

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 6 Σεπτεμβρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αριθμό 1054/2018 Πράξης του ιδίου, και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 807/14-08-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και δ.τ. «...», που εδρεύει στον ..., στην οδό ... αρ. ..., (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»),

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην Ρόδο, στην πλατεία Ελευθερίας, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ»), στα πλαίσια της με αριθμό ... Προκήρυξης Σύμβασης με αα ΕΣΗΔΗΣ ..., υπό τον τίτλο ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΣΥΜΠΡΑΞΗ Νο 54, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια ειδών τροφίμων στο πλαίσιο της Πράξης: ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2015-2016 – ΥΠΟΕΡΓΟ 3: ΕΙΔΗ ΤΡΟΦΙΜΩΝ, συνολικού προϋπολογισμού 484.622,88 €, χωρίς ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της τιμής, εκτός ορισμένων ειδών, για τα οποία κριτήριο κατακύρωσης θα είναι το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

πιστοποίησης τιμών της υπηρεσίας Εμπορίου της οικείας Περιφέρειας (εφεξής «διακήρυξη» ή «διαγωνισμός») και κατά της υπ' αριθ. πρωτ. 392/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το σκέλος της που δεν έκρινε ως μη νόμιμη και μη παραδεκτή την προσφορά της εταιρείας ..., (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), για τους λόγους που αναφέρονται στην ως άνω προσφυγή, η οποία κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ την 13-08-2018 και χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 14-08-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ποσού 1.416,72 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλο ...), εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», που αντιστοιχεί στο ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του Τμήματος του διαγωνισμού, για το οποίο κατέθεσε προσφορά ο προσφεύγων και στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή (Τμήμα Ε - Είδη παντοπωλείου), η οποία ανέρχεται στο ποσό των 283.344,08 € πλέον ΦΠΑ, ποσό το οποίο πληρώθηκε και δεσμεύτηκε σύμφωνα με την εκτυπωμένη σελίδα κατάστασης του με τον πιο πάνω κωδικό e-παραβόλου αυτόματης δέσμευσης της ΓΓΠΣ, με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη 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: 738 / 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, 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 μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α: ...), την 10-08-2018, κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα ότι η προσβαλλόμενη έχει αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, και ο προσφεύγων άσκησε την υπό εξέταση Προσφυγή, με κατάθεσή της, στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 13-08-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπομένης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής της για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (την 05-06-2018), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συνεπώς 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).

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο Προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενος ότι μη νομίμως δεν αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα, συνακόλουθα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον έχει υποβάλει προσφορά που έχει γίνει ήδη αποδεκτή και, αν ήθελε απορριφθεί η προσφορά του έτερου φορέα, αυξάνουν οι πιθανότητες ο προσφεύγων να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του Τμήματος της σύμβασης, για το οποίο υπέβαλε προσφορά, δεδομένου ότι αντί τεσσάρων θα αποσφραγιστούν τρεις οικονομικές προσφορές, μία εκ των οποίων είναι η δική του.

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

7. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ: ... και με αριθμό ... διακήρυξη με αα ΕΣΗΔΗΣ ..., υπό τον τίτλο ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΣΥΜΠΡΑΞΗ Νο 54, η ... προκήρυξε ανοιχτό δημόσιο διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια ειδών τροφίμων στο πλαίσιο της Πράξης: ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2015-2016 – ΥΠΟΕΡΓΟ 3: ΕΙΔΗ ΤΡΟΦΙΜΩΝ, για τον φορέα ..., συνολικού προϋπολογισμού 484.622,88 €, χωρίς ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της τιμής, εκτός ορισμένων ειδών, για τα οποία κριτήριο κατακύρωσης θα είναι το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της υπηρεσίας Εμπορίου της οικείας Περιφέρειας Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 09-07-2018 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 13-07-2018. Στο

