

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 30^η Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-6-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 585/25-6-2018, της ένωσης εταιρειών, δυνάμει του από 01.09.2017 ιδιωτικού συμφωνητικού, με την επωνυμία, με έδρα στο Αττικής,, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και αποτελείται από α) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία....., με τον διακριτικό τίτλο που εδρεύει στο,, νομίμως εκπροσωπούμενης, και β) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία με τον διακριτικό τίτλο....., που εδρεύει στα.....,, νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του Δήμου Μυκόνου (αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στη Μύκονο, Κτίριο Βοϊνόβιτς, Γιαλός Ακτή Καμπάνη, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία....., με τον διακριτικό τίτλο....., που εδρεύει στο, και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά : Να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 77/2018 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου Μυκόνου δυνάμει της οποίας: α) εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 3/29.05.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού του Δήμου Μυκόνου περί αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου του διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου παροχής της υπηρεσίας «ΔΡΑΣΕΙΣ ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΒΟΛΗΣ ΔΗΜΟΥ ΜΥΚΟΝΟΥ 2017-2018» , β) κατακυρώθηκε η παροχή της ως άνω υπηρεσίας στην παρεμβαίνουσα και γ) εξουσιοδοτήθηκε ο κ. Πρόεδρος της Οικονομικής Επιτροπής για τις δικές του νόμιμες ενέργειες και, κατά συνέπεια, αιτείται την ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 656/2018

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να απορριφθεί η προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη πράξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ύψους 1.411,29 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 220255123958 0820 0059, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», την από 20-7-2018 βεβαίωση της ALPHA BANK περί πληρωμής του παραβόλου, και εκτύπωση με ημερομηνία 21-6-2018 από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) που αναφέρει ότι το ως άνω παράβολο έχει πληρωθεί με χρήση κάρτας.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. Πρωτ. 7420/9-8-2017 2017 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Διεθνή Δημόσιο Ανοικτό Διαγωνισμό για την επιλογή Αναδόχου για την Εκτέλεση της Εργασίας «Δράσεις Τουριστικής Προβολής Δήμου Μυκόνου 2017-2018», CPV 79340000-9, 79341400-0, 79342200-5, 79310000-0, 79312000-4, 79530000-8, 79713000-5, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, κατόπιν σταθμισμένης βαθμολόγησης των κριτηρίων αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, ενδεικτικού προϋπολογισμού 282.258,06 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.

3. Επειδή περίληψη της πρόσκλησης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 31-7-2017, όπου έλαβε αριθμό 2017/S 148-306611, το δε πλήρες κείμενο αυτής καταχωρήθηκε την 9-8-2017 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 17PROC001792244, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 45197.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 656/2018

και επομένως νόμιμα και παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχε μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα με τις προσφορές υπ' αριθ. και αντίστοιχα, καθώς και δύο άλλοι οικονομικοί φορείς. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την προσφορά της την 18-9-2017, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

6. Επειδή την 4-10-2017 συνεδρίασε η Επιτροπή Διενέργειας/Επιτροπή Αξιολόγησης Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων έτους 2017 της αναθέτουσας αρχής και εξέδωσε το με αριθ. 1/4-10-2017 Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο : α) κατόπιν αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και ως απορριπτές τις προσφορές των δύο άλλων οικονομικών φορέων, και β) αφού αξιολόγησε τις τεχνικές προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας τις βαθμολόγησε με 100 και 107 μονάδες αντίστοιχα και διαπίστωσε *«..ότι οι υποβαλλόμενες προσφορές της καθώς και της εταιρείας πληρούν όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης και ως εκ τούτου γίνεται δεκτή για τη συνέχεια του διαγωνισμού και επομένως συνεχίζει στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, που είναι η ηλεκτρονική αποσφράγιση των Οικονομικών Προσφορών»* Εν συνέχεια, με την υπ' αριθ. 2/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα από το πρακτικό 01/12-01-2018 τακτικής συνεδρίασεως), εγκρίθηκε το παραπάνω Πρακτικό και εγκρίθηκαν ως αποδεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας *«...οι οποίες πληρούν όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης και επομένως συνεχίζουν στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, που είναι η ηλεκτρονική αποσφράγιση των Οικονομικών Προσφορών.»*

7. Επειδή την 2-4-2018 συνεδρίασε η Επιτροπή Διενέργειας/Επιτροπή Αξιολόγησης Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων έτους 2017 της αναθέτουσας αρχής και εξέδωσε το με αριθ. 2/2-4-2018 Πρακτικό σύμφωνα με το οποίο : α) κατόπιν αποσφράγισης και ελέγχου των οικονομικών προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας *«Αναφορικά με το περιεχόμενο των προσφορών η επιτροπή επισημαίνει ότι περιελάμβαναν τους σχετικούς πίνακες συμμόρφωσης του συστήματος και επισυναπτόμενα τα*

Αριθμός απόφασης: 656/2018

σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη» και β) αφού έλαβε υπόψη την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας ποσού 225.806,45 ευρώ και της παρεμβαίνουσας ποσού 227.001 ευρώ, γ) κατόπιν προέβη στην βαθμολόγηση της τελικής αξιολόγησης και έκρινε ότι η προσφεύγουσα συγκεντρώνει βαθμολογία 94,44 και η παρεμβαίνουσα 99,92, και δ) εν συνεχεία πρότεινε την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου «διότι η προσφορά της κρίνεται συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές». Εν συνεχεία, με την υπ' αριθ. 36/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα από το πρακτικό 08/03-04-2018 τακτικής συνεδρίασεως), εγκρίθηκε το παραπάνω Πρακτικό και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος με ποσό προσφοράς 227.001 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

8. Επειδή την 29-5-2018 συνεδρίασε εκ νέου η Επιτροπή Διενέργειας/Επιτροπή Αξιολόγησης Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων έτους 2017 της αναθέτουσας αρχής και εξέδωσε το με αριθ. 3/29-5-2018 Πρακτικό με το οποίο α) αφού διαπίστωσε ότι την 7-5-2018 προσκλήθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος όπως υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός 20ημερών και β) εν συνεχεία αφού την 29-5-2018 αποσφράγισε ηλεκτρονικά τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης προέβη σε έλεγχο τούτων «και βρήκε αυτά πλήρη» γ) και κατόπιν πρότεινε προς την Οικονομική Επιτροπή να κατακυρωθεί η προμήθεια στην παρεμβαίνουσα «..καθώς κατέθεσε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης εμπροθέσμως και σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη». Εν συνεχεία, με την υπ' αριθ. 77/2018 –ήδη προσβαλλόμενη- απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα από το πρακτικό 15/12-06-2018 τακτικής συνεδρίασεως), εγκρίθηκε το παραπάνω Πρακτικό και κατακυρώθηκε η εκτέλεση της προμήθειας στην παρεμβαίνουσα. Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε την 14-6-2018 στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα την 22-6-2018, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην

Αριθμός απόφασης: 656/2018

ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή την 25-6-2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην, προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. παρ. 1 περ. (α) του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, στην παρεμβαίνουσα, με μήνυμα μέσω της «*Επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

11. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον, καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της κατακύρωσης της προμήθειας στην παρεμβαίνουσα, ασκήθηκε την 26-6-2018 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ336/2018 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017 τρόπο κατάθεσης στην «*Επικοινωνία*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίηση την 4-7-2018 στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της παρεμβαίνουσας.

12. Επειδή την 3-7-2018 η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

13. Επειδή η προσφυγή εισήχθη ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, 365 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 8, 10, 112, 13 του ΠΔ 39/2017, και κατόπιν της με αριθ.780 Πράξης της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή.

14. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και προσκομίζοντας μετ' επικλήσεως σχετικά έγγραφα, και επικαλούμενη τα άρθ. 6 (Αποκλεισμός Συμμετοχής), 20 (Δικαιολογητικά Κατακύρωσης) της διακήρυξης, τα άρθ. 73, 79 παρ. 1, 103 παρ. 3-5, 104 ν. 4412/2016, την υπ' αριθ. 20 κατευθυντήρια οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς ανταγωνισμού, ισχυρίζεται με τον μόνο λόγο της προσφυγής της ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αποκλείσει την παρεμβαίνουσα διότι δεν υπέβαλε

Αριθμός απόφασης: 656/2018

πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας που να βεβαιώνει ότι ήταν ενήμερη φορολογικά κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Και ειδικότερα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι : «..Όπως προκύπτει από τη διακήρυξη, ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να προσκομίσει, μεταξύ των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πιστοποιητικό (φορολογική ενημερότητα) που εκδίδεται από αρμόδια κατά περίπτωση αρχή, από το οποίο προκύπτει ότι, τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του (18.09.2017) όσο και κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (23.05.2018) ήταν ενήμερος ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις του (βλ. όρο 20 (5) της διακήρυξης). Όμως, όπως προκύπτει από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε ηλεκτρονικά, **δεν** περιλαμβάνεται πιστοποιητικό που να αποδεικνύει ότι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του στις 18.09.2017, ήταν ενήμερος ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις του. Αντίθετα, από το πιστοποιητικό που προσκόμισε (βλ. υπ' αριθ. 9 σχετικό έγγραφο) προκύπτει ότι αυτός ήταν φορολογικά ενήμερος **μόνον κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 23.05.2018**. Η έλλειψη της φορολογικής ενημερότητας άγει αναμφίβολα στον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου σύμφωνα με το άρθρο 103§4 του Ν. 4412/2016. Εγείρει, όμως, ταυτόχρονα και σημαντικά ζητήματα σε σχέση με την ακρίβεια και αλήθεια των περιεχομένων του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο συνιστά τύπο υπεύθυνης δήλωσης κατά την έννοια του Ν. 1599/1986 και με τις εκεί προβλεπόμενες συνέπειες. Πράγματι, η μη προσκόμιση του οφειλόμενου πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας καθιστά αδύνατο τον έλεγχο τόσο από την αναθέτουσα αρχή όσο και από εμάς της συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73§4 (ζ) και (η) του Ν. 4412/2016. Ο προσωρινός ανάδοχος έχοντας δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι δεν έχει παραβεί τις φορολογικές του υποχρεώσεις (βλ. υπ' αριθ. 13 σχετικό έγγραφο σελ. 3 και 12) και μη προσκομίζοντας το σχετικό αποδεικτικό εκτίθεται στους προβλεπόμενους από τις παραπάνω διατάξεις λόγους αποκλεισμού που αφορούν α) σε τυχόν ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού, β) σε απόκρυψη τέτοιων πληροφοριών ή γ) σε παροχή εξ αμελείας παραπλανητικών πληροφοριών που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις

Αριθμός απόφασης: 656/2018

αποφάσεις που αφορούν στον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση. Οι παραπάνω λόγοι αποκλεισμού δεν είναι δεκτικοί ίασης. Και τούτο διότι, η μη προσκόμιση πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας από το οποίο να προκύπτει ότι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του ο προσωρινός ανάδοχος ήταν ενήμερος, ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις του, **δεν αναπληρώνεται** από την προσκόμιση φορολογικής ενημερότητας που καταγράφει μόνον ότι ο υπόχρεος ήταν ενήμερος κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Στην προκειμένη περίπτωση δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής η διαδικασία «αυτοκάθαρσης» που προβλέπεται στον όρο 6 (Γ) της διακήρυξης. Η διάταξη, μεταξύ άλλων, προβλέπει ότι «δεν αποκλείεται ο προσφέρων, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση των δεδουλευμένων τόκων ή προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους». Όμως, τα όρια της ορθής εφαρμογής της τίθενται από την τήρηση της θεμελιώδους αρχής της διαφάνειας, όπως εξειδικεύεται για αυτές τις περιπτώσεις στη νομολογία του ΔΕΕ και τις κατευθυντήριες οδηγίες της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Έτσι, έχει σαφώς νομολογηθεί ότι αντίκειται στην αρχή της διαφάνειας ο ορισμός από την αναθέτουσα αρχή λόγων αποκλεισμού για μη πληρωμή φόρων, δίχως να εκτίθεται εκ των προτέρων το ακριβές χρονικό σημείο μέχρι το οποίο μπορούν οι εν λόγω φόροι να καταβληθούν ή να γίνει διακανονισμός προκειμένου να μπορεί ο υποψήφιος να αποφύγει τον αποκλεισμό (βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 9ης Φεβρουαρίου 2006, La Cascina κ.λπ., C-226/04 και C-228/04, EU:C:2006:94, σκέψεις 31 και 32). Μπορεί η διακήρυξη να μην θέτει με τρόπο άμεσο την ημερομηνία αυτή, όμως το ακραίο χρονικό σημείο συμμόρφωσης προς τις φορολογικές υποχρεώσεις τίθεται εμμέσως πλην σαφώς από τον νόμο (άρθρο 104 του Ν. 4412/2016), όταν ορίζεται ότι το δικαίωμα και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται σε τρία (3) διαφορετικά χρονικά σημεία, δηλαδή **κατά την υποβολή της προσφοράς**, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης (βλ. την υπ' αριθ. 20 κατευθυντήρια οδηγία της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα «Λόγοι

Αριθμός απόφασης: 656/2018

αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» σελ. 8). Εφόσον κατά το νόμο και τη διακήρυξη η συνδρομή των προϋποθέσεων συμμετοχής ελέγχεται σε τρία (3) χρονικά σημεία, αυτά είναι και τα αντίστοιχα ακραία σημεία μέχρι τα οποία, κάθε φορά, ο υποψήφιος έχει τη δυνατότητα εφαρμογής μέτρων αυτοκάθαρσης, εν προκειμένω τακτοποίησης των φορολογικών του υποχρεώσεων. Επομένως, εάν ο προσωρινός ανάδοχος ήταν φορολογικά μη ενήμερος, θα όφειλε να έχει καταστεί ενήμερος μέχρι την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του. Εάν μετά από αυτήν καθίστατο για κάποιο λόγο και πάλι μη ενήμερος, όφειλε να καταστεί ενήμερος πριν την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ούτω καθεξής. Διαφορετική αντιμετώπιση –δηλαδή η εφαρμογή του μέτρου αυτοκάθαρσης μόνο κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (και αλήθεια γιατί όχι και ακόμη αργότερα κατά την υπογραφή της σύμβασης;!)– θα οδηγούσε σε απολύτως άτοπα και παράνομα αποτελέσματα: (1) θα καθιστούσε την απαίτηση του άρθρου 104 για τριπλό έλεγχο προϋποθέσεων συμμετοχής κενή περιεχομένου· (2) θα φαλκίδευε την ειλικρίνεια των δηλουμένων στο ΕΕΕΣ, άρα θα έπληττε το καθήκον ειλικρίνειας και, κατά συνέπεια, τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης· και (3) θα δημιουργούσε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον εφαρμόζοντα την αυτοκάθαρση, αφού θα του έδινε τη δυνατότητα μη συμμόρφωσης με τις υποχρεώσεις του μέχρι την επέλευση του ευνοϊκού για αυτόν αποτελέσματος της κατακύρωσης. Από όλα τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι δεν χωρεί εφαρμογή του όρου 6 (Γ) της διακήρυξης και τυχόν επιγενόμενη συμμόρφωση προς τις φορολογικές υποχρεώσεις, δηλαδή σε χρονικό σημείο μετά την υποβολή της προσφοράς, δεν αίρει τον λόγο αποκλεισμού..... από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο και να κατακυρώσει τον διαγωνισμό στην προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε την αμέσως επόμενη συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά...»

15. Επειδή η παρεμβαίνουσα, προσκομίζοντας μετ' επικλήσεως σχετικά έγγραφα, και επικαλούμενη την Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της ΕΑΑΔΗΣΥ σχετικά με την συμμετοχή των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, εν γένει τον ν. 4412/2016, τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ, τη

Αριθμός απόφασης: 656/2018

Συνθήκη για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) –χωρίς αναφορά σε συγκεκριμένη διάταξη- εν γένει, επίσης, χωρίς αναφορά σε συγκεκριμένα περιστατικά, τις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής διακρίσεων, της αμοιβαίας αναγνώρισης, και, ειδικά, με αναφορά σε συγκεκριμένα περιστατικά, τις αρχές της αναλογικότητας, της διαφάνειας της νομιμότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, και -εν γένει χωρίς συγκεκριμένη αναφορά- την από 3 Μαρτίου 2010 ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ευρώπη 2020 — Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη», τα άρθ. 73, 79, 53 παρ. 5, 79, 80, 93 του ν. 4412/2016, τα άρθ. 9, 20 της διακήρυξης, ισχυρίζεται ότι «...Στην υπό κρίση περίπτωση, τηρώντας τον νόμο, τον κανόνα της προκαταρκτικής απόδειξης και τα όσα αναφέρονται στην Προκήρυξη, υποβάλαμε όλα τα απαιτούμενα στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής και μεταξύ άλλων το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) συμπληρωμένο για την εταιρία μας, το οποίο περιείχε τη δήλωση μεταξύ άλλων ότι η εταιρία μας ως υποψήφιος οικονομικός φορέας στα πλαίσια του διαγωνισμού «θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων». Μετά την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και αφού η εταιρία μας ανεδείχθη προσωρινός ανάδοχος, προσεκλήθη να προσκομίσει τα ενημερωμένα δικαιολογητικά των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ από αυτήν στοιχείων. Η εταιρία μας προσκόμισε νόμιμα κι εντός της ταχθείσας προθεσμίας όλα τα απαιτούμενα στοιχεία προς απόδειξη της δήλωσής της μεταξύ των οποίων και το με ημερομηνία 30/4/2018 και με αριθμό πρωτοκόλλου 64789532 Πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας. Κατά τη συγκέντρωση των δικαιολογητικών μας και με εξαντλητική τυπικότητα κατά την εφαρμογή της Προκήρυξης και συγκεκριμένα του άρθρου 20, απευθυνθήκαμε στη φορολογούσα Αρχή με αίτημα να εκδώσουμε ενημερότητα και για το προγενέστερο χρονικό διάστημα και μας απάντησαν αυτό που επισυνάπτουμε ως απάντηση και το αιτηθήκαμε γραπτώς για τους σκοπούς της παρούσας διαφοράς και συγκεκριμένα ότι: «Κατόπιν του σχετικού ερωτήματός σας, σας ενημερώνουμε ότι βάση της ΠΟΛ 1141/2016 η ΔΟΥ εκδίδει αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας κατόπιν αίτησης του φορολογούμενου η οποία έχει ισχύ για ένα ή δύο μήνες και όχι για

