

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει τις Προδικαστικές Προσφυγές: 1) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/159/17.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) IV/27/17.10.2017 της προσφεύγουσας «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης, 2) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/166/20.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) IV/29/20.10.2017 της προσφεύγουσας «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης, και 3) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/180/23.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) IV/32/23.10.2017 της προσφεύγουσας «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Οργανισμού Κεντρικών Αγορών και Αλιείας Α.Ε. (Ο.Κ.Α.Α. Α.Ε.) [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και, η τρίτη των προσφευγουσών, κατά

Της παρεμβαίνουσας «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με τις Προδικαστικές Προσφυγές οι αιτούσες επιδιώκουν όπως ακυρωθούν οι εξής πράξεις: 1) η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του υπ' αριθμό πρωτοκόλλου 5053/04.10.2017 Πρακτικού 1 της Επιτροπής αξιολόγησης προσφορών, 2) η τρίτη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμό 164/07.10.2017 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία επικυρώθηκε το υπό στοιχείο 1 ανωτέρω Πρακτικό και 3) η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του υπ' αριθμό 37/07.10.2017

αποσπάσματος Πρακτικού του Δ.Σ., με το οποίο της κοινοποιήθηκε το περιεχόμενο της υπ' αριθμό 164/07.10.2017 απόφασής του. Επίσης, η τρίτη προσφεύγουσα επιδιώκει τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία. Οι προσβαλλόμενες πράξεις εκδόθηκαν στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που διενεργείται στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (Α/Α 44078) για την υπ' αριθμό 3452/07.07.2017 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης Κεντρικής Αγοράς Αθηνών του Ο.Κ.Α.Α. Α.Ε.» (Κωδικός CPV 79713000-5) για δύο έτη, με προϋπολογιζόμενη δαπάνη €617.745,13 πλέον Φ.Π.Α. και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με δικαίωμα προαίρεσης για παράταση ενός έτους, με προϋπολογιζόμενη δαπάνη €308.872,67 πλέον Φ.Π.Α.

Με την Παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της τρίτης Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, δυνάμει της Πράξης 19/2017 (Αριθμ. Πρωτ./Οικ.566/26.10. 2017) του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, αποφασίστηκε για τις τρεις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές η από κοινού εξέτασή τους λόγω συνάφειας και προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων της Αρχής, λαμβάνοντας υπόψη πως: α) όλες έχουν ασκηθεί στο πλαίσιο κοινής διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθμό 3452/07.07.2017 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής και β) όλες, προερχόμενες από ανταγωνίστριες προσφέρουσες εταιρίες, επιδιώκουν την ακύρωση πράξεων που εκδόθηκαν στο ίδιο στάδιο, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

2. Επειδή, για την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή, η οποία έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (Α΄ 64), προκύπτει, δυνάμει των σχετικών από 16.10.2017 και 20.10.2017 Βεβαιώσεων της ΑΕΠΠ, πως έχουν προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς 169350080957 1212 0047 και 170657080957 1219 0089, συνολικού ποσού ευρώ τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων τριάντα πέντε (€4.635,00), σύμφωνα με το άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, για τη δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή, η οποία φέρει τον τίτλο «Ένσταση – Αίτηση θεραπείας», απευθύνεται στην αναθέτουσα αρχή και όχι στην ΑΕΠΠ και έχει ασκηθεί χωρίς τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, δεν έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με το άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, για την τρίτη Προδικαστική Προσφυγή, η οποία έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017, προκύπτει, δυνάμει των σχετικών από 23.10.2017 και 27.10.2017 Βεβαιώσεων της ΑΕΠΠ, πως έχουν προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς 170637505957 1219 0065 και 171468278957 1227 0054, συνολικού ποσού ευρώ τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων τριάντα πέντε (€4.635,00), σύμφωνα με το άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού €617.745,13 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, πλέον δικαιώματος προαίρεσης €308.872,57 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον

θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

6. Επειδή, οι Προδικαστικές Προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκαν εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση των προσβαλλόμενων πράξεων στις τρεις προσφεύγουσες, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων την 13.10.2017.