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

διαγωνισμό προσφορές υπέβαλαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς με τις επωνυμίες, 1... (για την ΟΜΑΔΑ 5), 2. ... (για την ΟΜΑΔΑ 5), 3. ... (για τις ΟΜΑΔΕΣ 2 και 5), 4. ... (για την ΟΜΑΔΑ 5) και 5. ... (για την ΟΜΑΔΑ 2). Αφού έλαβε χώρα η αποσφράγιση των ηλεκτρονικών προσφορών κατά την διαδικασία που προβλέπεται, η ορισθείσα Επιτροπή του Διαγωνισμού εξέτασε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές των διαγωνιζομένων, και έκρινε με βάση τις διατάξεις της διακήρυξης του διαγωνισμού ως εξής: Για τις ομάδες 1,3,4,6 δεν υπήρξε καμία συμμετοχή και ως εκ τούτου έχουμε άγωνα δημοπρασία. Η επιτροπή του διαγωνισμού προτείνει την προσφυγή σε διαπραγμάτευση βάση του άρθρου 32, παραγ.2α του ν. 4412/2016. Ο διαγωνιζόμενος με την επωνυμία ... δεν κατέθεσε αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού ψηφιακά υπογεγραμμένο από τη Γ.Ε.Μ.Η. Σύμφωνα με το άρθρο 10 της αριθ. ... διακήρυξης η μη υποβολή του καταστατικού ψηφιακά υπογεγραμμένο από τη Γ.Ε.Μ.Η. είναι λόγος αποκλεισμού. Τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές που κατέθεσαν οι διαγωνιζόμενοι..., ..., ..., ... κρίνονται επαρκή σύμφωνα με την ανωτέρω διακήρυξη, συνεπώς η επιτροπή εισηγείται τη συνέχισή τους στη επόμενη φάση του διαγωνισμού. Τα παραπάνω αποτυπώθηκαν στο από 13-07-2018 Πρακτικό 1^{ου} σταδίου του διαγωνισμού (δικαιολογητικά συμμετοχής και αξιολόγηση τεχνικών προσφορών) της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο εγκρίθηκε ομόφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση (υπ' αριθ. πρωτ. 392/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής), σύμφωνα με την οποία, εκτός άλλων, αποφασίστηκε, εκτός από την εταιρεία με την επωνυμία ... που αποκλείστηκε, οι λοιποί διαγωνιζόμενοι να συνεχίσουν στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού.

8. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει να ακυρωθεί υπ' αριθ. πρωτ. 392/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το σκέλος της που δεν έκρινε ως μη νόμιμη και μη παραδεκτή την προσφορά του έτερου οικονομικού

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

φορέα που συμμετείχε στον διαγωνισμό με την επωνυμία..., διότι το ΕΕΕΣ που υπέβαλε με την προσφορά του στον υπό εξέταση διαγωνισμό, δεν είχε υπογραφεί και από τα τρία μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου της ανώνυμης εταιρείας (αυτή την νομική μορφή έχει ο καθ' ου οικονομικός φορέας), αντ' αυτού είχε υπογραφεί μόνον από τον Πρόεδρο του ΔΣ και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής, κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 1 της διακήρυξης, σύμφωνα με τα οποία οι λόγοι αποκλεισμού πρέπει να μην συντρέχουν στο πρόσωπο του διευθύνοντα συμβούλου και όλων των μελών του ΔΣ της υποψήφιας ανώνυμης εταιρείας και κατά λογική ακολουθία τα ίδια αυτά πρόσωπα οφείλουν να δηλώνουν την μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού στο ΕΕΕΣ που πρόκειται να υποβάλει η διαγωνιζόμενη ανώνυμη εταιρεία. Στην προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα να ανασταλεί περαιτέρω η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και να μην χωρήσει περαιτέρω η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως το άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ..., μέχρις εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής, επί του οποίου αιτήματος εκδόθηκε η με αριθμό Α380/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ (2^ο Κλιμάκιο).

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. 7123/16-08-2018 Απόψεις της ισχυρίζεται ότι ορθώς η επιτροπή του διαγωνισμού έκανε αποδεκτή την εταιρία ... για την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, διότι η επίμαχη διαγωνιζόμενη εταιρία μπορούσε να συμμετάσχει, κατά την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ., με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα βάσει του άρθρου 79Α του ν. 4412/2016 έτσι όπως προστέθηκε με τον νόμο 4497/2017 (άρθρο 107 , περιπτ. 13).

10. Επειδή, εν προκειμένω, η διακήρυξη, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, προέβλεπε, στο άρθρο 8 με τίτλο «Αποκλεισμός υποψηφίων», ότι «Στο διαγωνισμό δεν γίνονται δεκτοί (αποκλείονται) όσοι