Αριθμός απόφασης: 656/2018

προγενέστερη περίοδο.». Σε συνδυασμό όλων των ανωτέρω, και ακολουθώντας πιστά το νόμο και τους όρους της διακήρυξης, η εταιρία μας υπέβαλε κατά την υποβολή της προσφοράς της πλήρως συμπληρωμένο του Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης και μόλις προσεκλήθη υπέβαλε τα δικαιολογητικά που προβλεπόταν, αποδεικνύοντας ότι δεν συντρέχει κανένας λόγος αποκλεισμού της και συγκεκριμένα δεν υφίσταται εκ μέρους της αθέτηση των υποχρεώσεων της σε σχέση με την καταβολή των φόρων που της αναλογούν. Γίνεται κατά συνέπεια αντιληπτό ότι η εταιρία μας νόμιμα και εμπρόθεσμα υπέβαλε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά. Οι αιτιάσεις της αιτούσας αναφορικά με ύπαρξη «δήθεν» ελλείψεων στα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρίας μας επειδή δεν προσκομίστηκε φορολογική ενημερότητα ισχύος κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, δεν ευσταθεί διότι υποβάλαμε την φορολογική ενημερότητα όταν προσκληθήκαμε να την εκδώσουμε, ήτοι μετά την πρόσκληση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθώς ευθέως η Οδηγία και ο νόμος προβλέπουν ενημερωμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ήτοι εκδοθέντα επικαίρως, για αυτό και τάσσουν προθεσμία για την συλλογή τους. Η προσκόμιση ενημερωμένων δικαιολογητικών είναι άλλωστε η συνέχεια - εφαρμογή του κανόνα της προκαταρκτικής απόδειξης που στόχο έχει την μείωση του φόρτου και της γραφειοκρατίας και την ενίσχυση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Στην αντίθετη περίπτωση, δηλαδή στην πρόβλεψη υποχρέωσης του οικονομικού φορέα έκδοσης των πιστοποιητικών κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς έστω κι αν τα προσκομίζει κατά το στάδιο της κατακύρωσης, δε θα είχε νόημα η θεσμοθέτηση του ΕΕΕΣ, ουσιαστικά θα καταργούνταν ο κανόνας της προαπόδειξης και θα παραβιαζόταν η αρχή της νομιμότητας. Με βάση τα προεκτεθέντα και δεδομένης της μη έκδοσης φορολογικής ενημερότητας για προγενέστερο διάστημα καθώς η φορολογούσα Αρχή θεωρεί ότι ο ενήμερος φορολογούμενος είναι ενήμερος για όλο το προηγούμενο διάστημα, προκύπτει αναμφίβολα ότι η εταιρία μας προσκόμισε όλα τα απαιτούμενα εκ του άρθρου 20 της διακήρυξης δικαιολογητικά. Σε κάθε περίπτωση και όλως επικουρικά, σύμφωνα με το άρθρο 6 στοιχ. Γ' της διακήρυξης «Αποκλεισμός Συμμετοχής» (βλ. σχετ. 1 σελ. 16) ορίζεται ρητώς ότι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρεκκλίνει από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στην παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 όταν ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς

Αριθμός απόφασης: 656/2018

δυσανάλογος, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων δεν έχουν καταβληθεί” Με βάση την εν λόγω πρόβλεψη, ακόμη και στην εντελώς απίθανη περίπτωση που (εσφαλμένα βεβαίως) ήθελε κριθεί ότι το Πιστοποιητικό Φορολογικής Ενημερότητας έπρεπε να καλύπτει και το χρόνο υποβολής της προσφοράς και σ’ αυτή την περίπτωση δεν θεμελιώνεται λόγος αποκλεισμού εις βάρος της εταιρείας μας, κατ’ εφαρμογή της συνταγματικής περιωπής αρχής της αναλογικότητας. Προς επίρρωση του εν λόγω ισχυρισμού μας αξίζει να γίνει ειδικότερη αναφορά στην υπ’ αριθμ. ΣτΕ ΕΑ 403/2010 απόφαση, καθώς και στην εκδοθείσα επί τη βάσει αυτής υπ’ αριθμ. 157/2017 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. (βλ. σχετ. 18 & 19, αντίστοιχα), οι οποίες επιτάσσουν την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας κατά την εξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού, αναφέροντας ρητώς, μεταξύ άλλων, ότι “η αναθέτουσα αρχή κατά την εξέταση των ως άνω προϋποθέσεων πρέπει να εφαρμόζει την αρχή της αναλογικότητας και μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις να αποκλείει οικονομικούς φορείς για ελάχιστονες παρατυπίες, εκτός αν γεννώνται αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία τους λόγω επαναλαμβανόμενων ελασσόνων παρατυπιών”. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία μας προσκόμισε εμπροθέσμως όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων και το με ημερομηνία 30/04/2018 και με αρ. πρωτ. 64789532 Πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας, από το οποίο προκύπτει ότι η εταιρεία μας ήταν φορολογικά ενήμερη ως προς τις φορολογικές της υποχρεώσεις κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. σχετ. 17), ενώ με σχετική δήλωση που περιέχεται στο από 18/09/2017 Ε.Ε.Ε.Σ. που προσκομίστηκε κατά το προγενέστερο χρονικό διάστημα της υποβολής της προσφοράς προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η εταιρεία μας ήταν φορολογικά ενήμερη και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της (βλ. σχετ. 9). Άλλωστε, αν υπήρχαν αμφιβολίες περί τούτου, θα μας είχε ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή να προσκομίσουμε Πιστοποιητικό Φορολογικής ενημερότητας κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς (18/09/2017). Κατά συνέπεια, τυχόν αποκλεισμός της εταιρείας μας για υποτιθέμενη ελάσσονα παρατυπία σχετικά με το χρόνο που έπρεπε (κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας) να καλύπτει το εν λόγω Πιστοποιητικό -υποχρέωση που στην πραγματικότητα δεν τίθεται με βάση το σκοπό του νόμου και την πάγια νομολογία, όπως αναλύθηκε εκτενώς αμέσως

Αριθμός απόφασης: 656/2018

παραπάνω- θα παραβίαζε καταφανώς και την αρχή της αναλογικότητας. Κατά μείζονα δε λόγο στη δική μας περίπτωση που δεν οφείλονταν φόροι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ούτε άλλωστε προέκυψε ή αποδείχθηκε κάτι τέτοιο. Παράλληλα, θα οδηγούσε και σε νόθευση του ελεύθερου και ακωλύτου ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι θα απεκλείετο από το διαγωνισμό η εταιρεία με την οικονομικά πιο συμφέρουσα εξ απόψεως ποιότητας – τιμής προσφορά. Παράλληλα, θα ματαίωνε και το σκοπό του διεθνούς δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού που δεν είναι άλλος από την επιλογή της πλέον οικονομικά συμφέρουσας προσφοράς. Συνεπώς, με βάση τα προεκτεθέντα, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεμελιωθεί ο προβληθείς από την ένωση εταιρειών λόγος αποκλεισμού της προσφοράς μας. Επειδή από το ΕΕΕΣ και τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν σε όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας νομίμως κι εμπροθέσμως από την εταιρία μας προκύπτει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, όπως ισχυρίζεται η αιτούσα....»

