

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Φεβρουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Δήμητρα Μπαχτσεβανίδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17-1-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/55/16-1-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης

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

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... » και με διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την ακύρωση της υπ' αρ. 422/2018 Απόφασής της (πρακτικό της 58ης/2018 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου ...), με την οποία εγκρίθηκε το από 27-12-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Ηλεκτρονικού Ανοιχτού Διαγωνισμού με την οποία έγινε κατακύρωση του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα στο πλαίσιο του ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΧΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. 14119/11-7-2018 Διακήρυξης με αντικείμενο την σύναψη σύμβασης έργου «ΕΡΓΑ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΔΗΜΟΤΙΚΩΝ ΟΔΩΝ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ... ΠΟΛΗΣ ...» εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 161.290,32 €. Η ως άνω Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

11-7-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ την 18-7-2018 με συστημικό α/α ...

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ..., ποσού 806,43 ευρώ), που πληρώθηκε με το από 15-1-2019 έμβασμα της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος.

2. Επειδή, η προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού, έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατέστη οριστικός ανάδοχος ο νυν παρεμβαίνων, ενώ ο προσφεύγων εκρίθη και αυτός δεκτός σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού και εν τέλει κατετάγη, ως δεύτερος μετά τον παρεμβαίνοντα μειοδότης. Ειδικότερα ο προσφεύγων ισχυρίζεται με τον πρώτο ισχυρισμό της προσφυγής, ότι ο παρεμβαίνων για την απόδειξη των απαιτούμενων δικαιολογητικών του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 23.3 (ε) υπέβαλε (4) τέσσερις βεβαιώσεις του ΤΕΕ με αριθ. Πρωτ. 14518/106648, 14518/108554, 14518/101959 και 14518/109389 με ημερομηνία έκδοσης 5-6-2018 και ισχύ για έξι (6) μήνες, ήτοι λήξη ισχύος 5-12-2018. Με δεδομένο ότι ο φυσικός φάκελος δικαιολογητικών υπεβλήθη στην Αναθέτουσα Αρχή στις 7-12-2018 (αρ. πρωτ. 25220), τα ως άνω δικαιολογητικά είχαν λήξει τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης όσο και κατά την ημερομηνία λήψης της Απόφασης κατακύρωσης από την Αναθέτουσα αρχή (27-12-2018). Με το δεύτερο ισχυρισμό της προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι για την απόδειξη των απαιτούμενων δικαιολογητικών της παραγράφου 23.5 και ειδικά για την απόδειξη της απαίτησης μη υπέρβασης του ανεκτελέστου και εμπροθέσμου εκτέλεσης των εν εξελίξει εργολαβικών συμβάσεων ο

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

παρεμβαίνων υπέβαλε δύο (2) βεβαιώσεις. Η πρώτη με στοιχεία φορέα ΔΗΜΟΣ ΑΛΜΥΡΟΥ, αριθμ. πρωτ. 8072/541 και ημερομηνία έκδοσης 7-5-2018. Με δεδομένο ότι η ισχύς της ως άνω βεβαίωσης είναι εξάμηνη, αυτή έληξε στις 7-11-2018. Η δεύτερη βεβαίωση με φερόμενο φορέα ΔΗΜΟΣ ΠΑΠΑΓΟΥ-ΧΟΛΑΡΓΟΥ, δεν φέρει σφραγίδα του φορέα, δεν έχει αριθμό πρωτοκόλλου, ούτε και ημερομηνία έκδοσης. Είναι δηλαδή κατά τον προσφεύγοντα μη έγκυρη. Οι προσκομιζόμενες δηλαδή βεβαιώσεις ανεκτελέστου δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις των δικαιολογητικών της Διακήρυξης. Με τον τρίτο ισχυρισμό της προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο προσωρινός ανάδοχος εκτελεί, σύμφωνα με τα υποβληθέντα δικαιολογητικά, έργο σε κοινοπραξία. Η κοινοπραξία είναι ανεξάρτητο νομικό πρόσωπο με δικό της ΑΦΜ και δική της έδρα. Ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε άρα κατά τον προσφεύγοντα να υποβάλλει, σύμφωνα με την παρ. 23.3.β της Διακήρυξης Φορολογική Ενημερότητα της Κοινοπραξίας «...». Ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε την υπ αριθμ. 65654835 Φορολογική Ενημερότητα με ημερομηνία έκδοσης 21-10-2018 και ημερομηνία λήξης 5-12-2018. Ο φυσικός φάκελος δικαιολογητικών υπεβλήθη στην Αναθέτουσα Αρχή στις 7-12-2018 (αρ. πρωτ. 25220), δηλαδή κατά το χρόνο που ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά η φορολογική ενημερότητα της κοινοπραξίας έχει λήξει. Η δε έκδοση νέας φορολογικής ενημερότητας (με ημερομηνία έκδοσης 21-12-2018) δεν καλύπτει κατά τον προσφεύγοντα το κρίσιμο χρόνο υποβολής των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών (από 5-12-2018 έως 21-12-2018). Με τον τέταρτο ισχυρισμό της προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ακριβώς επειδή όπως ανωτέρω αναφέρεται ο προσωρινός ανάδοχος εκτελεί έργο σε κοινοπραξία, όφειλε να υποβάλλει σύμφωνα με την παρ. 23.3.β της Διακήρυξης και ασφαλιστική ενημερότητα που να καλύπτει την έδρα της κοινοπραξίας, τόσο για το διάστημα υποβολής της προσφοράς του, όσο και για το διάστημα υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ενώ οι υποβληθείσες βεβαιώσεις ασφαλιστικής ενημερότητας Κ/Ξ έργου «Διαμόρφωση και ανάπλαση ευρύτερης περιοχής πλατείας φανερωμένης-παρέμβαση στην πλατεία Αγίας Τριάδος», αναφέρονται μόνο στο οικοδομοτεχνικό έργο. Με