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

υποψήφιοι (βάσει του άρθρου 73 του ν. 4412/2016): 1. Εμπíπτουν σε μία από τις ακόλουθες καταστάσεις: • Συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, ... • Δωροδοκία, ... • Απάτη, ... • Τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεόμενα με τρομοκρατικές δραστηριότητες, ... • Νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, ... • Παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων, ... Σημείωση : 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 εν λόγω οικονομικού φορέα, ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Οι ανωτέρω λόγοι αποκλεισμού αφορούν κατ' ελάχιστον: (α) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.) και ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) τους διαχειριστές. (β) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.) τον διευθύνοντα σύμβουλο καθώς και όλα τα μέλη του Δ.Σ. ...», στο άρθρο 10 με τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», ότι «Η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει την πλήρη γνώση και την χωρίς καμία επιφύλαξη αποδοχή όλων των όρων της διακήρυξης από τους ενδιαφερόμενους, οι οποίοι οφείλουν να υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά, σε μορφή αρχείου τύπου .pdf σύμφωνα με τον νόμο ν. 4155/13((ΦΕΚ 120 /Α/29-5-2013), όπως ισχύει και το άρθρο 11 της ΥΑ Π1/2390/13 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)», όπως αναλυτικά περιγράφονται κατωτέρω: 1 [...], ... 5. Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους συμπληρωμένο το πρότυπο Ε.Ε.Ε.Σ. όπως αυτό έχει οριστεί από τις αναθέτουσες αρχές/τους αναθέτοντες φορείς στη διακήρυξη (ήτοι είτε στο κείμενο αυτής είτε στο ξεχωριστό αρχείο PDF που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της) σε μορφή pdf (Αποφ. Π1/2390/13) ψηφιακά

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

υπογεγραμμένο κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 73 του ν.4412/16 και την διακήρυξη.».

11. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων προκύπτει ότι στα πλαίσια του υπό εξέταση διαγωνισμού, πράγματι αποκλείεται οικονομικός φορέας που είτε ο ίδιος, αν έχει τη μορφή νομικού προσώπου, είτε ένας από το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν έχει υποπέσει σε μία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 8 της διακήρυξης, ειδικώς δε για τα φυσικά πρόσωπα – μέλη της διοίκησής του, εφόσον εις βάρος τους εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση. Περαιτέρω, για την προαπόδειξη της μη ύπαρξης τέτοιων λόγων αποκλεισμού προκύπτει ότι με τα δικαιολογητικά συμμετοχής του στον διαγωνισμό ο υποψήφιος οικονομικός φορέας ώφειλε να υποβάλει ΕΕΕΣ, στο οποίο θα έπρεπε να δηλώνει την μη ύπαρξη των στο άρθρο 8 της διακήρυξης λόγων αποκλεισμού για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.

12. Επειδή, ωστόσο, για την υπογραφή του ΕΕΕΣ, με το αμέσως πιο πάνω περιεχόμενο, η διακήρυξη δεν περιέχει σαφή και ρητή διάταξη, αλλά παραπέμπει στις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016, εξάλλου, προβλέπεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 ή είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με άλλο τρόπο, ότι υπάρχει εις βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους ...». Από τις διατάξεις αυτές, ομοίως δεν προκύπτει ο τρόπος υπογραφής του ΕΕΕΣ, για την επαλήθευση, ωστόσο, της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού του οικονομικού φορέα και των μελών της διοίκησής του, οι διατάξεις αυτές ρητώς

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

παραπέμπουν στα άρθρα 79 έως 81 του Ν. 4412/2016. Στο άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπεται ότι «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, ...», στο αμέσως επόμενο δε άρθρο, στο οποίο η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 73 του ίδιου νόμου στο οποίο παραπέμπει, το άρθρο 79^Α, ότι «1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 3. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται και για την υπογραφή του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) το οποίο εκδίδει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).».

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

13. Επειδή, από το σύνολο των πιο πάνω διατάξεων της διακήρυξης και του νόμου προκύπτει ότι στον επίμαχο διαγωνισμό δεν προβλεπόταν με σαφή και ρητή διάταξη οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς με τη μορφή νομικών προσώπων να υποβάλουν ΕΕΕΣ υπογεγραμμένο από όλα τα μέλη διοίκησης τους, αν, μάλιστα, επρόκειτο για ανώνυμη εταιρεία, από όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου αυτών, αλλά, μολονότι στο ΕΕΕΣ ώφειλαν να δηλώσουν αν υφίστανται λόγοι αποκλεισμού για το σύνολο των φυσικών προσώπων, μελών της διοίκησής τους, το ΕΕΕΣ αρκεί να ήταν υπογεγραμμένο από τον νόμιμο εκπρόσωπο αυτών, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής τους κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον κάθε οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