7. Επειδή, οι προσφεύγουσες εταιρίες ασκούν τις Προδικαστικές Προσφυγές με έννομο συμφέρον, καθώς δραστηριοποιούνται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας και έχουν υποβάλει προσφορές στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίστανται βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, λόγω του αποκλεισμού τους από το επόμενο στάδιο του οικείου Διαγωνισμού («άνοιγμα οικονομικών προσφορών»).

8. Επειδή η Παρέμβαση έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της τρίτης Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων την 26.10.2017.

9. Επειδή η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον, καθώς η τρίτη Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά αυτής και επιδιώκει τον αποκλεισμό της από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

10. Επειδή στις 30.10.2017 εισήχθη προς εξέταση το αίτημα αναστολής της πρώτης προσφεύγουσας, το οποίο ενσωμάτωσε στην

εξεταζόμενη Προσφυγή της και εξεδόθη η υπ' αριθμό Α23/2017 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία διετάχθη η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, της αξιολόγησης αυτών και της ανάδειξης αναδόχου μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής. Δεδομένης της από κοινού εξέτασης των τριών Προσφυγών, δυνάμει της Πράξης 19/2017 (Αριθμ. Πρωτ./Οικ.566/26.10. 2017) του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, η εξέταση του αιτήματος αναστολής της τρίτης Προσφυγής, η οποία ασκήθηκε σε χρόνο μεταγενέστερο, παρείλκε, καθώς η προσωρινή προστασία είχε ήδη παρασχεθεί και η διαγωνιστική διαδικασία είχε ανασταλεί.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 εδάφιο α' του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 1 εδάφιο α' του Π.Δ. 39/2017, για το παραδεκτό της άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης.

12. Επειδή η δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή (του οικονομικού φορέα «.....») δεν έχει ασκηθεί παραδεκτά, αφενός γιατί κατά την κατάθεσή της δεν καταβλήθηκε το παράβολο των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 και αφετέρου γιατί με την Προσφυγή επιδιώκεται η ακύρωση του υπ' αριθμό πρωτοκόλλου 5053/04.10.2017 Πρακτικού 1 της Επιτροπής αξιολόγησης προσφορών, που αποτελεί μη εκτελεστή πράξη. Επειδή κατά συνέπεια παρέλκει η εξέταση των λόγων της δεύτερης Προσφυγής.

13. Επειδή η προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας («.....») αποκλείστηκε με τις προσβαλλόμενες πράξεις κατά το στάδιο της αποσφράγισης και αξιολόγησης των «Δικαιολογητικών συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών», με την εξής αιτιολογία: «Α) Η εταιρία δεν προσκόμισε σύμφωνα με την παρ. 2.2.5 β) της Διακήρυξης, Τραπεζική Βεβαίωση περί δανειοληπτικής

ικανότητας, αξίας τουλάχιστον εκατό χιλιάδων ευρώ (100.000,00 ευρώ). Β) Δεν προσκόμισε φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα σύμφωνα με την παρ. 2.2.3.2 της Διακήρυξης. Γ) Σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 (II) ΣΤ της Διακήρυξης υπέβαλε την υπ' αριθμ. 16.463 Ένορκη Βεβαίωση του Συμβολαιογράφου Στυλιανού Κ. Σιαφάκα με την οποία δηλώνει ότι δεν έχει επιβληθεί σε βάρος της εταιρίας Πράξη Επιβολής Προστίμου για παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας (Υψηλής) ή (Πολύ υψηλής) σοβαρότητας. Επίσης, στο Ε.Ε.Ε.Π. στην ερώτηση αν ο οικονομικός φορέας έχει εν γνώσει του παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου, έχει απαντήσει «ΟΧΙ». Σύμφωνα όμως με το απαντητικό έγγραφο του Σ.Ε.Π.Ε., έχουν επιβληθεί τα εξής πρόστιμα στην εν λόγω εταιρία: στις 19.06.2015 ποσό 3.050,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας), στις 19.08.2015 ποσό 1.550,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας), στις 14.07.2017 ποσό 1.500,00 ευρώ (υψηλής σοβαρότητας), στις 14.07.2017 ποσό 1.500,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας), στις 14.07.2017 ποσό 2.250,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας). Ως εκ τούτου, η συμμετέχουσα σύμφωνα με την παρ. 2.2.3.3 (ζ') της Διακήρυξης κρίνεται ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων. Συνεπώς, η συμμετέχουσα για όλους τους ανωτέρω λόγους, πρέπει να αποκλειστεί».

14. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα επικαλείται τους εξής λόγους στην Προσφυγή της: 1) Ως προς την κατηγορία της υποβολής σοβαρών ψευδών δηλώσεων σχετικά με την τέλεση ή μη παραβάσεων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: α. πρόκειται για δυνητικό λόγο αποκλεισμού που προϋποθέτει τη διατύπωση κρίσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής περί της σοβαρότητας της ψευδούς δήλωσης, του βαθμού υπαιτιότητας, των επιπτώσεων στη φερεγγυότητα του υποψηφίου και της πιθανής επαναλαμβανόμενης τέλεσης της συγκεκριμένης συμπεριφοράς, β. για τις πράξεις επιβολής προστίμου που ήταν σε γνώση της κατά την ημερομηνία σύνταξης της ένορκης βεβαίωσης και του Ε.Ε.Ε.Π. (πράξεις από 19.06.2015 και 19.08.2015) δεν της είχε γνωστοποιηθεί από το ΣΕΠΕ ο χαρακτηρισμός «υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας», γ. ότι και ο

αποκλεισμός οικονομικού φορέα λόγω τέλεσης επαγγελματικού παραπτώματος είναι δυνητικός για την αναθέτουσα αρχή και σε κάθε περίπτωση τελεί υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 εδάφιο γ και 7 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ Α' 115), δ. ότι κατά παράβαση του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, ουδέποτε κλήθηκε να παράσχει διευκρινίσεις επί της ένορκης βεβαίωσής της και ε. ότι οι πράξεις επιβολής προστίμου της 14.07.2017, οι οποίες ανακλήθηκαν δυνάμει της υπ' αριθμ. 256918/10.10.2017 απόφασης του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, δεν ήταν σε γνώση της νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας κατά τη σύνταξη της ένορκης βεβαίωσης την 30.06.2017. 2) Ως προς τη μη προσκόμιση της Τραπεζικής Βεβαίωσης περί δανειοληπτικής ικανότητας για ποσό αξίας τουλάχιστον 100.000€, της ασφαλιστικής και της φορολογικής ενημερότητας, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρόκειται για δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο σε άλλο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (πριν την κατακύρωση).

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις από 23.10.2017 Απόψεις που κατέθεσε ενώπιον της ΑΕΠΠ επί των λόγων της πρώτης Προσφυγής, εμμένει στην απόφασή της με τους εξής ισχυρισμούς: α. ως προς την παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η κλήση των προσφερόντων σε διευκρινίσεις κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 αφορά μόνο σε ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, προϋποθέσεις που δεν συνέτρεχαν εν προκειμένω, β. ως προς την εσφαλμένη αιτιολογία της προσβαλλόμενης ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν όφειλε να ελέγξει τη σοβαρότητα των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας και ότι η προσφεύγουσα υπέπεσε σε ψευδείς δηλώσεις όσον αφορά την τέλεση παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας εν γένει (και όχι μόνο παραβιάσεων υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας), γ. ως προς την υποβολή της τραπεζικής βεβαίωσης περί δανειοληπτικής ικανότητας για ποσό αξίας τουλάχιστον 100.000€, της φορολογικής και της ασφαλιστικής ενημερότητας αναφέρει

αφενός ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να τα ζητήσει σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο της διαγωνιστικής διαδικασίας και αφετέρου ότι με το υπ' αριθμ. 4203/22.08.2017 έγγραφό της διευκρίνισε στους υποψήφιους προσφέροντες ότι «τα δικαιολογητικά που προβλέπονται στην παρ. 2.2 της Διακήρυξης κατατίθενται ηλεκτρονικά κατά το στάδιο της συμμετοχής» και με το υπ' αριθμ. 4212/23.08.2017 έγγραφό της παρέτεινε την προθεσμία παραλαβής των προσφορών για έξι (6) ημέρες.