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

τον πέμπτο ισχυρισμό της προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι για την απόδειξη των απαιτούμενων δικαιολογητικών της παραγράφου 23.3 (ββ) της Διακήρυξης ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε ένορκη βεβαίωση με ημερομηνία έκδοσης 26-7-2018 (αρ. πρωτ. 8989/2018). Με δεδομένο ότι η ένορκη βεβαίωση πρέπει να εκδίδεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με ημερομηνία μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή τους, (6-8-2108) η υποβαλλόμενη ένορκη βεβαίωση κατά τον προσφεύγοντα δεν ισχύει. Με τον έκτο ισχυρισμό της προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι για την απόδειξη των απαιτούμενων δικαιολογητικών της παραγράφου 23.3 (γ) της Διακήρυξης ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε τα 6 πιστοποιητικά Πρωτοδικείου με ημερομηνίες έκδοσης 12-11-2018, 18-10-2018 και 26-10-2018. Με δεδομένο ότι τα πιστοποιητικά Πρωτοδικείου πρέπει να εκδίδονται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με ημερομηνία μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή τους, τα υποβαλλόμενα σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα δεν είναι σε ισχύ. Με τον έβδομο ισχυρισμό της προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι για την απόδειξη των απαιτούμενων δικαιολογητικών της παραγράφου 23.3(α) της Διακήρυξης ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε τρία αντίγραφα Ποινικού Μητρώου με ημερομηνίες 17-10-2018, 5-11-2018 και 13-11-2018. Το απόσπασμα ποινικού μητρώου πρέπει κατά τον προσφεύγοντα να προσκομιστεί από τον προσωρινό ανάδοχο με ημερομηνία μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή τους άλλως δεν είναι σε ισχύ.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 23-1-2019 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ επικαλείται ότι ως προς τον πρώτο λόγο της Προσφυγής σχετικά με τα υπ' αριθμ. πρωτ. 14518/106648, 14518/108554, 14518/101959 και 14518/109389 έγγραφα Βεβαιώσεων ΤΕΕ η επιτροπή έλεγξε τα παραπάνω έγγραφα που αναρτήθηκαν την 4-12-2018 στο ηλεκτρονικό σύστημα "επικοινωνία" ΕΣΗΔΗΣ και με το σκεπτικό ότι πριν την υπογραφή οποιασδήποτε σύμβασης Δημοσίου έργου ζητείται εκ νέου η κατάθεση επικαιροποιημένων όλων των δικαιολογητικών κατακύρωσης μαζί με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης τα οποία ελέγχονται και

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

ως προς τον χρόνο ισχύος τους κατά την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, έγιναν αποδεκτά. Ως προς το δεύτερο λόγο της Προσφυγής σχετικά με την απόδειξη της απαίτησης μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου ορίου, η αναθέτουσα προβάλλει ότι πέραν των βεβαιώσεων κατατέθηκε και πίνακας συγκεντρωτικός με τα υπόλοιπα ανεκτέλεστα των εργολαβιών του προσωρινού αναδόχου καθώς και των κοινοπραξιών του. Η βεβαίωση με φερόμενο φορέα τον Δήμο Παπάγου- Χολαργού εκτός των υπογραφών και ονοματεπωνύμων Συντακτών και Προϊσταμένου φέρει και στρογγυλή σφραγίδα που δεν φαίνεται ευκρινώς στο σύνολο της. Επιπλέον υποστηρίζει ότι το σύνολο του ποσού των συμβάσεων των έργων των ανωτέρω βεβαιώσεων (ανεκτέλεστου) δεν υπερβαίνει το ανώτατο όριο ανεκτέλεστου της κατηγορίας του προσωρινού αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος. Ως προς τον τρίτο λόγο της Προσφυγής σχετικά με την φορολογική ενημερότητα της Κοινοπραξίας, η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι το έγγραφο με αριθμ. πρωτ. 65654835 φορολογικής ενημερότητας ήταν στα συμπληρωματικά δικαιολογητικά όπως και το αριθμ. πρωτ. 66046472 πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας της Κοινοπραξίας με ημερομηνία λήξης την 21-2-2019, το οποίο ήταν εν ισχύ την 27-12-2018 ημέρα λήψης της αριθμ. 422/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ως προς τον τέταρτο λόγο της Προσφυγής σχετικά με την ασφαλιστική ενημερότητα της Κοινοπραξίας η αναθέτουσα προβάλλει ότι έλεγξε την βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας (με αριθμ. πρωτ.: 646985) της Κοινοπραξίας για το έργο με τίτλο "Διαμόρφωση και ανάπλαση ευρύτερης περιοχής πλατείας Φανερωμένης - παρέμβαση στην πλατεία Αγίας Τριάδας" που έχει συσταθεί για το συγκεκριμένο έργο και διαπίστωσε ότι καλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Ως προς τον πέμπτο λόγο της Προσφυγής σχετικά με την ένορκη βεβαίωση Ειρηνοδικείου Αθηνών με αριθμ. πρωτ. 8989/26-07-2018 η αναθέτουσα προβάλλει ότι διαπίστωσε ότι τηρείται το χρονικό διάστημα των δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς που ήταν η 06-08-2018 ενώ ως προς τον έκτο και έβδομο λόγο της Προσφυγής σχετικά με τα πιστοποιητικά του πρωτοδικείου και τα αντίγραφα του Ποινικού Μητρώου υποστηρίζει ότι εφόσον αυτά δεν

φέρουν ημερομηνία λήξης της ισχύος τους και με το σκεπτικό ότι η Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου για την υπογραφή οποιασδήποτε σύμβασης Δημοσίου έργου ζητεί εκ νέου την κατάθεση επικαιροποιημένων όλων των δικαιολογητικών κατακύρωσης μαζί με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, τα οποία ελέγχει και ως προς τον χρόνο ισχύος τους κατά την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, αυτά έγιναν αποδεκτά.