14. Επειδή, συνακόλουθα αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι η διακήρυξη έχει συνδέσει το ζήτημα της σύνταξης και υπογραφής του ΕΕΕΣ με τους λόγους αποκλεισμού, συνεπώς αφού οι λόγοι αποκλεισμού δεν πρέπει να συντρέχουν για το σύνολο των φυσικών προσώπων, μελών της διοίκησής τους, το ΕΕΕΣ, έπρεπε να έχει υπογραφεί από το σύνολο των φυσικών αυτών προσώπων, διότι καμία ρητή και σαφής τέτοια υποχρέωση δεν προκύπτει, κατά τα άνω. Ομοίως, αβάσιμα ισχυρίζεται ότι εφόσον δεν προβλέπεται ρητώς η εφαρμογή του άρθρου 79^Α του ν. 4412/2016, ως ενδοτικού δικαίου, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 79, διότι, όπως αναφέρθηκε στην σκέψη 12 της παρούσας, για την υπογραφή του ΕΕΕΣ, η διακήρυξη παρέπεμπε στις διατάξεις του άρθρου 73, το οποίο ομοίως παρέπεμπε στις διατάξεις των άρθρων 79 έως 81 του Ν. 4412/2016, στις οποίες, με την παρ. 13 του άρθρου 107 του ν.4497/2017 (Α/171) εντάχθηκε συστηματικά και το άρθρο 79^Α, επομένως, ελλείπει ρητής διάταξης της διακήρυξης που να αποκλείει την

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

εφαρμογή του ή να θεσπίζει διαφορετική ρύθμιση από τις διατάξεις του (ΑΕΠΠ 195/2017), στον υπό εξέταση διαγωνισμό είχε εφαρμογή.

15. Επειδή, και υπό την εκδοχή ότι δεν προβλεπόταν ρητώς η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 79^A του Ν. 4412/2016 στον υπό εξέταση διαγωνισμό, υπάρχει τουλάχιστον ασάφεια και αμφισημία αν πράγματι αποκλείεται η εφαρμογή τους, γεγονός που δεν μπορεί να ερμηνευθεί, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών, σε βάρος διαγωνιζόμενου, αλλά θα πρέπει προηγουμένως να παρασχεθεί σε αυτόν η δυνατότητα να συμπληρώσει τα τυχόν μη επαρκή δικαιολογητικά του (πρβλ. ΣΤΕ 423.424. 425/2011). Και τούτο, διότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347,

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συνακόλουθα, είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι διαγωνιζόμενος που υπέβαλε ΕΕΕΣ που δεν είχε υπογραφεί από το σύνολο των μελών της διοίκησής του, έπρεπε να αποκλειστεί και για τον λόγο που αναπτύσσεται στην παρούσα σκέψη.

16. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των όσων γίνονται δεκτά παραπάνω και μετά από επισκόπηση των εγγράφων του που συνυπέβαλε με την προσφορά του (αρ. προσφοράς 101696) ο καθ' ου οικονομικός φορέας με την επωνυμία..., στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (α.α. ΕΣΗΔΗΣ ...), και πιο συγκεκριμένα, α) του ΕΕΕΣ του, που φέρει στο τέλος του απεικόνιση ψηφιακής υπογραφής από τον..., β) του με αρ. πρωτ. ... Πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης του ως άνω φορέα από το αρμόδιο τμήμα μητρώου/Υπηρεσία ΓΕΜΗ και γ) της με αρ. πρωτ. ... Ανακοίνωσης καταχώρισης στοιχείων για τον ίδιο οικονομικό φορέα της ίδιας Υπηρεσίας Μητρώου, σύμφωνα με τα οποία Πρόεδρος του ΔΣ και Διευθύνων Σύμβουλος του καθ' ου φορέα, με πλήρες δικαίωμα εκπροσώπησης και όλες τις εξουσίες διαχείρισης στο πρόσωπό του, κατά τον χρόνο υπογραφής του επίμαχου ΕΕΕΣ (09-07-2018) ήταν ο ..., συνακόλουθα, η αναθέτουσα αρχή νομίμως δεν απέκλεισε τον καθ' ου οικονομικό φορέα γιατί υπέβαλε ΕΕΕΣ ψηφιακά υπογεγραμμένο μόνον από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτού, τ' αντίθετα δε υποστηριζόμενα, περί της επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωσης υπογραφής του ΕΕΕΣ του καθ' ου οικονομικού φορέα και από τα άλλα δύο κατά τα άνω έγγραφα εκπροσώπησης μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου αυτού, ήτοι της..., Αντιπροέδρου του ΔΣ και της..., μέλους του ΔΣ της εταιρείας, είναι αβάσιμα.

Αριθμός Απόφασης: 738 / 2018

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 06-09-2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 17-09-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

δυνάμει της με αρ. 1/2018 Απόφασης της Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. περί εξέτασης και έκδοσης Απόφασης επί των μέχρι 06-09-2018 εκκρεμών Προσφυγών από τις μέχρι τότε συνθέσεις των Κλιμακίων Α.Ε.Π.Π.

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