16. Επειδή η προσφορά της τρίτης προσφεύγουσας («.....») αποκλείστηκε με το προσβαλλόμενο Πρακτικό, κατά το στάδιο της αποσφράγισης και αξιολόγησης των «Δικαιολογητικών συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών», με την εξής αιτιολογία: «Ο φάκελος της ως άνω εταιρίας είναι πλήρης, αλλά σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 (II) ΣΤ της Διακήρυξης υπέβαλε την υπ' αριθμ. 10.444 Ένορκη Βεβαίωση της Συμβολαιογράφου Αθανασίας – Αντωνίας Δαβίλα, με την οποία δηλώνει ότι δεν έχει επιβληθεί σε βάρος της εταιρίας Πράξη Επιβολής Προστίμου για παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας (Υψηλής) ή (Πολύ υψηλής) σοβαρότητας. Επίσης, στο Ε.Ε.Ε.Π. στην ερώτηση αν ο οικονομικός φορέας έχει εν γνώσει του παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου, έχει απαντήσει «ΟΧΙ». Σύμφωνα όμως με το απαντητικό έγγραφο του Σ.Ε.Π.Ε., έχουν επιβληθεί πρόστιμα στην εν λόγω εταιρία, στις 21.06.2013 ποσού €1.550,00 (πολύ υψηλής σοβαρότητας) και στις 14.12.2015 ποσού €1.500,00 (πολύ υψηλής σοβαρότητας). Συνεπώς η συμμετέχουσα σύμφωνα με την παρ. 2.2.3.3 (ζ') της Διακήρυξης πρέπει να αποκλειστεί, διότι κρίνεται ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων».

17. Επειδή η τρίτη προσφεύγουσα επικαλείται τους εξής λόγους: α. όσον αφορά την ένορκη βεβαίωση, η προσφεύγουσα δήλωσε ότι δεν της έχουν επιβληθεί πράξεις επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, σύμφωνα με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (το οποίο τροποποιεί το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010) και όχι ότι δεν της έχουν επιβληθεί γενικώς και άνευ ετέρου πρόστιμα, β. ως προς το

Ε.Ε.Ε.Π., η προσφεύγουσα ομοίως προβάλλει ότι η αρνητική απάντηση που δόθηκε ήταν σε ρητή και ευθεία παραπομπή με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 και ειδικότερα με την παρ. 5 αυτού, όπου γίνεται αναφορά στις προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 γ του Ν. 3863/2010. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται επίσης: γ. ότι, εν αμφιβολία, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να την καλέσει σε διευκρινίσεις, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 και δ. ότι η διαπίστωση μίας και μόνης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων δεν αρκεί για τον αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα ως ένοχου ψευδών δηλώσεων, αλλά ενδεχομένως να μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό λόγω παροχής εξ αμελείας παραπλανητικών πληροφοριών (άρθρο 73 παρ. 4 περ. η), που δεν έλαβε χώρα εν προκειμένω. Επειδή τέλος, η τρίτη προσφεύγουσα αιτιάται τον αποκλεισμό έτερου οικονομικού φορέα και ειδικότερα της παρεμβαίνουσας «.....» από τη διαγωνιστική διαδικασία, με την αιτιολογία ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής που προσκόμισε η τελευταία αναγράφει ότι «ισχύει μέχρι και την επιστροφή της» και όχι μέχρι την 05.04.2018 (δηλαδή 30 ημέρες μετά τη λήξη της ισχύος των προσφορών), όπως απαιτούσε η Διακήρυξη.

18. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις από 30.10.2017 Απόψεις που κατέθεσε ενώπιον της ΑΕΠΠ επί των λόγων της τρίτης Προσφυγής, εμμένει στην απόφασή της με τους εξής ισχυρισμούς: α. ως προς την εσφαλμένη αιτιολογία της προσβαλλόμενης ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν όφειλε να ελέγξει τη σοβαρότητα των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας και ότι η προσφεύγουσα υπέπεσε σε ψευδείς δηλώσεις όσον αφορά την τέλεση παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας εν γένει (και όχι μόνο παραβιάσεων υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας). Επίσης αναφέρει ότι: «η υποβολή από την προσφέρουσα δια του νομίμου εκπροσώπου της ένορκης βεβαίωσης με αναφορά στις ανωτέρω δύο (2) μη αμφισβητούμενες από την ίδια την προσφεύγουσα, Πράξεις Επιβολής Προστίμου, δεν θα οδηγούσε σε αποκλεισμό της». β. ως προς την παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η κλήση των προσφερόντων σε διευκρινίσεις

κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 αφορά μόνο σε ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, προϋποθέσεις που δεν συνέτρεχαν εν προκειμένω, γ. ως προς την αιτίαση της τρίτης προσφεύγουσας περί αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής που υποβλήθηκε από την παρεμβαίνουσα υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης ως προς τη διάρκειά της και ότι η επικαλούμενη από την τρίτη προσφεύγουσα ζημία εντάσσεται στον κίνδυνο που αναλαμβάνουν πάντα οι συμμετέχοντες σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

19. Επειδή η παρεμβαίνουσα απαντά στις αιτιάσεις της τρίτης προσφεύγουσας που την αφορούν, ισχυριζόμενη ότι: α. η τρίτη προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι οι οικονομικοί φορείς που αποκλείονται από διαγωνιστικές διαδικασίες καθίστανται τρίτοι και δεν δύνανται να αμφισβητήσουν τη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς άλλων διαγωνιζομένων, β. ότι κατ' εξαίρεση η νομολογία δέχεται πως, προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσεως, δύνανται να προβάλουν ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού τους, γεγονός που δεν συντρέχει εν προκειμένω και γ. ότι σε κάθε περίπτωση η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης ως προς τη διάρκειά της.

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016: «1. 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 [...] 2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων 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. [...]».

21. Επειδή στο άρθρο 68 παρ. 2 του Ν. 3863/2010, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής των προσφορών, προβλεπόταν ότι: «2.α) Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. β) Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. [...] γ) Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοείται ιδίως: αα) Η επιβολή σε βάρος της υποψήφιας εταιρείας, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας συνολικού ύψους τουλάχιστον δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, καθεμιά από τις οποίες χαρακτηρίζεται ως «υψηλής» ή «πολύ

υψηλής» σοβαρότητας κατ' εφαρμογή της υ.α. 2063/Δ1 632/2011 ή οποιασδήποτε διάταξης ρυθμίσει μελλοντικά το περιεχόμενο των παραβάσεων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, ββ) [...] δ) Για το χρονικό διάστημα που δεν καλύπτεται από το «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης προσκομίζουν υποχρεωτικά ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου αυτών ενώπιον συμβολαιογράφου, περί μη επιβολής σε βάρος τους πράξης επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας».

22. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, κάνοντας χρήση της σχετικής δυνατότητας που προβλέπει το άρθρο 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, ορίζει στην παρ. 2.2.3.3 της Διακήρυξης ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 [...],(ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας, (η) [...] (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 [...]».

23. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης, «όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς [...] II. δηλώνουν ότι: [...] ΣΤ.

Υπεύθυνη δήλωση του Αναδόχου της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 1599/1986 (Α' 75), όπως εκάστοτε ισχύει, με θεώρηση γνησίου υπογραφής, σχετικά με την υποχρέωση για την απαρέγκλιτη τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, των εφαρμοστέων συλλογικών συμβάσεων εργασίας, τήρηση του νομίμου ωραρίου, ασφαλιστική κάλυψη, όροι υγιεινής και ασφάλειας των εργαζομένων. Επίσης ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου ενώπιον συμβολαιογράφου περί μη επιβολής σε βάρος τους πράξεων επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας [...]».

