

**Αριθμ. απόφ. 2107/2020**

*Κατηγορία: Προσυμβατικές διαφορές (Προμήθειες)*

*Περίληψη: Μη προσκόμιση ποινικού μητρώου. Απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης.*

**ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ**

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 6 Οκτωβρίου 2020, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Εβδόμου Τμήματος, Δέσποινα Καββαδία – Κωνσταντάρα και Αργυρώ Μαυρομμάτη, Σύμβουλοι, Ιωάννης Καλακίκος και Ευπραξία Δημολιού, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: δεν παρέστη, σύμφωνα με το άρθρο 223 παρ. 2 του ν. 4700/2020 σε συνδυασμό με τα Πρακτικά της 1ης Οκτωβρίου 2020 της Ολομέλειας της Γενικής Επιτροπείας της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη Τμήματος, δικαστική υπάλληλος με βαθμό Α΄.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από ....2020 (ΑΒΔ .....) προσφυγή ανάκλησης της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης από τον ....., που εδρεύει στον ..... (οδός .....) και παραστάθηκε μετά του πληρεξουσίου της δικηγόρου Σπυρίδωνος Παπαχρήστου (ΑΜ ΔΣΑ 18826).

Με την αίτηση αυτή επιδιώκεται η μερική ανάκληση της ...../2020 Πράξης του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφθηκε**

**κατά το Νόμο και**

**Αποφάσισε τα ακόλουθα :**

1. Με την υπό κρίση προσφυγή, για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο (βλ. το με κωδικό πληρωμής ..... δεσμευμένο ηλεκτρονικό παράβολο του Δημοσίου, ποσού 100 ευρώ), όπως οι λόγοι αυτής αναπτύσσονται με το παραδεκτώς κατατεθέν στις .....2020 υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της ...../2020 Πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά το μέρος κατά το οποίο κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης ποσού 24.000 ευρώ, μεταξύ της ..... και της ήδη προσφεύγουσας εταιρείας ..... Η αίτηση αυτή έχει ασκηθεί νομότυπα και εμπρόθεσμα κατ' άρθρο 328 του ν. 4700/2020, ως εκ τούτου είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω.

2. Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147, διόρθ. σφαλμ. Α' 200), ορίζει στο άρθρο 73 αυτού, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 107 παρ. 6 του ν. 4497/2017 (ΦΕΚ Α' 171/13.11.2017), 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: α) (...) ε) (...). Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη 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. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά ιδίως: αα) (...) ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου. (...)» και στο άρθρο 80 ότι «1. (...) 2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως

επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: α) για την παράγραφο 1 του εν λόγω άρθρου, την προσκόμιση αποσπάσματος του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, (...). Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και τα πρόσωπα του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 73, β) ....

**3.** Εξ' άλλου η ...../27.8.2020 Πρόσκληση Υποβολής Προσφοράς της ....., με την οποία καθορίστηκαν οι όροι συμμετοχής στην επιλεγείσα εν προκειμένω διαδικασία ανάθεσης με διαπραγμάτευση, ορίζει στο άρθρο 2 αυτής ότι οι ενδιαφερόμενοι υποβάλλουν έως την ...2020, σε φυσικό, κλειστό και σφραγισμένο φάκελο. μεταξύ άλλων, και υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α' 75), όπως εκάστοτε ισχύει, με την οποία θα δηλώνουν ότι δεσμεύονται για την τήρηση όλων των όρων της. Στο ίδιο ως άνω άρθρο της Πρόσκλησης προβλέπονται και τα δικαιολογητικά που πρέπει να συνυποβληθούν με την προσφορά, στα οποία περιλαμβάνεται, υπό το στοιχ. 4, ένα «Απόσπασμα ποινικού μητρώου, από το οποίο να προκύπτει ότι δεν υπάρχει εις βάρος του οικονομικού φορέα τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση, για κάποιο από τα αδικήματα της παρ. 1 άρθρο 73 του ν. 4412/2016, το οποίο θα έχει εκδοθεί έως και 3 μήνες πριν από την ημέρα υποβολής του 'άρθρο 43 παρ. 7αδ του ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α'/1-4-2019)'. Το ποινικό μητρώο θα προσκομιστεί κατά την υπογραφή της σύμβασης. 'Η Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 8 του ν. 1599/1986, στην οποία θα δηλώνεται ότι: Δεν υπάρχει εις βάρος μου αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους λόγους της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Η υποχρέωση αυτή αφορά κατ'ελάχιστον: α) (...) β) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε) τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου (άρθρο 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016)».

