

Η

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

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 15^η Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος,
Μέλη,

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας που ενσωματώνεται στην από 8-11-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1371/11-11-2019 της εταιρείας με την επωνυμία ..., που εδρεύει στη ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ..., που εδρεύει στη ..., ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά α) Να ακυρωθεί η υπ' αριθ. .../2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της από τον διαγωνισμό για την Προμήθεια-Τοποθέτηση εξοπλισμών για την αναβάθμιση Παιδικών Χαρών, β) Να διαταχθεί η έκδοση απόφασης που να εγκρίνει την προσφορά της και να την αναδεικνύει οριστικό ανάδοχο του διαγωνισμού, γ) Να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παράβολου, και με αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων ζητά δ) *Την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.*

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 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 990,82 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη *ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ*, και το από 8-11-2019 αποδεικτικό πληρωμής του παραβόλου στην Alpha Bank).

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../19-6-2018 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε Δημόσιος Ανοιχτός Μειοδοτικός Διαγωνισμός με υποβολή ηλεκτρονικών προσφορών για την ανάδειξη αναδόχου για «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ –ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ», με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, προϋπολογισμού 198.164,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, (CPV ..., ..., ..., ...), (σελ. 1 της διακήρυξης).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 27-6-2019 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή ο διαγωνισμός, 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.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 8-11-2019, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στη προσφεύγουσα την 31-10-2019, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (εφεξής «επικοινωνία»), ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ 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.

6. Επειδή ως εμφανίζεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και συγκεκριμένα στα στοιχεία στα οποία έχει χορηγηθεί πρόσβαση στην Εισηγήτρια, στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, και έτερος οικονομικός φορέας με την επωνυμία ..., με τις προσφορές τους υπ' αριθ. ... και ... αντίστοιχα. Ο οικονομικός φορέας ... εμφανίζεται ότι έχει αποκλεισθεί του διαγωνισμού, χωρίς ωστόσο να προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

διαγωνισμού ούτε κοινοποίηση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής βάσει της οποίας εχώρησε ο αποκλεισμός, ούτε άλλο στοιχείο από το οποίο να προκύπτει ότι ο φερόμενος ως αποκλεισθείς οικονομικός φορέας έχει λάβει γνώση της σχετικής απόφασης αποκλεισμού του, ώστε να εκκινήσουν οι νόμιμες προθεσμίες τυχόν άσκησης των νόμιμων δικαιωμάτων του κατά του αποκλεισμού του.

7. Επειδή δεν προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και άρθρ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στον έτερο διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, μέσω της «επικοινωνίας».

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αποστείλει μέχρι την σύνταξη της παρούσης στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της προσφυγής, και τον φάκελο του διαγωνισμού.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, και με την επιφύλαξη της κοινοποίησης της προδικαστικής προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή στον έτερο διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, ως έχει προσκληθεί προς τούτο από την ΑΕΠΠ (ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του Κλιμακίου με ημερομηνία 11-11-2019) σύμφωνα με το άρθρ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016, άλλως κοινοποίησης κατ' εφαρμογή του άρθρ. 365 παρ. 5 του ν. 4412/2016, η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής του διαγωνισμού, νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, και κατόπιν της με αριθ. 1730/2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί αιτήματος προσωρινών μέτρων».

10. Επειδή σύμφωνα με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με αριθ. .../2019 (απόσπασμα από το πρακτικό με αριθ. 18/18-10-2019 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής) : «...Συνεχίζοντας την συνεδρίαση ο κ. Πρόεδρος εισηγήθηκε το ενδέκατο (11^ο) θέμα της ημερήσιας διάταξης και ανέφερε προς τα μέλη της Οικονομικής Επιτροπής, έθεσε υπόψη των μελών της Οικονομικής Επιτροπής, την εισήγηση Τμήματος Προγραμματισμού, η οποία έχει ως εξής:

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

Με τη με αριθμ. .../2019 απόφαση της οικονομικής επιτροπής:

> εγκρίθηκε το πρακτικό αποσφράγισης / αξιολόγησης με αριθμό πρωτοκόλλου .../22.07.2019

> εγκρίθηκε το πρακτικό αποσφράγισης των οικονομικών των οικονομικών προσφορών, με αριθμό πρωτοκόλλου .../23.07.2019

> αναδείχτηκε προσωρινός ανάδοχος του εν λόγω διαγωνισμού ο οικονομικός φορέας «...» για την προμήθεια / τοποθέτηση εξοπλισμού παιδικών χαρών προϋπολογισμού 198.164,00€ χωρίς ΦΠΑ με ποσό προσφοράς **194.204,00€ (χωρίς ΦΠΑ)**.

Στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμ. πρωτ. .../20-9-2019 έγγραφό της, κάλεσε τον προσωρινό ανάδοχο να αναρτήσει στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, εντός δέκα (10) ημερών τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά. Ο προσωρινός ανάδοχος ανήρτησε εντός της δοθείσας προθεσμίας τα απαραίτητα δικαιολογητικά στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ και επιπλέον τα απέστειλε με το αριθμ. πρωτ. .../30-9-2019 φάκελο. Στη συνέχεια η επιτροπή κατά τη διάρκεια του ελέγχου των δικαιολογητικών ζήτησε από τον προσωρινό ανάδοχο πρόσθετες διευκρινήσεις καθώς από τα κατατεθειμένα δικαιολογητικά δεν προέκυπτε : 1. σε ποιον ασφαλιστικό φορέα υπάγονται τα δυο άλλα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου της Α.Ε. (Αντιπρόεδρος και Μέλος του ΔΣ) που είναι και νόμιμοι εκπρόσωποι της εταιρείας σύμφωνα με το .../26.06.2016 έγγραφο της υπηρεσίας Γ.Ε.ΜΗ.. 2. η ασφαλιστική ενημερότητα του Προέδρου του Νομικού Προσώπου ... με ημερομηνία έκδοσης πριν την ημερομηνία υποβολής δικαιολογητικών ότι βρίσκεται σε ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού μειοδότη. Στη συνέχεια ο προσωρινός ανάδοχος στις 10/10/2019 ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ τρία (3) έγγραφα με τα οποία παρέχονται σχετικές διευκρινήσεις. Συγκεκριμένα κατατέθηκε ασφαλιστική ενημερότητα για τον διαχειριστή της ΑΕ από τον ΕΦΚΑ - τομέας ΤΣΜΕΔΕ με ημερομηνία έκδοσης 21/8/2019 και ημερομηνία λήξης 21/02/2020. Επίσης κατατέθηκε υπεύθυνη δήλωση του διαχειριστή της εταιρείας ότι για τα άλλα δύο μέλη του ΔΣ δεν απαιτείται η κατάθεση ασφαλιστικής ενημερότητας ενώ συμπληρωματικά υποβλήθηκε και πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης της ΑΕ. Η επιτροπή του διαγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη όλα τα παραπάνω καθώς και :

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

--- τη με αριθμό 423/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 1^ο κλιμάκιο.

--- τη με αριθμ. 222/1998 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (Β' τμήμα).

--- τις διατάξεις του Ν.4387/2016 (άρθρο 39).

--- το γεγονός ότι η απόφαση ένταξης στο πρόγραμμα ... της εν λόγω προμήθειας έχει καταληκτική ημερομηνία ολοκλήρωσης την 31/12/2019.

--- την υποχρέωση τήρησης των αρχών της χρηστής διοίκησης και της διαφάνειας διαπίστωσε ότι

--- η κατατεθείσα υπεύθυνη δήλωση δεν υποκαθιστά νομιμοποιητικό έγγραφο μη υποχρέωσης υποβολής ασφαλιστικής ενημερότητας των δύο μελών του Δ.Σ. προς απόδειξη της συνδρομής προϋποθέσεων του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016

--- σύμφωνα με το άρθρο 39 του Ν. 4387/16 τα μέλη του ΔΣ των Α.Ε., με αντικείμενο επιχείρησης επαγγελματική, βιοτεχνική ή εμπορική δραστηριότητα και εφόσον είναι μέτοχοι κατά ποσοστό 3% τουλάχιστον υποχρεούνται να είναι ασφαλισμένοι και στον ΟΑΕΕ. Ο προσωρινός ανάδοχος δεν έχει καταθέσει ασφαλιστική ενημερότητα από τον ΟΑΕΕ ούτε για τον διαχειριστή ούτε για κανένα μέλος του ΔΣ.

Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω η επιτροπή εισηγείται τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου από την διαγωνιστική διαδικασία και προτείνει στην Οικονομική Επιτροπή

--- Είτε την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού με τις διατάξεις του άρθρου 32 του Ν.4412/16 (Λήψη απόφασης από το Δημοτικό Συμβούλιο για απευθείας διαπραγμάτευση) λαμβάνοντας υπόψη την καταληκτική ημερομηνία της απόφασης ένταξης της προμήθειας στο ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ II.

--- Είτε την επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας με τους ίδιους ή με τροποποίηση των όρων διακήρυξης.

Στη συνέχεια ο κ. Πρόεδρος κάλεσε την Οικονομική Επιτροπή να αποφασίσει σχετικά. Η Οικονομική Επιτροπή αφού άκουσε την εισήγηση του κ. Προέδρου, έλαβε υπόψη 1. την εισήγηση του τμήματος προγραμματισμού 2. Τις διατάξεις: 3. της 4412/2016, τις σχετικές ερμηνευτικές εγκυκλίους και τις τροποποιήσεις 4. του Ν. 3463/2006 «Κύρωση του Κώδικα Δήμων» 5. του Π.Δ. 31/2018 6. του

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

άρθρου 72 του Ν. 3852/2010 και ύστερα από διαλογική συζήτηση και ανταλλαγή απόψεων,:

Αποφασίζει Κατά Πλειοψηφία

Τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου με διακριτική ονομασία «...» από τον εν λόγω διαγωνισμό για τους λόγους που αναλυτικά παρατίθενται στην εισήγηση της παρούσας, αλλά και στο με αριθ. 14512/30-9-2019 πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής.

-Την τροποποίηση των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης .../2018 διότι διαιστώθηκαν παραλείψεις οι οποίες χρήζουν άφεςης διόρθωσης.

-Την επαναδημοπράτηση της προμήθειας μετά τη διόρθωση των τεχνικών προδιαγραφών

Ως προς την ανωτέρω απόφαση τα μέλη της κ.κ. ..., ..., δεν συμφωνούν διατυπώνοντας την εξής αιτιολογία: «Δεν συμφωνούμε διότι εδώ δεν είναι σίγουρα σωστή η εισήγηση του παραπάνω θέματος, διότι όσο αφορά για την ασφαλιστική ενημερότητα η υπηρεσία τη ζητά μόνο από τον εκπρόσωπο και όχι από τα μέλη, βέβαια θα το δούμε καλύτερα γιατί αλλιώς θα χάσουμε ένα έργο στο οποίο έχουν εξασφαλιστεί τα χρήματα και ήταν όλα έτοιμα, έχω ένσταση σε αυτό, δεν είναι ξεκαθαρισμένα και δεν συμφωνούμε με την πρόταση της υπηρεσίας. Η απόφαση αυτή πήρε αριθμό .../2019...»

11. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλούμενη τους όρους της διακήρυξης, το άρθ. 55 του ν. 4387/2016, τις αρχές της νομιμότητας της τυπικότητας και της ισότητας, καθώς και προσκομιζόμενα έγγραφα ισχυρίζεται με τον μόνο λόγο της προσφυγής ότι δεν έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της διότι **«...1. Εσφαλμένη ερμηνεία των διατάξεων περί ασφαλιστικής ενημερότητας- Μη υποχρέωση της εταιρείας μας να καταθέσει ασφαλιστική ενημερότητα για όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου** Στη διακήρυξη δεν προβλέπεται ρητά η υποχρέωση υποβολής πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας για όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, δεδομένου ότι οι εκ των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου ... (Αντιπρόεδρος) και ... (Μέλος) δεν εργάζονται με οποιαδήποτε σχέση στην εταιρεία μας. Άλλωστε από το υπ' αριθμόν .../2019 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης προκύπτει ότι εκπροσώπηση της εταιρείας έχει ανατεθεί στον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο Επειδή έχει κριθεί κατά προγενέστερο νομικό καθεστώς -και ως προς το κρίσιμο νομικό ζήτημα δεν

