

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.04.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/323/05.04.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Κιλελέρ [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 82/26.03.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 4936/23.03.2018 Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης, στο πλαίσιο δημόσιου Διαγωνισμού, που διενεργείται δυνάμει της υπ' αριθμ. 339/09.01.2018 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών του Δήμου Κιλελέρ και των νομικών του προσώπων», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 276.612,06€ πλέον Φ.Π.Α.

Με την Παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 200321397958 0604 0020, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 276.612,06€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 29.03.2018.

5. Επειδή, η αιτούσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να

υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, λόγω της κατακύρωσης της προμήθειας στην παρεμβαίνουσα, παρά το γεγονός ότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, υπήρχαν πλημμέλειες στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

6. Επειδή, η Παρέμβαση έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 14.04.2018, μετά δε από ορθή επανάληψη την 15.04.2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ ΠΑΡ/169 και ημερομηνία 16.04.2018. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 05.04.2018.

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον, καθώς η Προδικαστική Προσφυγή της αιτούσας στρέφεται κατά αυτής και επιδιώκει τον αποκλεισμό της από τη διαγωνιστική διαδικασία, η Παρέμβαση ασκείται δε εν γένει παραδεκτως.

8. Επειδή, στον υπό κρίση δημόσιο Διαγωνισμό έχουν υποβάλει προσφορά για το Τμήμα Β' των λιπαντικών (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ 51828), προϋπολογισθείσας δαπάνης 19.354,00€ πλέον ΦΠΑ, οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: 1) ..... (Α/Α .....), 2) ..... (Α/Α .....), 3) ..... (Α/Α .....), 4) ..... (Α/Α .....) και 5) ..... (Α/Α .....). Μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, οι οικονομικοί φορείς ....., ..... και ..... τέθηκαν εκτός διαδικασίας δυνάμει της υπ' αριθμ. 49/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, που επικύρωσε το υπ' αριθμ. 2679/16.02.2018 Πρακτικό, με την αιτιολογία ότι για τη μεν προσφορά υπ' αριθμ. .... δεν υποβλήθηκε φάκελος με δικαιολογητικά, οι δε προσφορές υπ' αριθμ. .... και ..... δεν ήταν σύμφωνες με όρους της

Διακήρυξης. Οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών. Στη συνέχεια, με την υπ' αριθμ. 57/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, που επικύρωσε το υπ' αριθμ. 3533/05.03.2018 Πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος και κλήθηκε με την από 19.03.2018 ηλεκτρονική πρόσκληση (μέσω ΕΣΗΔΗΣ), να υποβάλει εντός δέκα ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με την προσβαλλόμενη πράξη (απόφαση υπ' αριθμ. 82/2018 της Οικονομικής Επιτροπής) εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 4936/26.03.2018 Πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η προμήθεια λιπαντικών κατακυρώθηκε στην παρεμβαίνουσα.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να έχει απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας για τον λόγο έχει παρέλθει η διάρκεια ισχύος τριών εκ των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, στο υπ' αριθμ. 150/12.01.2017 Πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Μαγνησίας αναγράφεται ότι «ισχύει μέχρι την ημερομηνία: 31.12.2017», ενώ τα υπ' αριθμ. 1356/11.09.2017 και 1644/14.09.2017 Πιστοποιητικά του Πρωτοδικείου Βόλου περί μη πτώχευσης και περί μη θέσης του οικονομικού φορέα σε εκκαθάριση, αντίστοιχα, έχουν εκδοθεί σε διάστημα προγενέστερο των έξι μηνών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών. Σύμφωνα δε με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ελλείψει ειδικότερης ρύθμισης του Ν. 4412/2016, τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 6 του Π.Δ. 118/2007, το οποίο προβλέπει ότι η διάρκεια ισχύος των πιστοποιητικών περί μη πτώχευσης που εκδίδουν τα κατά τόπους Πρωτοδικεία, δεν μπορεί να είναι μεγαλύτερη του τελευταίου εξαμήνου, πριν από την κοινοποίηση της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις από 12.04.2018 Απόψεις της, σχετικά με τη βασιμότητα της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, ισχυρίζεται ότι: α) όσον αφορά το Πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Μαγνησίας, η

