

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 12 Απριλίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αρ. 311/16-03-2018 Πράξης του ίδιου και τα μέλη, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

Για να εξετάσει την από 15-03-2018 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 247/16-03-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», με δ.τ. «..... Α.Ε.» που εδρεύει στο Αττικής, επί της οδού αρ. .. και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»), στα πλαίσια της υπ' αριθ. 4219/8-9-2017 [α.α. ΕΣΗΔΗΣ: 42758] Διακήρυξης Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες των Βρεφονηπιακών – Παιδικών Σταθμών και Γάλακτος για το προσωπικού του Δήμου» με συνολικό προϋπολογισμό δαπάνης 265.640,06, χωρίς ΦΠΑ και δη για το Τμήμα 1, προϋπολογισμού 93.000,00 €, χωρίς ΦΠΑ του Δήμου Ασπροπύργου Αττικής (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή», και κατά της με αρ. πρωτ. 71/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, που έκρινε πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του έτερου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» ως προς το τμήμα 1 της διακήρυξης (προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου) (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), προσφυγή κοινοποιηθείσα την 15-03-2018 στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα την 16-03-2018 στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

κατά της Αναθέτουσας Αρχής, ΟΤΑ με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ΑΠΡΟΠΥΡΓΟΥ ΑΤΤΙΚΗΣ» που εδρεύει στον Ασπρόπυργο Αττικής επί της Λεωφόρου Δημοκρατίας αρ. 141, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Δήμος» ή «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ») και

της παρεμβαίνουσας, οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που κατοικοεδρεύει στη Αττικής, οδός αριθ. (εφεξής «παρεμβαίνων» ή «παρεμβαίνουσα»).

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων, επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, την κήρυξη έκπτωτης, άλλως τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας για το Τμήμα 1 της διακήρυξης (προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου) και την ανάθεση στον προσφεύγοντα του εν λόγω τμήματος του διαγωνισμού, διότι η αναθέτουσα αρχή θεώρησε ότι τα πιστοποιητικά κατακύρωσης που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα είναι πλήρη, μολονότι α) κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 2.2.3.1 της διακήρυξης, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 2.2.9.2 της διακήρυξης και 574 παρ. 2 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας στο ποινικό μητρώο και την από 13-02-2018 Ένορκη βεβαίωση της παρεμβαίνουσας δεν πιστοποιείται, ούτε περιλαμβάνεται δήλωση ότι δεν έχει καταδικαστεί τελεσιδίκως για τα αδικήματα που περιγράφονται στο άρθρο 2.2.3.1 της διακήρυξης και στο άρθρο 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και β) κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 2.2.9.2 αυτής, στα πιστοποιητικά περί μη πτώχευσης, πτωχευτικού συμβιβασμού και αναγκαστικής διαχείρισης δεν πιστοποιείται και ότι δεν έχει κατατεθεί δικόγραφο αίτησης συνδιαλλαγής - εξυγίανσης, ούτε προβλεπόταν να προσκομίσει για την περίπτωση αυτή ένορκη βεβαίωση, γιατί η δυνατότητα αυτή προβλέπεται για την περίπτωση που δεν εκδίδεται πιστοποιητικό που βεβαιώνει την μη συνδρομή του πιο πάνω λόγου, ούτε όμως δηλώνεται στην

