

Η

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

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 16^η Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη,

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

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

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

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 990,82 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 8-11-2019 αποδεικτικό πληρωμής του παραβόλου στην Alpha Bank.....).

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ./27-6-2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε Δημόσιος Ανοιχτός Μειοδοτικός Διαγωνισμός με υποβολή ηλεκτρονικών προσφορών μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ για την ανάδειξη αναδόχου για «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ –ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ.....», με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, προϋπολογισμού 198.164,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, (CPV ..., ..., ..., ..., ...), (σελ. 1 της διακήρυξης).

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

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, και ο οικονομικός φορέας, με τις προσφορές τους υπ' αριθ. και αντίστοιχα.

6. Επειδή με την υπ' αριθ. .../2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στην με αριθ. .../30-7-2019 συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκε ι) το πρακτικό αποσφράγισης/αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού με αριθ. πρωτ. σύμφωνα με την οποία κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας και ως μη αποδεκτή η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα και ιι) το πρακτικό ανοίγματος των οικονομικών προσφορών με αριθ. πρωτ. Ακολούθως, η προσφεύγουσα ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Η απόφαση με αριθ. .../2019 αναρτήθηκε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 18-11-2019, μαζί με τα σχετικά παραπάνω πρακτικά τα οποία αναρτήθηκαν την 18 και την 19-11-2019.

7. Επειδή σύμφωνα με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση υπ' αριθ. της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα από το πρακτικό με αριθ. 18/18-10-2019 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής) : «...Συνεχίζοντας την συνεδρίαση ο κ. Πρόεδρος εισηγήθηκε το ενδέκατο (11^ο) θέμα της ημερήσιας

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

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

- τη με αριθμό 423/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 1^ο κλιμάκιο.
- τη με αριθμ. 222/1998 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (Β' τμήμα).
- τις διατάξεις του Ν.4387/2016 (άρθρο 39).
- το γεγονός ότι η απόφαση ένταξης στο πρόγραμμα της εν λόγω προμήθειας έχει καταληκτική ημερομηνία ολοκλήρωσης την 31/12/2019.

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

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

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

--- σύμφωνα με το άρθρο 39 του Ν.4387/16 τα μέλη του ΔΣ των Α.Ε., με αντικείμενο επιχείρησης επαγγελματική, βιοτεχνική ή εμπορική δραστηριότητα και εφόσον είναι μέτοχοι κατά ποσοστό 3% τουλάχιστον υποχρεούνται να είναι ασφαλισμένοι και στον ΟΑΕΕ. Ο προσωρινός ανάδοχος δεν έχει καταθέσει ασφαλιστική ενημερότητα από τον ΟΑΕΕ ούτε για τον διαχειριστή ούτε για κανένα μέλος του ΔΣ. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω η επιτροπή εισηγείται τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου από την διαγωνιστική διαδικασία και προτείνει στην Οικονομική Επιτροπή

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

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

Στη συνέχεια ο κ. Πρόεδρος κάλεσε την Οικονομική Επιτροπή να αποφασίσει σχετικά. Η Οικονομική Επιτροπή ... **Αποφασίζει Κατά Πλειοψηφία Τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου με διακριτική ονομασία «.....» από τον εν λόγω διαγωνισμό για τους λόγους που αναλυτικά παρατίθενται στην εισήγηση της παρούσας, αλλά και στο με αριθ. πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής. -Την τροποποίηση των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης διότι διαπιστώθηκαν παραλείψεις οι οποίες χρήζουν άφεσης διόρθωσης. -Την επαναδημοπράτηση της προμήθειας μετά τη διόρθωση των τεχνικών προδιαγραφών Ως προς την ανωτέρω απόφαση τα μέλη της κ.κ.,, δεν συμφωνούν διατυπώνοντας την εξής αιτιολογία: «Δεν συμφωνούμε διότι εδώ δεν είναι σίγουρα σωστή η εισήγηση του παραπάνω θέματος, διότι όσο αφορά για την ασφαλιστική ενημερότητα η υπηρεσία τη ζητά μόνο από τον εκπρόσωπο και όχι από τα μέλη, βέβαια θα το δούμε καλύτερα γιατί αλλιώς θα χάσουμε ένα έργο στο οποίο έχουν**

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

εξασφαλιστεί τα χρήματα και ήταν όλα έτοιμα, έχω ένσταση σε αυτό, δεν είναι ξεκαθαρισμένα και δεν συμφωνούμε με την πρόταση της υπηρεσίας. Η απόφαση αυτή πήρε αριθμό» Η προσβαλλόμενη απόφαση με αριθ. κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και μόνη διαγωνιζόμενη (σκέψη 6), την 31-10-2019 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (εφεξής η «επικοινωνία»)

8. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα την 8-11-2019, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας», με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή την 15-11-2019 εισήχθη προς κρίση το αίτημα αναστολής το οποίο η προσφεύγουσα είχε ενσωματώσει στην εξεταζόμενη προσφυγή, και εκδόθηκε η με αριθ. Α525/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα αναστολής του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την 21-11-2019 προς την ΑΕΠΠ και την προσφεύγουσα -μόνη διαγωνιζόμενη- μέσω της «επικοινωνίας» το με αριθ. πρωτ. έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, και τον φάκελο της υπόθεσης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 περ. (β) του ΠΔ 39/2017 και αυθημερόν γνωστοποίησε προς την ΑΕΠΠ το παραπάνω έγγραφο με τις απόψεις της και τον φάκελο της υπόθεσης, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1730/2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί αιτήματος προσωρινών μέτρων».

12. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλούμενη τους όρους της διακήρυξης, το άρθ. 55 του ν. 4387/2016, τις αρχές της νομιμότητας της τυπικότητας και της ισότητας, καθώς και προσκομιζόμενα έγγραφα ισχυρίζεται με τον μόνο λόγο της προσφυγής ότι δεν έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της διότι **«...1. Εσφαλμένη ερμηνεία των διατάξεων περί ασφαλιστικής ενημερότητας- Μη υποχρέωση της εταιρείας μας να καταθέσει ασφαλιστική ενημερότητα για όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου** Στη διακήρυξη δεν προβλέπεται ρητά η υποχρέωση υποβολής πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας για όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, δεδομένου ότι οι εκ των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου (Αντιπρόεδρος) και (Μέλος) δεν εργάζονται με οποιαδήποτε σχέση στην εταιρεία μας. Άλλωστε από το υπ' αριθμόν πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης προκύπτει ότι εκπροσώπηση της εταιρείας έχει ανατεθεί στον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο Επειδή έχει κριθεί κατά προγενέστερο νομικό καθεστώς -και ως προς το κρίσιμο νομικό ζήτημα δεν εμφανίζεται να διαφοροποιείται κατά τον ισχύον καθεστώς (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ **423/2018**)- ότι κατά την έννοια των σχετικών διατάξεων και της διακηρύξεως του διαγωνισμού, για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτείται η υποβολή, μετά της προσφοράς, πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας της ίδιας της εταιρείας (του νομικού προσώπου) για το απασχολούμενο σε αυτήν (πρβλ ΕΑ **326/03**) προσωπικό ως τούτο εμφανίζεται στην σχετική κατάσταση προσωπικού, συμπεριλαμβανομένων και των εκ των μελών του Διοικητικού της Συμβουλίου τυχόν εργαζομένων με οιαδήποτε σχέση στην ανωτέρω εταιρεία (βλ. ΣτΕ (ΑΣΦ) 71/2011, 752/2007, ΣτΕ1607/2004, πρβλ. Ε.Α. 547/2008, 981/2007, 760, 846/2006, 593, 794/2003, ΣΕ 1607/2004, 2454/2009 κ.α.) ενώ είναι διάφορο το ζήτημα όταν η διακήρυξη με ρητή πρόβλεψη, η οποία δεν έχει επικαίρως αμφισβητηθεί, **απαιτεί επιπροσθέτως και την προσκόμιση ασφαλιστικής ενημερότητας των τυχόν αυτοτελώς ασφαλιζόμενων (αυτοαπασχολούμενων) μελών της Διοίκησης ή εταίρων** (βλ. ΣτΕ 4099/2010, Δημοσιευμένη στη ΝΟΜΟΣ). Ειδικότερα, είχε κριθεί με το προϊσχύον καθεστώς, ότι απαιτείται πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας ως προς την ασφάλιση των μελών του ΔΣ ως εν γένει των μελών διοίκησης κεφαλαιουχικής εταιρείας **μόνο αν απασχολούνται με εξαρτημένη εργασία. Δεν περιλαμβάνονταν οι απλοί**