24. Επειδή, όταν η αναθέτουσα αρχή εξετάζει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού που έχει συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, πρέπει να δίδει ιδιαίτερη προσοχή στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις να αποκλείει οικονομικούς φορείς για ελάσσονες παρατυπίες, εκτός αν γεννώνται αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία τους λόγω επαναλαμβανόμενων ελασσόνων παρατυπιών. Επειδή ο νόμος δεν καθορίζει με σαφήνεια τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν «σοβαρές» οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή, αλλά αυτές θα πρέπει να κρίνονται *ad hoc*, λαμβάνοντας υπόψη τον βαθμό υπαιτιότητας (θα πρέπει να ενέχουν δόλια συμπεριφορά), τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς. Επειδή, ειδικότερα, η υποβολή ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των απαιτούμενων με τη Διακήρυξη πληροφοριών (ή η μη παροχή αυτών) δύναται να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου, εφόσον, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, επηρεάζεται εξ αυτών η φερεγγυότητα και αξιοπιστία αυτού [πρβλ. ΣτΕ (ΕΑ) 403/2010].

25. Επειδή εν προκειμένω στις προσφεύγουσες (και ειδικότερα στην πρώτη και στην τρίτη εξ αυτών) είχαν μεν επιβληθεί πρόστιμα για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας, όχι όμως ικανά να στοιχειοθετήσουν, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 γ του Ν. 3863/2010, σοβαρό

επαγγελματικό παράπτωμα που να επιφέρει τον αποκλεισμό τους από τη διαγωνιστική διαδικασία.

26. Επειδή, συνάγεται ότι οι προσφεύγουσες (και ειδικότερα η πρώτη και η τρίτη εξ αυτών) ναι μεν δήλωσαν αναληθώς ότι ουδέποτε τους επιβλήθηκαν πρόστιμα «υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας» και ότι ουδέποτε παραβίασαν διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, πλην όμως: α. δεν αποδείχθηκε ότι πράγματι ήταν σε γνώση τους ο χαρακτηρισμός (ήτοι ο βαθμός σοβαρότητας) των εν λόγω προστίμων κατά το χρόνο σύνταξης των ενόρκων βεβαιώσεων και του Ε.Ε.Ε.Π., β. δεν απέκρουσαν στοιχεία που θα μπορούσαν να έχουν κάποια επίπτωση στην εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και γ. η αναθέτουσα αρχή σε κάθε περίπτωση δεν εξέτασε τον βαθμό υπαιτιότητάς τους, τις επιπτώσεις, τυχόν επαναλαμβανόμενες συμπεριφορές και κατά πόσο επηρεάζεται η φερεγγυότητα και η αξιοπιστία τους, όπως απαιτείτο να πράξει πριν να αποκλείσει τις προσφεύγουσες (και ειδικότερα την πρώτη και την τρίτη εξ αυτών) αιτιολογημένα, κρίνοντας αυτές ένοχες σοβαρών ψευδών δηλώσεων, κατά το άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ του Ν. 4412/2016. Επειδή, κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα έκρινε ότι η πρώτη και η τρίτη των προσφευγουσών ήταν ένοχες σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού.

27. Επειδή, στην παρ. 2.2.3.2 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην 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 όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης».

28. Επειδή, στην παρ. 2.2.5 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: [...] β) Τραπεζικές βεβαιώσεις περί δανειοληπτικής ικανότητας του διαγωνιζόμενου αξίας τουλάχιστον εκατό χιλιάδων ευρώ (100.000,00 ευρώ)».

29. Επειδή, στο άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. [...]».

30. Επειδή, στο άρθρο 93 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: α) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 και την εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72 [...]».

31. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας καταρχήν το σύστημα της προκαταρκτικής απόδειξης που προβλέπουν τα άρθρα 79 και 93 του Ν. 4412/2016 (σκέψεις 29 και 30 ανωτέρω), ενσωμάτωσε τις διατάξεις τους στη Διακήρυξη και ειδικότερα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.4.3.1 αντίστοιχα.