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

από 13-02-2018 Ένορκη Βεβαίωση της παρεμβαίνουσας η μη συνδρομή του πιο πάνω λόγου στο πρόσωπό της. Καθόσον, όμως, η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 54/2018), τα λοιπά, πλην του αιτήματος ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης, αιτήματα της προσφυγής, απαραδέκτως προβάλλονται ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Με την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/ΠΑΡ/130/23-03-2018 κατατεθείσα από 23-03-2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Παρέμβασή του, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και την διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης, διότι, α) δοθέντος ότι κρίσιμος χρόνος για την συνδρομή των προϋποθέσεων συμμετοχής των υποψηφίων αναδόχων είναι ο χρόνος υποβολής των δικαιολογητικών τους, αλλά και ο χρόνος σύναψης σύμβασης, στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ' του Ν. 4412/2016, όπως ρητώς προβλέπεται στην διάταξη του άρθρου 2.2.9.2 της διακήρυξης, σε συνδυασμό και με την γενική αρχή του δικαίου, σύμφωνα με την οποία κρίσιμο νομοθετικό καθεστώς είναι εκείνο της έκδοσης της πράξης ή συντέλεσης της παράλειψης, το πιστοποιητικό ποινικού μητρώου που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα την 20-02-2018 ήταν καθ' όλα νόμιμο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 1, ως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 107 παρ. 6 του Ν. 4497/2017 και κάλυπτε πλήρως την απαίτηση τη διακήρυξης του άρθρου 2.2.3, της οποίας οι προβλέψεις περί τελεσίδικης καταδίκης για τα σε αυτήν αδικήματα είχαν διατυπωθεί πριν την τροποποίηση των διατάξεων του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 κατά τα άνω (13-11-2017 και εφεξής), το οποίο

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

απαιτεί πλέον αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις, και β) ενόψει της γραμματικής διατύπωσης των διατάξεων του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 2.2.9.2 αυτής, ερμηνευόμενες σύμφωνα με τα οριζόμενα στις σχετικές ρυθμίσεις του Ν. 4412/2016, αλλά και υπό το φως των αρχών της ανάπτυξης υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος που διέπει κατά τα άνω το στάδιο της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, για την παραδεκτή συμμετοχή διαγωνιζόμενου, το γεγονός ότι δεν έχει υποβληθεί σε διαδικασία συνδιαλλαγής ή εξυγίανσης δύναται διαγωνιζόμενος να αποδεικνύει είτε με πιστοποιητικό εκδιδόμενο από το Πρωτοδικείο της έδρας του είτε, ελλείψει αυτού, με ένορκη βεβαίωσή του ότι δεν τελεί υπό τις ανωτέρω καταστάσεις. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία θα ήταν αποδεκτή η συμμετοχή του διαγωνιζόμενου μόνον με την προσκόμιση πιστοποιητικού από το Πρωτοδικείο, εκτός που θα καθιστούσε υπέρ άγαν αυστηρό το πλαίσιο της ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, θα αποτελούσε άκρα τυπολατρεία και θα καταστρατηγούσε τις αρχές του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, καθώς θα σήμαινε τον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου για τυπικό λόγο, ενώ κατ' ουσίαν ο διαγωνιζόμενος πληροί την απαίτηση της διακήρυξης. Επομένως, δοθέντος ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την από 13-02-2018 ένορκη βεβαίωση με την σε αυτήν περιεχόμενη δήλωση ότι η επιχείρηση της παρεμβαίνουσας «δεν τελεί υπό διαδικασία έκδοσης απόφασης αναγκαστικής εκκαθάρισης ή αναγκαστικής διαχείρισης ή πτωχευτικού συμβιβασμού ή άλλη ανάλογη διαδικασία», καλύφθηκε η απαίτηση της διακήρυξης του διαγωνισμού και ουδόλως συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού της. Αν ήταν, εξάλλου, να την αποκλείσει για τον λόγο αυτό, η αναθέτουσα αρχή, ήταν υποχρεωμένη, κατά τα οριζόμενα στην διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, να την καλέσει και εντός εύλογης προθεσμίας να προσκομίσει το πιστοποιητικό αυτό, του οποίου άλλωστε την έκδοση έχει αιτηθεί από το αρμόδιο Πρωτοδικείο. Τέλος, δε, ισχυρίζεται ότι η Διοίκηση ως αναθέτουσα αρχή σε αριθμό δημοσίων συμβάσεων τις οποίες

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

επικαλείται η παρεμβαίνουσα ότι έχει συνάψει με έτερους δήμους και Συνδέσμους ΟΤΑ έχει δημιουργήσει σε αυτήν την δικαιολογημένη πεποίθηση ότι με την προσκόμιση ένορκης βεβαίωσης με το περιεχόμενο που και αυτή που προσκόμισε στον υπό έλεγχο διαγωνισμό υποβάλει νόμιμα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