4. Επειδή, με την από 25-1-2019 Παρέμβασή του, κατόπιν της από 17-1-2019 κοινοποίηση της προσφυγής, ο παρεμβαίνων εμπροθέσμως και νομοτύπως παρεμβαίνει, μετ' εννόμου δε συμφέροντος καθώς η προσφυγή αιτείται την ακύρωση της σε αυτόν κατακύρωσης. Ως προς τον πρώτο ισχυρισμό του προσφεύγοντος, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι προσκόμισε τέσσερις (4) βεβαιώσεις από το ΤΕΕ (υπ' αριθμούς πρωτ.14518/106648, 14518/108554, 14518/101959 και 14518/109389) με ημερομηνία εκδόσεως 5-6-2018 και ισχύ έξι μηνών, ήτοι έως 5-12-2018. Από τις άνω προσκομισθείσες ενημερότητες προκύπτει ότι η εταιρεία πληρούσε τις σχετικές προϋποθέσεις κατά την υποβολή της προσφοράς της (6-8-2018) και κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού (7-8-2018). Επιπλέον επικαλείται ότι σε περίπτωση που τυχόν διαπιστωθούν ελλείψεις στα υποβληθέντα δικαιολογητικά, ακόμη και σε περίπτωση μη υποβολής ορισμένων εκ των δικαιολογητικών, η Αναθέτουσα Αρχή παρέχει προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός της νόμιμης ταχθείσας προθεσμίας. Ως προς το δεύτερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι στον όρο 23.5.α της Διακήρυξης ορίζεται ότι: « ... *Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει ή με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις*».

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

Σύμφωνα με τον άνω όρο της Διακήρυξης, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά. Συγκεκριμένα προσκόμισε - νομίμως και εμπροθέσμως - την από 27-11-2018 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας καθώς και πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων με αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο ενώ οι βεβαιώσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα προσκομίσθηκαν ως εκ περισσού και σε καμία περίπτωση δεν δύναται να επηρεάσουν τη συμμετοχή του στο εν λόγω διαγωνισμό. Ως προς τον τρίτο ισχυρισμό επικαλείται ότι προσκόμισε την υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου 64980662 Φορολογική Ενημερότητα της Κοινοπραξίας ... με ημερομηνία εκδόσεως την 7-6-2018 και ημερομηνία λήξης την 7-8-2018. Από την άνω προσκομισθείσα φορολογική ενημερότητα προκύπτει ότι η εταιρεία πληρούσε τις σχετικές προϋποθέσεις κατά την υποβολή της προσφοράς της (6-8-2018) και κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού (7-8-2018). Επιπλέον προσκόμισε την υπ' αριθμόν πρωτ. 65654835 φορολογική ενημερότητα της κοινοπραξίας με ημερομηνία λήξης την 5-12-2018. Συνεπώς η άνω δεύτερη προσκομισθείσα φορολογική ενημερότητα κάλυπτε κατά τον παρεμβαίνοντα το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών, ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή, ήτοι την 4-12-2018. Σε κάθε περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή – σύμφωνα με τα άνω υπό Β.1 αναφερόμενα τον κάλεσε να προσκομίσει νέα φορολογική ενημερότητα, την οποία και προσκόμισε (υπ' αριθμόν πρωτ. 66046472 της 21-12-2018 και ισχύος έως 21-2-2019). Όσον αφορά τον τέταρτο ισχυρισμό της προσφυγής, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι στον όρο 23.3.β της Διακήρυξης ορίζεται ότι: *«... ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ. ...»*. Σύμφωνα με τον άνω όρο της Διακήρυξης, υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά. Συγκεκριμένα, προσκόμισε ασφαλιστικές

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

ενημερότητες τόσο για την εταιρεία όσο και για τα έργα που αυτή εκτελεί μεμονωμένα ή σε κοινοπραξία. Ειδικότερα υπέβαλε την υπ' αριθμόν πρωτ. 111358 ασφαλιστική ενημερότητα για την κοινοπραξία..., η οποία εκτελεί το έργο ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ ΚΑΙ ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΕΥΡΥΤΕΡΗΣ ΠΕΡΟΧΗΣ ΠΛΑΤΕΙΑΣ ΦΑΝΕΡΩΜΕΝΗΣ - ΠΑΡΕΜΒΑΣΗ ΣΤΗΝ ΠΛΑΤΕΙΑ ΑΓΙΑΣ ΤΡΙΑΔΟΣ, εκδόσεως την 12/03/2018 και ισχύος έως την 11/09/2018 .Σε κάθε περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή τον κάλεσε να προσκομίσει νέα ασφαλιστική ενημερότητα του έργου που εκτελεί σε Κοινοπραξία, την οποία και προσκόμισε (υπ' αριθμόν πρωτ. 646985 της 21-12-2018 και ισχύος έως 20-6-2019). Ως προς τον πέμπτο ισχυρισμό του προσφεύγοντος και εν σχέσει με την απαιτούμενη ένορκη βεβαίωση προς απόδειξη του όρου 23.3.ββ της Διακήρυξης ο παρεμβαίνων επισημαίνει ότι η εταιρεία υπέβαλε το σχετικό δικαιολογητικό με το κείμενο όπως απαιτείται από το νόμο και τη Διακήρυξη. Σημειώνει δε ότι δεν ορίζεται στη Διακήρυξη συγκεκριμένος χρόνος έκδοσης της απαιτούμενη ένορκης βεβαίωσης. Ως προς τον έκτο ισχυρισμό της προσφυγής ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι από τα υποβληθέντα από την εταιρεία πιστοποιητικά Πρωτοδικείου προκύπτει ότι πληρούσε τις σχετικές προϋποθέσεις κατά την υποβολή της προσφοράς (3-8-2018) και κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού (7-8-2018). Επισημαίνει επίσης ότι δεν έχει προβλεφθεί από τη Διακήρυξη συγκεκριμένο χρονικό διάστημα εντός του οποίου θα πρέπει αυτά να έχουν εκδοθεί αλλά θα πρέπει να καλύπτουν την ημερομηνία υποβολής του ΤΕΥΔ και την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και σε κάθε περίπτωση να ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή επικαιροποιημένα πριν την υπογραφή της σύμβασης. Συνεπώς κατ' αυτόν η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να απορρίψει την προσφορά του εφόσον από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν προέκυψε ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΤΕΥΔ είναι ψευδή ή ανακριβή. Ως προς τον έβδομο ισχυρισμό του προσφεύγοντος, ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι από τα υποβληθέντα από την εταιρεία αντίγραφα ποινικού μητρώου προκύπτει ότι πληρούσε τις σχετικές προϋποθέσεις κατά την υποβολή της προσφοράς (3-8-2018) και κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού (7-8-2018). Προσθέτει δε ότι δεν έχει προβλεφθεί από τη Διακήρυξη

