

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 2 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ιωάννης Κίτσος–Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1097/23.10.2018 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ΚΑΛΑΜΑΤΑΣ» [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ.: 1) 308/22.08.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα ΠΡΑΚΤΙΚΑ 1/09.08.2018 και 2/14.08.2018 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού «Προμήθεια πλήρους μεσημεριανού γεύματος για τη σίτιση των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Καλαμάτας, σχολικού έτους 2018-2019», για την ηλεκτρονική αποσφράγιση των (υπο-)Φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών και Οικονομικών Προσφορών αντίστοιχα και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο την ανταγωνίστριάς της εταιρεία «.....», καθώς και την 2) 361/05.10.2018 προγενέστερη Απόφασή της με την οποία εγκρίθηκε το ΠΡΑΚΤΙΚΟ 3/18.09.2018 σε κατακύρωση του επίμαχου Διαγωνισμού στην ως άνω εταιρεία.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, πως έχει δεσμευθεί, εξοφληθεί και προσκομιστεί το αναλογούν υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού εξακοσίων δέκα οχτώ ευρώ και εβδομήντα πέντε λεπτών (€618,75) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής Κανονισμός], το οποίο περιήλθε σε γνώση της ΑΕΠΠ με την από 23.10.2018 ηλεκτρονική επιστολή της αιτούσας, την επομένη της καταθέσεως της Προσφυγής της ημέρα (βλ. σκέψη 4) ήτοι την 23.10.2018, λόγω τεχνικής αδυναμίας του ηλεκτρονικού συστήματος της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων όπως αποδεικνύεται από την Ανακοίνωση που ανήρτησε στην κεντρική ιστοσελίδα της.

2. Επειδή, με τη Διακήρυξη με αριθμ. πρωτ. 260/2018 που εξέδωσε ο Δήμαρχος Καλαμάτας, επιδιώχθηκε η διενέργεια, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι (άρθρα 1-221), με τη χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ και με μοναδικό Αύξοντα Αριθμό (Α/Α), ανοιχτού Διαγωνισμού (άρθρα 27 και 36 Ν. 4412/2016), για την επιλογή ιδιώτη αναδόχου ο οποίος θα αναλάμβανε τη δημόσια σύμβαση με τίτλο: «Προμήθεια για τη σίτιση των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Καλαμάτας, σχολικού έτους 2018-2019» (Κωδικός CPV: 15894300-4). Συγκεκριμένα, σκοπός της επίμαχης ανάθεσης εκτιμώμενης αξίας €123.750 άνευ ΦΠΑ 24% €23.750 (άρθρο 1.3. της Διακήρυξης σελ. 5) ήταν η προμήθεια πλήρους μεσημεριανού γεύματος για τη σίτιση των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Καλαμάτας, για το σχολικό έτος 2018 -2019, σύμφωνα με τη Μελέτη 10/2018 που συνέταξε η Δ/ση Διοικητικών –Τμήμα Παιδείας & Δια Βίου Μάθησης» (βλ. από το κείμενό της: 1. Τεχνική Έκθεση, 2. Τεχνικές Προδιαγραφές - Ειδικό Όροι, 3. Ειδικές Προδιαγραφές / Προδιαγραφές Προϊόντων Πρώτων Υλών). Η συμβατική διάρκεια ορίστηκε από την έναρξη της σχολικής χρονιάς (ή σε μεταγενέστερο χρόνο από την υπογραφή της) έως και τη λήξη του σχολικού έτους 2018-2019 ή με την

ολοκλήρωση του οικονομικού αντικειμένου της με τη σίτιση των μαθητών να γίνεται όλες τις εργάσιμες ημέρες της εβδομάδας (5 ημέρες) που θα είναι ανοικτά τα σχολεία (άρθρο 6.3.1. σελ. 29). Κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της χαμηλότερης τιμής (άρθρο 2.3.1. σελ. 23). Καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των ηλεκτρονικών Προσφορών ορίστηκε η 05.08.2017 (άρθρο 1.5. σελ. 7) και ημερομηνία ανοίγματος του (υπο-)Φακέλου Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών η 09.08.2018 (άρθρο 3.1.1. σελ. 28).