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

εμφαίνεται να διαφοροποιείται κατά τον ισχύον καθεστώς (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ **423/2018**)- ότι κατά την έννοια των σχετικών διατάξεων και της διακηρύξεως του διαγωνισμού, για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτείται η υποβολή, μετά της προσφοράς, πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας της ίδιας της εταιρείας (του νομικού προσώπου) για το απασχολούμενο σε αυτήν (πρβλ ΕΑ **326/03**) προσωπικό ως τούτο εμφανίζεται στην σχετική κατάσταση προσωπικού, συμπεριλαμβανομένων και των εκ των μελών του Διοικητικού της Συμβουλίου τυχόν εργαζομένων με οιαδήποτε σχέση στην ανωτέρω εταιρεία (βλ. ΣτΕ (ΑΣΦ) 71/2011, 752/2007, ΣτΕ1607/2004, πρβλ. Ε.Α. 547/2008, 981/2007, 760, 846/2006, 593, 794/2003, ΣΕ 1607/2004, 2454/2009 κ.α.) ενώ είναι διάφορο το ζήτημα όταν η διακήρυξη με ρητή πρόβλεψη, η οποία δεν έχει επικαίρως αμφισβητηθεί, **απαιτεί επιπροσθέτως και την προσκόμιση ασφαλιστικής ενημερότητας των τυχόν αυτοτελώς ασφαλιζόμενων (αυτοαπασχολούμενων) μελών της Διοίκησης ή εταίρων** (βλ. ΣτΕ 4099/2010, Δημοσιευμένη στη ΝΟΜΟΣ). Ειδικότερα, είχε κριθεί με το προϊσχύον καθεστώς, ότι απαιτείται πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας ως προς την ασφάλιση των μελών του ΔΣ ως εν γένει των μελών διοίκησης κεφαλαιουχικής εταιρείας **μόνο αν απασχολούνται με εξαρτημένη εργασία. Δεν περιλαμβάνονται οι απλοί μέτοχοι ή ανεξάρτητοι επιχειρηματίες ως υπεργολάβοι (ΕΑ 865/05). Επομένως, μη νόμιμος είχε κριθεί αποκλεισμός οικονομικού φορέα λόγω μη προσκόμισης πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας για τα μέλη ΔΣ, καθόσον τέτοια υποχρέωση δεν είχε επιβληθεί και από τη διακήρυξη (ΣτΕ ΕΑ 326/03, 794/93 και 856/05, βλ. Δημ. Σολδάτος, Οι προμήθειες του Δημοσίου Τομέα, Εκδόσεις Μ. Δημόπουλου, Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 92). Άλλωστε τη διατύπωση του Ν. 4412/2016, ως έχει περιέλθει και στο οικείο κείμενο της διακήρυξης, ότι η προσαγωγή πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας ως στοιχείου καταλληλότητας του υποψηφίου, που προβλέπεται από την οδηγία 2014/24/ΕΕ ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, αφορά την απόδειξη ότι έχουν καταβληθεί οι εργοδοτικές εισφορές που οφείλονται από τον υποψήφιο στα διάφορα ταμεία και φορείς κοινωνικής ασφάλισης (Δημ. Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 462).**

2. Δέσμια αρμοδιότητα να δεχτεί προσφορά που ανταποκρίνεται στους όρους της διακήρυξης- Αρχή της τυπικότητας Η

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή **δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής** (ΣτΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ.Ο-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007). Επειδή άλλωστε τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, **διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα** (ΕφαΘ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ' , Σάκκουλας, σελ. 776). **3. Μη υποχρέωση υπαγωγής του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου στον ΕΦΚΑ- ΟΑΕΕ λόγω ασφάλισής του στον ΕΦΚΑ- ΕΤΑΑ- ΤΣΜΕΔΕ** Η αναθέτουσα αρχή πλην των ανωτέρω πλημμελειών λανθασμένα προβαίνει στον αποκλεισμό μας λόγω μη προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας του διευθύνοντος συμβούλου μας στον ΟΑΕΕ. Όπως η ίδια η αναθέτουσα αρχή ομολογεί, προσκομίσαμε νόμιμα κι εμπρόθεσμα ασφαλιστική ενημερότητα του φορέα ΕΦΚΑ- ΕΤΑΑ- ΤΣΜΕΔΕ για τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο ..., ο οποίος ως μηχανικός υπάγεται στην ασφάλιση του (πλέον ενιαίου φορέα) ΕΦΚΑ με τις προϋποθέσεις του πρώην φορέα ΤΣΜΕΔΕ. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 55 του ν.4387/2016, στην ασφάλιση του ΕΦΚΑ υπάγονται υποχρεωτικά από 1/1/2017 οι ασφαλισμένοι των ενταχθέντων στον ΕΦΚΑ φορέων ασφάλισης, οι οποίοι εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις της νομοθεσίας των φορέων αυτών, όπως ισχύουν, εκτός όσων ειδικά ορίζονται με τις διατάξεις του ν.4387/2016. Με τον ανωτέρω νόμο, μεταξύ άλλων, ρυθμίστηκαν θέματα που αφορούν στον τρόπο υπολογισμού των