Με το με αρ. πρωτ. 7350/21-03-2018 Υπόμνημα, ο καθ ου Δήμος έστειλε τις Απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, με τις οποίες, α) σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, υποστηρίζει ότι η προσωρινή ανάδοχος, ήδη παρεμβαίνουσα, υπέβαλε πιστοποιητικό ποινικού μητρώου, όπως προέβλεπε η διακήρυξη και ο νόμος, κατά την δημοσίευσή της και δεν υπήρχε λόγος αποκλεισμού της από το περιεχόμενο του πιστοποιητικού που προσκόμισε (διότι δεν προκύπτει ότι από το κείμενο του πιστοποιητικού ότι η λέξη «ΜΗΔΕΝ» υποδηλώνει «αμετάκλητες» καταδικαστικές αποφάσεις), ή να ερείδεται στις διατάξεις του άρθρου 574 παρ. 2 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, διότι η πρόβλεψη για το ποιες καταδικαστικές αποφάσεις καταχωρ[ίζο]νται και ποιες όχι δεν είναι αντίθετη με την διάταξη του άρθρου 80 παρ. 2 εδ. α' ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, περαιτέρω, ότι σε κάθε περίπτωση είναι εφαρμοστέες οι διατάξεις του άρθρου 102 παρ. 5 ν. 4412/2016, διότι από το περιεχόμενο του επίμαχου πιστοποιητικού δεν καθίσταται σαφές αν υπάρχουν ή όχι τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις ή όχι για τα αδικήματα που προβλέπει το άρθρο 73 παρ. 1 ν. 4412/2016 και β) σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, δεν αντιλέγει με σαφήνεια αν η παρεμβαίνουσα υπέβαλε πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης συνδιαλλαγής ή εξυγίανσης ή όχι, υποστηρίζει όμως εμμέσως ότι η ένορκη βεβαίωση που υπέβαλε με το σε αυτήν περιεχόμενο ήταν επαρκής για την απόδειξη μη συνδρομής στο πρόσωπό της λόγου αποκλεισμού από αυτούς που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 ν. 4412/2016, επιπλέον ότι

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 102 παρ. 5 ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με αυτές του άρθρου 73 παρ. 7 του ίδιου νόμου, ο οικονομικός φορέας έχει δικαίωμα να προσκομίσει συμπληρωματικά στοιχεία για να αποδείξει ότι είναι αξιόπιστος και να μην αποκλειστεί, τέλος δε ότι στις διατάξεις του άρθρου 3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ρητά ότι στον προσωρινό ανάδοχο που δεν υποβάλλει όλα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης παρέχεται προθεσμία συμπλήρωσής τους.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά το εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 196624327958 0514 0005, ποσού 600,00 Ευρώ, που αντιστοιχεί στο ελάχιστο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 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), δεδομένου ότι το προβλεπόμενο ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του Τμήματος 1 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των € 93.000,00 (άνευ ΦΠΑ), δεν υπερβαίνει τα 600,00 €, ποσό που πληρώθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με το με τον πιο πάνω κωδικό e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

2. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή, βάσει της κατά την Διακήρυξη εκτιμώμενης αξίας της, του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής της για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την 08-09-2017, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 265.640,06 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά τις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (κατ' αρ. 345 παρ. 1 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, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α συστήματος: 42758) την 05-03-2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 15-03-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο προσφεύγων, αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο έκανε αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του έτερου οικονομικού φορέα, ατομικής

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

επιχείρησης με την επωνυμία «.....», ήδη παρεμβαίνουσας, και την ανέδειξε οριστική ανάδοχο του Τμήματος 1 της διακήρυξης, ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή, με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, αφού συμμετείχε στον ελεγχόμενο διαγωνισμό και η προσφορά του έχει ήδη γίνει αποδεκτή και είναι ο επόμενος μειοδότης για το Τμήμα 1 της διακήρυξης.

6. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

7. Επειδή, περαιτέρω, η υπό κρίση Παρέμβαση έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (αρ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 42758) στις 23-03-2018, επομένως εντός της δεκαήμερης προθεσμίας από την από 16-03-2018 κοινοποίηση, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής (αρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016), ο παρεμβαίνων δε έχει αυτονόητο έννομο συμφέρον για την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, κατά την οποία ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος του Τμήματος 1 της διακήρυξης, έτι περαιτέρω η υπό εξέταση παρέμβαση δεν ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, πλην όμως από τη διάρθρωση αυτής και τη συνολική επισκόπηση του περιεχομένου της προκύπτει ότι περιέχει τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ., μεταξύ άλλων, ΑΕΠΠ 21/2017, 25/2017, ΔΕΦΚομ Ν39/2017). Κατ' ακολουθία, η υπό κρίση παρέμβαση πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

8. Επειδή, με την με αριθ. 4219/08-09-2017 και αρ. πρωτ. 32741/08-09-2017 διακήρυξη του Δήμου Ασπροπύργου προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός,

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

ανοικτός διεθνής διαγωνισμός, για την ανάδειξη αναδόχων για την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες των Βρεφονηπιακών – Παιδικών Σταθμών και Γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου» με συνολικό προϋπολογισμό δαπάνης 265.640,06, χωρίς ΦΠΑ. Στο τμήμα 1 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή και στο οποίο υπέβαλλε προσφορά η προσφεύγουσα, υποβλήθηκαν συνολικά τρεις προσφορές, μεταξύ των οποίων της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, των οποίων οι οικονομικές προσφορές αποσφραγίστηκαν, μετά και την με αριθμό 17/2018 Απόφαση ΑΕΠΠ, και μετά από κλήρωση που διενεργήθηκε, αφού οι οικονομικές προσφορές των δύο φορέων ήταν ισότιμες, προσωρινή ανάδοχος αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Με την με αρ. πρωτ. 3732/09-02-2018 Πρόσκληση η παρεμβαίνουσα κλήθηκε να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το με αριθμό 4843/23-02-2018 Πρακτικό της, αφού προχώρησε στην αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και σε έλεγχό τους, διαπίστωσε ότι είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει η διακήρυξη και η κείμενη νομοθεσία εισηγήθηκε να κατακυρωθεί οριστικά το Τμήμα 1 του ελεγχόμενου διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Κατόπιν με την προσβαλλόμενη Απόφασή της η Οικονομική επιτροπή του καθ ου Δήμου ενέκρινε το παραπάνω Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και κατακύρωσε οριστικά το τμήμα 1 του ελεγχόμενου διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Κατά της απόφασης αυτής στρέφεται η προσφεύγουσα προβάλλοντας τους στην υπό εξέταση προσφυγή περιεχόμενους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς.

9. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

10. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 3.2 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης της διακήρυξης προβλέπεται ότι *«Μετά την αξιολόγηση των προσφορών η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει πρόσκληση στον («προσωρινό ανάδοχο») και τον καλεί να υποβάλει ... τα πρωτότυπα ... όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στις διατάξεις της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για την μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 και 2.2.4 της διακήρυξης»*. Περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 2.2.9.2 περί αποδεικτικών μέσων της διακήρυξης προβλέπεται ότι *«Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.7, 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. ... Β. 1. Για την*

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

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 ποινικού 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 που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην ως άνω παράγραφο 2.2.3.1 ... β) για τις παραγράφους 2.2.3.2 και 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας. Αν το κράτος-μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 και στην περίπτωση β' της παραγράφου 2.2.3.4, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας.». Στις διατάξεις του άρθρου 2.2.3, εξάλλου, της διακήρυξης περί λόγων αποκλεισμού προβλέπεται ότι «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 Όταν υπάρχει σε βάρος του τελεσίδικη

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: ... Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται, επίσης, όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.) και ΙΚΕ ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών, η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά στους διαχειριστές. Στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά στον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και σε όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου. ... Σε όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις νομικών προσώπων, η υποχρέωση των προηγούμενων εδαφίων αφορά στους νόμιμους εκπροσώπους τους. ... 2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα ο οποίος βρίσκεται σε μία εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση αυτή, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας ...». Τέλος, στις διατάξεις του άρθρου 3.2 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης της διακήρυξης στο επόμενο εδάφιο μετά το στην αρχή της παρούσας σκέψης αναφερθέν προβλέπεται ότι «...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

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

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. ... Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει 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: ... 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 της παρούσας».

11. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων συνάγεται ότι για την απόδειξη μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.1 ο προσωρινός ανάδοχος ώφειλε να προσκομίσει απόσπασμα του σχετικού μητρώου, από το οποίο να προκύπτει ότι δεν υπάρχει σε βάρος του τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τους αναφερόμενους στην παράγραφο αυτή λόγους. Στην περίπτωση δε που προσκομίζεται απόσπασμα ποινικού μητρώου, στο οποίο η νομοθεσία του οικείου κράτους, δεν έχει προβλέψει την μνεία των τελεσίδικων καταδικαστικών αποφάσεων για τα συγκεκριμένα αδικήματα, τότε επιβάλλεται η προσκόμιση ένορκης βεβαίωσης ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, υπεύθυνης δήλωσης (ΕΑ ΣΤΕ 451/2008). Το απόσπασμα ποινικού μητρώου δεν κατονομάζεται ως το μόνο δικαιολογητικό ή πιστοποιητικό που δύναται να προσκομίσει ο οικονομικός φορέας, αλλά ως παράδειγμα. Η ειδική και σαφής αυτή απαίτηση της διακήρυξης δεν αναιρείται από το γεγονός ότι στις διατάξεις της ίδιας διακήρυξης αναφέρεται το ποινικό μητρώο ως παράδειγμα εγγράφου που αποδεικνύει επαρκώς τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

συμμετέχοντος, εξαιτίας της μη ύπαρξης σε βάρος του τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης. Και τούτο, διότι η διάταξη αυτή, ταυτόσημη με τις διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, με βάση τις οποίες εκδόθηκε και με τις οποίες μεταφέρθηκε το άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (L 94) στο εθνικό δίκαιο, αναφέρεται στο εκάστοτε προβλεπόμενο από τις διατάξεις κάθε χώρας – μέλους πιστοποιητικό, από το περιεχόμενο του οποίου αποδεικνύεται η ανυπαρξία τελεσίδικης ποινικής καταδίκης συμμετέχοντος σε δημόσιο διαγωνισμό (ΔΕΦΑΘ 403/2017). Στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 παραπέμπει, εξάλλου, και η ίδια η διακήρυξη (άρθρο 1.4 περί θεσμικού πλαισίου). Εν όψει αυτών και δεδομένου ότι το απόσπασμα ποινικού μητρώου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 574 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, περιλαμβάνει και καταγράφει μόνο τις αμετάκλητες και όχι τις τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις, ο προσωρινός ανάδοχος ώφειλε να προσκομίσει ένορκη βεβαίωση στην οποία να βεβαιώνεται ότι δεν έχει καταδικαστεί τελεσίδικα για τα αδικήματα του άρθρου 2.2.3.1 της διακήρυξης, τ' αντίθετα δε υποστηριζόμενα είναι αβάσιμα. Ομοίως, αβάσιμα προβάλλει η παρεμβαίνουσα τον ισχυρισμό ότι η διάταξη του άρθρου 2.2.3.1 της διακήρυξης περί ανυπαρξίας τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης είχε τεθεί κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του, που αντικατέστησε την λέξη «τελεσίδικη» με την λέξη «αμετάκλητη» και συνεπώς το απόσπασμα ποινικού μητρώου είναι μετά τη νομοθετική μεταβολή πιστοποιητικό που καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης. Και τούτο, διότι όταν οι διατάξεις της διακήρυξης είναι ειδικές και λεπτομερείς, αυτές και μόνον διέπουν κατά τρόπο αποκλειστικό το διαγωνισμό, δεν μπορούν δε, να τροποποιηθούν από διατάξεις νομοθετημάτων, έστω κι αν αυτά μνημονεύονται κατά τρόπο γενικό στη διακήρυξη, διότι η αναφορά τους αυτή νοείται ότι γίνεται μόνον προς ρύθμιση ζητημάτων που η διακήρυξη δεν ρυθμίζει κατά τρόπο ολοκληρωμένο (ΕΑ ΣΤΕ 95/2009 κ.α.). Ενόψει αυτών δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τροποποιηθεί με τη νεώτερη νομοθετική διάταξη

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

του άρθρου 73 παρ. 1 του Ν. 4497/2017 ο όρος 2.2.3.1 της διακήρυξης περί της απαίτησης μη ύπαρξης τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης για συγκεκριμένα αδικήματα (ΔΕφΤρ Ν10/2018).