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη την αρχή της χρηστής διοίκησης, τα άρθ. 18 και 79 του ν. 4412/2016, και το άρθ. 20 της διακήρυξης υποστηρίζει στις απόψεις της επί της προσφυγής ότι η παρεμβαίνουσα « ..εφαρμόζοντας τα προβλεπόμενα στο νόμο και τη Διακήρυξη συμπλήρωσε πλήρως το ΕΕΕΣ ακολουθώντας όλη τη διαδικασία της προκαταρκτική απόδειξης και υποβάλλοντας ολοκληρωμένο το φάκελο με τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Μετά την πρόσκληση εκ μέρους μας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης υπέβαλε εγκαίρως και ενημερωμένα το σύνολο των δικαιολογητικών που εξητούντο από τη Διακήρυξη. Αναφορικά με το λόγο αποκλεισμού που σχετίζεται με το κατά πόσο ο υποψήφιος ανάδοχος δεν έχει αθετήσει τις φορολογικές του υποχρεώσεις και τους προβλεπόμενους τρόπους απόδειξης αναφέρουμε ότι η εταιρεία δήλωσε ως όφειλε στο ΕΕΕΣ τα απαιτούμενα στοιχεία και μετά την πρόσκλησή μας υπέβαλε ενημερωμένο πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας σε ισχύ. Καθώς από τη διατύπωση της πρόσκλησης γεννιόταν η αμφισημία για την απαιτούμενη ισχύ του πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας διότι δεδομένου ότι στο άρθρο 20 της Διακήρυξης γινόταν αναφορά για φορολογική ενημερότητα σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, απευθυνθήκαμε στη ΔΟΥ Μυκόνου για να διαπιστώσουμε αν και πώς θα μπορούσε να διασταυρωθεί το παραπάνω,

Αριθμός απόφασης: 656/2018

καθώς αφορά χρονικό σημείο αρκετά προγενέστερο, προκειμένου να καταλήξουμε στη νόμιμη κρίση μας. Αναφορικά με το ερώτημα που υποβάλαμε προκειμένου η κρίση της Επιτροπής μας να διέπεται από την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης, η ΔΟΥ Μυκόνου μας χορήγησε την υπ' αριθμόν πρωτ. Δ.ΕΙΣΠΡ.Α 1187618 ΕΞ2017/14.12.2017 απάντηση της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων, την οποία είχε λάβει επί ομοίου θέματος και η οποία αναφέρει τα εξής : «Σε απάντηση του με αρ. πρωτ. ... εγγράφου σας, με το οποίο μας διαβιβάστηκε αίτηση φορολογουμένου σας με αίτημα τη χορήγηση βεβαίωσης ότι, σε συγκεκριμένη χρονική περίοδο, δεν όφειλε ληξιπρόθεσμες οφειλές προς το Δημόσιο, ... σας γνωρίζουμε λόγω αρμοδιότητας, τα ακόλουθα: Οι περιπτώσεις προσκόμισης αποδεικτικού ενημερότητας, η διαδικασία χορήγησης του αποδεικτικού και το περιεχόμενο αυτού, ορίζονται στις διατάξεις του άρθρου 12 ν. 4174/2013 Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας, όπως ισχύει και στην κατ' εξουσιοδότηση εκδοθείσα απόφαση του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων ΠΟΛ 1274/2013, όπως ισχύει.Με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 1 περίπτωση δ' αυτής ορίζεται ότι καθίσταται υποχρεωτική η προσκόμιση αποδεικτικού ενημερότητας στην περίπτωση συμμετοχής σε διαγωνισμούς ανάληψης εκτέλεσης δημοσίων έργων ή προμηθειών από το Δημόσιο Τομέα, όπως αυτός καθορίζεται στην κείμενη νομοθεσία.Επίσης στο άρθρο 6 αυτής ορίζεται συγκεκριμένος τύπος και περιεχόμενο εγγράφου αποδεικτικού ενημερότητας, το οποίο φέρει εκτός των άλλων στοιχείων (Α.Φ.Μ., αρ. ταυτότητας), την ημερομηνία έκδοσης αυτού και τη διάρκεια ισχύος του ολογράφως, αποτυπώνει δε την ενημερότητα του αιτούντος κατά το χρόνο έκδοσης του αποδεικτικού και όχι για προγενέστερο χρόνο.Ύστερα από τα προαναφερθέντα προκύπτει σαφώς ότι δεν είναι δυνατή η ικανοποίηση του σχετικού αιτήματος για παροχή της αιτούμενης πληροφόρησης, ούτε είναι δυνατή η έκδοση Α.Φ.Ε. με προγενέστερη ημερομηνία και δεν υφίσταται άλλος τύπος εγγράφου που μπορεί να επέχει θέση αποδεικτικού ενημερότητας....»

Γίνεται αντιληπτό από τα ως άνω ότι όπως συνάγεται από το ως άνω έγγραφο, η απαίτηση προσκόμισης πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας για πρώτη φορά για προγενέστερο χρονικό διάστημα δεν ήταν δυνατή από κανένα διαγωνιζόμενο, μετά την πρόσκληση για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η υποχρέωση της εταιρίας καθώς και όλων των

Αριθμός απόφασης: 656/2018

συμμετεχόντων, όπως πηγάζει ευθέως από το νόμο και τη διακήρυξη περιοριζόταν στην προκαταρκτική απόδειξη της απουσίας των λόγων αποκλεισμού με την υποβολή του ΕΕΕΣ, το οποίο και έπραξε, καθώς και στην έγκαιρη προσκόμιση ενημερωμένων δικαιολογητικών απόδειξης των όσων δήλωσε όταν και την καλούσαμε να το πράξει και σίγουρα κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και στο οποίο ήταν συνεπής. Από κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν προβλεπόταν η υποχρέωση των υποψηφίων να εκδίδουν και να διατηρούν πιστοποιητικά σε ισχύ καθόλη τη διάρκεια της διαγνωστικής διαδικασίας, η οποία μάλιστα μπορεί να καλύπτει μεγάλο χρονικό διάστημα. Μια τέτοια πρόβλεψη ή ερμηνεία θα ήταν αντίθετη με τα οριζόμενα και τους σκοπούς της Οδηγίας και του ν. 4412/2016 που προβλέπει την απλοποίηση της διαδικασίας και την ενίσχυση του ανταγωνισμού. Με δεδομένα όλα τα ανωτέρω κι εφαρμόζοντάς τα ισότιμα για όλους τους διαγωνιζόμενους και τηρώντας την αρχή της νομιμότητας, ελέγξαμε και εγκρίναμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρίας Κατόπιν των ανωτέρω θεωρούμε ότι η υπό κρίσιν προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως αβασίμως και καταχρηστικώς υποβληθείσα...»

17. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό υποβάλλοντας αποδεκτή προσφορά, η οποία έχει καταταγεί ως η αμέσως συμφερότερη μετά από αυτή της παρεμβαίνουσας και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία κατακυρώθηκε η προμήθεια στην παρεμβαίνουσα.

18. Επειδή, σε συνέχεια του συνόλου των ανωτέρω, παραδεκτώς κατ' αρχήν, ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, και νομίμως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

19. Επειδή το Άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπει στην παράγραφο 1 τα κάτωθι : «1. Οι αναθέτουσες Αριθμός απόφασης: 37/2018 10 αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων

Αριθμός απόφασης: 656/2018

των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...[...]

20. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει τα εξής : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης,, περιέχουν ιδίως:ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

21. Επειδή το άρθ. 71 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπει ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος και στα έγγραφα της σύμβασης,...β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 ...»

22. Επειδή στο άρθ. 73 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παρ. 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «...2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.Η παρούσα παράγραφος παύει να εφαρμόζεται όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε

Αριθμός απόφασης: 656/2018

δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.3. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης παρέκκλιση:β) από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στην παρ. 2, όταν ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς δυσανάλογος, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων ή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν έχουν καταβληθεί ή όταν ο οικονομικός φορέας ενημερώθηκε σχετικά με το ακριβές ποσό που οφείλεται λόγω αθέτησης των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σε χρόνο κατά τον οποίο δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει μέτρα, σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2, πριν από την εκπνοή της προθεσμίας αίτησης συμμετοχής ή σε ανοικτές διαδικασίες της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. ...»

23. Επειδή στο άρθ. 79 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται 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,... 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 ... 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 ..»