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

ασφαλιστικών εισφορών από 1/1/2017, όχι όμως θέματα που αφορούν στην υπαγωγή στην ασφάλιση, όπου εξακολουθούν να εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις των πρώην φορέων ασφάλισης... »

12. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, με την οποία αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείσθηκε από το διαγωνισμό, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και μάλιστα με την μόνη αποδεκτή τεχνική και οικονομική προσφορά, και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

13. Επειδή νόμιμα και παραδεκτά αιτείται η προσφεύγουσα την λήψη προσωρινού μέτρου και ιδία την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και κατ' ορθή εκτίμηση του περιεχομένου της προσφυγής την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της από την διαδικασία και η επαναδημοπράτηση της προμήθειας, ήτοι η έναρξη νέας διαγωνιστικής διαδικασίας με το αυτό αντικείμενο ως η υπό εξέταση. Και τούτο διότι όπως έχει ad hoc κριθεί κατά παγία νομολογία «*Επί ασκήσεως αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία αφενός μεν ακυρώνεται η διαδικασία διεξαχθέντος διαγωνισμού, αφετέρου δε διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτελέσεως της πράξης, κατά το μέρος που με αυτήν ματαιώνεται, τελικώς, το αποτέλεσμα του διαγωνισμού διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με την επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας πραγματικής κατάστασης, ενώ αντίθετα η αναστολή εκτελέσεως διοικητικής πράξεως επιτρέπεται, καταρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφιστάμενης πραγματικής κατάστασης και όχι για τη δημιουργία νέας* Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι η ακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή του εθνικού δικαίου, η Επιτροπή Αναστολών μπορεί να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, είτε τη μη έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, είτε, εάν εχώρησε ήδη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, την αναστολή της νέας διαγωνιστικής

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

διαδικασίας.» (ΣΤΕ 88/2015 (ΑΣΦ), ΣΤΕ 121/2015 (ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 437/2015 (ΑΝΑΣΤ), ΔΕΦΑΘ 70/2013 (ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 713/2013 (ΑΣΦ), ΣΤΕ 228/2012 (ΑΣΦ), 432/2012, 500/2012, ΔΕΦΑΘ 443/2012 (ΑΣΦ), 803/2012, 835/2012, και περαιτέρω αναφερόμενη στις παραπάνω αποφάσεις παγία νομολογία).

14. Επειδή στο άρθρ. 2 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο β΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: ... 11) ως «οικονομικός φορέας» νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών. ...12) ως «προσφέρων» νοείται οικονομικός φορέας που έχει υποβάλει προσφορά,... 43) ως «ανάδοχος» ή «εργολήπτης» ή «μελετητής» ή «προμηθευτής» ή «πάροχος υπηρεσιών» νοείται ο οικονομικός φορέας στον οποίο έχει ανατεθεί με δημόσια σύμβαση ή σύμβαση, κατά την έννοια της διάταξης της περίπτωσης 5 της παρούσας παραγράφου, η κατασκευή έργου ή η μελέτη έργου ή η προμήθεια αγαθών ή η παροχή υπηρεσιών αντίστοιχα....»

15. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες 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 των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ... 2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της ... κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. ...».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 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 σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων,....ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. ιη) όλους τους γενικούς και ειδικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.)...».

17. Επειδή, στο άρθρο 71 του ν. 4412/2016 «Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται 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 ... β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 και πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77...»

18. Επειδή, στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 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 ...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 ...εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο οικονομικός φορέας είναι

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση...γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ..... 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, ...»

19. Επειδή στο άρθρ. 80 «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016 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 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 ... 2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: ... β) για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, γ) για

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, 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 ή αίτησης συμμετοχής....γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, 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 ή αίτησης συμμετοχής. ...»

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση προσφορά : α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης...»

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» : « Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, 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 εντός δέκα (10) 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.... 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 και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, 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 υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 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 απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 ...απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, 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 αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.»