μέτοχοι ή ανεξάρτητοι επιχειρηματίες ως υπεργολάβοι (ΕΑ 865/05). Επομένως, μη νόμιμος είχε κριθεί αποκλεισμός οικονομικού φορέα λόγω μη προσκόμισης πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας για τα μέλη ΔΣ, καθόσον τέτοια υποχρέωση δεν είχε επιβληθεί και από τη διακήρυξη (ΣΤΕ ΕΑ 326/03, 794/93 και 856/05, βλ. Δημ. Σολδάτος, Οι προμήθειες του Δημοσίου Τομέα, Εκδόσεις Μ. Δημόπουλου, Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 92). Άλλωστε τη διατύπωση του Ν. 4412/2016, ως έχει περιέλθει και στο οικείο κείμενο της διακήρυξης, ότι η προσαγωγή πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας ως στοιχείου καταλληλότητας του υποψηφίου, που προβλέπεται από την οδηγία 2014/24/ΕΕ ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, αφορά την απόδειξη ότι έχουν καταβληθεί οι εργοδοτικές εισφορές που οφείλονται από τον υποψήφιο στα διάφορα ταμεία και φορείς κοινωνικής ασφάλισης (Δημ. Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 462).

2. Δέσμια αρμοδιότητα να δεχτεί προσφορά που ανταποκρίνεται στους όρους της διακήρυξης- Αρχή της τυπικότητας Η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαραίτους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕΛΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή **δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής** (ΣΤΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ.Ο-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007). Επειδή άλλωστε τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, **διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα** (ΕφΑΘ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776).

3.

Μη υποχρέωση υπαγωγής του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου στον ΕΦΚΑ- ΟΑΕΕ λόγω ασφάλισής του στον ΕΦΚΑ- ΕΤΑΑ- ΤΣΜΕΔΕ Η αναθέτουσα αρχή πλην των ανωτέρω πλημμελειών λανθασμένα προβαίνει στον αποκλεισμό μας λόγω μη προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας του διευθύνοντος συμβούλου μας στον ΟΑΕΕ. Όπως η ίδια η αναθέτουσα αρχή ομολογεί, προσκομίσαμε νόμιμα κι εμπρόθεσμα ασφαλιστική ενημερότητα του φορέα ΕΦΚΑ- ΕΤΑΑ- ΤΣΜΕΔΕ για τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο, ο οποίος ως μηχανικός υπάγεται στην ασφάλιση του (πλέον ενιαίου φορέα) ΕΦΚΑ με τις προϋποθέσεις του πρώην φορέα ΤΣΜΕΔΕ. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 55 του ν.4387/2016, στην ασφάλιση του ΕΦΚΑ υπάγονται υποχρεωτικά από 1/1/2017 οι ασφαλισμένοι των ενταχθέντων στον ΕΦΚΑ φορέων ασφάλισης, οι οποίοι εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις της νομοθεσίας των φορέων αυτών, όπως ισχύουν, εκτός όσων ειδικά ορίζονται με τις διατάξεις του ν.4387/2016. Με τον ανωτέρω νόμο, μεταξύ άλλων, ρυθμίστηκαν θέματα που αφορούν στον τρόπο υπολογισμού των ασφαλιστικών εισφορών από 1/1/2017, όχι όμως θέματα που αφορούν στην υπαγωγή στην ασφάλιση, όπου εξακολουθούν να εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις των πρώην φορέων ασφάλισης... »

13. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, με την οποία αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και μάλιστα με την μόνη αποδεκτή τεχνική και οικονομική προσφορά, και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, βασίζοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία από τον -φερόμενο- παράνομο αποκλεισμό της από την διαδικασία.

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη τα άρθ. 73 και 67 του ν. 4412/2016, το άρθ. 39 του ν. 4387/2016, και τον όρο 2.1.3 της διακήρυξης, αναφέρει στις απόψεις της επί της προσφυγής ότι «.. **Πρώτος Λόγος** Ποτέ ο προσφεύγων δεν δήλωσε εγγράφως την εργασιακή ή οποιαδήποτε άλλη σχέση των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου (Αντιπρόεδρος) και (Μέλος) με την εταιρεία Επίσης παρόλο που η αναθέτουσα αρχή ζήτησε διευκρινήσεις (έγγραφο αρ. πρωτ.

