παρ.6 Ν.4497/2017,ΦΕΚ Α 171/13.11.2017(βλ. κατωτ.).

12. Επειδή, η ειδική και σαφής αυτή ρύθμιση της διακήρυξης ουδόλως προσλαμβάνει διαφορετική έννοια και περιεχόμενο εκ του λόγου ότι οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι δεν συντρέχει περίπτωση τέτοιου κωλύματος, «την προσκόμιση αποσπάσματος, ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου καθώς και κάθε άλλου εγγράφου που εκδίδεται από

την αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή της χώρας καταγωγής ή προέλευσης του προσώπου αυτού, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις» (πρβλ. Ε.Α. 943/2006 και Ε.Α. 451/2008), ούτε εκ του γεγονότος ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας προβλέπεται η χορήγηση ποινικού μητρώου για αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις [...] 2. Σε κάθε δελτίο ποινικού μητρώου αναγράφονται τα εξής: «[...]β) Οι ακόλουθες αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις ή βουλεύματα:βα) Κάθε απόφαση για κακούργημα ή πλημμέλημα για το οποίο έχει επιβληθεί Ποινή στερητική της ελευθερίας ή χρηματική ποινή, με τις παρεπόμενες ποινές και τα μέτρα ασφάλειας που εχουν επιβληθεί [...].» Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι, εφόσον δεν είναι δυνατή η υποβολή αποσπασμάτων ποινικού μητρώου από τα οποία να προκύπτει ότι δεν έχουν εκδοθεί τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις για τα κρίσιμα αδικήματα, ο οικονομικός φορέας οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού του, σύμφωνα με τον ειδικό και σαφή ως άνω όρο της διακήρυξης, να υποβάλει σχετικές ένορκες βεβαιώσεις.

13. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2 της οικείας διακήρυξης, η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του κρίσιμου άρθρου 2.2.3.1, πρέπει να συντρέχουν σε τρία στάδια, ήτοι της υποβολής της προσφοράς, της υποβολής των δικαιολογητικών και της σύναψης της σύμβασης (2.2.8.2 «Αποδεικτικά μέσα»: «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, 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»). Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 3.2 «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης - Δικαιολογητικά κατακύρωσης»: «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας 15 ημερών 53 από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.8.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού

της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής της παραγράφου 2.2.4[...].». Περαιτέρω, το 107 παρ.6 Ν.4497/2017,ΦΕΚ Α 171/13.11.2017, που τροποποίησε το άρθρο 73 παρ.1 Ν.4412/2016 ([...]6. Στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 73 η λέξη «τελεσίδικη» αντικαθίσταται από τη λέξη «αμετάκλητη» [...]]), στο οποίο ρητά παραπέμπει η διακήρυξη, έχει έναρξη ισχύος από 13-11-2017 (βλ. άρθρο 115 Ν. 4497/2017). Πλην, όμως, τυχόν ερμηνεία του όρου 2.2.3.1 της διακήρυξης, σύμφωνα με τη νέα ρύθμιση, θα ήταν αντίθετη στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οι οποίοι συμμετείχαν στον διαγωνισμό με τα δεδομένα που ίσχυαν κατά τον χρόνο έναρξης της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας και δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Επιπλέον, στις 13-11-2017, ημεροχρονολογία δημοσίευσης του Ν. 4497/2017 είχε, ήδη, ολοκληρωθεί η διαδικασία υποβολής των προσφορών (καταληκτική ημερομηνία 16-8-2017). Επομένως, ακόμα και αν ο επίμαχος όρος της διακήρυξης ερμηνευόταν υπό το φως της νέας, μετά την τροποποίηση, ρύθμισης, αυτή δεν θα καταλάμβανε τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, που προηγείτο της έναρξης ισχύος του νέου Νόμου και ο οποίος, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2 της διακήρυξης είναι κρίσιμος για την συνδρομή των προυποθέσεων συμμετοχής και μη αποκλεισμού από τον διαγωνισμό (βλ. ανωτ.).

14. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της η προσφεύγουσα αιτείται τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα «

· και, ήδη, παρεμβαίνοντος, διότι προσκόμισε αποσπάσματα ποινικού μητρώου των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου του τα οποία περιλαμβάνουν μόνον τις αμετάκλητες και όχι και τις τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις και δεν υπέβαλε σχετικές ένορκες βεβαιώσεις. Ο λόγος αυτός της προσφυγής πιθανολογείται βάσιμος. Τα προσκομισθέντα από τον ήδη παρεμβαίνοντα αντίγραφα ποινικού μητρώου γενικής χρήσης των μελών του Δ.Σ., είναι τα εκδιδόμενα από τις κατά τόπους Εισαγγελικές Αρχές. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.1. της διακήρυξης και το άρθρο 73 παρ.1 Ν.4412/2016, στο οποίο αυτή ρητώς παραπέμπει, ως αυτό είχε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (βλ. ανωτ. σκ. 11, 13), συνιστά λόγο αποκλεισμού από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό η ύπαρξη τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης για τα αναφερόμενα αδικήματα. Κατά τον όρο 2.2.8.2 της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή δέχεται ως απόδειξη του ότι ο

οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 2.2.3.1, την προσκόμιση αποσπάσματος ποινικού μητρώου άλλως ισοδύναμου εγγράφου ή ένορκης βεβαιώσης. Ενόψει, των εκτεθέντων στην σκέψη 12 πιθανολογείται σοβαρά ότι δεν είναι νόμιμη η προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής που έκρινε ως επαρκή και σύμφωνη με τη διακήρυξη την υποβολή των οικείων δικαιολογητικών (βλ. προσβαλλομένη σελ. 3: «*Τα δικαιολογητικά κατακύρωσης των συμμετοχουσών εταιρειών:*

ήταν σύμφωνα με τα

οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8.2 αποδεικτικά μέσα») και, περαιτέρω, πιθανολογείται αβάσιμος ο ισχυρισμός του ήδη παρεμβαίνοντος ότι τα υποβληθέντα πιστοποιητικά ποινικού μητρώου καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, εφόσον δεν ήταν δυνατή η υποβολή αποσπασμάτων ποινικού μητρώου από τα οποία να προκύπτει ότι δεν έχουν εκδοθεί τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις για τα κρίσιμα αδικήματα, ο παρεμβαίνων όφειλε, επί ποινή απορρίψεως της συμμετοχής του, σύμφωνα με τον ειδικό και σαφή ως άνω όρο της διακήρυξης, να υποβάλει σχετικές ένορκες βεβαιώσεις. Δεν είναι δε επιτρεπτός στο παρόν στάδιο της διαδικασίας του διαγωνισμού ο παρεμπίπτων έλεγχος νομιμότητας των επίμαχων ρητρών της διακήρυξης εφόσον, καταρχήν δεν διατυπώνεται σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος, ο οποίος ισχυρίζεται ότι ο ήδη παρεμβαίνων δεν υπέβαλε τα νόμιμα κατά τη διακήρυξη δικαιολογητικά και όχι ότι οι σχετικοί όροι της διακήρυξης δεν είναι νόμιμοι κι, επιπλέον, δεν προκύπτει, ούτε ο ήδη παρεμβαίνων προβάλλει ότι έλαβε μέρος στον διαγωνισμό διατυπώνοντας επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης ή ότι άσκησε τα προβλεπόμενα κατά της διακήρυξης ένδικα μέσα, (βλ. ΣτΕ 1415/2000 Ολομ., Ε.Α. 943/2006). Είναι, συνεπώς, απορριπτέος ο σχετικός ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, ενώ απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός του ότι τα όργανα διεξαγωγής του διαγωνισμού μπορούσαν να τον καλέσουν να υποβάλει ένορκες βεβαιώσεις. Και τούτο διότι, υπό τις περιστάσεις της υποθέσεως, τέτοια ενέργεια θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη αναπλήρωση ελλείποντος δικαιολογητικού και όχι διευκρίνηση (βλ. και άρθρο 102 Ν.4412/2016 σκ. 2,3). Άλλωστε, σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της διακήρυξης: «[...]Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, 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: [...] 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)[..]». Τέλος, απορριπτέος πιθανολογείται και ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να αναζητήσει αυτεπαγγέλτως το Ποινικό Μητρώο του διότι, αφενός μεν, σύμφωνα με όσα αναλυτικά ως άνω εκτέθηκαν το ποινικό μητρώο, εν προκειμένω, δεν επαρκεί για την κάλυψη των αναγκών της διακήρυξης και ως προς τούτο ακριβώς πιθανολογείται βάσιμη, ως προς τον πρώτο λόγο αυτής, η προσφυγή κι, αφετέρου, στη διακήρυξη ρητώς προβλέπεται ότι το ποινικό μητρώο ή άλλο ισοδύναμο έγγραφο ή η ένορκη βεβαίωση σχετικά με τις προυποθέσεις του 2.2.3.1. πρέπει να προσκομίζονται από τον συμμετέχοντα κι, επίσης, στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν προβλέπεται/περιέχεται σχετική δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ (βλ. 2.2.8.2. διακήρυξης: «Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79 παρ. 1 ν. 4412/2016).».

15. Επειδή, σύμφωνα με τα προλεχθέντα η παρούσα προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη, αλλά, πιθανολογείται ότι τουλάχιστον για τον πρώτο λόγο η προσφυγή θα γίνει δεκτή ενώ στο παρόν στάδιο παρέλκει η εξέταση του δεύτερου λόγου αυτής.

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινής ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

17. Επειδή, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα οποία έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

18. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, οι οποίες και έχουν ανοιχθεί, έχουν ορισθεί οι προσωρινοί μειοδότες για καθένα από τα επιμέρους τμήματα του διαγωνισμού και ελέγχονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού τέτοια δεν προκύπτει. Και τούτο διότι τυχόν παράβαση νόμου, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «. Θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

21. Επειδή, ελλείπει, συνεπώς, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την παραδεκτή άσκηση της αίτησης αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού – ορισμό προσωρινών

μέτρων, λαμβανομένου υπόψη ότι οι οικονομικές προσφορές έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί, σε κάθε περίπτωση ο εν λόγω διαγωνισμός στο στάδιο που ευρίσκεται δεν δύναται να ολοκληρωθεί με την ανάδειξη οριστικών αναδόχων και την υπογραφή της σύμβασης. Συνεπώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί συμμετοχής της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

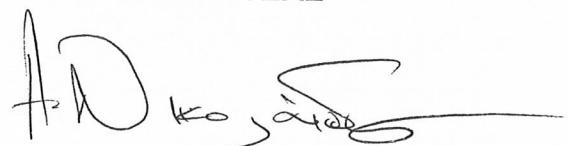
Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 18-01-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ



ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