συγκεκριμένο χρονικό διάστημα εντός του οποίου θα πρέπει να έχουν εκδοθεί αλλά θα πρέπει να καλύπτουν την ημερομηνία υποβολής του ΤΕΥΔ και την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και σε κάθε περίπτωση αυτά πρέπει να ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή επικαιροποιημένα πριν την υπογραφή της σύμβασης. Κατά τούτο η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να απορρίψει την προσφορά του εφόσον από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν προέκυψε ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΤΕΥΔ είναι ψευδή ή ανακριβή. Επικουρικά δε προβάλλει ότι αναφορικά με τη χρονική ισχύ των πιστοποιητικών ποινικού μητρώου δεν υπάρχει ρητή και σαφής διάταξη νόμου. Από το εδάφιο α' της παρ. 2 του άρθρου 578 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, το οποίο προβλέπει ότι *«οι υπηρεσίες που τηρούν ποινικό μητρώο, προβαίνουν κάθε έξι μήνες σε εκκαθάρισή του από τα δελτία που παύουν να ισχύουν σύμφωνα με τις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου»* έμμεσα προκύπτει ότι η ισχύς των πιστοποιητικών ποινικού μητρώου είναι εξάμηνη. Με βάση την άνω άποψη δύναται κατά τον παρεμβαίνοντα να αχθεί το συμπέρασμα ότι τα προσκομισθέντα αντίγραφα ποινικού μητρώου ήταν ούτως ή άλλως εν ισχύ.

5. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία ανάθεσης σύμβασης έργου κάτω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, υπάγεται δε λόγω της τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, ως και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α), αφού ασκήθηκε την 16-1-2019 και η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 9-1-2019. Επιπλέον, η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος στο οικείο προδιατυπωμένο έντυπο, ενώ ο προσφεύγων έχει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκησή της, αφού δια της προσβαλλομένης επήλθε κατακύρωση του διαγωνισμού, ενώ ο

ίδιος ήταν ο αμέσως επόμενος αποδεκτός σε σειρά μειοδοσίας μετέχων και συνεπώς, δια της ακύρωσης της προσβαλλομένης θα καταστεί πρώτος αποδεκτός μειοδότης και προσωρινός ανάδοχος. Επομένως, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή η προσφυγή, όπως και η Παρέμβαση, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

6. Επειδή, στο άρθρο 1 του ν.4250/2014 «Διοικητικές απλουστεύσεις, καταργήσεις Ν.Π., αξιολόγηση, διαθεσιμότητα κλπ. Δημοσίων υπαλλήλων» (Α'74/26.3.2014) ορίζεται ότι: «1. Οι διατάξεις του Κώδικα αυτού εφαρμόζονται στο Δημόσιο, στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης και στα άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, εκτός αν άλλως ορίζεται σε επιμέρους διατάξεις. 2. Οι παράγραφοι 3 και 4 του άρθρου 11 του ν.2690/1999 (Α'45) καταργούνται και η παράγραφος 2 του ιδίου άρθρου αντικαθίσταται ως εξής: α. Οι ρυθμίσεις της παρούσας παραγράφου εφαρμόζονται στο Δημόσιο, τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΟΤΑ), τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, τα Δικαστήρια όλων των βαθμών, τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου που ανήκουν στο Κράτος ή επιχορηγούνται τακτικώς, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις από κρατικούς πόρους κατά 50% τουλάχιστον του ετήσιου προϋπολογισμού τους, τις δημόσιες επιχειρήσεις και τους οργανισμούς που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 3249/2005, καθώς και στα νομικά πρόσωπα και τις επιχειρήσεις των ΟΤΑ. β. Δεν υφίσταται πλέον η υποχρέωση υποβολής πρωτοτύπων εγγράφων, με την επιφύλαξη της περίπτωσης δ' και των εγγράφων που προσκομίζονται για δικαστική χρήση, που έχουν εκδοθεί από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α' ή επικυρωμένων αντιγράφων των εγγράφων αυτών από τους ενδιαφερομένους για το σύνολο των συναλλαγών τους με τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α'. Αντί πρωτοτύπων ή επικυρωμένων αντιγράφων, υποβάλλονται και γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α, ευκρινή φωτοαντίγραφα των πρωτοτύπων εγγράφων που εκδόθηκαν από τις υπηρεσίες και τους φορείς αυτούς ή των ακριβών αντιγράφων τους. Ομοίως υποβάλλονται και γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

φωτοαντίγραφα από αντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων τα οποία έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο, καθώς και ευκρινή φωτοαντίγραφα από τα πρωτότυπα όσων ιδιωτικών εγγράφων φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α...δ. Η απαίτηση υποβολής πρωτοτύπων εγγράφων, που έχουν εκδοθεί από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α, όταν προβλέπεται ρητά από την κείμενη νομοθεσία, καταργείται με την παρέλευση τριών μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος νόμου.... ε. Με την επιφύλαξη της περίπτωσης δ, από τη δημοσίευση του παρόντος νόμου καταργείται κάθε ειδική ή γενική διάταξη που αντίκειται στις διατάξεις αυτού». Ο δε διαχωρισμός των δημοσίων από τα ιδιωτικά έγγραφα έχει κριθεί από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (βλ. ΣτΕ 4042/2015, 2140/2017 κλπ. καθώς και Γνωμοδότηση ΝΣΚ 164/2015). Περαιτέρω, το Άρθρο 17 της ΥΑ 56902/215/2017 προβλέπει τα ακόλουθα: «Υποβολή-Αποσφράγιση - Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου Κατακύρωση – Σύναψη Σύμβασης», ορίζει ότι «1.1 Μετά την αξιολόγηση των προσφορών η αναθέτουσα αρχή/ αναθέτων φορέας ειδοποιεί εγγράφως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος τον «προσωρινό ανάδοχο» να υποβάλλει εντός της προθεσμίας που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. 1.2 Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου». 1.3 Η αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου πραγματοποιείται εφαρμοζόμενων αναλόγως των οριζόμενων στο άρθρο 16 της παρούσης. 2. Κατακύρωση – σύναψη σύμβασης 2.1 Μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου η αναθέτουσα αρχή/ αναθέτων φορέας προβαίνει, μέσω του Συστήματος, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών σε κάθε προσφέροντα εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. [...]».