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

14913/08.10.2019) από τον προσφεύγων για το συγκεκριμένο θέμα η απάντηση που έλαβε ήταν μία υπεύθυνη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι, «Σύμφωνα με το/26.06.2016 έγγραφο της υπηρεσίας Γ.Ε.ΜΗ (σελ. 2,3 και 4) ο κος είναι ο μόνος νόμιμος εκπρόσωπος, για τον λόγο αυτό δεν χρειάζεται να καταθέσουμε ασφαλιστικές ενημερότητες για τα άλλα μέλη του διοικητικού συμβουλίου». Επομένως οι ασάφειες που περιείχαν τα αρχικά προσκομιζόμενα δικαιολογητικά του προσφεύγοντα δεν διευκρινίστηκαν επαρκώς στην αναθέτουσα αρχή ως όφειλε. **Δεύτερος Λόγος** Σύμφωνα με το άρθρο 67 του 4412/2016 και του άρθρου «2.1.3 Παροχή Διευκρινίσεων» της διακήρυξης παρέχεται σε όλους τους οικονομικούς φορείς η δυνατότητα να ζητήσουν εγγράφως διευκρινήσεις από την αναθέτουσα αρχή σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης ή τους όρους διακήρυξης. Ο προσφεύγων δεν ζήτησε ουδέποτε διευκρινίσεις σχετικά με τα όσα αναφέρονται στην διακήρυξη και ως εκ τούτου δεν μπορεί να επικαλείται στην προσφυγή του ως βασικό λόγο τις ασάφειες εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. **Τρίτος Λόγος** Η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε την ασφαλιστική ενημερότητα του προέδρου, η οποία κατατέθηκε από τον προσφεύγοντα μετά την παροχή δυνατότητας κατάθεσης συμπληρωματικών εγγράφων και όχι αρχικά ως όφειλε. Ωστόσο η αναθέτουσα αρχή έχοντας υπόψη το άρθρο 39 του Ν.4387/16 θεωρεί ουσιώδη παράλειψη τη μη προσκόμιση εγγράφων ασφαλιστικής ενημερότητας για τα υπόλοιπα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου...»

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

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

περίπτωσης 5 της παρούσας παραγράφου, η κατασκευή έργου ή η μελέτη έργου ή η προμήθεια αγαθών ή η παροχή υπηρεσιών αντίστοιχα....»

16. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ... 2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της ... κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. ...».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού,ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.)...».

18. Επειδή, στο άρθρο 71 του ν. 4412/2016 «Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

στην προκήρυξη σύμβασης ... β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 και πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77...»

19. Επειδή, στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «...2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή ...εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή ...εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση....γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ..... 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, ...»

20 Επειδή στο άρθ. 80 «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 ... 2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: ... β) για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής....γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής. ...»

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

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» : « Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73.... Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 ...απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.»

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» : «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105.»

24. Επειδή το άρθρο 39 με τίτλο «Εισφορές αυτοαπασχολουμένων και ελεύθερων επαγγελματιών» του ν. 4387/2016, ως ισχύει, προβλέπει τα εξής :