**4.** Από τα προδιαληφθέντα προκύπτει ότι η ....., ως αναθέτουσα αρχή, αποβλέποντας στην κατά το δυνατό μεγαλύτερη εξασφάλιση της εντιμότητας, της φερεγγυότητας και της αξιοπιστίας των υποψηφίων αναδόχων προέβλεψε ως υποχρεωτική, σύμφωνα με το άρθρο 73 του ν. 4412/2016, την απόδειξη από τους συμμετέχοντες στη διαπραγμάτευση ότι δεν έχουν καταδικαστεί για τη διάπραξη μιας σειράς αδικημάτων που προβλέπονται στην παρ. 1 του άρθρου αυτού, τα οποία τους καθιστούν αυτομάτως ακατάλληλους να τους ανατεθεί η σύμβαση. Περαιτέρω,

δοθέντος ότι η επιλεγείσα διαδικασία ανάθεσης για λόγους ταχύτητας ήταν εκείνη της διαπραγμάτευσης, η ..... όρισε ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς πρέπει να θεμελιώσουν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους το δικαίωμα συμμετοχής τους, προσκομίζοντας μεταξύ άλλων και απόσπασμα (αντίγραφο) ποινικού μητρώου που να αποδεικνύει τη μη συνδρομή στο πρόσωπό τους των τιθέμενων από το προμνησθέν άρθρο λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού ή, αντ' αυτού, μία Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 8 του ν. 1599/1986, στην οποία θα δηλώνεται, προαποδεικτικώς, ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος τους τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους λόγους της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, έως ότου αποδείξουν πλήρως ότι δεν εμπíπτουν στους αναφερόμενους στη διάταξη αυτή λόγους αποκλεισμού με την προσκόμιση του αντιγράφου ποινικού μητρώου κατά την υπογραφή της συμβάσεως. Εκ τούτων παρέπεται ότι η μη υποβολή αντιγράφου ποινικού μητρώου ή, εναλλακτικά, Υπεύθυνης Δήλωσης κατά την υποβολή της προσφοράς, με το οριζόμενο στην πρόσκληση υποβολής προσφορών συναφές περιεχόμενο, δεν μπορεί να θεραπευτεί με την υποβολή αντιγράφου ποινικού μητρώου, μεταγενέστερα, σε επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως εάν ο χρόνος έκδοσης αυτού καλύπτει ή όχι τον ορισθέντα χρόνο υποβολής της προσφοράς, διότι τούτο συνεπάγεται παραβίαση της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να αποδέχεται ως υποχρεωτικούς τους λόγους αποκλεισμού που ο νομοθέτης επέβαλε ως τέτοιους, σε συγκεκριμένο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και, παραλλήλως, αντιβαίνει στις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

**5.** Στην υπό κρίση υπόθεση, από την υπό ανάκληση Πράξη, καθώς και από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

**α)** Με την 461/26.8.2020 απόφαση της ....., εγκρίθηκε, μεταξύ άλλων, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση διακήρυξης (άρθρα 26 παρ. 6 και 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016), σύμφωνα με σχετική πρόβλεψη στο άρθρο τέταρτο της από 22.08.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α' 161) που κυρώθηκε με το άρθρο 2 του ν. 4722/2020 (Α' 177), για την ανάθεση της προμήθειας υγειονομικού υλικού (μασκών), για τις σχολικές μονάδες των Δήμων, προϋπολογισμού 6.108.199,97 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 6%.

**β)** Ακολούθησε η ανάρτηση στο πρόγραμμα «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» (ΑΔΑ: ..... ) της .../....2020 πρόσκλησης για την υποβολή προσφορών από τους ενδιαφερόμενους

οικονομικούς φορείς, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής την .... 2020, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής μονάδας για κάθε μία από τις δύο Ομάδες των υπό προμήθεια μασκών.

γ) Στην πρόσκληση ανταποκρίθηκαν 95 υποψήφιοι, παραδεκτός όμως κρίθηκε ότι υπεβλήθησαν 18 προσφορές συμμετεχόντων για την Ομάδα 1 και 17 προσφορές για την Ομάδα 2. Μεταξύ των παραδεκτών υποβαλλόντων προσφορά για την Ομάδα 1 ήταν και η προσφεύγουσα εταιρεία ... . Με την .../...2020 απόφαση της ..... κατακυρώθηκαν τα αποτελέσματα του διαγωνισμού στους 25 αναδειχθέντες αναδόχους έναντι της προσφερθείσας από αυτούς τιμής ανά τεμάχιο και ποσότητας τεμαχίων, σε εκτέλεση δε αυτής συνετάγησαν στη συνέχεια 25 σχέδια συμβάσεων, μεταξύ των οποίων και το υπ. αριθ. 16 με συμβαλλόμενη την προσφεύγουσα, συμβατικού τιμήματος 24.000 ευρώ.