24. Επειδή σύμφωνα με τις διατάξεις του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, άμεσης εφαρμογής για τα

Αριθμός απόφασης: 656/2018

κράτη μέλη, καθιερώνεται το τυποποιημένο έντυπο για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (Επίσημη Εφημ. ΕΕ L3/16 της 6-1-2016). Περαιτέρω, όπως αναφέρεται στο Προοίμιο του Εκτελεστικού Κανονισμού: « (1) [...] Κατά συνέπεια, το τυποποιημένο έντυπο για το ΕΕΕΠ θα πρέπει να καταρτιστεί κατά τρόπο ώστε να παρακαμφθεί η ανάγκη προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής. ... (3) Για την αποφυγή του διοικητικού φόρτου για τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και τις πιθανές αντιφατικές ενδείξεις στα διάφορα έγγραφα της προμήθειας, οι πληροφορίες τις οποίες οι οικονομικοί φορείς πρέπει να παρέχουν στο ΕΕΕΠ θα πρέπει να αναφέρονται σαφώς από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς εκ των προτέρων στην προκήρυξη διαγωνισμού ή με αναφορές σε άλλα μέρη των εγγράφων της προμήθειας, τις οποίες οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να εξετάζουν προσεκτικά, ενόψει της συμμετοχής τους και ενδεχομένης υποβολής προσφορών. (4) Το ΕΕΕΠ αναμένεται επίσης να συμβάλει σε περαιτέρω απλοποίηση, τόσο για τους οικονομικούς φορείς όσο και για τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς, με την αντικατάσταση των πολλών και διάφορων εθνικών υπεύθυνων δηλώσεων από ένα τυποποιημένο έντυπο, που θα καθιερωθεί σε ευρωπαϊκό επίπεδο. [...]». Επίσης, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1 Οδηγίες του Κανονισμού αναφέρεται ότι: « Το ΕΕΕΠ είναι υπεύθυνη δήλωση από τους οικονομικούς φορείς, ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη. Όπως προβλέπεται στο άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, πρόκειται για μια τυπική δήλωση του οικονομικού φορέα ότι δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις λόγω της οποίας οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, ότι πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και ότι, κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθοριστεί για τον περιορισμό του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που θα κληθούν να συμμετάσχουν. Στόχος του είναι να μειωθεί ο διοικητικός φόρτος που απορρέει από την απαίτηση προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής. [...] Κατά την προετοιμασία των εγγράφων της προμήθειας για μια δεδομένη διαδικασία προμήθειας, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες

Αριθμός απόφασης: 656/2018

φορείς πρέπει να δηλώνουν στην προκήρυξη διαγωνισμού, στα έγγραφα της προμήθειας που αναφέρονται στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στις προσκλήσεις επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος ποιες πληροφορίες θα ζητηθούν από τους οικονομικούς φορείς, ...Μπορούν επίσης να διευκολύνουν το έργο των οικονομικών φορέων αναφέροντας τις εν λόγω πληροφορίες απευθείας σε ηλεκτρονική έκδοση του ΕΕΕΠ, χρησιμοποιώντας για παράδειγμα την υπηρεσία *ESPD* (<https://webgate.acceptance.ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/ecertis2/resources/espdl/index.html>), την οποία οι υπηρεσίες της Επιτροπής θα παρέχουν δωρεάν σε αναθέτουσες αρχές, αναθέτοντες φορείς, οικονομικούς φορείς, παρόχους ηλεκτρονικών υπηρεσιών και άλλα ενδιαφερόμενα μέρη [...] Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί από κάθε προσφέροντα, ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλει όλα ή ορισμένα από τα απαιτούμενα πιστοποιητικά και δικαιολογητικά, όποτε αυτό είναι απαραίτητο για να διασφαλιστεί η ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας [...] ». Σύμφωνα δε με το άρθρο 59 παράγραφος 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «...το ΕΕΕΠ παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή[...]».

25. Επειδή η προσήκουσα προσαρμογή από την αναθέτουσα αρχή του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό εξυπηρετεί τον σκοπό των ως άνω διατάξεων που είναι, μεταξύ άλλων, να παρακαμφθεί κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών η ανάγκη προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής και να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος για τις αναθέτουσες αρχές στα πλαίσια της απλοποίησης των διαδικασιών. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα έγγραφα όσα δηλώνουν υπευθύνως με το ΕΕΕΣ.

26. Επειδή στο άρθ. 80 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 ...ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 ...Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο ...2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως

Αριθμός απόφασης: 656/2018

επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: ...β) για τις παραγράφους 2... του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας,...

27. Επειδή το άρθ. 103 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» προβλέπει ότι : « Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους... 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.... 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. ...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

Αριθμός απόφασης: 656/2018

απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.»

28. Επειδή το άρθρ. 104 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» προβλέπει 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. ...»

29. Επειδή ο ν. 4174/2013 «Φορολογικές διαδικασίες και άλλες διατάξεις», κεφάλαιο τρίτο με τον τίτλο «Αποδεικτικό ενημερότητας», άρθρ 12 με τον τίτλο «Αποδεικτικό ενημερότητας και βεβαίωση οφειλής», όπως ισχύει, ορίζει ότι :« 1. Ο φορολογούμενος δύναται να ζητήσει αποδεικτικό ενημερότητας ισχύος μέχρι και δύο μηνών για την πραγματοποίηση πράξεων και συναλλαγών που ρητά ορίζονται. 2. Η Φορολογική Διοίκηση χορηγεί αποδεικτικό ενημερότητας, μόνο εφόσον ο φορολογούμενος δεν έχει οφειλές στη Φορολογική Διοίκηση από οποιαδήποτε αιτία και έχει υποβάλει τις απαιτούμενες φορολογικές δηλώσεις των τελευταίων πέντε ετών. 3. Η Φορολογική Διοίκηση δύναται να μη χορηγεί αποδεικτικό ενημερότητας εάν ο φορολογούμενος έχει ληξιπρόθεσμες οφειλές σε άλλη αρχή του δημόσιου τομέα.4. Κατά παρέκκλιση των οριζόμενων στις παραγράφους 2 και 3, σε περίπτωση που ο φορολογούμενος έχει ενταχθεί σε πρόγραμμα ρύθμισης οφειλών ή έχει οφειλές μη ληξιπρόθεσμες ή σε αναστολή, δύναται να εκδοθεί αποδεικτικό ενημερότητας περιορισμένης ισχύος, η οποία δεν μπορεί να υπερβαίνει τον ένα μήνα.5. Οι πράξεις και συναλλαγές για τις οποίες προσκομίζεται αποδεικτικό ενημερότητας, οι προϋποθέσεις χορήγησης του, οι τυχόν εξαιρέσεις από την υποχρέωση προσκόμισης του, οι οφειλές που λαμβάνονται υπόψη για τη χορήγηση του, οι φορολογικές δηλώσεις που απαιτείται να έχουν υποβληθεί για την έκδοση του αποδεικτικού, ο τύπος του, το περιεχόμενο, η διάρκεια ισχύος, τα ποσοστά παρακράτησης, τα τυχόν άλλα πρόσωπα τα οποία δύνανται να ζητούν και να λαμβάνουν το αποδεικτικό, τα

Αριθμός απόφασης: 656/2018

όργανα έκδοσης του και κάθε αναγκαία λεπτομέρεια εφαρμογής ορίζονται με απόφαση του Γενικού Γραμματέα.....»

30. Επειδή η ΠΟΛ 1274/2013 «Αποδεικτικό Ενημερότητας άρθρου 12 ν. 4174/2013», ληφθείσα κατ' εξουσιοδότηση της παραπάνω παρ. 5 του άρθ. 12 του ν. 4174/2013, στο άρθ 1 με τον τίτλο «Πράξεις και συναλλαγές για τις οποίες απαιτείται η προσκόμιση αποδεικτικού ενημερότητας», όπως ισχύει, ορίζει ότι : «1. Η προσκόμιση αποδεικτικού ενημερότητας καθίσταται υποχρεωτική στις εξής περιπτώσεις:... δ. Για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς ανάληψης εκτέλεσης δημοσίων έργων ή προμηθειών από το Δημόσιο Τομέα, όπως αυτός καθορίζεται στην κείμενη νομοθεσία. Το αποδεικτικό ενημερότητας προσκομίζεται από τον υποβάλλοντα την προσφορά στην υπηρεσία που υποβάλλεται η προσφορά...». Περαιτέρω στο άρθ. 9 με τον τίτλο «Πρόσωπα τα οποία δύνανται να ζητούν και να λαμβάνουν το αποδεικτικό ενημερότητας» προβλέπεται ότι : «Οι Φορείς, οι Υπηρεσίες ή τα πρόσωπα, που δύνανται να ζητήσουν πιστοποίηση για να λαμβάνουν ηλεκτρονικά, μέσω διαδικτύου, το αποδεικτικό ενημερότητας των συναλασσομένων με αυτούς, είναι αυτοί που ορίζονται στο άρθρο 1 της παρούσας καθώς και όσοι διενεργούν πράξεις, στις οποίες είναι υποχρεωτική η προσκόμιση Αποδεικτικού Ενημερότητας, σύμφωνα με την εκάστοτε ισχύουσα νομοθεσία.....»