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

« 1. α. Από 1.1.2017, το ποσοστό της μηνιαίας ασφαλιστικής εισφοράς για τον κλάδο κύριας σύνταξης, που καταβάλλουν τα πρόσωπα, παλαιοί και νέοι ασφαλισμένοι κατά τη διάκριση του Ν. 2084/1992, τα οποία υπάγονται ή θα υπάγονταν, σύμφωνα με τις γενικές ή ειδικές ή καταστατικές διατάξεις, όπως ίσχυαν ως την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, στην ασφάλιση του Ο.Α.Ε.Ε., ανέρχεται μηνιαίως σε ποσοστό 20% [.....]. 7. Υποχρέωση εισφοράς κατά τα οριζόμενα στο παρόν άρθρο σχετικά με τις εισφορές αυτοπασχολουμένων και ελεύθερων επαγγελματιών έχουν, πέραν των προσώπων της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού και οι εξής: α. Τα μέλη ή μέτοχοι Οργανισμών, Κοινοπραξιών ή κάθε μορφής Εταιρειών, πλην των Ανωνύμων και των Ιδιωτικών Κεφαλαιουχικών, των οποίων ο σκοπός συνιστά δραστηριότητα, για την οποία τα ασκούντα αυτή πρόσωπα υπάγονταν στην ασφάλιση του Ο.Α.Ε.Ε. (επαγγελματική, βιοτεχνική ή εμπορική δραστηριότητα) β. Τα μέλη του Δ.Σ. των Α.Ε. με αντικείμενο επιχειρήσεως επαγγελματική, βιοτεχνική ή εμπορική δραστηριότητα σε όλη την Επικράτεια, εφόσον αυτά είναι μέτοχοι κατά ποσοστό 3% τουλάχιστον....» Περαιτέρω, στο «Άρθρο 53 Ένταξη φορέων, κλάδων, τομέων και λογαριασμών στον Ε.Φ.Κ.Α.» ορίζεται ότι «1. Ο Ε.Φ.Κ.Α. αποτελείται από ένα (1) κλάδο κύριας ασφάλισης και λοιπών παροχών, στον οποίο εντάσσονται, σύμφωνα με τα ειδικώς οριζόμενα στο άρθρο 51 του παρόντος, οι παρακάτω φορείς, με τους κλάδους, τομείς και λογαριασμούς τους, πλην των αναφερόμενων στο Κεφάλαιο Στ', ως εξής: Α. Ίδρυμα Κοινωνικών Ασφαλίσεων - Ενιαίο Ταμείο Ασφάλισης Μισθωτών (Ι.Κ.Α. - Ε.Τ.Α.Μ.)... Γ. Ενιαίο Ταμείο Ανεξάρτητα Απασχολουμένων (Ε.Τ.Α.Α.). α. Κλάδος Κύριας Ασφάλισης. αα. Τομέας Σύνταξης Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (ΤΣΜΕΔΕ), και η Ειδική Προσαύξηση.... β. Κλάδος Υγείας. αα. Τομέας Υγείας Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων....Δ. Οργανισμός Ασφάλισης Ελευθέρων Επαγγελματιών (ΟΑΕΕ). α. Κλάδος Κύριας Ασφάλισης. αα. Κλάδος Κύριας Ασφάλισης ΟΑΕΕ....Ε. Οργανισμός Γεωργικών Ασφαλίσεων (ΟΓΑ), εκτός του Λογαριασμού Αγροτικής Εστίας....ΣΤ. Ναυτικό Απομαχικό Ταμείο (Ν.Α.Τ.), συμπεριλαμβανομένου του Κεφαλαίου Δυτών και του Κεφαλαίου Ανεργίας - Ασθενείας Ναυτικών (ΚΑΑΝ). Ζ. Ταμείο Ασφάλισης Υπαλλήλων Τραπεζών και Επιχειρήσεων Κοινής Ωφέλειας (Τ.Α.Υ.Τ.Ε.Κ.Ω.).... Η. Ενιαίο Ταμείο Ασφάλισης Τραπεζοϋπαλλήλων (ΕΤΑΤ)....» Ακολούθως, στο «Άρθρο 55 Ασφαλιστέα

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

πρόσωπα» ορίζεται ότι «1. Στην ασφάλιση του Ε.Φ.Κ.Α. υπάγονται υποχρεωτικά: α. Οι μέχρι την ένταξη ασφαλισμένοι και συνταξιούχοι και τα προστατευόμενα μέλη των οικογενειών αυτών των εντασσόμενων φορέων, τομέων, κλάδων και λογαριασμών, καθώς και οι ασφαλισμένοι και συνταξιούχοι του Δημοσίου και τα προστατευόμενα μέλη των οικογενειών αυτών, οι οποίοι καθίστανται αντιστοίχως ασφαλισμένοι και συνταξιούχοι του Ε.Φ.Κ.Α. β. Όσοι για πρώτη φορά από την κατά τα ανωτέρω ένταξη των φορέων, τομέων, κλάδων και λογαριασμών αναλαμβάνουν ασφαλιστέα εργασία ή αποκτούν ασφαλιστέα ιδιότητα βάσει των γενικών ή ειδικών ή καταστατικών διατάξεων αυτών, καθώς και τα προστατευόμενα μέλη των οικογενειών αυτών. 2. Οι ασφαλισμένοι των ανωτέρω εντασσόμενων φορέων, κλάδων, τομέων και λογαριασμών, καθώς και του Δημοσίου, εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις της νομοθεσίας αυτών, όπως ισχύουν, εκτός όσων ειδικά ορίζει με τις διατάξεις του ο παρόν νόμος... »