3. Επειδή, επί του Α΄ Σταδίου της αποσφράγισης του (υπο-)Φακέλου Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών (κατά το άρθρο 2.4.3. σελ. 25), δυνάμει του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 1/09.08.2018 που συνέταξε η, ορισθείσα με βάση την απόφαση ΟΕ 11/2018, 3μελής Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού του άρθρου 221 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προκύπτει, πως στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό συμμετείχαν 3 εταιρείες δραστηριοποιούμενες στον χώρο και σχετικά με την εξεταζόμενη διαφορά, η προσφεύγουσα «.....» η οποία κατέθεσε την Προσφορά και η εταιρία «.....» την Προσφορά, κρίνοντας πως «όλες οι Προσφορές είναι σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης – Μελέτης». Ακολούθως, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού προχώρησε στην αποσφράγιση του (υπο-)φακέλου Οικονομικών Προσφορών (άρθρο 2.4.4. σελ. 25-26) (βλ. σχετικώς την από 14.08.2018 επιστολής της με θέμα: «Ενημέρωση για αποσφράγιση οικονομικών προσφορών»), συντάσσοντας το ΠΡΑΚΤΙΚΟ 2/14.08.2018 με βάση το οποίο γνωμοδότησε για την ανακήρυξη ως προσωρινού αναδόχου της επίμαχης προμήθειας της ανταγωνίστριας της προσφεύγουσας εταιρείας η οποία δεσμεύθηκε για παροχή «37.500 ποσοτήτων έτοιμων μερίδων φαγητού, με τιμή μονάδας €2,90, με προσφερθείσα συνολική τιμή €108.750 άνευ ΦΠΑ 24% (κα συμπεριλαμβανομένου αυτού ύψους €26.100, συνολικά €134.850)». Η ανωτέρω κρίση της Επιτροπής Διαγωνισμού επικυρώθηκε ομόφωνα από την Απόφαση ΟΕ 308/2018 όπως προκύπτει από το Απόσπασμα Πρακτικού της

Συνεδρίασης 34 της 22.08.2018, με την οποία (Απόφαση) υιοθετήθηκαν αμφότερα τα ως άνω ΠΡΑΚΤΙΚΑ 1 και 2. Επισημαίνεται πάντως από το κρίνον Κλιμάκιο πως στην ανωτέρω Απόφαση περιλαμβάνονται τα πρακτικά της διαλογικής συζήτησης μεταξύ των μελών της ΟΕ όπου τονίζεται η ανάγκη τέτοιας φύσεως δημόσιοι Διαγωνισμοί να προκηρύσσονται σε όσο το δυνατό συντομότερο χρονικό διάστημα προκειμένου οι μαθητές του Μουσικού Σχολείου Καλαμάτας να σιτίζονται εγκαίρως. Από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης δεν προκύπτει πως η αιτούσα άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ Προδικαστική Προσφυγή κατ' αυτής, παρότι η αναθέτουσα αρχή της την κοινοποίησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 27.08.2018. Παρελθούσης της προθεσμίας προσβολής κατ' αυτής, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισήλθε στο Γ' Στάδιο της αποσφράγισης των Δικαιολογητικών Κατακύρωσης (κατά το άρθρο 3.2. Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου σελ. 29-30) συντάσσοντας την υπ' αριθμ. πρωτ. 33879/07.09.2018 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης προς τον προσωρινό ανάδοχο, την οποία του κοινοποίησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 10.09.2018. Ανταποκρινόμενος στην Πρόσκληση αυτή ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε εμπρόθεσμα τα επίμαχα δικαιολογητικά στο ΕΣΗΔΗΣ και σε έντυπη μορφή με αριθμό πρωτοκόλλου 34645/13-09-2018, κατά τον έλεγχο των οποίων διαπιστώθηκε ότι η αιτούσα είχε υποβάλλει μεν την υπ' αριθμ. πρωτ. ΕΞ-315792/2018 απάντηση του Σώματος Επιθεωρητών Εργασίας (Σ.ΕΠ.Ε.) σχετικά με τη χορήγηση του ζητούμενου πιστοποιητικού όπως προβλεπόταν από το άρθρο 2.2.3.2.γ. της Διακήρυξης και την περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, στην οποία (απάντηση) αναφερόταν ότι δεν είναι δυνατή η χορήγησή του και σε αντικατάσταση αυτού πρέπει να προσκομισθεί μία ένορκη βεβαίωση σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, επικαλούμενη το άρθρο 103 Ν. 4412/2016, ζήτησε να καλυφθεί η επίμαχη έλλειψη αποστέλλοντας στον προσωρινό ανάδοχο την υπ' αριθμ. πρωτ. 35844/24.09.2018 επιστολή της με θέμα: «Προσκόμιση ένορκης βεβαίωσης» στις 25.09.2018 μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Πράγματι, το επίμαχο δικαιολογητικό όπως