31. Επειδή στην σελ. 3 τελευταία παρ., καθώς και στο άρθ. 4.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «**Η συμμετοχή στον προκηρυσσόμενο με την παρούσα διαγωνισμό είναι ανοικτή, επί ίσοις όροις, σε όσους πληρούν τις νομικές, οικονομικές και τεχνικές προϋποθέσεις που προβλέπονται στην διακήρυξη ...»** Και περαιτέρω στο άρθ. 2 με τον τίτλο «Ορισμοί» προβλέπεται : «**..Οι απαιτούμενες δηλώσεις ή βεβαιώσεις που συντάσσονται ή εκδίδονται από τον προσφέροντα καθώς και το ΕΕΕΣ...υποβάλλονται ηλεκτρονικά**... «**Έγγραφα ή στοιχεία τρίτων**» (π.χ. ποινικά μητρώα, βεβαιώσεις ασφαλιστικής ενημερότητας,...κλπ) υποβάλλονται σε μορφή αρχείου pdf. Τα δικαιολογητικά στοιχεία και έγγραφα υποβάλλονται σε έντυπη μορφή... «**Υποβολή**» νοείται η ηλεκτρονική υποβολή των απαιτούμενων δικαιολογητικών/εγγράφων και λοιπών στοιχείων σε μορφή αρχείου τύπου pdf. «**Προσκόμιση**» νοείται η κατάθεση, σε έντυπη μορφή, όλων δικαιολογητικών/εγγράφων και λοιπών στοιχείων ζητείται στη παρούσα

διακήρυξη..» Ακολουθως στο άρθ. 9 με τον τίτλο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» προβλέπεται «Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ...**Ειδικότερα, τα δικαιολογητικά συμμετοχής στο διαγωνισμό που απαιτείται να καταθέσουν οι προσφέροντες στο σύνολό τους είναι τα εξής : Δικαιολογητικά συμμετοχής**

A. Εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό...B. Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο σύμβασης (άρθρο 79 Ν. 4412/2016) Όσον αφορά το ΕΕΕΣ: Το ΕΕΕΣ δεν περιλαμβάνει τεχνικές προδιαγραφές. Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο σύμβασης (εφεξής ΕΕΕΣ) σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση...το οποίο υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς και συνιστά προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τα κριτήρια επιλογής της παρούσας Προκήρυξης...Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους συμπληρωμένο το πρότυπο ΕΕΕΣ, το οποίο η αναθέτουσα αρχή έχει ενσωματώσει στο κείμενο της διακήρυξης και κοινοποιήσει μέσω αυτής στους οικονομικούς φορείς, είτε το έχει αναρτήσει ψηφιακά υπογεγραμμένο ξεχωριστά, ως αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης μαζί με τα λοιπά έγγραφα της σύμβασης στο ΕΣΗΔΗΣ σε μορφή αρχείου PDF, ψηφιακά υπογεγραμμένο...Γ. Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, ψηφιακά υπογεγραμμένη σύμφωνα με την οποία :****

....Να δηλώνεται ότι όλα τα απαιτούμενα από την προκήρυξη δικαιολογητικά φυλάσσονται πρωτότυπα στο αρχείο του υποψηφίου και είναι στη διάθεση της Αναθέτουσας Αρχής εφόσον ζητηθούν...» Περαιτέρω στο άρθ. 19 με τον τίτλο «ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΑΠΟΣΦΡΑΓΙΣΗ ΦΑΚΕΛΟΥ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ» ορίζεται ότι : «Μετά την ολοκλήρωση των ανωτέρω σταδίων ήτοι του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της αξιολόγησης των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών η Επιτροπή Διαγωνισμού υποβάλει τα σχετικά Πρακτικά στο αποφαινόμενο όργανο το οποίο επικυρώνει με απόφασή του τα αποτελέσματα των ανωτέρω σταδίων Στη συνέχεια η Αναθέτουσα Αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να προσκομίσει το πολύ εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής

Αριθμός απόφασης: 656/2018

έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, που του αποστέλλεται ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τα αιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016. Όταν αυτός στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση δεν υποβάλει ηλεκτρονικά και δεν προσκομίσει σε έντυπη μορφή ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, εντός των καθοριζομένων προθεσμιών η κατακύρωση γίνεται στον προμηθευτή με την αμέσως επόμενη συμφερότερη προσφορά και ούτω καθ' εξής. Αν κανένας από τους συμμετέχοντες δεν υποβάλει ηλεκτρονικά ή δεν προσκομίσει έντυπα, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις των ανωτέρω διατάξεων, ένα ή περισσότερα από τα έγγραφα και δικαιολογητικά που απαιτούνται από αυτές ο διαγωνισμός ματαιώνεται. Στις περιπτώσεις αυτές όταν ο συμμετέχων υποβάλλει ψευδή ή ανακριβή υπεύθυνη δήλωση ή ο υπόχρεος προς τούτο προσφέρων δεν υποβάλει ηλεκτρονικά και δεν προσκομίσει εγκαίρως και προσηκόντως κατά το στάδιο της κατακύρωσης ένα ή περισσότερα από τα έγγραφα που έχουν ζητηθεί από την διακήρυξη, καταπίπτει υπέρ του Δημοσίου η εγγύηση συμμετοχής του μειοδότη...» Ακολουθώντας στο άρθ. 20 με τον τίτλο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ» ορίζεται ότι : « Μετά την αξιολόγηση των προσφορών όπως ορίζεται ανωτέρω της παρούσας ο προσφέρων στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, εντός προθεσμίας το πολύ είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, που του αποστέλλεται ηλεκτρονικά, με βεβαίωση ηλεκτρονικής παραλαβής, υποβάλει ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος...και σε φάκελο ... τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά περίπτωση και αναφέρονται κατωτέρω.....(4) Πιστοποιητικό που εκδίδεται από αρμόδια κατά περίπτωση αρχή, από το οποίο να προκύπτει ότι, τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών όσο και κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, είναι ενήμεροι ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις τους....»

32. Επειδή 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

Αριθμός απόφασης: 656/2018

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, 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).

33. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή, η οποία υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 105/2003, ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003, Ε.Α. 523/2010). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της

Αριθμός απόφασης: 656/2018

αναλογικότητας. 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 (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000, ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Περαιτέρω, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, ιδρύουν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την κρίση επί των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Εξάλλου, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής ορισμένων στοιχείων επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

34. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

35. Επειδή, από τη ρητή διατύπωση των ως άνω όρων της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις ως άνω διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, καθίσταται σαφές ότι απαιτείται υποχρεωτικά, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, η προσκόμιση σε ηλεκτρονική μορφή και η κατάθεση σε φυσική μορφή αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας, ή εν γένει πιστοποιητικού της

Αριθμός απόφασης: 656/2018

αρμόδιας δημόσιας αρχής, εφεξής ΑΦΕ, από το οποίο ρητώς και σαφώς να προκύπτει ότι τόσο κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσωρινός ανάδοχος είναι ενήμερος ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις του (άρθ. 19 και 20 της διακήρυξης, σκέψη 31). Ο σαφής και απαράβατος αυτός όρος της διακήρυξης περί προσκόμισης αυτούσιου του ΑΦΕ που να βεβαιώνει την ενημερότητα του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα κατά την υποβολή της προσφοράς του και κατά την κατακύρωση είναι νόμιμος και ισχυρός σύμφωνα με τα άρθ. 18, 53, 103 και 104 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 19, 20, 27 και 28). Τούτο, εξάλλου, ρητώς προβλέπεται και στον φορολογικό νόμο (σκέψεις 29 και 18) ο οποίος απαιτεί ρητά την προσκόμιση αυτούσιου του ΑΦΕ «για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς ανάληψης εκτέλεσης δημοσίων έργων ή προμηθειών», δηλαδή, αποδεικτικού που να καταλαμβάνει χρονικά τη διάρκεια του διαγωνισμού στον οποίο συμμετέχει ο οικονομικός φορέας. Εξάλλου, ούτε στη διακήρυξη ούτε στον νόμο προβλέπεται η υποκατάσταση του ΑΦΕ από οποιοδήποτε άλλο έγγραφο και ίδια από το υποβαλλόμενο προαποδεικτικώς ΕΕΕΣ. Τουναντίον, στην οικεία διακήρυξη τέθηκε σαφής και ρητός όρος περί υποβολής υπεύθυνης δήλωσης στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής σχετικά με τη φύλαξη των απαιτούμενων πρωτοτύπων δικαιολογητικών στο αρχείο του υποψηφίου, τα οποία τίθενται στη διάθεση της Αναθέτουσας Αρχής εφόσον ζητηθούν (άρθ. 9 παρ. Γ της διακήρυξης σκέψη 31). Ειδικότερα, δεν προβλέπεται ούτε από τον φορολογικό νόμο που αποτελεί αναγκαστικό δίκαιο, ούτε από την οικεία διακήρυξη ότι το ΕΕΕΣ μπορεί παραδεκτά να υποκαθιστά/αντικαθιστά το ΑΦΕ, ούτε ότι το ΕΕΕΣ **αποδεικνύει** παραδεκτά την φορολογική ενημερότητα ούτε ότι απαιτείται ΑΦΕ που να βεβαιώνει την φορολογική ενημερότητα **μόνο** για τον μετέπειτα της υποβολής προσφοράς χρόνο. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα ρητά άρθ. 71, 73 και 79 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 21, 22, 23, 24 και 25), το ΕΕΕΣ μπορεί να τεκμηριώνει αλλά μόνο προαποδεικτικά την φορολογική ενημερότητα «για την συμμετοχή στην διαδικασία σύναψης σύμβασης», ως αναφέρεται στον νόμο. Περαιτέρω όμως, η φορολογική ενημερότητα που καταλαμβάνει τον χρόνο της συμμετοχής στην διαδικασία απαιτείται ρητά να τεκμηριωθεί με πλήρη απόδειξη και ειδικά με το προβλεπόμενο κατά νόμο έγγραφο της