32. Επειδή ωστόσο από τις παραγράφους 2.2.5 (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) και 2.2.6 (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα)

της Διακήρυξης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, επιτρεπτά ως είχε δικαίωμα (σκέψη 33), ζήτησε από τους προσφέροντες να συμπεριλάβουν στην προσφορά τους και άλλα δικαιολογητικά, εκτός από το Ε.Ε.Ε.Σ. και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής, κατά το πρώτο στάδιο υποβολής «Δικαιολογητικών συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς», όπως Βεβαιώσεις και Υπεύθυνες δηλώσεις.

33. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 5, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας.

34. Επειδή, σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6 της Διακήρυξης, «η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: [...] η) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

35. Επειδή, κατόπιν υποβολής σχετικού διευκρινιστικού ερωτήματος, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. 4203/22.08.2017 έγγραφό της διευκρίνισε στους υποψήφιους προσφέροντες ότι «τα δικαιολογητικά που προβλέπονται στην παρ. 2.2 της Διακήρυξης κατατίθενται ηλεκτρονικά κατά το στάδιο της συμμετοχής» και στη συνέχεια με το υπ' αριθμ. 4212/23.08.2017 έγγραφό της παρέτεινε την προθεσμία παραλαβής των προσφορών για έξι (6) ημέρες.

36. Επειδή στην παρ. 2.2.9.2 «Αποδεικτικά μέσα» της Διακήρυξης, όπου παρατίθενται αναλυτικά τα έγγραφα που αποδεικνύουν τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και τη συνδρομή κριτηρίων επιλογής της παρ. 2.2 της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή έχει παραλείψει την ασφαλιστική και τη φορολογική ενημερότητα, ενώ έχει συμπεριλάβει στο Ε.Ε.Ε.Σ. και ειδικότερα στο Κεφάλαιο Β «Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών

κοινωνικής ασφάλισης» του Μέρους III, ερωτήματα σχετικά με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.

37. Επειδή στο Ε.Ε.Ε.Σ. και ειδικότερα στο σχετικό Κεφάλαιο «B: Οικονομική και χρηματοδοτική επάρκεια» του Μέρους IV, η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μη συμπεριλάβει ερώτηση αφορώσα τη δανειοληπτική ικανότητα των οικονομικών φορέων για ποσό αξίας τουλάχιστον €100.000,00, προκειμένου να παρασχεθεί προκαταρκτική απόδειξη για την απαίτηση υπό στοιχείο 2.2.5 β) της Διακήρυξης. Η δε από 08.08.2017 Βεβαίωση της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, η οποία προσκομίστηκε από την πρώτη προσφεύγουσα, δεν καλύπτει την εν λόγω απαίτηση της Διακήρυξης, καθώς το εγκεκριμένο όριο πιστοδότησης, ύψους 800.000€ αφορά αποκλειστικά σε εγγυητικές επιστολές Α' κατηγορίας (συμμετοχής). Εν προκειμένω, έχει κριθεί ότι στην τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας θα πρέπει να προκύπτει σαφώς ποιο ποσό διατίθεται στην διαγωνιζόμενη εταιρία για χρηματοδότηση και πιστοδοτήσεις ώστε να κριθεί αν καλύπτει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις πιστοληπτικής ικανότητας της Διακήρυξης, και ποιο ποσό χωριστά αφορά εγγυητικές επιστολές (ΜΠΑ 9146/2006). Ομοίως έχει κριθεί ότι δεν αρκεί η Τράπεζα να βεβαιώνει απλώς ότι η εταιρία είναι καλός πελάτης στον τομέα των καταθέσεων και των εγγυητικών επιστολών, χωρίς να περιέχεται βεβαίωση περί της δυνατότητας χρηματοδότησης αυτής, στην έννοια της οποίας δεν εμπίπτει και η έκδοση εγγυητικών επιστολών [ΔΕφΠειρ (Ασφ) 54/2012, 11/2013].

38. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, να καλέσει τους προσφέροντες προς συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών μόνο για ήδη υποβληθέντα δικαιολογητικά και μόνο προκειμένου να καλυφθούν ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα.

39. Επειδή από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ορθώς απέκλεισε την προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας από τη

συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω μη υποβολής της βεβαίωσης δανειοληπτικής ικανότητας, εσφαλμένα όμως λόγω μη υποβολής φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, δεδομένου ότι τις τελευταίες παρέλειψε να τις συμπεριλάβει ρητά τόσο στη Διακήρυξη, όσο και στο υπ' αριθμ. 4203/22.08.2017 διευκρινιστικό έγγραφό της, με το οποίο παρέπεμπε στα δικαιολογητικά που απαριθμούνται στην παράγραφο 2.2 της Διακήρυξης.

40. Επειδή, στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης.

41. Επειδή, στην παρ. 2.2.2.1 της υπ' αριθμό 3452/07.07.2017 Διακήρυξης αναφέρεται ότι η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Στο δε Σχέδιο εγγυητικής επιστολής συμμετοχής (Παράρτημα IV – Υποδείγματα Εγγυητικών Επιστολών) αναφέρεται ότι «Η παρούσα ισχύει μέχρι και την».

42. Επειδή, όπως γίνεται παγίως δεκτό, διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006).

43. Επειδή, από τις ανωτέρω σκέψεις συνάγεται ότι η τρίτη προσφεύγουσα («.....») δεν αποκλείστηκε νομίμως από τη διαγωνιστική διαδικασία, με αποτέλεσμα να έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα συμμετοχής της παρεμβαίνουσας.

44. Επειδή, η εγγυητική επιστολή που ισχύει «μέχρι την επιστροφή της» αυτονόητα υπερκαλύπτει την απαίτηση της Διακήρυξης να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της

προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης, καθώς μόνο η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να την επιστρέψει στον εκδότη της.

45. Επειδή συνακόλουθα ο ισχυρισμός της τρίτης προσφεύγουσας περί αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας ασκείται μεν παραδεκτά, αλλά είναι εντελώς αβάσιμος στην ουσία.

46. Επειδή, κατ' ακολουθίαν: α) η πρώτη Προδικαστική Προσφυγή, της «.....», πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, κατά το σκέλος που αμφισβητεί τον αποκλεισμό της αφενός γιατί κρίθηκε ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κι αφετέρου γιατί δεν προσκόμισε ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα, και πρέπει να απορριφθεί κατά το σκέλος που αμφισβητεί τον αποκλεισμό της λόγω μη προσκόμισης βεβαίωσης δανειοληπτικής ικανότητας, β) η δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή, της «.....», πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα, γιατί δεν κατατέθηκε παράβολο κατά την άσκησή της και γιατί επιδιώκει την ακύρωση μη εκτελεστής πράξης, γ) η τρίτη Προδικαστική Προσφυγή, της «.....», πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το σκέλος που αμφισβητεί τον αποκλεισμό της, γιατί κρίθηκε ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων και να απορριφθεί κατά το σκέλος που αιτιάται τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας.

47. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα που κατέθεσαν η πρώτη και η τρίτη από τις προσφεύγουσες (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016), ενώ η δεύτερη δεν κατέθεσε παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 157/2017

Δέχεται εν μέρει την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας «.....».

Απορρίπτει τη δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας «.....».

Δέχεται εν μέρει την τρίτη Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας «.....».

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 164/07.10.2017 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής καθώς και το υπ' αριθμό 37/07.10.2017 απόσπασμα Πρακτικού του Δ.Σ., κατά το μέρος που η απόφαση απέκλεισε τις προσφορές της πρώτης και της τρίτης των προσφευγουσών από τη διαγωνιστική διαδικασία κρίνοντάς τις ένοχες σοβαρών ψευδών δηλώσεων, και κατά το μέρος που απέκλεισε την πρώτη προσφεύγουσα λόγω μη υποβολής ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων στις προσφεύγουσες ως εξής:

α) στην «.....» την επιστροφή παραβόλου ποσού ευρώ τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων τριάντα πέντε (€4.635,00) και β) στην «.....» την επιστροφή παραβόλου ποσού ευρώ τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων τριάντα πέντε (€4.635,00).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20.11.2017 και εκδόθηκε στις 29.11.2017.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Μελπομένη Τσιαλαφούτα