25. Επειδή με το έγγραφο του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, με αριθ. πρωτ.: Δ.15/Δ'619/15/1304-2018 και θέμα «Ασφαλιστικές εισφορές μελών εταιρειών ή/και διαχειριστών» προβλέπονται τα εξής : «Απαντώντας στο αριθ. ΔΙΕΙΣΦ.ΜΜ/24/14599/4-1-2018 έγγραφό σας, σχετικά με την υποχρέωση καταβολής ασφαλιστικών εισφορών στον ΕΦΚΑ από μέλη εταιρειών ή/και διαχειριστών, ... σας γνωρίζουμε τα εξής: 1. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 55 του ν.4387/2016, στην ασφάλιση του ΕΦΚΑ υπάγονται υποχρεωτικά από 1/1/2017 οι ασφαλισμένοι των ενταχθέντων στον ΕΦΚΑ φορέων ασφάλισης, οι οποίοι εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις της νομοθεσίας των φορέων αυτών, όπως ισχύουν, εκτός όσων ειδικά ορίζονται με τις διατάξεις του ν.4387/2016. Με τον ανωτέρω νόμο, μεταξύ άλλων, ρυθμίστηκαν θέματα που αφορούν στον τρόπο υπολογισμού των ασφαλιστικών εισφορών από 1/1/2017, όχι όμως θέματα που αφορούν στην υπαγωγή στην ασφάλιση, όπου εξακολουθούν να εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις των πρώην φορέων ασφάλισης...3. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του Π.Δ.258/2005, όπως ισχύει, στην ασφάλιση του πρώην ΟΑΕΕ υπάγονται υποχρεωτικά τα μέλη ή μέτοχοι Οργανισμών, Κοινοπραξιών ή κάθε μορφής Εταιρειών (εκτός των ΑΕ και των ΙΚΕ) των οποίων ο σκοπός συνιστά

δραστηριότητα για την οποία τα ασκούντα αυτήν πρόσωπα υπάγονται στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ...»

26. Επειδή στον όρο «**1.7 Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης**» της διακήρυξης, προβλέπεται ότι «...2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους.» Περαιτέρω, στον όρο «**2. ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ**» ορίζεται ότι «...**2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού (άρθρ. 73).... 2.** Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.... γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους....**3.** Επίσης αποκλείετε από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα: □ υποχρέωση του οικονομικού φορέα που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α' του Ν.4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους..... **2.2.8.2 Αποδεικτικά μέσα (αρθρ. 80)** 1. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται ως λόγοι αποκλεισμού: ... β. καταβολή φόρων, εισφορών κοινωνικής ασφάλισης πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας... β) για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής.... γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

συμμετοχής.» Περαιτέρω στον όρο «**3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (αρθρ. 103)**» προβλέπεται 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, όπως αυτά καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης... 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου...5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 ...απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου »**

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

28. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

29. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίο βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776).

30. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣτΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007), διότι τούτο ισοδυναμεί με ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση των όρων της διακήρυξης (ΔΕΦΑΘ 511/2011 (ΑΝΑΣΤ), ΣτΕ ΕΑ 254/2008, 190, 797/2002).

31. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27)

32. Επειδή όπως προκύπτει από τα στοιχεία και έγγραφα της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η προσφεύγουσα κατέθεσε με την προσφορά της

i) Τα με αριθ. πρωτ.:**ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΙΣΧΥΟΥΣΑΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ** και την με αριθ. πρωτ. **ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ καταχώρησης στο ΓΕ.ΜΗ.** του Επιμελητηρίου Κιλκίς Τμήμα Μητρώου Υπηρεσία ΓΕ.ΜΗ. σύμφωνα με τα οποία το μεν Διοικητικό της Συμβούλιο αποτελείται από τους κκ., Πρόεδρος ΔΣ και Διευθύνων Σύμβουλος, Αντιπρόεδρο ΔΣ, Μέλος ΔΣ, η δε εκπροσώπηση της προσφεύγουσας ανατέθηκε σε μόνον τον κ. Πρόεδρο ΔΣ και Διευθύνοντα Σύμβουλο, και ii) Την με αριθ. πρωτ./31-7-2019 **ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗΣ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑΣ** του ΕΦΚΑ, με ισχύ μέχρι την 30-1-2020 σύμφωνα με την οποία η προσφεύγουσα *Δεν οφείλει ληξιπρόθεσμες ασφαλιστικές εισφορές για το προσωπικό του/της*, και iii) Τις με αριθ. πρωτ.-26/2/2019 και-21/8/2019 με ισχύ μέχρι την 21-2-2020 **ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΕΣ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΕΣ** του ΕΦΚΑ τέως ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ σύμφωνα με την οποία ο μόνος νόμιμος εκπρόσωπός της κ. *έχει πληρώσει τις εισφορές στους τομείς Μηχανικών & Εργοληπτών Δημοσίων Έργων του ΕΤΑΑ*, και iv) Την από 8-10-2019 Υπεύθυνη Δήλωση σύμφωνα με την οποία «...ο κος είναι ο μόνος νόμιμος εκπρόσωπος, για τον λόγο