ζητήθηκε κατέθεσε, μέσω της υπ' αριθμ. 1310/25.09.2018 Ένορκης Βεβαίωσης του Ειρηνοδικείου Καλαμάτας, εμπρόθεσμα ο προσωρινός ανάδοχος στις 26.09.2018 αφενός στο ΕΣΗΔΗΣ μέσω της «Επικοινωνίας» αφετέρου στο πρωτόκολλο του Δήμου με αριθμ. πρωτ. 36171/26.09.2018. Έπειτα, η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε στη σύνταξη του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 3/18.09.2018 στο σώμα του οποίου περιλαμβάνεται αναλυτικός κατάλογος με όλα τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων το επίμαχο υπ' αριθμ. 19, εισηγούμενη η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού την κατακύρωση της προμήθειας στην ανταγωνίστρια της αιτούσας «.....». Η ανωτέρω κρίση επικυρώθηκε ομοίως ομόφωνα με την Απόφαση ΟΕ 361/2018 όπως προκύπτει από το Απόσπασμα Πρακτικού της Συνεδρίασης 40 η οποία έγινε στις 05.10.2018.

4. Επειδή, κατά των ανωτέρω δύο Αποφάσεων της ΟΕ 361/2018 και 308/2018 προσέφυγε η αιτούσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 22.10.2018, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσής της, επικαλούμενη παραβίαση των διατάξεων των άρθρων 2.2.3.2.γ), 2.2.6.2.γ) και 3.2. της Διακήρυξης (βλ. παρακάτω σκέψη 12).

5. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστών Πράξεων, ήτοι των επίμαχων Αποφάσεων της ΟΕ, που έχουν εκδοθεί επί Διαγωνισμού ο οποίος κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών προϋπολογισμού €123.750 άνευ ΦΠΑ 24% €23.750, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική

διαδικασία ξεκίνησε με την καταχώριση της αντίστοιχης Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38 Ν. 4412/2016, μετά τις 26.6.2017.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα επιχείρηση στρέφεται μόνο κατά της Απόφασης ΟΕ 361/2018 καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η αιτούσα, την 12.10.2018, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 22.10.2018, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η αιτούσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ΟΕ ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα της σίτισης και ειδικότερα των υπηρεσιών έτοιμων γευμάτων, συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό καταθέτοντας την Προσφορά 106287, και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης, υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, σύμφωνα με το διέπον την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία νομοθετικό πλαίσιο ορίζεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016: Α) Άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» Ν. 4412/2016: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των 10 ούτε μεγαλύτερη των 20 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις

διατάξεις του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014 όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός 5 ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για 15 επιπλέον ημέρες.

3. ... 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως

επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη Πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105 . 7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

9. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό υπηρεσιών αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣΤΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009), οριζόταν στα άρθρα: Α) 2.2.3 ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ (σελ. 14): «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: ... 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις: ... γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που

χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Β) 2.2.6.2 ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ: «... 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: ... γ) Για τις περιπτώσεις του άρθρου 2.2.3.2γ της παρούσας, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς». Γ) 3.2 «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (σελ. 29-30): Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός 3 εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από το ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. 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 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 15 επιπλέον ημέρες. Όσοι υπέβαλαν

παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. 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: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τ.Ε.Υ.Δ., είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.6 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας... Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υποβάλλει αληθή ή ακριβή δήλωση ή δεν προσκομίσει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4-2.2.6 της παρούσας διακήρυξης, η διαδικασία ματαιώνεται. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού την Επιτροπή του Διαγωνισμού και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για την κατακύρωση της σύμβασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ

2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από την Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (ΣτΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008).

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στο κρίνον Κλιμάκιο τις υπ' αριθμ. πρωτ. 40140/4763/26.10.2018 & 40142/4789/26.10.2018 Απόψεις της, μετά του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης, αιτούμενη την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής ως φανερά αβάσιμης.