6. Με την προσβαλλόμενη Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή, πλην άλλων, του σχεδίου σύμβασης της ..... με την προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, το Κλιμάκιο δέχτηκε ότι παραβιάστηκε η νόμιμη διαδικασία ανάθεσης, διότι, κατά παράβαση του προπαρατεθέντος άρθρου 2 περ. 4 της Πρόσκλησης Υποβολής Προσφορών, η προσφεύγουσα παρέλειψε να προσκομίσει απόσπασμα ποινικού μητρώου από το οποίο να προκύπτει ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου (Δ.Σ) αυτής τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για κάποιο από τα αδικήματα του άρθρου 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ή την εναλλακτικώς ζητούμενη Υπεύθυνη Δήλωση.

7. Με την κρινόμενη προσφυγή ανάκλησης και το προς ανάπτυξη αυτής κατατεθέν υπόμνημα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ανάκληση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που την αφορά, ισχυριζόμενη ότι: ι) Η εταιρεία είχε υποβάλλει την από ...2020 Υπεύθυνη Δήλωση του Αντιπροέδρου του Δ.Σ. και Διευθύνοντος Συμβούλου αυτής, στην οποία ρητά αναφέρεται ότι: «α) δεν συντρέχει κανένα νόμιμο κώλυμα συμμετοχής μας στη διαδικασία, β) εξακολουθούμε να πληρούμε όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που προβλέπονται στην Αρ.Πρωτ. .... πρόσκληση και γ) υποχρεούμαστε να προσκομίσουμε τα νομίμως προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή ανάθεσης εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την υπογραφή της σύμβασης. β) Σε κάθε περίπτωση έχουν ήδη εκδοθεί από ..... τα αντίγραφα ποινικών μητρώων των τεσσάρων εκ των πέντε μελών του Διοικητικού Συμβουλίου

(Δ.Σ.) της εταιρείας (τριών μελών και του Αντιπροέδρου - Διευθύνοντος Συμβούλου), με το υπόμνημα δε προσκομίζεται και το από ..... αντίγραφο ποινικού μητρώου του Προέδρου του Δ.Σ αυτής, το οποίο εκδόθηκε μετά από προηγούμενη αίτησή του, απροσδιορίστου ημεροχρονολογίας.

**8.** Υπό αυτές τις περιστάσεις, και ενόψει όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 2, το Τμήμα κρίνει ότι η υποβληθείσα με την προσφορά της ....., στις ....2020, Υπεύθυνη Δήλωση του Αντιπρέδρου του Δ. Σ και Διευθύνοντος Συμβούλου αυτής, δεν έχει, ως εκ της γενικότητάς της, το απαιτούμενο από την Πρόσκληση Υποβολής Προσφοράς περιεχόμενο, που θα της επέτρεπε να εκληφθεί ως Υπεύθυνη δήλωση περί μη συνδρομής των λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού της παρ 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, Υπεύθυνη Δήλωση, με το περιεχόμενο αυτό, η οποία όφειλε να υποβληθεί από τους επιλεγέντες αναδόχους αντί των απαιτούμενων κατά περίπτωση δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά τη διάρκεια της πλήρους ή μερικής αναστολής λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών λόγω της πανδημίας του COVID-19, προβλεπόταν από την διάταξη του άρθρου 41 της από 13.4.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α' 84) που κυρώθηκε με το άρθρο 1 του ν. 4690/2020 (Α' 104), η οποία, όμως δεν τυγχάνει εφαρμογής στην προκειμένη περίπτωση, το μεν διότι δεν περιλαμβάνεται στο κανονιστικό πλαίσιο που διέπει την Πρόσκληση Υποβολής Προσφορών, το δε διότι σε κάθε περίπτωση, η εν λόγω Πρόσκληση προβλέπει την εναλλακτική δυνατότητα υποβολής Υπεύθυνης Δήλωσης στο στάδιο της υποβολής της προσφοράς. Τέλος, αβασίμως επικαλείται η προσφεύγουσα, προς θεραπεία της αναδειχθείσας από το Κλιμάκιο παράλειψής της, την ύπαρξη των αντιγράφων ποινικού μητρώου των μελών του Δ.Σ αυτής προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, ή έστω πριν από την υπογραφή της σύμβασης. Τούτο διότι η, κατά τα προεκτέθεντα, επίτευξη του επιδιωκόμενου με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 1 σκοπού θα διακυβευόταν, όπως και η εφαρμογή των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, εάν γινόταν δεκτό ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να εξετάζουν τη συνδρομή ή μη των προβλεπόμενων από το άρθρο αυτό υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου.

**9.** Κατ' ακολουθία των εκτεθέντων, η κρινόμενη προσφυγή ανάκλησης πρέπει να απορριφθεί.

**Για τους λόγους αυτούς Απορρίπτει**

την προσφυγή ανάκλησης.

Δεν ανακαλεί, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό, την Πράξη ...../2020 του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ**

**ΕΥΠΡΑΞΙΑ ΔΗΜΟΛΙΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 3 Νοεμβρίου 2020.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**