12. Επειδή, από την επισκόπηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι προσκόμισε αντίγραφο του με αρ. πρωτ. 401292/18-12-2017 αποσπάσματος ποινικού μητρώου εκδοθέντος από το τμήμα Ποινικού Μητρώου της Εισαγγελίας Πρωτοδικών Αθηνών, δυνάμει του οποίου βεβαιώνεται ότι *«... η ποινική κατάσταση ... σύμφωνα με τα στοιχεία που μέχρι την 18-12-2017 έχουν καταχωρηθεί στη βάση δεδομένων του ολοκληρωμένου πληροφοριακού συστήματος του Εθνικού Ποινικού Μητρώου έχει ως εξής «ΜΗΔΕΝ» και την με αρ. 63 από 13-12-2017 Ένορκη Βεβαίωση του Ειρηνοδικείου Καλλιθέας, στην οποία δεν βεβαιώνεται ότι δεν υπάρχει σε βάρος της τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τους αναφερόμενους στην παράγραφο 2.2.3.1 της διακήρυξης λόγους, συνακόλουθα προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε το απαιτούμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης για την απόδειξη μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.1 της διακήρυξης, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας. Κατ' ακολουθία είναι βάσιμος ο πρώτος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής.*

13. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των στην σκέψη 10 της παρούσας αναφερόμενων διατάξεων της διακήρυξης, συνάγεται ότι για την απόδειξη μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.4 της διακήρυξης ο προσωρινός ανάδοχος ώφειλε να προσκομίσει πιστοποιητικό που εκδίδεται από το αρμόδιο Πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα στο οποίο να βεβαιώνεται, μεταξύ άλλων, ότι δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή, εφόσον δεν εκδίδεται τέτοιου είδους πιστοποιητικό ή όπου το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει την συγκεκριμένη περίπτωση, ένορκη

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

βεβαίωση, από το περιεχόμενο της οποίας να βεβαιώνεται και η ανυπαρξία του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα.

14. Επειδή, από την επισκόπηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε πιστοποιητικό από το αρμόδιο Πρωτοδικείο Αθηνών από το οποίο να προκύπτει ότι δεν έχει κατατεθεί σε βάρος της αίτηση συνδιαλλαγής – εξυγίανσης, γεγονός που συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, αλλά εμμέσως και η παρεμβαίνουσα που υποστηρίζει ότι αιτήθηκε αρμοδίως την έκδοσή του από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, ούτε εξάλλου στην προσκομισθείσα με αρ. 63 από 13-12-2017 Ένορκη Βεβαίωση του Ειρηνοδικείου Καλλιθέας βεβαιώνεται ότι δεν έχει κατατεθεί σε βάρος της αίτηση συνδιαλλαγής – εξυγίανσης, συνακόλουθα προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε το απαιτούμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης για την απόδειξη μη συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.4 της διακήρυξης, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη. Τ' αντίθετα δε υποστηριζόμενα από την παρεμβαίνουσα είναι αβάσιμα. Δεν έχει, εξάλλου, εφαρμογή στην υπό εξέταση περίπτωση η διάταξη του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, περί μη αποκλεισμού του οικονομικού φορέα που εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που ορίζει η παράγραφος 2.2.3.4 της διακήρυξης, εφόσον προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, διότι από την μη προσκόμιση του απαιτούμενου πιστοποιητικού δεν έπεται ότι ο οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μία από πιο πάνω καταστάσεις, ούτε μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις ή συμπλήρωση εγγράφων ή δικαιολογητικών που η παρεμβαίνουσα ως προσωρινός ανάδοχος είχε υποβάλει, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 102 παρ. 1, αλλ' ούτε και υποχρεούνταν, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του ίδιου άρθρου, εν όψει αποκλεισμού της, διότι σε κάθε