12. Επειδή, εκ της ανωτέρω σκέψης 2 όπου εκτίθεται αναλυτικά το ιστορικό της υπόθεσης, προκύπτει πως η ορισθείσα Επιτροπή Διαγωνισμού εισερχόμενη στο Γ' Στάδιο της αποσφράγισης των Δικαιολογητικών κατακύρωσης, εντόπισε πως η αιτούσα, μεταξύ των υπολοίπων δικαιολογητικών, προσκόμισε ηλεκτρονικά την υπ' αριθμ. πρωτ. ΕΞ-315792/2018 απάντηση του Σ.ΕΠ.Ε. σχετικά με την χορήγηση πιστοποιητικού σύμφωνα με την παρ. 2.2.3.2.γ. της Διακήρυξης και την περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, στην οποία αναφερόταν ότι δεν είναι δυνατή η χορήγηση αντίστοιχου Πιστοποιητικού και σε αντικατάσταση αυτού πρέπει να προσκομισθεί μία ένορκη βεβαίωση σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, την οποία δεν είχε προσκομίσει η αιτούσα. Την έλλειψη αυτή απαίτησε η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού να καλύψει ο προσωρινός ανάδοχος, αποστέλλοντάς του την υπ' αριθμ. πρωτ. 35844/24.09.2018 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, την οποία του κοινοποίησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 25.09.2018, επικαλούμενη τη διάταξη του

άρθρου 103 Ν. 4412/2016 όπως αυτή ενσωματώθηκε στην επίμαχη Διακήρυξη στο άρθρο 3.2. Παρά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας όπως περιλαμβάνονται στη σελ. 6 τη Προσφυγής της ότι η ως άνω ανταγωνίστριά της: «ουδέποτε υπέβαλε ηλεκτρονικά στον διαδικτυακό τόπο ΕΣΗΔΗΣ την αναφερόμενη ένορκη βεβαίωση της παραγράφου 2.2.3.2.γ., ούτε εντός της προθεσμίας των 10 ημερών που ετάχθη από τον Δήμο Καλαμάτας... η εταιρεία “.....” είχε την υποχρέωση να προσκομίσει εγκαίρως ηλεκτρονικά μέσω του διαδικτυακού τόπου ΕΣΗΔΗΣ την εν λόγω ένορκη βεβαίωση επί ποινή αποκλεισμού και ουδέποτε έπραξε κάτι τέτοιο, πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της ως προσωρινής αναδόχου...», από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου προκύπτει πως συμμορφούμενη με την επιστολή αυτή, η αιτούσα προσκόμισε, όπως αναφέρεται ανωτέρω (σκέψη 2) την επίμαχη υπ’ αριθμ. 1310/25.09.2018 Ένορκη Βεβαίωση του Ειρηνοδικείου Καλαμάτας, εμπρόθεσμα στις 26.09.2018 αφενός στο ΕΣΗΔΗΣ μέσω της «Επικοινωνίας» αφετέρου στο πρωτόκολλο του Δήμου με αριθμ. πρωτ. 36171/26.09.2018 και έπειτα η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε στη σύνταξη του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 3/18.09.2018 το οποίο επικυρώθηκε ομόφωνα από την Απόφαση ΟΕ 361/2018. Εξ όλων των ανωτέρω προκύπτει πως η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού άσκησε αρμοδιότητα που κατ’ ενσωμάτωση της αναγκαστικής διάταξης του άρθρου 103 Ν. 4412/2016 περιλήφθηκε στο άρθρο 3.2. της επίμαχης Διακήρυξης, ζητώντας να καλυφθεί συγκεκριμένη έλλειψη Πιστοποιητικού το οποίο από τον αρμόδιο δημόσιο φορέα βεβαιωνόταν ότι δεν μπορούσε να εκδώσει ο ίδιος, και υποδεικνύοντας ως εναλλακτικό μέσο απόδειξης της μη συνδρομής του αντίστοιχου λόγου αποκλεισμού την προσκόμιση Ένορκης Βεβαίωσης. Συνεπώς, ανεξαρτήτως του ότι λανθασμένα η αιτούσα υπέλαβε πως τέτοιο έγγραφο ουδέποτε προσκόμισε η αιτούσα, πάντως, το προσκομιζόμενο από αυτή έγγραφο ανταποκρίνεται κατά το περιεχόμενό του στις επίμαχες διατάξεις της Διακήρυξης.

13. Επειδή, κατ’ ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

Αριθμός απόφασης: 992/2018

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 02.11.2018 και 14.11.2018 και εκδόθηκε στις 19.11.2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Κατερίνα Παπαδοπούλου