

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1266/22.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 561/7.06.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης του από 19.05.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και κατακυρώνεται σε αυτόν ο διαγωνισμός.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 653,23 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 19.06.2021 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 130.645,16 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. 79884/10-11-2020 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Κτιριακές παρεμβάσεις στο βρεφονηπιακό σταθμό ...για την εναρμονισή του με το ΠΔ 99/2017», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισμού 162.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 10.11.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει 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 υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 19.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 11.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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.

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

6. Επειδή στις 22.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1587/2021 και 1842/2021 Πράξεις Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 25.06.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 4178/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κατακυρωθεί σε αυτόν ο διαγωνισμός.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 29.06.2021 τις απόψεις της επί της προσφυγής τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 1.07.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρων 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος έντεκα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. 338/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ο παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος. Κατόπιν δε αποστολής της από 5.05.2021 πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

παρεμβαίνων προσκόμισε την 13.05.2021 τα σχετικά έγγραφα. Σύμφωνα με το από 19.05.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι τα υποβληθέντα από τον παρεμβαίνοντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ήταν πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτόν. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

13. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και την ανακήρυξή του ως οριστικού αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

14. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενους τους όρους 4.2, 22.Α.4(β) και 23 της διακήρυξης και τη σχετική νομολογία ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «... στο πλαίσιο του Εθνικού Προγράμματος Απλούστευσης Διαδικασιών (άρθρο 45 του ν. 4635/2019 (ΦΕΚ 167 Α΄) «Επενδύω στην Ελλάδα και άλλες διατάξεις», το Υπουργείο Δικαιοσύνης, δια της Γενικής Γραμματείας Δικαιοσύνης και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, σε συνεργασία με το Υπουργείο Ψηφιακής Διακυβέρνησης, δια της Γενικής Γραμματείας Ψηφιακής Διακυβέρνησης και Απλούστευσης Διαδικασιών, εισήγαγε τη Διαδικασία έκδοσης Ενιαίου Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας.

Πιο συγκεκριμένα, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 13535/19.03.2021 έγγραφο του Υπουργείου Δικαιοσύνης με θέμα «Διαδικασία έκδοσης Ενιαίου Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας», επειδή καταγράφηκε μεγάλος αριθμός πιστοποιητικών, τα οποία αφορούν στην επιχειρηματική / οικονομική δραστηριότητα και στην εν γένει λειτουργία των επιχειρήσεων στην Ελλάδα και τα εν λόγω πιστοποιητικά βεβαιώνουν και πιστοποιούν τη δικαστική φερεγγυότητα μιας επιχείρησης, προκειμένου να μπορεί να συμμετέχει σε

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

δημόσιο διαγωνισμό, να μπορεί να λαμβάνει δάνεια και να μπορεί να συνάπτει επιχειρηματικές σχέσεις ή για κάθε άλλη συναφή με τη δικαστική φερεγγυότητα νόμιμη χρήση, υλοποιήθηκε η ομογενοποίηση και προτυποποίηση του συνόλου των πιστοποιητικών που εκδίδονται και αφορούν στη δικαστική φερεγγυότητα ενός Νομικού ή ενός Φυσικού Προσώπου, ώστε να επιτευχθεί η μέγιστη ασφάλεια δικαίου και να αρθούν εμπόδια στον ψηφιακό μετασχηματισμό της δικαιοσύνης.

Σύμφωνα με το ίδιο έγγραφο, το εν θέματι Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας θα εκδίδεται πλέον από τα κατά τόπους αρμόδια Δικαστήρια της Χώρας, σύμφωνα με τα υποδείγματα που παρατίθενται στο σχετικό Παράρτημα I, κατά τους δυο (2) ακόλουθους τύπους:

- «Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας» που αφορά στα Νομικά Πρόσωπα, συμπεριλαμβανομένων των Σωματείων και των Συνεταιρισμών και
- «Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας» που αφορά στα Φυσικά Πρόσωπα, ενώ η σχετική αίτηση για την έκδοση του ανωτέρω «Ενιαίου Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας» θα είναι ενιαία για όλα τα Δικαστικά Καταστήματα, θα τιτλοφορείται ως «Αίτηση Ενιαίου Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας» και το σχετικό υπόδειγμα αυτής επισυνάπτεται στο Παράρτημα II του ως άνω εγγράφου.

Κατά το ανωτέρω υπόδειγμα του Υπουργείου Δικαιοσύνης, το Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας, όσον αφορά τα νομικά πρόσωπα, θα βεβαιώνει σχετικά ότι:

- 1) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση για συνδιαλλαγή – εξυγίανση ή και για προληπτικά μέτρα του άρθρου 50 Ν. 4738/2020 ή του άρθρου 106α Ν. 3588/2007,
- 2) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση για ειδική εκκαθάριση – ειδική διαχείριση,
- 3) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση πτώχευσης ή προληπτικών μέτρων άρθρου 86 Ν. 4738/2020 ή του άρθρου 10 Ν. 3588/2007,

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

4) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση σχεδίου αναδιοργάνωσης,

5) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση περί λύσεως,

6) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση,

7) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων,

8) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση για αναγκαστική διαχείριση και

9) Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή.

Έτσι, καταργήθηκαν και αντικαταστάθηκαν με το Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας τα εξής πιστοποιητικά:

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης για διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστή.

Πιστοποιητικό περί μη λύσεως ή λύσεως και μη πτωχεύσεως ή πτωχεύσεως του συνεταιρισμού.