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

Από το γράμμα της παραπάνω διάταξης, η οποία εξειδικεύει τον τρόπο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης μετά τη θέση σε εφαρμογή του ηλεκτρονικού συστήματος ΕΣΗΔΗΣ δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ότι τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ως χρόνος υποβολής τους λογίζεται αυτή ακριβώς η ηλεκτρονική ανάρτηση και το περιεχόμενο αυτών ακριβώς των εγγράφων αξιολογείται ως σύμφωνο ή όχι με τους όρους της διακήρυξης ενώ η τα έγγραφα που μεταγενέστερα προσκομίζονται και σε έντυπη/φυσική μορφή δεν αξιολογούνται καταρχήν αυτοτελώς, πολλώ δε μάλλον δεν υποκαθιστούν τα έγγραφα που ηλεκτρονικά υπεβλήθησαν. Μόνη εξαίρεση στον παραπάνω κανόνα, ο οποίος ιδρύεται από τη ρητή διάταξη της ως άνω υπουργικής απόφασης αποτελούν τα ιδιωτικά έγγραφα που υπεβλήθησαν ηλεκτρονικά ενώ δεν φέρουν επικύρωση σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Οιαδήποτε δε κατάλοιπα περί υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης προεχόντως σε πρωτότυπη, έντυπη ή φυσική μορφή στο αρ. 103 του ν. 4412/2016 αφορούν του διαγωνισμούς που δεν διενεργούνται μέσω της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ, ενώ τα ισχύοντα για τους διαγωνισμούς που διενεργούνται μέσω της ως άνω πλατφόρμας, όπως ο προκείμενος, εξειδικευτήκαν πλέον με την προαναφερθείσα ΥΑ.

7. Επειδή κατά το αρ. 103 παρ. 1 παρ. 2 ν. 4412/2016, σε περίπτωση που δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται από την αναθέτουσα αρχή προθεσμία σε αυτόν να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα αυτής, χωρίς να δύναται να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο παρακάμπτοντας την ως άνω υποχρεωτική κλήση προς συμπλήρωση ελλείψεων. Και τούτο τόσο στην περίπτωση εν όλω μη προσκόμισης κάποιου δικαιολογητικού όσο και στην περίπτωση προσκόμισης ελλιπούς ή λανθασμένου δικαιολογητικού ή εγγράφου που περιέχει κάποια ασάφεια ή πλημμέλεια ως προς την πλήρωση όρων της

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

διακήρυξης. Τόσο από τη γραμματική όσο και από την τελολογική διατύπωση της εν λόγω διάταξης δεν καταλείπεται περιθώριο ερμηνείας ως προς την υποχρέωση της αναθέτουσας να ζητήσει συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και συνεπώς προκύπτει ότι τυχόν εν μέρει ή εν όλω παράλειψή της να το πράξει, δεν δύναται να αποβαίνει σε βάρος του οικονομικού φορέα που έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος.

8. Επειδή όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτει ότι κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 οι προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Περαιτέρω, αβασίμως επικαλείται ο προσφεύγων ότι κρίσιμος χρόνος ήταν ο χρόνος φυσικής υποβολής των εγγράφων ενημεροτήτων και τούτο προεχόντως, διότι η βεβαίωση ΤΕΕ, ως δημόσιο έγγραφο προερχόμενο από δημόσια υπηρεσία, ουδόλως ανήκει στα έγγραφα που κατά τον όρο 4.2 της διακήρυξης, πρέπει να προσκομιστούν και σε φυσική μορφή, αλλά αρκεί η ηλεκτρονική υποβολή τους, η δε τυχόν προσκόμισή τους σε φυσική μορφή έλαβα χώρα εκ περισσού και ουδόλως θα δύνατο να συνεπάγεται έννομες συνέπειες. Ο δε παρεμβαίνων υπέβαλε τις υπ' αριθμ. πρωτ.14518/106648, 14518/108554, 14518/101959 και 14518/109389 βεβαιώσεις ΤΕΕ, της 5-6-2018 και εξαμήνου διάρκειας, ήτοι με ισχύ έως και την 5-12-2018, ενώ οι ως άνω βεβαιώσεις υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά την 4-12-2018, ο δε χρόνος φυσικής προσκόμισής τους ήταν εξ αρχής αδιάφορος. Επιπλέον, όπως ανωτέρω αναλύεται κατά το αρ. 103 παρ. 1 παρ. 2 ν. 4412/2016, σε κάθε περίπτωση αν δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται υποχρεωτικά από την αναθέτουσα αρχή προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η αναθέτουσα, παρά το γεγονός ότι ζήτησε από τον παρεμβαίνοντα να συμπληρώσει ορισμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν του ζήτησε να προσκομίσει επικαιροποιημένες βεβαιώσεις ΤΕΕ, με ισχύ μετά την 5-12-2018. Άρα, ασχέτως ότι ούτως ή άλλως, ο παρεμβαίνων απέδειξε τη

συνδρομή της οικείας προϋπόθεσης συμμετοχής κατά τον χρόνο υποβολής των ως άνω βεβαιώσεων ηλεκτρονικά, ήτοι την 4-12-2018, ο δε χρόνος φυσικής υποβολής ουδεμία έννομη συνέπεια είχε, σε κάθε περίπτωση ακόμη και αν υποτίθετο ότι υπήρχε σχετική έλλειψη και ότι ο τυχόν χρόνος ισχύος τους είχε λήξει κατά τον κρίσιμο περί της υποβολής τους χρόνο, και πάλι η αναθέτουσα θα όφειλε να ζητήσει συμπλήρωση, ουδόλως δε να αποκλείσει, καίτοι σε κάθε περίπτωση εξαρχής εν τέλει είχαν συννόμως υποβληθεί και κάλυπταν το κρίσιμο χρονικό διάστημα. Συνεπώς ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι κατά τον όρο 23.5 της διακήρυξης περί του οικείου δικαιολογητικού κατακύρωσης ως προς το ανεκτέλεστο υπόλοιπο, προβλέπεται ότι αποδεικνύεται ως εξής *«Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύ ή με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις»*. Επειδή από το γράμμα της διακήρυξης προκύπτει ότι ο σχετικός ως άνω όρος για την απόδειξη του ανεκτελέστου υπολοίπου δεν απαιτεί πέραν της υπεύθυνης δήλωσης και του πίνακα με αναφορά ανεκτελέστου υπολοίπου οιαδήποτε άλλα έγγραφα από τα οποία να προκύπτουν και να αποδεικνύονται όσα αναφέρονται στον εν λόγω πίνακα πολλώ δε μάλλον έγγραφα φέροντα συγκεκριμένο τύπο (σφραγίδα, υπογραφή κλπ.). Επειδή ο παρεμβαίνων προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και δη την από 27-11-2018 και ψηφιακώς υπογεγραμμένη την 4-12-2018 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας καθώς και πίνακα των δύο υπό εκτέλεση έργων με αναφορά στο ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και στο συνολικό ανεκτέλεστο. Επειδή οι επικαλούμενες εκ του