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

αυτό δεν χρειάζεται να καταθέσουμε ασφαλιστικές ενημερότητες για τα άλλα μέλη του διοικητικού συμβουλίου..» Συνεπώς, όπως βάσιμα αναφέρεται στην προσφυγή η προσφεύγουσα απέδειξε, ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό της περίπτωση αποκλεισμού της κατ' άρθ. 73 παρ. 2 και 4 και 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 19 και 16) και 1.7, 2.2.3 της διακήρυξης (σκέψη 26) περί αθέτησης των υποχρεώσεων της καταβολής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, έχοντας νομίμως εμπροθέσμως και προσηκόντως προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθ. 80 παρ. 1 και 2 και 103 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 20 και 22), και τους όρους 2.2.8.2 και 3.2 της διακήρυξης (σκέψη 26). Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα κατέθεσε ως ρητώς και σαφώς απαιτείται από τον νόμο και την διακήρυξη τις παραπάνω αναφερόμενες υπό στοιχείο ii) Βεβαιώσεις Ασφαλιστικής της Ενημερότητας με τις οποίες αποδείχθη ότι εκπληρώνει τον σχετικό όρο και προϋπόθεση συμμετοχής της στον διαγωνισμό, κατά πάντα χρόνο, κατ' άρθ. 104 του ν. 4412/2016 (σκέψη 23). Όπως βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα (σκέψη 12), και παρά τις αντίθετες αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής, η προσφορά της έπρεπε σύμφωνα με τον νόμο να γίνει δεκτή και να ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος της προμήθειας. Συνεπώς πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία κατά πλημμελή αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά της διότι κατά την προσβαλλόμενη δεν προσκομίστηκε ασφαλιστική ενημερότητα από τον ΟΑΕΕ ούτε για τον διαχειριστή ούτε για κανένα μέλος του ΔΣ (σκέψεις 7 και 14). Ειδικότερα εν προκειμένω, πλημμελώς η προσβαλλόμενη απόφαση βάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας στην εσφαλμένη παραδοχή i) Ότι ανεξαρτήτως ύπαρξης σχέσης εξαρτημένης εργασίας ή παροχής υπηρεσιών από τα μέλη του ΔΣ της προσφεύγουσας, η οποία είναι ανώνυμη εταιρεία, προς την προσφεύγουσα, και ii) Ότι ανεξαρτήτως του γεγονότος πως στην διακήρυξη δεν προβλέπεται ότι πρέπει να προσκομιστεί ασφαλιστική ενημερότητα των μελών του ΔΣ της προσφεύγουσας, όμως παρά ταύτα έπρεπε επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς να προσκομιστεί και η ασφαλιστική ενημερότητα των φυσικών προσώπων που απαρτίζουν το ΔΣ της προσφεύγουσας. Ωστόσο η παραδοχή αυτή δεν στηρίζεται στις παραπάνω αναφερόμενες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης οι οποίες ρητώς και σαφώς απαιτούν την προσκόμιση της ασφαλιστικής ενημερότητας του διαγωνιζόμενου προσφέροντος οικονομικού