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

περίπτωση η εν λόγω ευχέρεια, άλλως υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται στη διευκρίνιση ή συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών και όχι σε υποβολή τους το πρώτον μετά την κατάθεση της προσφοράς, ούτε σε αναπλήρωση μη νομίμων κατά περιεχόμενο δικαιολογητικών (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 1190/2009, 1072/2009, 1282/2008, 1319/2007 κ.ά.). Ομοίως αβάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι εν όψει των αρχών προστασίας του υγιούς και ελεύθερου ανταγωνισμού μπορεί να μην εφαρμόζονται ουσιώδεις όροι της διακήρυξης, όπως π.χ. ότι μπορεί να κατακυρώνεται οριστικά δημόσια σύμβαση σε ανάδοχο, χωρίς αυτός να έχει προσκομίσει απαιτούμενο πιστοποιητικό ή έγγραφο με το απαιτούμενο περιεχόμενο, όπως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, για την απόδειξη μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού, διότι η αρχή της τυπικότητας διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων, ως ειδικότερη έκφανση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, επομένως προστατεύει και τον ανταγωνισμό και το δημόσιο συμφέρον, περαιτέρω, τυχόν μη αυστηρή ερμηνεία των όρων της σύμβασης κατά το στάδιο της κατακύρωσης μια δημόσιας σύμβασης, αφού δηλαδή έχει ολοκληρωθεί το στάδιο της υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών, εκ των πραγμάτων δεν δύναται να οδηγήσει σε μεγαλύτερη συμμετοχή οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό. Τέλος, αλυσιτελώς υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι η ένορκη βεβαίωση που προσκόμισε θα έπρεπε με το περιεχόμενο που είχε να γίνει δεκτή, χωρίς, να απαιτείται η προσκόμιση του πιο πάνω πιστοποιητικού από το αρμόδιο Πρωτοδικείο ή η συμπλήρωσή της από άλλο έγγραφο, εν όψει της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου και της χρηστής διοίκησης, επικαλούμενη ότι η Διοίκηση, ως αναθέτουσα αρχή, σε αριθμό δημοσίων συμβάσεων που η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι έχει συνάψει με έτερους δήμους και Συνδέσμους ΟΤΑ, έχει δημιουργήσει την δικαιολογημένη πεποίθηση σε αυτήν ότι με την προσκόμιση ένορκης βεβαίωσης με το περιεχόμενο που προσκόμισε στον υπό έλεγχο διαγωνισμό υποβάλλει νόμιμα δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

κατακύρωσης, λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 18/2018 και πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.), αορίστως δε επικαλείται, κατά τα λοιπά, την παράβαση της πιο πάνω αρχής, γιατί δεν επικαλείται καμία άλλη πράξη ή παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής σε βάρος της κατά παράβασή της. Κατ' ακολουθία, είναι βάσιμος και ο δεύτερος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής.

15. Επειδή, επομένως, έσφαλε η επιτροπή του διαγωνισμού που μετά την αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και τον έλεγχό τους, διαπίστωσε ότι αυτά είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει η διακήρυξη και η κείμενη νομοθεσία, ενώ θα έπρεπε να καλέσει την παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3.2 να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα παραπάνω. Συναφώς είναι μη νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, που ενέκρινε την σχετική εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού ότι η παρεμβαίνουσα προσκόμισε πλήρη και κατά την διακήρυξη και το νόμο δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακύρωσε οριστικά σε αυτήν το Τμήμα 1 της σύμβασης και, συνακόλουθα, πρέπει να ακυρωθεί.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η δε παρέμβαση να απορριφθεί.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης 333 / 2018

Ακυρώνει την με αρ. πρωτ. 71/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου, που έκρινε πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» ως προς το τμήμα 1 (προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου) του διαγωνισμού στα πλαίσια της υπ' αριθ. 4219/8-9-2017 [α.α. ΕΣΗΔΗΣ: 42758] Διακήρυξης για την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες των Βρεφονηπιακών – Παιδικών Σταθμών και Γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου» και κατακύρωσε οριστικά στον πιο πάνω οικονομικό φορέα το πιο πάνω Τμήμα του διαγωνισμού.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 12 Απριλίου του 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30-04-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