προσφεύγοντος βεβαιώσεις, υποβλήθηκαν εκ περισσού και κατά τούτο οιαδήποτε έλλειψη διαπιστώνεται σε αυτά δεν δύναται να αξιολογηθεί πολλώ δε μάλλον να οδηγήσει σε αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς ο ως άνω ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

10. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής και σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν και ως προς τον πρώτο λόγο παραπάνω, τα χρονικά σημεία όπου θα πρέπει να καλύπτεται η συνδρομή των ως άνω προϋποθέσεων είναι τα παραπάνω τρία, στη δε περίπτωση της φορολογικής ενημερότητας, θα πρέπει να προσκομίζονται πιστοποιητικά που καλύπτουν τα παραπάνω σημεία, χωρίς ουδόλως να προκύπτει υποχρέωση υποβολής φορολογικών ενημεροτήτων που καλύπτουν τα μεσοδιαστήματα. Εξάλλου, κατ' άρ. 103 παρ. 1 Ν. 4412/2016, βλ. και προπρωηγούμενη σκέψη, ακόμη και αν κατά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, ελλείπουν ορισμένα εξ αυτών ή έχει λήξει η διάρκειά τους, η αναθέτουσα όχι μόνο δεν υποχρεούται να αποκλείσει, αλλά υποχρεούται και να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο σε προσκόμιση εκ νέου των δικαιολογητικών που είχαν λήξει κατά την πρώτη υποβολή, εκ νέου σε ισχύ. Εφόσον δε λάβει χώρα τέτοια ζήτηση συμπληρωματικών δικαιολογητικών, ο παραπάνω χρόνος υποβολής των δικαιολογητικών κατά τον οποίο πρέπει να συντρέχουν οι προϋποθέσεις συμμετοχής, είναι αυτός των συμπληρωματικών δικαιολογητικών, άλλως εξάλλου δεν θα υπήρχε και νόημα να ζητούνται και δη υποχρεωτικώς τέτοιες συμπληρώσεις. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα διαθέσιμα στο ΕΣΗΔΗΣ στοιχεία, ο παρεμβαίνων με τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του, υπέβαλε για την κοινοπραξία, πρώτον, φορολογική ενημερότητα με διάρκεια από 7-6-2018 έως και 7-8-2018, η οποία άρα κάλυπτε τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του την 6-8-2018, δεύτερον και με τα συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσής του, που κατά τα ως άνω νομίμως ζητήθηκαν από την αναθέτουσα, φορολογική ενημερότητα με διάρκεια από 5-10-2018 έως και 5-12-2018, η οποία άρα κάλυπτε τον χρόνο πρώτης εκ μέρους του υποβολής των δικαιολογητικών

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

κατακύρωσης, ήτοι την 4-12-2018, αλλά και τρίτον, φορολογική ενημερότητα με διάρκεια από 21-12-2018 έως και 21-2-2019, η οποία ούτως κάλυπτε και το χρονικό σημείο της υποβολής της ως άνω συμπληρωματικής ενημερότητας, ήτοι την 21-12-2018 και τον εφεξής χρόνο και έως και την έκδοση της προσβαλλομένης πράξης κατακύρωσης. Και τούτο, ενώ ουδόλως απαιτείτο να καλύπτεται το διάστημα μετά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, τα εν τέλει και κατόπιν των παραδεκτών συμπληρώσεων, υποβληθέντα πιστοποιητικά φορολογικής ενημερότητας κάλυπταν κάθε ένα εκ των κρίσιμων για την απόδειξη συνδρομής της οικείας προϋπόθεσης συμμετοχής, σημείων (πλην προφανώς της υπογραφής της σύμβασης, που ακόμη δεν έχει λάβει χώρα). Περαιτέρω, βλ. και παραπάνω ως προς πρώτο λόγο της προσφυγής, αβασίμως επικαλείται ο προσφεύγων ότι κρίσιμος χρόνος ήταν ο χρόνος φυσικής υποβολής των εγγράφων ενημεροτήτων και τούτο προεχόντως, διότι η φορολογική ενημερότητα, ως δημόσιο έγγραφο προερχόμενο από δημόσια υπηρεσία, ουδόλως ανήκει στα έγγραφα που κατά τον όρο 4.2 της διακήρυξης, πρέπει να προσκομιστούν και σε φυσική μορφή, αλλά αρκεί η ηλεκτρονική υποβολή τους, η δε τυχόν προσκόμισή τους σε φυσική μορφή έλαβα χώρα εκ περισσού και ουδόλως θα δύνατο να συνεπάγεται έννομες συνέπειες. Άρα, εκ της ως άνω δεύτερης κατά σειρά ενημερότητας, αποδείχθηκε η συνδρομή φορολογικής ενημερότητας της κοινοπραξίας κατά τον χρόνο αρχικής υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ όσον αφορά τις φορολογικές ενημερότητες ουδεμία έννομη συνέπεια είχε ο χρόνος φυσικής υποβολής τους. Επιπλέον δε τούτου και σε κάθε περίπτωση, δεδομένου ότι η αναθέτουσα ζήτησε συμπλήρωση των φορολογικών ενημεροτήτων της κοινοπραξίας, ο κρίσιμος χρόνος ισχύος αυτών ήταν κατά τον χρόνο υποβολής των συμπληρωματικών εγγράφων, ήτοι την 21-12-2018, είναι δε αδιάφορο το αν καλυπτόταν με φορολογικές ενημερότητες το ενδιάμεσο διάστημα μεταξύ πρώτης προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης και συμπληρωματικής προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης. Άρα για όλους τους παραπάνω λόγους σωρευτικά, ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι σε κάθε περίπτωση

απορριπτέος, αφού τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης απέδειξαν τη συνδρομή της προϋπόθεσης φορολογικής ενημερότητας και για τον χρόνο υποβολής προσφοράς του παρεμβαίνοντος και για τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και δη εν προκειμένω τόσο της αρχικής όσο και της συμπληρωματικής.

11. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι κατά τον όρο 23.3.β της διακήρυξης περί δικαιολογητικών κατακύρωσης ως προς την ασφαλιστική ενημερότητα ορίζεται ότι *«Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: ... (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, περί του ότι έχουν εκπληρωθεί οι υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, όσον αφορά στην καταβολή φόρων (φορολογική ενημερότητα) και στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ασφαλιστική ενημερότητα) σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης ή την ελληνική νομοθεσία αντίστοιχα. Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι ... ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους – μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι. Οι αλλοδαποί προσφέροντες (φυσικά και νομικά πρόσωπα), που δεν υποβάλουν τα άνω*

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

αποδεικτικά, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν απασχολούν προσωπικό, για το οποίο υπάρχει υποχρέωση ασφάλισης σε ημεδαπούς ασφαλιστικούς οργανισμούς. Αν απασχολούν τέτοιο προσωπικό, πρέπει να υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας.». Επομένως, κατά τα ανωτέρω, προσκομιστέες ήταν οι ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων που εκτελεί σε κοινοπραξία, όπου μετέχει ο προσωρινός ανάδοχος και όχι αυτών καθ'αυτών των κοινοπραξιών, πέραν των συγκεκριμένων εκτελούμενων έργων. Κατ' αποτέλεσμα τούτου, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, αφού ουδόλως προέκυπτε υποχρέωση προσκόμισης ενημερότητας της έδρας της κοινοπραξίας, πέραν αυτής του συγκεκριμένου έργου. Άρα, πρέπει να απορριφθεί ο τέταρτος λόγος της προσφυγής.

12. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, ο όρος 23.3.ββ της διακήρυξης προβλέπει ότι προσκομίζεται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης *«για την παράγραφο Α.2Α του άρθρου 22: πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς.»*. Το ως άνω έγγραφο, κατά το με αρ. πρωτ. ΕΞ-262845/2018 έγγραφο του ΣΕΠΕ δεν εκδίδεται, αλλά αντικαθίσταται κατ'άρ. 80 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και τον όρο 23.3.δ της διακήρυξης, με ένορκη βεβαίωση, η οποία προφανώς έχει το ανωτέρω περιεχόμενο, δηλαδή αναφέρεται στις πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε διάστημά 2 ετών από την ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών. Ο δε παρεμβαίνων υπέβαλε την από 26-7-2018 ένορκη βεβαίωση με το οικείο περιεχόμενο, ενώ η προσφορά του υπεβλήθη την 6-8-2018, που ήταν και η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Και ναι μεν αβάσιμα, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η ως άνω ένορκη βεβαίωση έπρεπε να έχει συνταχθεί εντός της περιόδου συλλογής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αφού το αποδεικτικό του ζητούμενο αφορούσε τη διετία πριν τη λήξη χρόνου υποβολής προσφορών, πλην όμως τούτο σημαίνει

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

πως έπρεπε να έχει συνταχθεί από την τελευταία ημέρα της υποβολής προσφορών και έπειτα. Άλλως, δεν θα ήταν δυνατό να καλύπτει η ένορκη βεβαίωση το διάστημα διετίας που αρχίζει από το χρονικό σημείο της λήξης υποβολής προσφορών. Συνεπώς, βασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι η υποβληθείσα παραπάνω ένορκη βεβαίωση δεν καλύπτει τις προϋποθέσεις για την έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, αφού καταλείπει και ακάλυπτο διάστημα από τη σύνταξή της έως τη λήξη υποβολής προσφορών. Πλην όμως, όπως προαναφέρθηκε και ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ουδόλως δύναται η αναθέτουσα να αποκλείσει τον παρεμβαίνοντα λόγω έλλειψης και εν γένει πλημμέλειας των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν τον καλέσει κατ' άρ. 103 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε οικεία συμπλήρωση. Συνεπώς οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος πρέπει να γίνουν εν μέρει δεκτοί, και δη κατά το μέρος που ο παρεμβαίνων όντως παρέλειψε να προσκομίσει την ως άνω ένορκη βεβαίωση –και δη κατά τρόπο που καλύπτει και το παραπάνω διάστημα από 26-7-2018 έως και 6-8-2018- και άρα κατά το μέρος που η αναθέτουσα προέβη μη νομίμως σε κατακύρωση του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα κατά παράλειψη της υποχρέωσής της να ζητήσει συμπλήρωση ως προς τα παραπάνω. Ωστόσο, η ως άνω παράλειψη δεν δύναται να οδηγήσει στον άνευ ετέρου αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος κατά το αίτημα της προσφυγής, αλλά στην αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση της παράλειψής της και να καλέσει τον παρεμβαίνοντα σε οικεία συμπλήρωση. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος ότι η αναθέτουσα όφειλε να του ζητήσει να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά πρέπει να γίνουν δεκτοί. Κατά συνέπεια η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα στο μέτρο που ενσωματώνει την ως άνω διαπιστούμενη παράλειψη της αναθέτουσας να ζητήσει από τον παρεμβαίνοντα τη συμπλήρωση του υπό κρίση δικαιολογητικού.