Πιστοποιητικό περί μη θέσεως εταιρίας σε εκκαθάριση. Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης περί ενάρξεως των διαδικασιών που προβλέπουν οι περιπτώσεις των καταργημένων ήδη άρθρων 44 & 45 Ν. 1892/1990 (Επικύρωση Συμφωνίας Πιστωτών και εταιρίας και Διορισμός Επιτρόπου) και των άρθρων 46 & 46α, 46β, και 46γ (θέση σε ειδική εκκαθάριση) του ίδιου ως άνω Ν. 1892/1990.

Βεβαίωση περί κατάργησης της διάταξης του άρθρου 46 ν. 1892/1990 (περί ειδικής εκκαθάρισης).

Πιστοποιητικό περί μη πτώχευσης.

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης πτώχευσης - πτωχευτικού συμβιβασμού - δήλωση παύσης πληρωμών.

Πιστοποιητικό ότι δεν τελεί υπό πτωχευτικό συμβιβασμό ή άλλη ανάλογη κατάσταση.

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης για συνδιαλλαγή - εξυγίανση κατ' άρθρο 99 ν. 3588/2007.

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης σχεδίου αναδιοργάνωσης (αφορά και έκδοση απόφασης).

Πιστοποιητικό περί μη εκκαθάρισης.

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης θέσης σε εκκαθάριση.

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης για θέση σε ειδική εκκαθάριση (αφορά και έκδοση απόφασης).

Πιστοποιητικό περί μη διορισμού ή αντικατάστασης εκκαθαριστή ή συνεκκαθαριστή.

Πιστοποιητικό περί μη θέσης σε αναγκαστική διαχείριση.

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης για αναγκαστική διαχείριση.

Πιστοποιητικό περί μη έκδοσης απόφασης αναγκαστικής εκκαθάρισης ή αναγκαστικής διαχείρισης.

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης περί λύσεως εταιρίας (μόνο ΑΕ).

Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης λύσης ΟΕ/ΕΕ. Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης λύσης σωματείων – συλλόγων. Πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης αίτησης λύσης αστικών εταιριών.

Πιστοποιητικό περί μη υπαγωγής σε έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων.

Πιστοποιητικό περί μη υπαγωγής στην ειδική διαχείριση (ν. 4307/2014).

Πιστοποιητικό περί λύσης ή εκκαθάρισης αγροτικού ή δασικού συνεταιρισμού.

Πιστοποιητικό περί μη λύσης εταιρίας.[...]

Εν προκειμένω, η «...», ως προσωρινή ανάδοχος κατασκευής του έργου «ΚΤΙΡΙΑΚΕΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΣΤΟ ΒΡΕΦΟΝΗΠΙΑΚΟ ΣΤΑΘΜΟ "...» ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΤΟΥ ΜΕ ΤΟ ΠΔ 99/2017», προς απόδειξη μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22.Α.4. (β) της διακήρυξης, προσκόμισε το υπ' αρ.

17719/26.04.2021 Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου ...ς.

Στο κείμενο του ως άνω πιστοποιητικού αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι «6. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: δεν μπορούμε να βεβαιώσουμε αν έχει

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση, διότι δεν τηρούνται στην Υπηρεσία μας αντίστοιχα στοιχεία».

Επιπλέον, δεν γίνεται καμία αναφορά στο ως άνω πιστοποιητικό σχετικά με την έκδοση ή μη απόφασης υπαγωγής του νομικού προσώπου σε εκκαθάριση, παρότι μια τέτοια βεβαίωση (περί μη κατάθεσης αίτησης και περί έκδοσης απόφασης για υπαγωγή σε εκκαθάριση) αποτελεί περιεχόμενο του Ενιαίου Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας, σύμφωνα με υπόδειγμα που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα Ι του υπ' αριθμ. πρωτ. 13535/19.03.2021 εγγράφου του Υπουργείου Δικαιοσύνης.

Εξάλλου, η ως άνω προσωρινή ανάδοχος δεν συμμορφώθηκε με την πρόβλεψη του άρθρου 23 της διακήρυξης, που δίνει τη δυνατότητα όταν τα σχετικά πιστοποιητικά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α. της διακήρυξης, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση, καθώς δεν υπέβαλε ένορκη βεβαίωση, αλλά υπεύθυνη δήλωση.

Η δυνατότητα υποβολής υπεύθυνης δήλωσης, όμως, έχει όμως, έχει προβλεφθεί από το Νόμο (αρθ. 80 παρ. 2, περ. β' Ν. 4412/2016) και τη διακήρυξη (άρθρο 23.3. γ) μόνον για τα κράτη μέλη ή τις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση!

Συνεπώς, η υποβληθείσα από την προσωρινή ανάδοχο από 11.05.2021 υπεύθυνη δήλωση του διαχειριστή της, Στέφανου Φασιά, στην οποία αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι «ο οικονομικός φορέας δεν τελεί υπό πτώχευση, δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης, δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο, δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού, δεν έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες και δεν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου», δεν αντικαθιστά το Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης, το οποίο θα έπρεπε να βεβαιώνει σχετικά με την θέση ή μη της «...» σε εκκαθάριση ή την κίνηση της σχετικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

Εξάλλου, η «...» δεν έχει προσκομίσει βεβαίωση της αρμόδιας αρχής (Πρωτοδικείο) σχετικά με την αδυναμία εκδόσεως πιστοποιητικού αναφορικά με την έκδοση απόφασης για υπαγωγή σε εκκαθάριση, διότι το προσκομισθέν πιστοποιητικό κάνει λόγο μόνο αναφορικά με την υποβολή σχετικής αίτησης.

Αξίζει να σημειωθεί ότι στο αντίστοιχο υπ' αριθμ. πρωτ. 3073/11.05.2021 πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, το οποίο μου χορηγήθηκε από το Πρωτοδικείο Βόλου, βεβαιώνεται ρητώς ότι εναντίον μου α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση.

Συνεπώς, η προσωρινή ανάδοχος του έργου «ΚΤΙΡΙΑΚΕΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΣΤΟ ΒΡΕΦΟΝΗΠΙΑΚΟ ΣΤΑΘΜΟ "...» ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΤΟΥ ΜΕ ΤΟ ΠΔ 99/2017», «...» δεν απέδειξε προσηκόντως την μη θέση της σε εκκαθάριση ή την υποβολή αίτησης για θέση της σε εκκαθάριση και σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης του έργου (αρθ. 4.2.), θα πρέπει να αποκλειστεί η προσωρινή ανάδοχος, να απορριφθεί η προσφορά της προσωρινού αναδόχου και η κατακύρωση να γίνει σε μένα».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα κάτωθι : «... Οι λόγοι της παραγράφου 22.Α.4. αποτελούν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 ν. 4412/2016 (Υποσημείωση 79 της Διακήρυξης).

Δεν αναφέρεται πουθενά στους λόγους αποκλεισμού ότι πρέπει απαραίτητα να κατατεθεί το πιστοποιητικό ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση. Άλλωστε όπως αναγράφεται στην ίδια παράγραφο της Διακήρυξης *..Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση

Λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του Λειτουργίας,,» και μάλιστα ο συγκεκριμένος Οικονομικός Φορέας έχει εκτελέσει έργα στο Δήμο ... απολύτως άρτια και με απόλυτη φερεγγυότητα οπότε δεν υπάρχουν στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι δεν είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση.

Εξάλλου στο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας που κατέθεσε [αρ. Πιστοποιητικού 17719/2021) και συγκεκριμένα στην παράγραφο & αναφέρει

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

«... κατά του νομικού προσώπου: σ) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση διορισμού εκκαθαριστή / συνεκκαθαριστή για το διάστημα ΘΞ/01/2Θ04- 20/04/2021...». Συνεπώς δεν είναι δυνατόν ο Οικονομικός Φορέας να είναι σε καθεστώς υπαγωγής σε εκκαθάριση αφού δεν υπάρχει απόφαση ούτε έχει κατατεθεί αίτηση διορισμού εκκαθαριστή/ συνεκκαθαριστή. Επιπλέον, στο εν λόγω Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας και συγκεκριμένα στην παράγραφο 5 αναφέρει: «...α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση περί λύσεως για το διάστημα ΟΒ/Θ8/2007 - 20-04-2021...». Αρα, δεν δυνατόν ο Οικονομικός Φορέας να είναι σε καθεστώς υπαγωγής σε εκκαθάριση αφού η εκκαθάριση αποτελεί έννομη συνέπεια της λύσης.

Ειδικότερα, στο απ' αριθμ. πρωτ. 1476420.2131221/27-04-2021 Γενικό Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ αναφέρεται: «Επίσης βεβαιώνουμε ότι: α) Η εταιρεία δεν έχει λυθεί λόγω παρόδου του χρόνου διάρκειας που ορίζεται στο καταστατικό της. β) Δεν έχει καταχωρισθεί στη Μερίδα της εταιρείας στο ΓΕΜΗ απόφαση των εταίρων της για τη λύση της εταιρείας και τη θέση αυτής σε εκκαθάριση. γ) Δεν έχει καταχωρισθεί στη Μερίδα της εταιρείας στο ΓΕΜΗ οποιαδήποτε πράξη ή στοιχείο απ' όπου να προκύπτει λύση της εταιρείας και θέση αυτής σε εκκαθάριση για άλλο λόγο προβλεπόμενο στο καταστατικό πέραν της απόφασης των εταίρων. δ) Δεν έχει καταχωρισθεί στη Μερίδα της εταιρείας στο ΓΕΜΗ έξοδος εταίρου που να καθιστά την εταιρεία μονοπρόσωπη για διάστημα τεσσάρων μηνών από την έξοδο αυτή (σύμφωνα με τα άρθρα 261 και 267 του ν. 4072/2012 και 27 του ν. 44Θ3/2016). ε) Δεν έχει περιέλθει στην Υπηρεσία μας για να καταχωρισθεί στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο αίτηση, αγωγή ή δικαστική απόφαση για λύση της εταιρείας και διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστή ή συν-εκκαθαριστή, ούτε απόφαση που να τη θέτει υπό αναγκαστική διαχείριση ή ειδική εκκαθάριση.

3. Επίσης μέχρι σήμερα δεν έχει περιέλθει στην υπηρεσία μας προκειμένου να σημειωθεί στο ΓΕΜΗ απόφαση που να την κηρύσσει σε κατάσταση πτώχευσης ή σε διαδικασία συνδιαλλαγής/εξυγίανσης ούτε αίτηση προς το αρμόδιο Δικαστήριο για να κηρυχθεί σε κατάσταση πτώχευσης ή διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης.

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

Σημειώνεται ότι: Με τα ανωτέρω περί «πτώχευσης ή διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης* πιστοποιούμενα, δεν υποκαθίσταται το πιστοποιητικό που εκδίδεται από το Μητρώο Πτωχεύσεων του Πρωτοδικείου, στο οποίο καταχωρίζονται «αυτοί που κηρύχθηκαν σε πτώχευση ή ζητήθηκε το άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής» (σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 3 του Νόμου 3566/2007 όπως ισχύει)».

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι το Γενικό Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ βεβαιώνει ότι ο συγκεκριμένος Οικονομικός Φορέας δεν είναι σε καθεστώς υπαγωγής σε εκκαθάριση ενώ το Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας καλύπτει επιπλέον τις περπώσεις «πτώχευσης ή διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης».

Το γεγονός ότι ο συγκεκριμένος Οικονομικός Φορέας δεν είναι σε καθεστώς υπαγωγής σε εκκαθάριση προκύπτει περαιτέρω από την Υπεύθυνη Δήλωση που κατέθεσε μεταξύ των λοπιών δικαιολογητικών.

Συνεπώς μετά από διεξοδικό έλεγχο, η Επιτροπή θεωρεί ότι τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν καλύπτουν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού. συμπεριλαμβανομένων των συναφερόμενων στην προδικαστική προσφυγή πιστοποιητικών ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με δικαστική απόφαση»

16. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « ...το Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης που προσκομίσαμε βεβαιώνει ότι η εταιρεία μας δεν τελεί υπό πτώχευση, δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης, δεν έχει εκδοθεί κατά αυτής απόφαση και δεν έχει κατατεθεί αίτηση για ειδική εκκαθάριση, δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο, δεν έχει εκδοθεί απόφαση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή και δεν έχει υποβάλει αίτηση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή, δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού, δεν έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές της δραστηριότητες, δεν έχει εκδοθεί απόφαση λύσης της και δεν έχει καταθέσει αίτηση περί λύσεώς της, δεν έχει εκδοθεί απόφαση και δεν έχει καταθέσει αίτηση υπαγωγής της σε έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

Συνεπώς, το παραπάνω πιστοποιητικό αναφέρεται στο καθεστώς της ειδικής εκκαθάρισης (που αποτελεί τη διαδικασία εκκαθάρισης μέσω δικαστικής απόφασης και για αυτό πιστοποιείται από το πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας) και βεβαιώνει με σαφήνεια για την εταιρεία μας ότι δεν έχει εκδοθεί κατά αυτής απόφασης και δεν έχει κατατεθεί αίτηση για ειδική εκκαθάριση δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο, δεν έχει εκδοθεί απόφαση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή και δεν έχει υποβάλει αίτηση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή.

Εξάλλου στη διακήρυξη του διαγωνισμού που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους και συγκεκριμένα στη γραμματική διατύπωση του άρθρου 22.Α.4(β) αναφέρονται με ακρίβεια και σαφήνεια όλες οι περιπτώσεις αποκλεισμού τις οποίες καλείται να αποδείξει ο οικονομικός φορέας ότι συντρέχουν στο προσωπό του...

Από τα αναγραφόμενα στο παραπάνω Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης διαπιστώνεται ότι το Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης έχει βεβαιώσει με το πιστοποιητικό του όλες τις περιπτώσεις που αναγράφονται στο σχετικό άρθρο της διακήρυξης και αφορούν στη διαδικασία εκκαθάρισης νομικού προσώπου η οποία πιστοποιείται από Πρωτοδικείο.

Το άρθρο 23.3.(γ) της ως άνω διακήρυξης έχει ως σκοπό να αναφέρει το είδος του αποδεικτικού μέσου (πιστοποιητικού), το χρόνο έκδοσης του και τον δημόσιο φορέα που είναι αρμόδιος να το εκδώσει ανάλογα με τη φύση του Πιστοποιητικού (Πρωτοδικείο ή ΓΕΜΗ κλπ) και για το λόγο αυτό γίνεται μια γενικότερη και ενδεικτική μόνον αναφορά και δεν αναφέρει τις περιπτώσεις που αναγράφονται με ακρίβεια και επί ποινή αποκλεισμού στο άρθρο 22Α.4.Β και τις οποίες καλείται να αποδείξει ο οικονομικός φορέας.

...Καθίσταται εμφανές ότι η αναφορά στο άρθρο αυτό είναι ενδεικτική και γενική αφού δεν αναγράφονται οι περιπτώσεις αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22.Α.4 (β) όπως πχ οι περιπτώσεις της ειδικής εκκαθάρισης, της αναστολής από τις επιχειρηματικές δραστηριότητες ή της

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

θέσης σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία.

Εξάλλου, το Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης αναφέρει και πιστοποιεί ορθά την διαδικασία της ειδικής εκκαθάρισης (που αποτελεί σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία την διαδικασία εκκαθάρισης με δικαστική απόφαση) και για την οποία μπορεί να βεβαιώσει από τα δικαστικά αρχεία του και διακρίνει τις λοιπές περιπτώσεις εκκαθάρισης για τις οποίες δεν τηρεί αρχείο διότι αποτελούν διοικητικές πράξεις ή στοιχεία που τηρούνται από το Γ.Ε.Μ.Η. σύμφωνα με το Ν. 4072/2012 και 4635/19.

Η εταιρεία μας υπέβαλε εμπρόθεσμα και νομότυπα τόσο το παραπάνω Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου ...ς όσο και το σχετικό πιστοποιητικό Γ.Ε.Μ.Η. (με αριθμό 1476420.2131221/27.04.2021) το οποίο βεβαιώνει ότι η εταιρεία μας δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι έχουμε υποβάλει τα δυο πιστοποιητικά που απαιτεί η διακήρυξη για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού που αναλυτικά και με σαφήνεια περιγράφονται στο άρθρο 22.Α.4(β) της ως άνω Διακήρυξης.

Τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι θα έπρεπε να υποβάλλουμε ένορκη βεβαίωση δεν ευσταθεί και θα πρέπει να απορριφθεί διότι σύμφωνα με το άρθρο 23.3.(δ) η ένορκη βεβαίωση προβλέπεται ως αποδεικτικό μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4(β) μόνο για την περίπτωση που ο οικονομικός φορέας είναι εγκατεστημένος σε χώρα ή κράτος - μέλος που δεν εκδίδει τα παραπάνω πιστοποιητικά και κάτι τέτοιο είναι σαφές ότι δεν ισχύει στην περίπτωση της εταιρείας μας που εδρεύει στην Ελλάδα (βλ. Α.Ε.Π.Π. 7^ο κλιμάκιο 68/2021 «... η ένορκη βεβαίωση, αφορά κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, οικονομικούς φορείς, οι οποίοι με βάση το δίκαιο του κράτους εγκατάστασής τους, δεν δύνανται να λάβουν το ανωτέρω πιστοποιητικό, οπότε μπορούν κατά σειρά να αντικαθιστούν αυτό, με ένορκη βεβαίωση..»)

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

Η εταιρεία μας παράλληλα με την τεκμηριωμένη πληρότητα των πιστοποιητικών που έχει υποβάλει προς διαπίστωση της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 και τα οποία ορθά και νόμιμα εγκρίθηκαν από την αναθέτουσα αρχή ως προς την πληρότητά τους, κατέθεσε και την από 11.05.2021 υπεύθυνη δήλωση της με την οποία βεβαιώνει όλα όσα ζητούνται από την διακήρυξη

Επομένως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι α) δεν αποδεικνύουμε προσηκόντως την μη θέση σε εκκαθάριση ή την υποβολή αίτησης για θέση σε εκκαθάριση και β) θα έπρεπε να υποβάλλουμε ένορκη βεβαίωση προς αντικατάσταση δικαιολογητικού που δεν εκδίδεται από δικαστική ή διοικητική αρχή της χώρας μας δεν ευσταθούν και θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, αναιτιολόγητοι και μη νόμιμοι».

17. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του προβάλλει τα κάτωθι : «
Α. Επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επισημαίνω τα ακόλουθα:

1. Η αναθέτουσα επικαλείται τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 5 του ν. 4412/2016, η οποία δίνει το δικαίωμα στην αναθέτουσα αρχή να μην αποκλείσει έναν οικονομικό φορέα, εφόσον συντρέχει κάποιος από τους λόγους αποκλεισμού.

Αυτό, όμως, που αποσιωπάται είναι ότι στην περίπτωση αυτή θα πρέπει, σύμφωνα με την ίδια διάταξη, η αναθέτουσα αρχή να αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση. Θα πρέπει, δηλαδή, να προηγηθεί η διαπίστωση συνδρομής κάποιου λόγου αποκλεισμού και να ακολουθήσει αιτιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή, ότι ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση.

Στην κρινόμενη περίπτωση, όμως, η αναθέτουσα αρχή, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 561/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και το επικυρωθέν υπ' αυτής από 19.05.2021 Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης του Προσωρινού Αναδόχου, δεν διαπίστωσε την συνδρομή κάποιου από τους λόγους αποκλεισμού και, κυρίως, δεν απέδειξε με συγκεκριμένη αναφορά και αιτιολογία στην απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση. Είναι ιδιαίτερα σημαντικό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει,

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

με βάση τη διάταξη του Νόμου, το βάρος να αποδείξει αυτό και δεν αρκεί η αναφορά που επιχειρεί η αναθέτουσα με τις απόψεις της, ότι δηλαδή δεν αποδείχθηκε το αντίθετο.

Ομοίως και με τις απόψεις της η Επιτροπή Διαγωνισμού καταλήγει (εσφαλμένα) στο συμπέρασμα ότι η παρεμβαίνουσα απέδειξε τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και ως εκ τούτου δεν μπορεί να κάνει λόγο περί δυνητικού αποκλεισμού.

Στην περίπτωση, λοιπόν, που δεν αποδείχθηκε από την αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει το έργο, σύμφωνα με το άρθρο 4.2.δ.iii. της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα να αποφασίσει την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου.

Η αναθέτουσα αρχή, επιχειρεί συμπερασματικά να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η παρεμβαίνουσα δεν έχει τεθεί σε εκκαθάριση, διότι από το Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας που κατέθεσε (αρ. Πιστοποιητικού 17719/2021) προκύπτει ότι δεν έχει λυθεί και ότι δεν έχει διοριστεί εκκαθαριστής

Θα πρέπει, κατ' αρχάς να τονιστεί πως από τα ανωτέρω δεν αποδείχθηκε ότι κατά της παρεμβαίνουσας δεν έχει κατατεθεί αίτηση για να τεθεί αυτή σε εκκαθάριση.

Εκτός αυτού, όπως αναλύθηκε στην προδικαστική προσφυγή μου, σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη του Νόμου και της διακήρυξης, ως προς τα μέσα απόδειξης της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού, «το πιστοποιητικό ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με δικαστική απόφαση εκδίδεται από το οικείο Πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα».

Είναι, λοιπόν, σαφές και αναντίρρητο ότι ο Ν. 4412/2016 απαιτεί ως τρόπο απόδειξης της μη θέσης του οικονομικού φορέα σε εκκαθάριση, πιστοποιητικό του οικείου Πρωτοδικείου που να αναφέρει ότι δεν έχει τεθεί σε εκκαθάριση και δεν αρκείται σε συμπερασματική απόδειξη.

Το Πιστοποιητικό αυτό, που πλέον ονομάζεται Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας, πρέπει κατά νόμο να αναφέρει ότι «Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση».

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

Όσον αφορά το Πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ., το οποίο επικαλείται η αναθέτουσα, είναι, ομοίως, ρητή η πρόβλεψη του Νόμου και της διακήρυξης ότι αυτό αποδεικνύει μόνον την μη θέση σε εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων.

Συνεπώς, η ρητή πρόβλεψη του Νόμου, όπως αναλύθηκε ανωτέρω και στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μου, δεν αφήνει καμία αμφιβολία ότι μοναδικός τρόπος απόδειξης της μη θέσης του οικονομικού φορέα σε εκκαθάριση με δικαστική απόφαση (ειδικής ή άλλης αναγκαστικής εκκαθάρισης) είναι η προσκομιδή Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας, το οποίο να αναφέρει ότι «Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση» και μόνον σε περίπτωση αδυναμίας εκδόσεως αυτού με το ανωτέρω περιεχόμενο, σχετική ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου του οικονομικού φορέα.

Έτσι, το συμπέρασμα που διατυπώνει η Επιτροπή Διαγωνισμού στις απόψεις της ότι δηλαδή «το γεγονός ότι ο συγκεκριμένος Οικονομικός Φορέας δεν είναι σε καθεστώς υπαγωγής σε εκκαθάριση προκύπτει περαιτέρω από την Υπεύθυνη Δήλωση που κατέθεσε μεταξύ των λοιπών δικαιολογητικών» δεν βρίσκει κανένα απολύτως έρεισμα στο Νόμο ή στη Διακήρυξη

B. Επί των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας «...», επισημαίνω τα ακόλουθα:

1. Η παρεμβαίνουσα αναφέρεται στο γεγονός ότι το προσκομισθέν από αυτήν Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας, αναφέρει ότι αυτή δεν έχει τεθεί σε ειδική εκκαθάριση, η οποία αποτελεί μεν περίπτωση εκκαθάρισης που διατάσσεται δικαστικά αλλά δεν είναι η μοναδική μορφή δικαστικής (άλλως αναγκαστικής) εκκαθάρισης που προβλέπει το ελληνικό δίκαιο.

Γι' αυτόν ακριβώς το λόγο το ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας περιλαμβάνει ξεχωριστό πεδίο που βεβαιώνει για την ειδική εκκαθάριση και άλλο πεδίο που βεβαιώνει για την εκκαθάριση (βασισόμενη σε άλλες νομικές διατάξεις) που διατάσσεται με δικαστική απόφαση.

[...] Συνεπώς, το ότι η παρεμβαίνουσα δεν βρίσκεται σε καθεστώς ειδικής εκκαθάρισης, δεν αποτελεί απόδειξη ότι δεν βρίσκεται σε εκκαθάριση άλλης μορφής ή ότι δεν έχει κατατεθεί εις βάρος της σχετική αίτηση.

2. Επιπλέον, το επιχείρημα της παρεμβαίνουσας ότι μόνον η ειδική εκκαθάριση (και όχι οι άλλες μορφές εκκαθάρισης) αναφέρεται στους λόγους αποκλεισμού που αναφέρει η διάταξη του άρθρου 22.Α.4. (β) της διακήρυξης και αυτή του άρθρου 73 παρ. 4, περ. β' ν. 4412/2016, διότι αμφότερες οι ανωτέρω διατάξεις θεωρούν λόγο αποκλεισμού για έναν οικονομικό φορέα «εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου».

Δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία, ότι και οι άλλες μορφές εκκαθάρισης πέραν της ειδικής εκκαθάρισης (είτε κατόπιν απόφασης εταίρων είτε κατόπιν δικαστικής απόφασης) συνιστούν ομοίως λόγους αποκλεισμού, καθώς αποτελούν παρόμοιες (με τη ρητώς αναφερόμενη ειδική εκκαθάριση) διαδικασίες που προβλέπονται σε εθνικές διατάξεις νόμου και τούτο επιρρωνύεται από τη συστηματική ερμηνεία του Ν. 4412/2016, στο άρθρο 80 παρ. 2, περ. β' του οποίου σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα (όπως και στη διακήρυξη), γίνεται λόγος γενικά περί εκκαθάρισης.

Το επιχείρημα της παρεμβαίνουσας ότι δήθεν το Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης δεν ανέφερε στο σχετικό Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας ότι «Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) έχει / δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) έχει / δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση», επειδή δήθεν δεν τηρούνται στο Πρωτοδικείο σχετικά αρχεία, διότι δήθεν οι λοιπές περιπτώσεις εκκαθάρισης αποτελούν διοικητικές πράξεις, αφενός δεν έχει καμία έννομη επιρροή, διότι η διάταξη του αρθ. 80 παρ. 2, περ. β' Ν. 4412/2016 (και η αντίστοιχη της διακήρυξης) ρητώς προβλέπει σε περίπτωση αδυναμίας εκδόσεως του σχετικού πιστοποιητικού, την αναπλήρωσή του από ένορκη βεβαίωση και αφετέρου καταρρίπτεται πανηγυρικά κατά πρώτον από το προσαχθέν από εμένα αντίστοιχο πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου Βόλου στο οποίο αναφέρεται ότι δεν έχει εκδοθεί απόφαση και δεν έχει κατατεθεί αίτηση περί υπαγωγής μου σε εκκαθάριση και κατά δεύτερον από το γεγονός ότι το περιεχόμενο του Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας είναι κατά Νόμο ενιαίο για όλα τα Πρωτοδικεία της χώρας και είναι αυτό που αναγράφεται στο προσαχθέν Πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου Βόλου.

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

Η παρεμβαίνουσα, δυστυχώς, καταφεύγει σε παραπλανητική και αποσπασματική αναφορά της διάταξης του άρθρου 23.3 της διακήρυξης και του αρθ. 80 παρ. 2, περ. δ' Ν. 4412/2016, προσπαθώντας να πείσει ότι δήθεν δεν υποχρεούταν σε υποβολή ενόρκου βεβαιώσεως, διότι δήθεν αρθ. 80 παρ. 2, περ. δ' Ν. 4412/2016, προσπαθώντας να πείσει ότι δήθεν δεν υποχρεούταν σε υποβολή ενόρκου βεβαιώσεως, διότι δήθεν αυτή προβλέπεται μόνο για τις περιπτώσεις που «το κράτος μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τα υπό των περ. (α), (β) και (γ) πιστοποιητικά», ενώ ρητώς στο αμέσως επόμενο εδάφιο αναφέρεται «ή όπου τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α.».

Η αναφορά σε εδάφιο απόφασης της Α.Ε.Π.Π. (7ο κλιμάκιο 68/2021) είναι ομοίως παραπλανητική, διότι σε αυτό η Α.Ε.Π.Π. πραγματεύεται περίπτωση που ο οικονομικός φορέας ήταν εγκατεστημένος σε κράτος μέλος ή χώρα που δεν εξέδιδε σχετικό πιστοποιητικό και όχι περιπτώσεις υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α.

Κλείνοντας, η πρόβλεψη του νόμου και της διακήρυξης σχετικά με την αναπλήρωση τυχόν έλλειψης του πιστοποιητικού με ένορκη βεβαίωση και όχι με υπεύθυνη δήλωση, είναι τόσο ξεκάθαρη που αναγκάζει την παρεμβαίνουσα να αναφέρει την «μισή» διάταξη σε μια απέλπιδα προσπάθεια να πείσει ότι δεν συντρέχει περίπτωση αναπλήρωσης του πιστοποιητικού και στην επόμενη παράγραφο να επισημαίνει την εκ μέρους της υποβολή της από 11.05.2021 υπεύθυνης δήλωσης. Για ποιο λόγο υποβλήθηκε άραγε αυτή από την παρεμβαίνουσα, αφού κατ' αυτήν δεν συνέτρεχε περίπτωση αναπλήρωσης του πιστοποιητικού;;; [...]»

18. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «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.».

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

19. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης,[...] περιέχουν 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 απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

20. Επειδή το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου,[...]».

21. Επειδή το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 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, [...] Αν το κράτος-μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1, στις περιπτώσεις α' και β' της παραγράφου 2 και στην περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας.[...]

22. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «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. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]

23. Επειδή το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...]

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 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. 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 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. [...] 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. [...] 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την 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[...].6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι δεν

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

24. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...] 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης

α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόντα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης

β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή.

γ) Αν δεν υποβληθούντα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο 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. [...]

δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι:

i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή

ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή

iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, 24 απορρίπτεται η προσφορά του

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.[...]

Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, 26 εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού».[...]

22.Α. Λόγοι αποκλεισμού

Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων:[...]

22.Α.4.Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

[...] (β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. [...]

23.2 . Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)

Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το

άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας [...]

23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.

Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας:

Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά:[...]

(γ) για την παράγραφο Α.4(β) του άρθρου 22:πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του οικείου κράτους -μέλους ή χώρας, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Για τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκαταστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα το πιστοποιητικό ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό, αναγκαστική διαχείριση, δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης εκδίδεται από το αρμόδιο πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα. Το πιστοποιητικό ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με δικαστική απόφαση εκδίδεται από το οικείο Πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα, το δε πιστοποιητικό ότι δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων εκδίδεται από το Γ.Ε.ΜΗ., σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ως κάθε φορά ισχύουν. [...]

(δ) Αν το κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τα υπό των περ. (α), (β), (ββ) και (γ) πιστοποιητικά ή όποια πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α., το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Στην περίπτωση αυτή οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

έγγραφα ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στα υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α της παρούσας.».

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 (Ολ ΣΤΕ 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). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

26. 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* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction 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).

27. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

28. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου....*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

29. 28. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction 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).

30. Επειδή στον όρο 22.Α.4(β) της διακήρυξης τίθεται ως λόγος αποκλεισμού ο προσφεύγων να τελεί, μεταξύ άλλων, σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης ή σε ανάλογη κατάσταση που προκύπτει από παρόμοια διαδικασία. Σύμφωνα δε με τον όρο 23.3(γ) της διακήρυξης προς απόδειξη τη μη συνδρομής της υπαγωγής σε διαδικασία εκκαθάρισης με δικαστική απόφαση ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να καταθέσει πιστοποιητικό του αρμόδιου πρωτοδικείου. Επιπροσθέτως, στον ίδιο όρο προβλέπεται ότι για

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

την απόδειξη της μη θέσης σε εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων απαιτείται η προσκόμιση πιστοποιητικού ΓΕΜΗ. Επομένως, εκ των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει σαφώς ότι αφενός μεν ο προσωρινός ανάδοχος δεν αρκεί μόνον να αποδείξει ότι δεν τελεί σε καθεστώς ειδικής εκκαθάρισης, ως αβασίμως προβάλλει ο παρεμβαίνων, αλλά και ότι δεν τελεί σε καθεστώς οιασδήποτε μορφής εκκαθάρισης που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία και αφετέρου ότι η θέση σε εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων αποτελεί διακριτό λόγο αποκλεισμού από τη θέση σε εκκαθάριση με δικαστική απόφαση και ως εκ τούτου απαιτείται η υποβολή διακριτών εγγράφων (βλ. ΑΕΠΠ 1660/2020). Περαιτέρω, στον όρο 22.Α.4(δ) της διακήρυξης διευκρινίζεται ότι σε περίπτωση που το επίμαχο πιστοποιητικό δεν εκδίδεται από το δικαστήριο ή δεν καλύπτει κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού του όρου 22Α.4(β) της διακήρυξης απαιτείται να προσκομιστεί ένορκη βεβαίωση προς απόδειξη της μη συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού. Σημειωτέον ότι, κατά τον όρο 4.2 της διακήρυξης, η προσφορά απορρίπτεται σε περίπτωση μη απόδειξη της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού.

31. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία τα του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ άλλων, το υπ' αριθμ. 17719/26.04.2021 Πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης στο οποίο αναφέρονται τα ακόλουθα :

«...Όπως προκύπτει από τα οικεία στοιχεία που τηρούνται στην Υπηρεσία μας Σχετικά με το νομικό πρόσωπο ... με ΑΦΜ ...

1. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για συνδιαλλαγή – εξυγίανση ή και για προληπτικά μέτρα του άρθρου 50 Ν. 4738/2020 ή του άρθρου 106α Ν. 3588/2007 για το διάστημα 16/09/2007 - 20-04-2021

2. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για ειδική εκκαθάριση – ειδική διαχείριση για το διάστημα 15/09/2011 - 20-04-2021

3. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση πτώχευσης ή προληπτικών μέτρων άρθρου 86 Ν.

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

4738/2020 ή του άρθρου 10 Ν. 3588/2007 για το διάστημα 01/01/1994 - 20-04-2021'

4. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση σχεδίου αναδιοργάνωσης για το διάστημα 16/09/2007 - 20-04-2021

5. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση περί λύσεως για το διάστημα 08/08/2007 - 20-04-2021

6. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: δεν μπορούμε να βεβαιώσουμε αν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση διότι δεν τηρούνται στην Υπηρεσία μας αντίστοιχα στοιχεία.

6. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων για το διάστημα 15/11/2014 - 20-04-2021

7. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για αναγκαστική διαχείριση για το διάστημα 01/01/1994 - 20-04-2021

8. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή για το διάστημα 02/01/2004 - 20-04-2021». Συνεπώς, εκ του ως άνω πιστοποιητικού δεν βεβαιώνεται ότι δεν έχει κατατεθεί αίτηση ή δεν εκδοθεί απόφαση περί μη υπαγωγής του παρεμβαίνοντος σε καθεστώς εκκαθάρισης και άρα δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των σχετικών λόγω αποκλεισμού του όρου 22.Α.4 (β) της διακήρυξης. Ως δε προκύπτει από τον προσκομισθέν αντίστοιχο πιστοποιητικό του προσφεύγοντος από έτερο Πρωτοδικείο είναι δυνατή η έκδοση πιστοποιητικού από το Πρωτοδικείο που να βεβαιώνει τη μη κατάθεση αίτησης και τη μη έκδοση απόφασης περί μη υπαγωγής του παρεμβαίνοντος σε εκκαθάριση. Ακόμη όμως και αν ήθελε θεωρηθεί ότι από το περιεχόμενο του επίμαχου πιστοποιητικού του Πρωτοδικείου της έδρας του παρεμβαίνοντος δηλώνεται αδυναμία έκδοσης πιστοποιητικού περί μη κατάθεσης αίτησης υπαγωγής και έκδοσης απόφασης θέσης σε διαδικασία εκκαθάρισης, ο παρεμβαίνων όφειλε, κατά τον όρο 23.3.(δ) της διακήρυξης να προσκομίσει ένορκη βεβαίωση περί μη συνδρομής του σχετικού λόγου

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

αποκλεισμού, το οποίο ουδόλως έπραξε. Αβασίμως η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι εφόσον δεν έχει κατατεθεί αίτηση ή εκδοθεί απόφαση περί διορισμού εκκαθαριστή δεν είναι δυνατόν ο παρεμβαίνων να τελεί σε εκκαθάριση, δεδομένου ότι η μη κατάθεση αίτησης ή έκδοση απόφασης περί διορισμού εκκαθαριστή ουδόλως αποκλείουν την ύπαρξη αίτησης περί υπαγωγής σε διαδικασία εκκαθάρισης, ενώ σε κάθε περίπτωση η διακήρυξη απαιτεί το πιστοποιητικό του αρμόδιου δικαστηρίου να βεβαιώνει ρητώς ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση. Εξάλλου, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι ο παρεμβαίνων έχει εκτελέσει έργα στο ... και δεν υπάρχουν στοιχεία ότι δεν θα είναι σε θέση να εκτελέσει το έργο ερείδονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς πρέπει να προηγηθεί η διαπίστωση της αναθέτουσας αρχής ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος, το οποίο όμως η αναθέτουσα αρχή αποκρούει με τις απόψεις της. Πέραν των ανωτέρω, αλυσιτελώς, η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων προβάλλουν ότι έχει προσκομιστεί το με αριθμ. πρωτ. 1476420.2131221/27.04.2021 Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, διότι, ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, το εν λόγω δικαιολογητικό προβλέπεται ρητώς από τη διακήρυξη προς τον σκοπό απόδειξης της μη θέσης σε εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων και δεν αφορά το λόγο αποκλεισμού περί μη θέσης σε εκκαθάριση με δικαστική απόφαση. Ομοίως αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων ισχυρίζονται ότι η μη θέση σε εκκαθάριση αποδεικνύεται από τη σχετική υπεύθυνη δήλωση καθώς, σύμφωνα με τον όρο 23.3. (δ) της διακήρυξης η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης προς απόδειξη της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού προβλέπεται μόνον όταν δεν υπάρχει η δυνατότητα έκδοσης ένορκης βεβαίωσης, η οποία όμως εν προκειμένω, συντρέχει. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

32. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

33. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

34. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: 1299/2021

35. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 34, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 561/7.06.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παρα... ποσού 653,23 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε την 3 Αυγούστου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ- ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
α/α ΕΛΕΝΗ ΛΕΠΙΔΑ