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» : «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.»

23. Επειδή το άρθρο 39 με τίτλο «Εισφορές αυτοαπασχολουμένων και ελεύθερων επαγγελματιών» του ν. 4387/2016, ως ισχύει, προβλέπει τα εξής : « 1. α. Από 1.1.2017, το ποσοστό της μηνιαίας ασφαλιστικής εισφοράς για τον κλάδο κύριας σύνταξης, που καταβάλλουν τα πρόσωπα, παλαιοί και νέοι ασφαλισμένοι κατά τη διάκριση του Ν. 2084/1992, τα οποία υπάγονται ή θα υπάγονταν, σύμφωνα με τις γενικές ή ειδικές ή καταστατικές διατάξεις, όπως ίσχυαν ως την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, στην ασφάλιση του Ο.Α.Ε.Ε., ανέρχεται μηνιαίως σε ποσοστό 20% [.....]. 7. Υποχρέωση εισφοράς κατά τα οριζόμενα στο παρόν άρθρο σχετικά με τις εισφορές αυτοαπασχολουμένων και ελεύθερων επαγγελματιών έχουν, πέραν των προσώπων της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού και οι εξής: α. Τα μέλη ή μέτοχοι Οργανισμών, Κοινοπραξιών ή κάθε μορφής Εταιρειών, πλην των Ανωνύμων και των Ιδιωτικών Κεφαλαιουχικών, των οποίων ο σκοπός συνιστά δραστηριότητα, για την οποία τα ασκούντα αυτή πρόσωπα υπάγονταν στην ασφάλιση του Ο.Α.Ε.Ε. (επαγγελματική, βιοτεχνική ή εμπορική δραστηριότητα) β. Τα μέλη του Δ.Σ. των Α.Ε. με αντικείμενο επιχειρήσεως επαγγελματική, βιοτεχνική ή εμπορική δραστηριότητα σε όλη την Επικράτεια, εφόσον αυτά

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

είναι μέτοχοι κατά ποσοστό 3% τουλάχιστον....» Περαιτέρω, στο «Άρθρο 53 Ένταξη φορέων, κλάδων, τομέων και λογαριασμών στον Ε.Φ.Κ.Α.» ορίζεται ότι «1. Ο Ε.Φ.Κ.Α. αποτελείται από ένα (1) κλάδο κύριας ασφάλισης και λοιπών παροχών, στον οποίο εντάσσονται, σύμφωνα με τα ειδικώς οριζόμενα στο άρθρο 51 του παρόντος, οι παρακάτω φορείς, με τους κλάδους, τομείς και λογαριασμούς τους, πλην των αναφερόμενων στο Κεφάλαιο Στ', ως εξής: Α. Ίδρυμα Κοινωνικών Ασφαλίσεων - Ενιαίο Ταμείο Ασφάλισης Μισθωτών (Ι.Κ.Α. - Ε.Τ.Α.Μ.)... Γ. Ενιαίο Ταμείο Ανεξάρτητα Απασχολούμενων (Ε.Τ.Α.Α.). α. Κλάδος Κύριας Ασφάλισης. αα. Τομέας Σύνταξης Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (ΤΣΜΕΔΕ), και η Ειδική Προσαύξηση.... β. Κλάδος Υγείας. αα. Τομέας Υγείας Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων....Δ. Οργανισμός Ασφάλισης Ελευθέρων Επαγγελματιών (ΟΑΕΕ). α. Κλάδος Κύριας Ασφάλισης. αα. Κλάδος Κύριας Ασφάλισης ΟΑΕΕ....Ε. Οργανισμός Γεωργικών Ασφαλίσεων (ΟΓΑ), εκτός του Λογαριασμού Αγροτικής Εστίας....ΣΤ. Ναυτικό Απομαχικό Ταμείο (Ν.Α.Τ.), συμπεριλαμβανομένου του Κεφαλαίου Δυτών και του Κεφαλαίου Ανεργίας - Ασθενείας Ναυτικών (ΚΑΑΝ). Ζ. Ταμείο Ασφάλισης Υπαλλήλων Τραπεζών και Επιχειρήσεων Κοινής Ωφέλειας (Τ.Α.Υ.Τ.Ε.Κ.Ω.).... Η. Ενιαίο Ταμείο Ασφάλισης Τραπεζοϋπαλλήλων (ΕΤΑΤ)....» Ακολούθως, στο «Άρθρο 55 Ασφαλιστέα πρόσωπα» ορίζεται ότι «1. Στην ασφάλιση του Ε.Φ.Κ.Α. υπάγονται υποχρεωτικά: α. Οι μέχρι την ένταξη ασφαλισμένοι και συνταξιούχοι και τα προστατευόμενα μέλη των οικογενειών αυτών των εντασσόμενων φορέων, τομέων, κλάδων και λογαριασμών, καθώς και οι ασφαλισμένοι και συνταξιούχοι του Δημοσίου και τα προστατευόμενα μέλη των οικογενειών αυτών, οι οποίοι καθίστανται αντιστοίχως ασφαλισμένοι και συνταξιούχοι του Ε.Φ.Κ.Α..β. Όσοι για πρώτη φορά από την κατά τα ανωτέρω ένταξη των φορέων, τομέων, κλάδων και λογαριασμών αναλαμβάνουν ασφαλιστέα εργασία ή αποκτούν ασφαλιστέα ιδιότητα βάσει των γενικών ή ειδικών ή καταστατικών διατάξεων αυτών, καθώς και τα προστατευόμενα μέλη των οικογενειών αυτών. 2. Οι ασφαλισμένοι των ανωτέρω εντασσόμενων φορέων, κλάδων, τομέων και λογαριασμών, καθώς και του Δημοσίου, εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις της νομοθεσίας αυτών, όπως ισχύουν, εκτός όσων ειδικά ορίζει με τις διατάξεις του ο παρόν νόμος.»