13. Επειδή όσον αφορά τον έκτο και έβδομο λόγο της προσφυγής προκύπτει ότι τα ζητούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά και δη οι βεβαιώσεις του Πρωτοδικείου περί μη πτώχευσης, θέσης σε διαδικασίες

εξυγίανσης κλπ. καθώς και το απόσπασμα ποινικού μητρώου βεβαιώνουν τη μη συνδρομή γεγονότων στο πρόσωπο του αιτούντος αυτά κατά την ημέρα διενέργειας του ελέγχου που προηγείται της έκδοσης τους, αυτονόητα δε δεν φέρουν ημερομηνία λήξης καθώς βεβαιώνουν αρνητικές προϋποθέσεις (μη πτώχευση, μη τέλεση αδικημάτων κλπ.), η χρονική διάρκεια των οποίων είναι εκ της φύσεώς τους αβέβαιη, μη δυνάμενη να βεβαιωθεί για ημερομηνία μεταγενέστερη της έκδοσής τους, πολλώ δε μάλλον για μελλοντικό διάστημα. Η δε θέσπισή τους εκ του νόμου ως απαραίτητων δικαιολογητικών οφείλει να ερμηνεύεται αυστηρά και στενά από την αναθέτουσα, ήτοι τα δικαιολογητικά αυτά πρέπει στο πλαίσιο της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος όχι απλώς να προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο στο πλαίσιο τυπικής εκπλήρωσης όρων της διακήρυξης αλλά να είναι όσο το δυνατόν πιο επίκαιρα (ήτοι να έχουν εκδοθεί σε ημερομηνία όσο το δυνατόν εγγύτερη στην ημερομηνία κατά την οποία ζητήθηκαν), προκειμένου να εξασφαλίζονται στο μέγιστο τα συμφέροντα της αναθέτουσας και να εξυπηρετείται η αρχή της διαφάνειας. Και ναι μεν η ως άνω ανάγκη για όσο το δυνατόν πιο επίκαιρα δικαιολογητικά δεν είναι ευχερές να ποσοτικοποιηθεί κατ' απόλυτο τρόπο, δεδομένου ότι για ορισμένα εξ αυτών ενδέχεται να μην είναι δυνατή η αυθημερόν έκδοση ή η έκδοση να απέχει από τον έλεγχο που βεβαιώνεται από το πιστοποιητικό, ωστόσο και η αν μη τι άλλο αίτηση για έκδοση τους άρα και η έκδοσή τους δεν είναι δυνατόν βάσει του ανωτέρω σκεπτικού και του αρ. 104 παρ. 1 ν. 4412/2016 να προηγείται της κλήσης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης δεδομένου ότι κάτι τέτοιο δημιουργεί εξ' αρχής μια άνευ λόγου χρονική απόκλιση μεταξύ του χρόνου κατά τον οποίο βεβαιώνεται η μη συνδρομή του ανά περίπτωση γεγονότος και της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε καμία περίπτωση, δεν γίνονται δεκτά ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, τέτοια πιστοποιητικά που εκδόθηκαν πριν την παραπάνω κλήση προς υποβολή τους, εξάλλου δεν είναι δυνατόν να καλύψουν το διάστημα από την έκδοσή τους έως και την υποβολή αυτή. Σημειωτέον, ότι απορριπτέος τυγχάνει ο περί εμμέσου εξάμηνης διάρκειας του ποινικού μητρώου, ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, καθώς η διάταξη του ΚΠοινΔικ που επικαλείται

αναφέρεται σε περιοδική εκκαθάριση ποινικού μητρώου και διαγραφή γεγονότων ήδη καταχωρημένων σε αυτό (σε άλλες δε περιπτώσεις η διαγραφή λαμβάνει χώρα και αυθημερόν) και όχι προφανώς, στην εκ μέρους της οικείας δημοσίας αρχής που τηρεί το Ποινικό Μητρώο εκ των προτέρων βεβαίωση ότι δεν θα εγγραφούν νέες καταχωρίσεις σε αυτό. Συνεπώς οι σχετικοί ισχυρισμοί του έκτου και έβδομου, αντίστοιχα, λόγου του προσφεύγοντος πρέπει να γίνουν εν μέρει δεκτοί, και δη κατά το μέρος που ο παρεμβαίνων όντως παρέλειψε να προσκομίσει τα οικεία δικαιολογητικά, εκδοθέντα εντός του χρόνου κατά τον οποίο κλήθηκε από την αναθέτουσα προς συλλογή και υποβολή τους και άρα κατά το μέρος που η αναθέτουσα προέβη μη νομίμως σε κατακύρωση του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα κατά παράλειψη της υποχρέωσής της να ζητήσει συμπλήρωση ως προς τα παραπάνω. Ωστόσο, όπως αναφέρθηκε και στην αμέσως προηγούμενη σκέψη περί του πέμπτου λόγου της προσφυγής, η ως άνω παράλειψη δεν δύναται να οδηγήσει στον άνευ ετέρου αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος κατά το αίτημα της προσφυγής, αλλά στην αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση της παράλειψής της και να καλέσει τον παρεμβαίνοντα σε οικεία συμπλήρωση. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος ότι η αναθέτουσα όφειλε να του ζητήσει να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά πρέπει να γίνουν δεκτοί, πρέπει όμως να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του τελευταίου και της αναθέτουσας περί δυνατότητας προσκόμισης των εν λόγω δικαιολογητικών σε ισχύ κατά την υπογραφή της σύμβασης σε υποκατάσταση της υποχρέωσης προσκόμισης των ως άνω δικαιολογητικών σε ισχύ κατά το χρόνο της κατακύρωσης. Και τούτο διότι κατ' αρ. 104 παρ. 1 ν. 4412/2016 η πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής κρίνεται και κατά το χρόνο της κατακύρωσης ενώ κατ' αρ. 103 ν. 4412/2016 κατά το ως άνω στάδιο πρέπει να αποδειχθεί οριστικά η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και η πλήρωση κριτηρίων επιλογής. Κατά συνέπεια η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα στο μέτρο που ενσωματώνει την ως άνω διαπιστούμενη παράλειψη της αναθέτουσας να ζητήσει από τον παρεμβαίνοντα τη συμπλήρωση του υπό κρίση δικαιολογητικού.

Αριθμός Απόφασης: 205/2019

14. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και δη κατά εν μέρει αποδοχή του πέμπτου, έκτου και έβδομου λόγου της προσφυγής, κατά το ειδικότερο αιτιολογικό των σκ. 12 και 13. Να γίνει εν μέρει δεκτή η παρέμβαση καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το αιτιολογικό. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα προς άρση των διαπιστούμενων στις σκ. 12 και 13 παραλείψεων.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού 806,43 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 422/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου ... κατά το αιτιολογικό.

Αναπέμπει την υπόθεση στην Αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε όσα ορίζονται στις σκέψεις 12, 13 και 14 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού 806,43 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4-2-2019 και εκδόθηκε στις 22-2-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ ΓΡΥΠΑΡΗΣ