Αριθμός απόφασης: 656/2018

φορολογικής αρχής πριν από την ανάθεση της σύμβασης σύμφωνα με τα άρθρ. 79 παρ. 5 και 80 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 23 και 26). Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας ότι το ΑΦΕ δεν απαιτείται να αναφέρεται στην ενημερότητα του προσωρινού αναδόχου κατά πάντα χρόνο συμμετοχής του στην διαγωνιστική διαδικασία, δηλαδή από την υποβολή της προσφοράς του και μετά, αλλά απαιτείται να αναφέρεται μόνο στον χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, υποκαθιστάμενου για τον προηγούμενο χρόνο από το ΕΕΕΣ είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι επειδή προσκρούουν ευθέως στους όρους της διακήρυξης και του νόμου.

36. Επειδή, σε κάθε περίπτωση είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι δεν απαιτείται η προσκόμιση ΑΦΕ που να βεβαιώνει την φορολογική ενημερότητα τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και κατά τον χρόνο κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης διότι, κατ'αυτήν δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη *«η υποχρέωση των υποψηφίων να εκδίδουν και να διατηρούν πιστοποιητικά σε ισχύ καθόλη τη διάρκεια της διαγνωστικής διαδικασίας, η οποία μάλιστα μπορεί να καλύπτει μεγάλο χρονικό διάστημα»*. Τουναντίον, προβλέπεται ρητώς και σαφώς στη διακήρυξη ότι οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να προσκομίσουν και μάλιστα ως δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό της προσφοράς τους **«Γ. Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, ψηφιακά υπογεγραμμένη σύμφωνα με την οποία** : ...*Να δηλώνεται ότι όλα τα απαιτούμενα από την προκήρυξη δικαιολογητικά φυλάσσονται πρωτότυπα στο αρχείο του υποψηφίου και είναι στη διάθεση της Αναθέτουσας Αρχής εφόσον ζητηθούν...*» (άρθ. 9 της διακήρυξης, σκέψη 31). Μεταξύ δε των δικαιολογητικών που απαιτούνται από τη διακήρυξη είναι σαφώς και το ΑΦΕ από το οποίο να προκύπτει *«ότι, τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών όσο και κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, είναι ενήμεροι ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις τους...»* (άρθρο 19 και 20 της διακήρυξης, σκέψη 31). Καθώς μάλιστα προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας όπως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα πράγματι υπέβαλε με την προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο

Αριθμός απόφασης: 656/2018

«ΥΔ νομίμου εκπροσώπου», με ημερομηνία 18-9-2018, όπου δηλώνει υπευθύνως ρητώς και σαφώς τα ως άνω.

37. Επειδή από την έρευνα των εγγράφων της προσφοράς της προσφεύγουσας όπως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προέκυψε ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «ΕΕΕΠ», το οποίο είναι το απαιτούμενο από τη διακήρυξη και τον νόμο ΕΕΕΣ και το οποίο στην προκείμενη περίπτωση φέρει τον τίτλο «*Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας ΕΕΕΠ*». Στο ερώτημα ε) του Μέρους II του ΕΕΕΣ που έχει ως εξής « ε) Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής...φόρων..; », η παρεμβαίνουσα απάντησε «Ναι». Εν συνεχεία, σε ερώτημα Μέρους III κεφάλαιο Β του ΕΕΕΣ «*Β. Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων...*» που έχει ως εξής «*Παρέβη ο οικονομικός φορέας τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων...*;», η παρεμβαίνουσα απάντησε «Όχι». Στο δε «*Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις*» του ΕΕΕΠ η παρεμβαίνουσα δήλωσε «*Ο κάτωθι υπογεγραμμένος δηλώνω επισήμως ότι τα στοιχεία που έχω αναφέρει σύμφωνα με τα μέρη II έως V ανωτέρω είναι ακριβή και ορθά και ότι έχω πλήρη επίγνωση των συνεπειών σε περίπτωση σοβαρών ψευδών δηλώσεων. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται*». Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα έγγραφα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όπως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε ως δικαιολογητικό συμμετοχής την από 18-9-2017 υπεύθυνη δήλωση όπου ρητώς δήλωσε –όπως απαιτείται από την διακήρυξη- ότι «*όλα τα απαιτούμενα από την προκήρυξη δικαιολογητικά φυλάσσονται πρωτότυπα στο αρχείο της υποψήφιας αναδόχου εταιρείας και είναι στη διάθεση της Αναθέτουσας Αρχής εφόσον ζητηθούν*». Ακολούθως, και μετά την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου, προσεκλήθη σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ-29^α- /7-5-2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής όπως υποβάλει «*..ηλεκτρονικά τα αναφερόμενα στο Άρθρο 20 της διακήρυξης δικαιολογητικά κατακύρωσης..*» Συνεπώς, η παρεμβαίνουσα προσεκλήθη ρητώς όπως υποβάλει το επίμαχο ΑΦΕ που να βεβαιώνει την φορολογική της

Αριθμός απόφασης: 656/2018

ενημερότητα τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της στον διαγωνισμό ως προβλέπεται στο άρθρο 20 της διακήρυξης, όσο και κατά την κατακύρωση, ως δεσμεύτηκε ρητώς, μετά γνώσεως και με ρητές υπεύθυνες δηλώσεις της τόσο στο ΕΕΕΠ (βλ. Μέρος VI Τελικές Δηλώσεις) όσο και στην ειδική ως άνω υπεύθυνη δήλωση, όπως προσκομίσει, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό και κατακύρωσης της προμήθειας στην προσφεύγουσα σύμφωνα με το άρθ. 19 της διακήρυξης και 103 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 29 και 25). Ωστόσο, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε μόνο το με αριθ. πρωτ. 64789532 ΑΦΕ της 30-4-2018 που ισχύει για ένα (1) μήνα, δηλαδή από την 30-4-2018 έως την 30-5-2018, ήτοι κατά τον χρόνο της κατακύρωσης και βεβαιώνει ότι είναι ενήμερη για τα χρέη της στη φορολογική διοίκηση. Επίσης, προσκόμισε με την παρέμβαση το με αριθ. 38281/26-6-2018 έγγραφο της ΑΑΔΕ σύμφωνα με το οποίο το ΑΦΕ «*έχει ισχύ για ένα ή δύο μήνες και όχι για προγενέστερη περίοδο*», πράγμα το οποίο εξάλλου προκύπτει και από τον φορολογικό νόμο (σκέψεις 29 και 30). Συνεπώς, απεδείχθη ότι η παρεμβαίνουσα κατά παράβαση ουσιώδους και επί ποινή αποκλεισμού όρου της διακήρυξης, και σε αντίθεση των ρητών αντίθετων υπευθύνων δηλώσεών της τόσο στο ΕΕΕΠ, όσο και στην «Υπεύθυνη δήλωση» που υπέβαλε στον φάκελο των δικαιολογητικών της προσφοράς της, δεν προσκόμισε το απαιτούμενο ΑΦΕ που να βεβαιώνει ότι ήταν φορολογικά ενήμερη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, δηλαδή την 18-9-2017, και επομένως, η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί διότι αποδέχθηκε ως πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακύρωσε την προμήθεια στην παρεμβαίνουσα. Εξάλλου, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι είναι βάσιμοι οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, οι όροι της διακήρυξης είναι σαφείς και πλήρεις και ρητώς απαιτούν τη φύλαξη των πρωτότυπων δικαιολογητικών για τα οποία παρέχεται προαπόδειξη με το ΕΕΕΣ στο αρχείο του υποψηφίου, η δε παρεμβαίνουσα αποδέχθηκε με υπεύθυνη δήλωση της την οικεία απαίτηση. Δηλαδή, εάν γίνονταν δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής θα επέρχετο παράβαση των αρχών της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. σκέψεις 32-34 της παρούσας).

38. Επειδή, περαιτέρω οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας και της επιείκειας έχουν εφαρμογή

Αριθμός απόφασης: 656/2018

κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 191) και δεν χωρεί κατά την ενάσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας (βλ. ΣτΕ 3160/2015, 2067/2004) της Διοίκησης. Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των ανωτέρω αρχών όταν η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ, 13/2003, 1072/2003) παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή.

39. Επειδή επιπλέον, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας καθώς και της αναθέτουσας αρχής ότι δεν ήταν δυνατή κατά τον χρόνο της κατακύρωσης η έκδοση ΑΦΕ που να βεβαιώνει την φορολογική ενημερότητα σχετικά με προγενέστερο χρόνο, πρέπει να απορριφθούν ως αλυσιτελείς καθόσον η παρεμβαίνουσα όφειλε να είχε μεριμνήσει για την έκδοση ΑΦΕ εγκαίρως, και ίδια κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, να είχε ΑΦΕ σε ισχύ δοθέντος ότι η φορολογική ενημερότητα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς των οικονομικών φορέων απαιτούνταν ρητά από τη Διακήρυξη, χωρίς καμία αμφισημία και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού.

40. Επειδή, περαιτέρω, η νομολογία την οποία προσκομίζει μετ' επικλήσεως η παρεμβαίνουσα αναφέρεται σε θέματα διαφορετικά από το κρίσιμο εξεταζόμενο θέμα και μάλιστα σε θέματα εμπρόθεσμης κατάθεσης πιστοποιητικών μη πτώχευσης και ποινικού μητρώου, που εκδόθηκαν μετά την πρόσκληση για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και σε δήλωση περί μη διάπραξης σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων. Ενώ αντίθετα, σχετικά με το ΑΦΕ έχει κριθεί ότι «...Ακολούθως, το άρθρο 12 του ν. 4174/2013 (Α' 170/26.7.2013), όπως εν συνεχεία η διάταξη αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 41 του ν. 4223/2013 (Α' 287/31.12.2013), προέβλεπε και πάλι την επιβολή της υποχρέωσης προσκόμισης αποδεικτικού ενημερότητας για την διενέργεια πράξεων και συναλλαγών που καθορίζονται με απόφαση του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων (παρ. 3), ορίζεται δε συναφώς ότι η προσκόμιση αποδεικτικού ενημερότητας καθίσταται υποχρεωτική και «για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς ανάληψης εκτέλεσης

Αριθμός απόφασης: 656/2018

δημοσίων έργων ή προμηθειών από το Δημόσιο Τομέα, όπως αυτός καθορίζεται στην κείμενη νομοθεσία. Το αποδεικτικό ενημερότητας προσκομίζεται από τον υποβάλλοντα την προφορά στην υπηρεσία που υποβάλλεται η προσφορά» (άρθρο 1 παρ. 1 περ. δ' της απόφασης ΠΟΛ. 1274/27.12.2013 του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων, ΦΕΚ Β' 3398/31.12.2013, από την έναρξη ισχύος της οποίας - 1.1.2014 - καταργήθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 12 αυτής, η προμνησθείσα υπουργική απόφαση 1109793/6134-11/0016/24.11.1999). Αλλά και η νομοθεσία περί δημοσίων έργων (ν. 3669/2008, Α' 116, με το άρθρο πρώτο του οποίου κυρώθηκε η «κωδικοποίηση της νομοθεσίας που αφορά στην κατασκευή των δημοσίων έργων») προβλέπει ότι κατά την κατάθεση της προσφοράς «κάθε προσφέρουσα εργοληπτική επιχείρηση υποχρεούται να υποβάλει βεβαιώσεις των υπηρεσιών για την εξόφληση των ασφαλιστικών εισφορών και τη φορολογική ενημερότητα για τα δημόσια έργα που εκτελεί μόνη της ή σε κοινοπραξία» (άρθρο 20 παρ. 3 κωδικοποίησης). Περαιτέρω, λαμβανομένου υπ' όψιν του σκοπού της διασφάλισης της αξιοπιστίας των αναδόχων των δημοσίων έργων τον οποίο επιδιώκουν, οι ανωτέρω κανονιστικές διατάξεις (προμνησθείσες αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών και του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων, αντιστοίχως), που αναφέρονται στην συμμετοχή σε διαγωνισμούς «για την ανάληψη [ή «ανάληψης»] εκτέλεσης δημοσίων έργων», καταλαμβάνουν τις αναθέσεις συμβάσεων παραχώρησης δημοσίων έργων,12. Επειδή, η επιβολή από τον νομοθέτη ή την κανονιστικώς δρώσα Διοίκηση περιορισμών, όπως οι αναφερόμενοι στην προηγούμενη σκέψη, στην συμμετοχή στην διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων με αντικείμενο την εκτέλεση δημοσίων έργων, δεν αντίκειται στο Σύνταγμα (πρβλ. ΣΤΕ 3438/1998 Ολομ., 1198/2012). Εξάλλου, ναι μεν η ειδική διάταξη του άρθρου 45 παρ. 2 περ. στ' της Οδηγίας 2004/18/EK (με την οποία παρέχεται στα κράτη μέλη η ευχέρεια να προβλέψουν τον αποκλεισμό από την συμμετοχή σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων οποιουδήποτε οικονομικού φορέως δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την πληρωμή των φόρων και των τελών, σύμφωνα με τις νομοθετικές διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή με τις νομοθετικές διατάξεις της χώρας της αναθέτουσας αρχής) δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων (για τις διατάξεις της ανωτέρω Οδηγίας, οι

Αριθμός απόφασης: 656/2018

οποίες εφαρμόζονται και επί των συμβάσεων παραχώρησης δημοσίων έργων, βλ. σκέψη 3, πρβλ. και άρθρα 67 έως 72 του π.δ/τος 60/2007), όμως, εθνικές νομοθετικές και κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι επίμαχες, συνιστούν, πάντως, εν όψει του κατά τα προεκτεθέντα σκοπού τον οποίο επιδιώκουν, κατ' αρχήν, θεμιτούς περιορισμούς της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών που διασφαλίζονται με τα άρθρα 49 και 56 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. αντί άλλων ΔΕΕ, απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, C-358/12, *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici κατά Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2014:2063)....» (ΣΤΕ 880/2016). Εξάλλου, απορριπτέος ως αλυσιτελής και επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενος είναι και ο επικουρικός ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι δεν πρέπει να αποκλειστεί σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, κατ' άρθ. 73 παρ. 2 του ν. 4412/2016 που προβλέπει ότι «ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς δυσανάλογος, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων δεν έχουν καταβληθεί». Και τούτο, επειδή, εν προκειμένω, δεν αποδείχθηκε ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς της (18-9-2017) «μικρά μόνο ποσά φόρων». Περαιτέρω, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής ότι ο ρητός όρος της διακήρυξης περί προσκόμισης ΑΦΕ που να βεβαιώνει την φορολογική ενημερότητα του προσωρινού αναδόχου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς δεν μπορεί να ισχύσει διότι υποκαθίσταται από το ΕΕΕΣ, είναι αντίθετη με την αρχή της νομιμότητας της ισότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού και δεν συντρέχει εν τέλει υποχρέωση των διαγωνιζομένων όπως προσκομίσουν τέτοιο ΑΦΕ. Οι ισχυρισμοί αυτοί της παρεμβαίνουσας είναι αβάσιμοι διότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαπόδειξη των όσων δηλώνουν υπευθύνως οι οικονομικοί φορείς και τα οποία οφείλουν να αποδείξουν προσκομίζοντας τα αντίστοιχα έγγραφα στη συνέχεια και πριν από το στάδιο της κατακύρωσης. Συνεπώς, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, κατά δέσμια αρμοδιότητα, η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να αποκλείσει την παρεμβαίνουσα λόγω ουσιώδους έλλειψης των δικαιολογητικών κατακύρωσης διότι δεν προσκόμισε ΑΦΕ που να πιστοποιεί την φορολογική ενημερότητά της κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της και, επομένως, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση η οποία

Αριθμός απόφασης: 656/2018

έκρινε, παρά ταύτα, ως επαρκή τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας.

41. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

42. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

43. Επειδή πρέπει να απορριφθεί η παρέμβαση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού χιλίων τετρακοσίων ένδεκα ευρώ και είκοσι εννιά λεπτών (1.411,29).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 30-7-2018 και εκδόθηκε την 20-8-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Η Γραμματέας

Μαρία Μανώλογλου