

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 5-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 29-9-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1852/1-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Και του παρεμβαίνοντος «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 23-9-2021 με αρ. ... Απόφασης της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος αποκλείστηκε και κρίθηκε αποδεκτός ο παρεμβαίνων, ως προς το εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 1.209.600 ευρώ, τμήμα Πλοηγικού Σταθμού ..., στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης συμφωνίας πλαίσιο για τα έτη 2022 και 2023 με δικαίωμα παράτασης 2 επιπλέον ετών για προμήθεια υγρών καυσίμων και ειδικότερα πετρελαίου κίνησης για τις ανάγκες των Πλοηγικών Σταθμών της αναθέτουσας, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 2.955.052,80 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στις 12-3-2021 στην ΕΕΕΕ και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ ... την 17-3-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α .... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 11-10-2021 Απόψεις της..

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 6.048 ευρώ.
2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου

συμφέροντος ασκείται η από 29-9-2021 προσφυγή του μη εισέτι οριστικώς αποκλεισθέντα προσφεύγοντα, κατά της από 23-9-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσφεύγοντος και κρίθηκαν αποδεκτά εκείνα του παρεμβαίνοντος, ενώ εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 8-10-2021 παρέμβαση του αναδόχου του οικείου τμήματος, κατόπιν της από 1-10-2021 κοινοποίησης της προσφυγής. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη γιατί «δεν υπέβαλε εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/Επιχείρησης» προς απόδειξη μη αναστολής των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα σύμφωνα με την οικεία απαίτηση της παρ. 2.2.7.2.B1.β της διακήρυξης.». Ο δε προσφεύγων καίτοι επικαλείται πως η αναθέτουσα όφειλε να γνωρίζει την έλλειψη του οικείου λόγου αποκλεισμού και τη μη αναστολή δραστηριότητάς του, εξαιτίας ενεργής εκτελεστικής σύμβασης προμήθειας κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ουδόλως επικαλείται ότι η αναθέτουσα διέθετε εξαιτίας της εκτέλεσης της σύμβασης αυτής το οικείο ελλείπον έγγραφο με ισχύ κατά τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Το δε γεγονός πως εν τοις πράγμασι εκτελούσε σύμβαση δεν συνεπάγεται πως ο προσφεύγων αποκλείεται να είχε προβεί σε αναστολή της δραστηριότητάς του ενώπιον της αρμόδιας αρχής. Περαιτέρω, η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα ορίστηκαν ως αυτοτελώς και σωρευτικά απαιτηθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς να οριστεί πως δύνανται να υποκαταστήσουν την ως άνω εκτύπωση στοιχείων μητρώου/επιχείρησης κατά τους ανεπιφύλακτα αποδεκτούς από τον προσφεύγοντα όρους της διαδικασίας. Περαιτέρω, ναι μεν η διαδικασία εκκίνησε όταν τελούσε σε ισχύ το νέο άρ. 102 Ν. 4412/2016, αλλά όχι το νέο άρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως εισήχθη με το άρ. 43 Ν. 4782/2021, με έναρξη ισχύος, κατ' άρ. 142 παρ. 3 Ν. 4782/2021 την 1-6-2021, ήτοι αφού προκηρύχθηκε η προκείμενη διαδικασία και άνευ πρόβλεψης περί του ότι καταλαμβάνει εκκρεμείς διαδικασίες. Επιπλέον, το νέο άρ. 102 Ν. 4412/2016,

ως έχει μεμονωμένο και άνευ συνδυασμού με το νέο άρ. 103 Ν. 4412/2016, αλλά με το άρ. 103 Ν. 4412/2016, ως ίσχυε ως 1-6-2021 και καθ' ο μέρος το άρ. 102 επιτρέπει όχι απλά, όπως κατά την προϊσχύσασα διάταξη του ιδίου άρθρου, την αποσαφήνιση υποβληθέντων εγγράφων ή τη διόρθωση προδήλων τυπικών σφαλμάτων, αλλά και την το πρώτον υποβολή μη υποβληθέντων εγγράφων, καταλαμβάνει αποκλειστικά τα έγγραφα των προσφορών και όχι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που έως την 1-6-2021 (ήτοι για εφεξής έκτοτε εκκινήσασες διαδικασίες) διέπονται ειδικώς από το άρ. 103 Ν. 4412/2016, ως ίσχυε και άρα, δεν επιτρέπεται εν προκειμένω εκπρόθεσμη υποβολή και εν γένει συμπλήρωση μη υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, άνευ προηγούμενου αιτήματος παράτασης της οικείας προθεσμίας υποβολής τους. Σε κάθε περίπτωση, κατά την γνώση του μέλους Ε. Μιχολίτση, επισημαίνεται ότι και η εφαρμογή του αρ. 102 του Ν. 4412/2016, δεν δύναται να επιφέρει ουσιώδη τροποποίηση της οικείας προσφοράς κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Εξάλλου, το άρ. 3.2 της διακήρυξης που σε κάθε περίπτωση κατισχύει ακόμη και ισχυουσών διατάξεων νόμου (και ενώ εν προκειμένω δεν ισχύει αντίθετη διάταξη νόμου, αλλά η ισχύουσα στη νυν διαδικασία, διάταξη του άρ. 103 Ν. 4412/2016 ως ίσχυε έως και 1-6-2021 συμφωνεί με το άρ. 3.2 της διακήρυξης), όρισε πως «Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, και ο/οι προσωρινός/οί ανάδοχος/οι υποβάλει/ουν εντός της προθεσμίας υποβολής, αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί την χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για την χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές.... Απορρίπτεται/ονται η/οι προσφορά/ές του/των προσωρινού/ών αναδόχου/ων και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i. κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα

στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, 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 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας.». Συνεπώς, δεδομένου ότι εν προκειμένω δεν υπεβλήθη κανένα αίτημα παράτασης, ο προσφεύγων ορθώς κατά την ανωτέρω αιτιολογία και δη, κατά τους ως άνω σωρευτικούς λόγους απόρριψης 3.2.ii και iii (αφού δεν υποβλήθηκε το απαιραίτητο δικαιολογητικό και εξ όσων υποβλήθηκαν δεν προέκυψε, κατά τον δια της διακήρυξης ζητούμενο τρόπο, η έλλειψη του σχετικού λόγου αποκλεισμού, αντίστοιχα) κρίθηκε άνευ ετέρου αποκλειστέος, χωρίς δυνατότητα να συμπληρώσει την έλλειψη υποβολής του ως άνω απαιτηθέντος δικαιολογητικού κατακύρωσης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του. Περαιτέρω, ουδεμία σημασία ως προς τα ανωτέρω έχει το ποσοστό έκπτωσης που προσέφερε, αφού το κριτήριο ανάθεσης εφαρμόζεται επί αποδεκτών προσφορών και η έκπτωση οικονομικής προσφοράς δεν επιτρέπει την παράβαση των περί δικαιολογητικών κατακύρωσης όρων της διακήρυξης και την αποδοχή αποκλειστέου προσφέροντος. Συνεπώς, το σύνολο των περί της απόρριψης του, ισχυρισμών του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι. Όσον αφορά τους ισχυρισμούς κατά του παρεμβαίνοντος, αυτός, όπως διαπίστωσε και το όργανο αξιολόγησης, δεν υπέβαλε την κατά την παρ. 2.2.7.2.B1.δ της διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού των περ. δ' (σύγκρουση συμφερόντων) και ε' (στρέβλωση του ανταγωνισμού από πρότερη συμμετοχή στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης) του όρου 2.2.3.3, πλην όμως κρίθηκε εν τέλει αποδεκτός, κατ' επικύρωση της (κατά πλειοψηφία) γνωμοδότησης του οργάνου αξιολόγησης, περί του ότι υπεβλήθη η απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση, ενώ για τις ανωτέρω 2 περιπτώσεις, δεν όφειλε ο παρεμβαίνων να τις συμπεριλάβει, γιατί δεν εμπίπτει στην περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων και στρέβλωσης ανταγωνισμού. Πλην όμως, η ως

άνω αιτιολογία αποδοχής του παρεμβαίνοντος, όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται, είναι προδήλως ελλιπής, αόριστη και μη νόμιμη, αφού αφενός, και ενώ οι υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις δεν αναφέρουν τίποτα περί των λόγων αποκλεισμού 2.2.3.3.δ και ε' ανωτέρω (αλλά μόνο για τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, μέσω συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς, κατά τον λόγο αποκλεισμού 2.2.3.3.γ), ουδόλως προκύπτει δια ποίου τρόπου και με ποιο στοιχείο και απόδειξη, δημιουργείται τέτοια πεποίθηση της αναθέτουσας, χωρίς άλλωστε, να προκύπτει πως υποβλήθηκε στο πλαίσιο άλλης διαδικασίας ταυτόσημη υπεύθυνη δήλωση που καλύπτει τους ως άνω 2 λόγους αποκλεισμού και καταλαμβάνει χρονικά και τον απαιτούμενο χρόνο ισχύος της απαιτούμενης ανωτέρω, στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας, υπεύθυνης δήλωσης. Αφετέρου, ο όρος 2.2.7.2.δ ρητά απαιτεί υπεύθυνη δήλωση πως δεν συντρέχει κάθε λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3 (πλην του όρου 2.2.3.3.β για το οποίο προβλέπονται ειδικά δικαιολογητικά κατακύρωσης), χωρίς να αρκείται στην εντύπωση, άποψη, εν γένει γνώση και πεποίθηση της αναθέτουσας περί έλλειψης του λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα, αντίθετη δε ερμηνεία θα καθιστούσε όλως αδιαφανή, άνιση και υποκειμενική την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, παραβαίνει δε την αρχή της τυπικότητας και σαφείς όρους της διακήρυξης. Συνεπώς, μη νομίμως και κατά παράβαση του ανωτέρω όρου 3.2 της διακήρυξης κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, ενώ συντρέχουν εις βάρος του οι λόγοι απόρριψης του όρου 3.2.ii και iii, αφού δεν υποβλήθηκε ρητά ζητούμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης και εξ όσων υποβλήθηκαν δεν προκύπτει η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού 2.2.3.3.δ και ε της διακήρυξης.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του παρεμβαίνοντα. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και ορίστηκε ανάδοχος του τμήματος Πλοηγικού Σταθμού ...

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

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. ... Απόφαση της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και ορίστηκε ανάδοχος του τμήματος Πλοηγικού Σταθμού ...

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5-11-2021 και εκδόθηκε στις 11-11-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**