προσωρινή ανάδοχος υπέβαλε ηλεκτρονικά Πιστοποιητικό με ημερομηνία έκδοσης την 12.01.2017 και ισχύ έως την 31.12.2017 και σε έντυπη μορφή Πιστοποιητικό με ημερομηνία έκδοσης την 03.01.2018 και ισχύ έως την 31.12.2018. Η αναντιστοιχία μεταξύ των δύο Πιστοποιητικών διέλαθε της προσοχής της Επιτροπής που διενήργησε τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και έγινε αντιληπτή από την αναθέτουσα αρχή μόνο μετά την κατάθεση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, οι διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 καθώς και του άρθρου 3.2 της Διακήρυξης επιτρέπουν, σε περίπτωση μη υποβολής δικαιολογητικού κατακύρωσης ή ύπαρξης έλλειψης σε υποβληθέν δικαιολογητικό, την προσκόμιση ή την συμπλήρωση εντός προθεσμίας 5 ημερών, που μπορεί να παραταθεί, χωρίς όμως να υπερβεί συνολικά τις 15 ημέρες. Στο πλαίσιο αυτό και σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3.5 της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή την 10.04.2018 κάλεσε την προσωρινή ανάδοχο, μέσω της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ, να υποβάλει ηλεκτρονικά το εν ισχύ πιστοποιητικό, το οποίο πράγματι υποβλήθηκε την ίδια ημέρα. Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού εξέδωσε το υπ' αριθμ. 5994/11.04.2018 Πρακτικό, με το οποίο τροποποίησε το υπ' αριθμ. 4936/23.03.2018 Πρακτικό όσον αφορά το συγκεκριμένο Πιστοποιητικό. Η Οικονομική Επιτροπή ενέκρινε το εν λόγω Πρακτικό με την υπ' αριθμ. 99/2018 απόφασή της, η οποία θεωρείται συμπροσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη. Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει επίσης στις Απόψεις της ότι το υποβληθέν εν ισχύ Πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Μαγνησίας έχει ημερομηνία έκδοσης (03.01.2018), ήτοι ημερομηνία προγενέστερη αυτής της υπογραφής του ΕΕΕΣ (07.02.2018), με αποτέλεσμα να τηρείται ο όρος 3.2 της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο η προσφορά του προσωρινού αναδόχου απορρίπτεται εάν κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το ΕΕΕΣ είναι ψευδή ή ανακριβή. Πρέπει να σημειωθεί ότι, μετά την τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης από την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα υπέβαλε στην ΑΕΠΠ το από 16.04.2018 έγγραφο με τίτλο «Παρέμβαση υπέρ

του κύρους της προσφυγής». Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και του Π.Δ. 39/2017, μετά την παρέλευση της προθεσμίας άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής, δεν προβλέπεται η δυνατότητα κατάθεσης εκ μέρους του προσφεύγοντος συμπληρωματικού Υπομνήματος, ούτε Παρέμβασης υπέρ του κύρους της Προσφυγής του και, κατά συνέπεια, το υποβληθέν έγγραφο δεν λαμβάνεται υπόψη. β) Όσον αφορά τα Πιστοποιητικά του Πρωτοδικείου Βόλου περί μη πτώχευσης και περί μη θέσης του οικονομικού φορέα σε εκκαθάριση, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι, εφόσον έχουν εκδοθεί την 11.09.2017 και την 14.09.2017 αντίστοιχα, καλύπτουν την ημερομηνία υπογραφής του ΕΕΕΣ, ήτοι την 07.02.2018, όπως απαιτεί το άρθρο 3.2 της Διακήρυξης.

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ισχυριζόμενη ότι, όσον αφορά το Πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Μαγνησίας, εκ παραδρομής, ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ το από 12.01.2017 Πιστοποιητικό, αντί του ορθού, που εκδόθηκε την 03.01.2018, ενώ στον φάκελο με τα έντυπα δικαιολογητικά συμπεριέλαβε το ορθό. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, οι διατάξεις του άρθρου 3.2 της Διακήρυξης προβλέπουν τη δυνατότητα προσκόμισης δικαιολογητικού που δεν προσκομίστηκε ή συμπλήρωσης δικαιολογητικού που έχει ελλείψεις, εντός προθεσμίας 5 ημερών, δυνάμενης να παραταθεί αιτιολογημένα για 15 επιπλέον ημέρες. Όσον αφορά τα Πιστοποιητικά του Πρωτοδικείου Βόλου, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι ήταν σε ισχύ την 07.02.2017, που τυγχάνει να είναι η ημερομηνία υπογραφής του ΕΕΕΣ. Επίσης, επισημαίνει ότι είχε μεριμνήσει για την έκδοση επικαιροποιημένων Πιστοποιητικών την 20.02.2018, καλύπτοντας με τον τρόπο αυτό και την ημερομηνία αποσφράγισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία επρόκειτο να υποβάλει κατά την υπογραφή της σύμβασης.

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ

Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

13. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζομένων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 194/2011).

14. Επειδή, στο άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 (Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης) προβλέπεται ότι: «[...] 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να

καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82 [...]».

15. Επειδή, στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 (Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών) προβλέπεται ότι: «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 δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (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 (Α' 74) 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 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 πέντε (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 δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, 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 υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 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».

16. Επειδή, στο άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής. Οσιγενείς μεταβολές) προβλέπεται ότι: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105».

17. Επειδή, στο άρθρο 105 του Ν. 4412/2016 (Κατακύρωση – σύναψη σύμβασης) προβλέπεται ότι: «[...] 2. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί αμέσως την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, σε κάθε προσφέροντα εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο με κάθε πρόσφορο τρόπο, όπως με τηλεομοιοτυπία, ηλεκτρονικό ταχυδρομείο κ.λπ., επί αποδείξει. 3. Η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν την κοινοποίησε σε όλους τους προσφέροντες. Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον και όταν συντρέξουν σωρευτικά τα εξής: α) άπρακτη πάροδος των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων στις κείμενες διατάξεις βοηθημάτων και μέσων στο στάδιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και από τις αποφάσεις αναστολών επί αυτών, β) ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, εφόσον απαιτείται και γ)

κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον ο τελευταίος υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά του άρθρου 80 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής και ενδίκων μέσων κατά της απόφασης κατακύρωσης, έπειτα από σχετική πρόσκληση. 4. Μετά την επέλευση των εννόμων αποτελεσμάτων της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία που δε μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης».

18. Επειδή, στο άρθρο 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη».

19. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί επιτρεπτά στις Απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

20. Επειδή, στο άρθρο 377 του Ν. 4412/2016 (Καταργούμενες διατάξεις) προβλέπεται ότι: «1. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργούνται οι διατάξεις: [...] (59) του Π.Δ. 118/2007 (Α' 150) [...]».

21. Επειδή, στην παράγραφο 3.2 της Διακήρυξης (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) αναφέρεται: «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, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα

αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, 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 2.2.9.2. 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 των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. 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 τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον 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 πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν».

22. Επειδή, από τις διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 5 και 103 - 105 του Ν. 4412/2016, όπως ενσωματώθηκαν στα άρθρα 3.2 - 3.3 της Διακήρυξης, προκύπτει ότι το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή των προσφορών, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Επειδή, σε περίπτωση που διαπιστωθούν ελλείψεις στα υποβληθέντα δικαιολογητικά του άρθρου 80, ακόμη και σε περίπτωση μη υποβολής ορισμένων εκ των δικαιολογητικών, η

αναθέτουσα αρχή παρέχει προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός 5 ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η εν λόγω προθεσμία μπορεί να παραταθεί αιτιολογημένα κατά 15 επιπλέον ημέρες κατ' ανώτατο όριο. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 3, εφόσον διαπιστώσει ότι υπάρχει σφάλμα ή παράλειψη σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, δύναται να αναμορφώσει το αποτέλεσμα από το στάδιο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, μετά την κατάθεση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, διαπίστωσε ότι το Πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Μαγνησίας σχετικά με την εγγραφή της παρεμβαίνουσας στο Μητρώο του Επιμελητηρίου καθώς και με την περιγραφή της δραστηριότητάς της, το οποίο υποβλήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, είχε ημερομηνία έκδοσης την 12.01.2017 και ισχύ έως την 31.12.2017, με αποτέλεσμα να μην καλύπτει την ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ (07.02.2018) καθώς και την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (19.03.2018). Σημειώνεται δε ότι το αντίστοιχο Πιστοποιητικό που υποβλήθηκε εντύπως ήταν σύμφωνο με τους όρους της Διακήρυξης, καθώς έφερε ως ημερομηνία έκδοσης την 03.01.2018 και ανέφερε ότι ισχύει έως την 31.12.2018. Η αναθέτουσα αρχή, επιτρεπτά, σύμφωνα με τα άρθρα 103 και 106 του Ν. 4412/2016, λαμβανομένου υπόψη και του γεγονότος ότι δεν είχε διαταχθεί αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας από την ΑΕΠΠ μετά την κατάθεση της Προδικαστικής Προσφυγής, παρείχε στην παρεμβαίνουσα νέα προθεσμία, ώστε να αναρτήσει στον δικτυακό τόπο του Διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το ορθό Πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου Μαγνησίας. Η παρεμβαίνουσα προέβη αυθημερόν στην ανάρτηση στον δικτυακό τόπο του Διαγωνισμού όχι μόνο του από 03.01.2018 Πιστοποιητικού του Επιμελητηρίου Μαγνησίας αλλά και των από 20.02.2018 Πιστοποιητικών του Πρωτοδικείου Βόλου περί μη πτώχευσης και περί μη θέσης του οικονομικού φορέα σε εκκαθάριση. Επειδή, η ενέργεια της αναθέτουσας αρχής να καλέσει την παρεμβαίνουσα σε υποβολή του ορθού Πιστοποιητικού έστω και μετά την κατάθεση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, είναι μεν σύμφωνη με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και της Διακήρυξης, αλλά σε κάθε

περίπτωση αποδεικνύει ότι η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει την προβαλλόμενη πλημμέλεια, συνομολογώντας με τον τρόπο αυτό τον πρώτο λόγο της Προσφυγής. Επειδή, με την εμπρόθεσμη και προσήκουσα υποβολή του ορθού Πιστοποιητικού του Επιμελητηρίου Μαγνησίας εκ μέρους της παρεμβαίνουσας θεραπεύεται η προβαλλόμενη πλημμέλεια και, συνεπώς, η Προδικαστική Προσφυγή ως προς το μέρος αυτό στερείται αντικειμένου, ώστε η διαδικασία εξέτασης του πρώτου λόγου της Προσφυγής από το παρόν Κλιμάκιο να πρέπει να θεωρηθεί καταργημένη.

23. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η διάταξη του άρθρου 6 του Π.Δ. 118/2017, που επικαλείται η προσφεύγουσα αναφορικά με τη διάρκεια ισχύος των Πιστοποιητικών περί μη πτώχευσης και περί μη θέσης του οικονομικού φορέα σε εκκαθάριση, έχει καταργηθεί με το άρθρο 377 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ ο χρόνος ελέγχου της συνδρομής των προϋποθέσεων συμμετοχής στον Διαγωνισμό καθορίζεται πλέον στο άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και στη Διακήρυξη. Επειδή, για τα Πιστοποιητικά περί μη πτώχευσης και περί μη θέσης σε εκκαθάριση δεν έχει προβλεφθεί από τη Διακήρυξη συγκεκριμένο χρονικό διάστημα εντός του οποίου θα πρέπει να έχουν εκδοθεί, αλλά θα πρέπει να καλύπτουν την ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ και την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και, σε κάθε περίπτωση να ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή επικαιροποιημένα πριν την υπογραφή της σύμβασης. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να απορρίψει την προσφορά της προσωρινής αναδόχου, εφόσον από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν προέκυψε ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι ψευδή ή ανακριβή. Επειδή, όμως θα έπρεπε να ζητήσει την υποβολή πιο πρόσφατων Πιστοποιητικών, τάσσοντας προθεσμία 5 ημερών, δυνάμενη να παραταθεί αιτιολογημένα κατά 15 επιπλέον ημέρες. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, καίτοι δεν της ζητήθηκαν πιο πρόσφατα Πιστοποιητικά περί μη πτώχευσης και μη θέσης σε εκκαθάριση, υπέβαλε την 10.04.2018 τα από 20.02.2018 Πιστοποιητικά, από τα οποία προκύπτει ότι πληρούται η απαίτηση του άρθρου 104 παρ. 1 περί

ελέγχου του δικαιώματος συμμετοχής και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και, κατά συνέπεια, δεν συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 5 και 105 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα να προσκομίσει νέα, επικαιροποιημένα δικαιολογητικά, προκειμένου να υπογράψει τη σύμβαση. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής, η ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία εξέτασής του πρέπει να καταργηθεί, ενώ, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

25. Επειδή, ύστερα από τις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Καταργεί τη διαδικασία εξέτασης του πρώτο λόγου της Προδικαστικής Προσφυγής.

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή ως προς τον δεύτερο λόγο της.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 07.05.2018 και εκδόθηκε στις 23.05.2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Ιωάννα Κακλαμάνη**