24. Επειδή στον όρο «**1.7 Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης**» της διακήρυξης, προβλέπεται ότι «...2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους.» Περαιτέρω, στον όρο «**2. ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ**» ορίζεται ότι «...**2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού (άρθρ. 73).... 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.... γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους....**3.** Επίσης αποκλείετε από τη συμμετοχή σε

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα: □ υποχρέωση του οικονομικού φορέα που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α' του Ν.4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους..... **2.2.8.2 Αποδεικτικά μέσα (αρθρ. 80)** 1. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται ως λόγοι αποκλεισμού: ... β. καταβολή φόρων, εισφορών κοινωνικής ασφάλισης πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας... β) για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, 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 ή αίτησης συμμετοχής.... γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, 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 ή αίτησης συμμετοχής.» Περαιτέρω στον όρο «**3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (αρθρ. 103)**» προβλέπεται ότι «1. Μετά την αξιολόγηση των

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) 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, όπως αυτά καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης... 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου...5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 ...απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου »

25. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

26. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της

Αριθμός Απόφασης: A525/2019

διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (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), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

27. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, 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,

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

28. 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 C-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)

29. Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5). Αποκλεισμός προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006).

30. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

31. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ' ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.»

32. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

33. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των όρων της διακήρυξης που συντελέστηκε με την προσβαλλομένη, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι, πλην για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας αυτών απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και ενδεχομένως περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

34. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, και ίδια σε περίπτωση που επαναπροκηρυχθεί ο διαγωνισμός με το ίδιο αντικείμενο είναι πρόδηλη, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή θα καταστεί αλυσιτελής η εξέταση της προσφυγής της.

35. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν έχει επικαλεσθεί λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη.

36. Επειδή εν προκειμένω α) η υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται η πρόκληση ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, και ίδια ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, ήτοι σε περίπτωση επανάληψης της διαγωνιστικής διαδικασίας γ) ο λόγος της προσφυγής πιθανολογείται ως βάσιμος και χρήζει περαιτέρω ελέγχου και δ) δεν υφίσταται επίκληση ζημίας ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή, σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

37. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, και ίδια κατά το μέρος της που ορίζει την επανάληψη της διαδικασίας, η οποία (αναστολή) διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της

Αριθμός Απόφασης: Α525/2019

προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, ίδια κατά το μέρος που προβλέπει την επαναδημοπράτηση της προμήθειας και εν γένει την επανάληψη του διαγωνισμού, και ορίζει ως προσωρινό μέτρο την απαγόρευση της ματαίωσης και της επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού ή/και της επανάληψης ή/και διεξαγωγής με οποιοδήποτε τρόπο, διαδικασίας ανάθεσης μέρους ή του συνόλου της προμήθειας έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15-11-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή