

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 2-9-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 4-8-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1566/5-8-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

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

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 22-7-2021, απόφασης της με αρ. Φ.831/ΑΔ.3786/Σ.893/19 Ιουλίου 2021 απόφασης της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτούς τους οικονομικούς φορείς «.....» και «.....», στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για Προμήθεια Αρβυλών Βουλκανισμένου Πέλματος. Υποδήματα εκτός των αθλητικών και προστατευτικών υποδημάτων. 3.000 ζευγάρια ανά έτος ή 12.000 σε βάθος τετραετίας, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 624.000 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 1-4-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ .... την 2-4-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 19-8-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 17-8-2021 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... και ποσού 3.120 ευρώ.

2. Επειδή, Ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 16-8-2021 παρέμβαση ύστερα από την από 10-8-2021 κοινοποίηση της προσφυγής. Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 17-8-2021 Απόψεις της, κατά των οποίων ο προσφεύγων υποβάλλει το από 19-8-2021 υπόμνημά του. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, η διαδικασία εμπίπτει λόγω χρόνου δημοσίευσης στο πεδίο εφαρμογής του άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως αυτό, με έναρξη ισχύος από 9-3-2021 και για διαδικασίες εκκινούμενες, όπως η προκείμενη, από το σημείο αυτό και εξής, αντικαταστάθηκε κατ' άρ. 42 Ν. 4782/2021, ως εξής «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.», διάταξη που καθιστά και κάθε προηγούμενη σχετική νομολογία της ΑΕΠΠ και των διοικητικών δικαστηρίων περί αδυναμίας διόρθωσης σφαλμάτων δηλώσεων ή παράλειψης δηλώσεων στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, ανεπίκαιρη και μη εφαρμοστέα. Όριο στην ως άνω υποχρέωση της αναθέτουσας προς κλήση συμπλήρωσης/διόρθωσης αντί αποκλεισμού, τίθεται εκ της τήρησης της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και του άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί κατοχής των προσόντων συμμετοχής ήδη κατά τον χρόνο της προσφοράς. Ο προσφεύγων επικαλείται ότι όλοι οι καθ' ων, καίτοι εγγεγραμμένοι σε τάξη ΜΕΕΠ κατώτερη της 3<sup>ης</sup> και άρα, μη εμπίπτοντες στις περί ενημερότητας πτυχίου διατάξεις, συμπλήρωσαν θετικά το

ΜΕΡΟΣ ΙΙ ΕΝΟΤΗΤΑ Α του ΤΕΥΔ τους, στο ερώτημα περί εγγραφής σε κατ' άρ. 23.9 της διακήρυξης, επίσημο κατάλογο και ούτως δεν απάντησαν, λόγω μη προβολής της οικείας ερώτησης εξαιτίας τέτοιας θετικής απάντησης στο προηγούμενο ερώτημα, στο εξαρτώμενο από την απάντηση στο ως άνω πρώτο ερώτημα (και εμφανιζόμενο σε περίπτωση αρνητικής απάντησης σε αυτό), υποερώτημα περί του αν «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;». Και ναι μεν, οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς όντως δεν ενέπιπταν στις περί ενημερότητας πτυχίου διατάξεις και άρα και δεν είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημο κατάλογο, πλην όμως η εσφαλμένη θετική απάντηση στο οικείο ερώτημα με συμπλήρωση άλλωστε ακριβώς στο οικείο ερώτημα των στοιχείων εγγραφής τους στο ΜΕΕΠ, που αποδεικνύει και την απόδοση του σφάλματος σε σύγχυση, σε κάθε περίπτωση είναι ούτως ή άλλως διορθωτέα, όπως διορθωτέα είναι και η παράλειψη απάντησης στο υποερώτημα περί του αν «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;», ακριβώς λόγω μη εμφάνισης του τελευταίου, εξαιτίας λανθασμένης θετικής απάντησης στο πρώτο ως άνω ερώτημα. Τούτο, διότι κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 κάθε πληροφορία που υποβάλλεται ελλιπώς ή εσφαλμένα ή και παραλείπεται, συμπεριλαμβανομένων ρητά εκείων στο ΕΕΕΣΤΕΥΔ είναι διορθωτέα (το οποίο άρ. 102 Ν. 4412/2016, μεταρρυθμίστηκε ούτως, ακριβώς ενόψει σαφούς του νομοθετικού σκοπού απλοποίησης των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και ιδίως, μείωσης των τυπικών λόγων απόρριψης προσφορών) και η ως άνω διάταξη, καταλαμβάνει κάθε προκηρυχθείσα μετά την ισχύ του άρ. 42 Ν. 4782/2021, διαδικασία (ως η συγκεκριμένη). Τέτοια διόρθωση άλλωστε δεν δύναται εξ

αντικειμένου να άγει σε μεταβολή της προσφοράς, αφού ο οικονομικός φορέας είναι εξαρχής καταταγμένος σε συγκεκριμένη τάξη ΜΕΕΠ και άρα, είναι δεδομένο εξαρχής αν εμπίπτει ή όχι στις περί επισήμου καταλόγου προβλέψεις και άρα, είναι αδύνατον, να αλλάξει στοιχείο σχετικό με τα προσόντα συμμετοχής, ως έπρεπε να συντρέχουν ήδη κατά τον χρόνο προσφοράς κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, παρά με τέτοια διόρθωση απλώς προσαρμόζεται επί το ορθό η απάντηση στα εξαρχής κατά την προσφορά γνωστά, δηλωθέντα και εξακριβώσιμα δεδομένα περί της τάξης εγγραφής στο ΜΕΕΠ. Ομοίως, η το πρώτον απάντηση στο ερώτημα περί του αν θα είναι σε θέση να προσκομίσουν βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχουν πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν (ερώτημα, η μη απάντηση στο οποίο ήταν αυτόθροο αποτέλεσμα του ως άνω πρώτου σφάλματος), δεν είναι δυνατόν να άγει σε μεταβολή της προσφοράς, προεχόντως διότι πρόκειται άλλωστε για όλως τυπικού χαρακτήρα ερώτημα, που δεν σχετίζεται άλλωστε με την πλήρωση κάποιου διακριτού και συγκεκριμένου προσόντος συμμετοχής, αφού ούτως ή άλλως οι προσφέροντες οφείλουν να υποβάλουν αν αναδειχθούν προσωρινοί ανάδοχοι ή αν τους ζητηθεί κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 προώρως, τέτοια βεβαίωση ή στοιχεία πρόσβασης σε σχετική βάση δεδομένων. Εξάλλου, οι μετέχοντες ή είναι ή δεν είναι κατ' άρ. 23.3.β της διακήρυξης, φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμεροι, κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, κατά τον χρόνο της προσφοράς τους και είτε τελούν είτε δεν τελούν εξαρχής στους οικείους λόγους αποκλεισμού του άρ. 22.A2 και 22.A4.α της διακήρυξης, χωρίς να είναι δυνατόν ο χρόνος απάντησης στο ερώτημα να μεταβάλει το αντικειμενικό αυτό γεγονός (σε αντίθεση με άλλα στοιχεία της προσφοράς, η το πρώτον δήλωση κατά μεταγενέστερο χρόνο των οποίων, επί παραδείγματι δήλωση ομάδας έργου, δύναται το πρώτον να συγκροτήσει τον τρόπο πλήρωσης ή να οδηγήσει στην πλήρωση κατά μεταβολή της προσφοράς, προσόντος συμμετοχής) και άρα, δεν τίθεται ζήτημα μεταβολής προσφοράς δια τέτοιας διόρθωσης και συμπλήρωσης. Ήτοι, το αν ο προσφέρων διαθέτει ή όχι

βεβαίωση ή πληροφορίες απόδειξης μη οφειλών κατά τον χρόνο της προσφοράς του (η διάθεση της για τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι αντικειμενικώς άγνωστη κατά την προσφορά και ούτως ή άλλως κρίνεται στο οικείο στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης) είναι αντικειμενικό, είτε ισχύει είτε δεν ισχύει ασχέτως αν και τι απαντήσει ο προσφέρων και το τι ισχύει θα αποδειχθεί αναπόφευκτα κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης. Αβάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η μη απάντηση κατά τον χρόνο της προσφοράς στο ως άνω ερώτημα του ΤΕΥΔ, παρέχει αθέμιτο πλεονέκτημα, αφού αν προσωρινός ανάδοχος ή προώρως κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 κληθείς προς υποβολή των ίδιων δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης, οικονομικός φορέας δεν τα υποβάλει, είναι ούτως ή άλλως αποκλειστέος και αναπόφευκτα θα καταπέσει η εγγυητική συμμετοχής του, κατά τον όρο 4.2.δ της διακήρυξης («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 ii) 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, 22 απορρίπτεται η προσφορά του 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.»), αφού αυτή καταπίπτει όχι μόνο σε περίπτωση μη επαλήθευσης των δηλώσεων στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, αλλά και ανεξαρτήτως αυτών, μη προσκόμισης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ή αποδεικτικής ανεπάρκειας των τελευταίων και τούτο, ασχέτως αν και τι είχε τυχόν απαντήσει στο ως άνω ερώτημα στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του, ο οικονομικός φορέας. Άλλωστε, οι σχετικές αιτιάσεις, δεδομένου ότι οι παραπάνω διορθώσεις δεν δύνανται εξ αντικειμένου να άγουν σε μεταβολή της προσφοράς, υπό την έννοια το πρώτον κτήσης και

διαμόρφωσης ουσιαστικού προσόντος συμμετοχής ή αλλαγής του τρόπου πλήρωσης αυτού, προσκρούουν ευθέως στο νυν άρ. 102 Ν. 4412/2016 και η αποδοχή τους θα αναιρούσε το σαφές γράμμα και σκοπό του τελευταίου, ως και το αληθές αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής του. Αυτό συνίσταται ακριβώς στη διόρθωση τέτοιας φύσης τυπικών σφαλμάτων, ρητά και μεταξύ άλλων και σφαλμάτων ή παραλείψεων απάντησης εντός του ΕΕΕΣ, ως προς δηλώσεις και πληροφορίες που αφορούν συνθήκες αντικειμενικώς υφιστάμενες σε συγκεκριμένη μορφή κατά τον χρόνο της προσφοράς και μη εξαρτώμενες ως προς την ύπαρξη τους ή μη από τη βούληση, τις δηλώσεις και απαντήσεις του προσφέροντος και άλλωστε, θα τύχουν αντικειμενικής και οριστικής απόδειξης ούτως ή άλλως κατά τους όρους της διακήρυξης. Επομένως, κατ' εν μέρει αποδοχή του σχετικού ισχυρισμού του προσφεύγοντος, μη νομίμως η αναθέτουσα δέχθηκε την προσφορά του παρεμβαίνοντος και των λοιπών καθ' ων, πριν καλέσει αυτούς κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, να διορθώσουν την απάντηση τους στα ΤΕΥΔ τους, πρώτον, στο ερώτημα περί καταρχήν εγγραφής τους σε επίσημο κατάλογο και δεύτερον, ως προς την έλλειψη απάντησης στο ερώτημα περί του αν θα είναι σε θέση να προσκομίσουν βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχουν πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν.

4. Επειδή, επομένως πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος επικαλείται σφάλμα συμπλήρωσης των ΤΕΥΔ των καθ' ων, να απορριφθεί δε καθ' ο μέρος αιτείται τον άνευ ετέρου αποκλεισμό τους. Να γίνει δε εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος η αναθέτουσα παρέλειψε να καλέσει κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 τους καθ' ων προς διόρθωση των ανωτέρω, κατά τη σκ. 3, σφαλμάτων των ΤΕΥΔ τους.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. 844/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος η αναθέτουσα παρέλειψε να καλέσει κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 τους καθ' ων προς διόρθωση των ανωτέρω, κατά τη σκ. 3, σφαλμάτων των ΤΕΥΔ τους.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 2-9-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**