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

φορέα, ήτοι του *οικονομικού φορέα που έχει υποβάλει προσφορά* (άρθ. 2 του ν. 4412/2016 σκέψη 15), δηλαδή εν προκειμένω της προσφεύγουσας ΑΕ το νομικό πρόσωπο της οποίας σαφώς και ρητώς κατά νόμον διακρίνεται των φυσικών προσώπων τα οποία απαρτίζουν το Διοικητικό της Συμβούλιο. Επίσης αόριστα και περαιτέρω αβάσιμα η προσβαλλόμενη κατά πλημμελή αιτιολογία απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας κατ' επίκληση του άρθ. 39 του ν. 4387/2016 διότι ι) Ούτε προκύπτει από την προσφορά της προσφεύγουσας, ούτε απαιτείται από την διακήρυξη ούτε εν πάσει περιπτώσει προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ούτε η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι τα μέλη του ΔΣ της προσφεύγουσας είναι και μέτοχοί της και μάλιστα κατά ποσοστό 3% τουλάχιστον, ώστε να προκύπτει υποχρέωση ασφάλισής τους στον ΟΑΕΕ, αλλά ακόμη και ιι) Αν τα μέλη του ΔΣ της προσφεύγουσας, εμπíπτουν στην υποχρεωτική ασφάλιση του ΟΑΕΕ, όμως εν προκειμένω βαρύνονται οι ίδιοι με την καταβολή των σχετικών εισφορών τους (σκέψεις 24, 25). Συνεπώς η τυχόν αθέτηση των ασφαλιστικών τους υποχρεώσεων κατά νόμον δεν συνιστά εν ταυτώ και αθέτηση των ασφαλιστικών υποχρεώσεων της προσφεύγουσας η οποία ούτε βαρύνεται με την καταβολή των εισφορών τους, αλλά ούτε και η αναθέτουσα αρχή το ισχυρίζεται. Συνεπώς αορίστως αλυσιτελώς και περαιτέρω αβασίμως προβάλλεται ο ισχυρισμός περί υποχρέωσης ασφάλισης στον ΟΑΕΕ των μελών του ΔΣ της προσφεύγουσας, διότι ακόμη και αν συντρέχει τέτοια υποχρέωση, όμως σε κάθε περίπτωση ι) Ούτε η προσφεύγουσα βαρύνεται κατά νόμον με την καταβολή των εισφορών τους στον ΟΑΕΕ, ώστε να απαιτείται όπως προσκομιστεί και η αντίστοιχη ασφαλιστική ενημερότητα, ούτε ιι) Στην διακήρυξη απαιτείται όπως προσκομιστεί ασφαλιστική ενημερότητα άλλων προσώπων πλην της προσφεύγουσας και δη δεν απαιτείται να προσκομιστεί η ασφαλιστική ενημερότητα των φυσικών προσώπων-μελών του ΔΣ της. Όπως έχει ad hoc κριθεί με την πάγια επί του θέματος νομολογία επί του προϊσχύσαντος δικαίου βάσει των ΠΔ 394/1996 και 118/2017, που δεν αφίσταται εν προκειμένω της κείμενης νομοθεσίας *Για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτείται η υποβολή με την προσφορά πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας του ιδίου του νομικού προσώπου της εταιρείας, και όχι των μελών της διοικήσεώς του ατομικώς, από το οποίο να προκύπτει ότι η εταιρεία έχει εκπληρώσει τις ασφαλιστικές της υποχρεώσεις*

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

για το απασχολούμενο από αυτή προσωπικό, και δη για τους εργαζομένους σε αυτή, συμπεριλαμβανομένων και των εκ των μελών της διοικήσεώς της εργαζομένων με οποιαδήποτε σχέση εργασίας σε αυτήν. Με τα δεδομένα, όμως, αυτά, και ανεξάρτητα από τα νεότερα στοιχεία στα οποία αναφέρεται η προσβαλλόμενη, η αιτιολογία της δεν φαίνεται νόμιμη, διότι, κατά τα προεκτεθέντα, ούτε απαιτείτο εκ μέρους της αιτούσας υποβολή πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας και για τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου αυτής ατομικώς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του καθ' ου, ούτε από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ούτε, άλλωστε, το καθ' ου ... επικαλείται, ότι τα ως άνω μέλη του διοικητικού συμβουλίου ήταν απασχολούμενοι καθ' οιονδήποτε τρόπο στην επιχείρηση της αιτούσας, ώστε να ανακύπτει υποχρέωση αυτής να υποβάλει πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας και για τα πρόσωπα αυτά. (ΣΤΕ 547/2008 (ΑΣΦ), 760/2006 (ΑΣΦ), 1607/2004. Απαιτείται μεν η υποβολή με την προσφορά πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας ως προς τους οργανισμούς κοινωνικής ασφαλίσεως έναντι των οποίων ο διαγωνιζόμενος έχει, κατά νόμο, υποχρέωση ασφαλίσεως και καταβολής των σχετικών εισφορών, δεν απαιτείται, όμως, η υποβολή του εν λόγω πιστοποιητικού για τα μέλη του Δ.Σ. του διαγωνιζόμενου νομικού προσώπου, τα οποία δεν έχουν παράλληλα κάποια άλλη ιδιότητα ενόψει της οποίας υφίσταται υποχρέωση του διαγωνιζόμενου ν.π. προς ασφάλισή τους και καταβολή των αντίστοιχων εισφορών σε συγκεκριμένο ασφαλιστικό οργανισμό (ΣΤΕ 984/2008 (ΑΣΦ), 753/2007 (ΑΣΦ). Παγίως έχει κριθεί ότι Απαιτείται η προσκόμιση πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας του ίδιου του νομικού προσώπου της εταιρείας για τα απασχολούμενα από αυτήν πρόσωπα, όχι δε και ασφαλιστική ενημερότητα των μελών της διοίκησης ατομικώς (ΣΤΕ 856/2005 (ΑΣΦ), 752/2007 (ΑΣΦ), 825/2007 (ΑΣΦ) αφού αυτοί δεν συμπεριλαμβάνονταν στο προσωπικό της (ΣΤΕ 1607/2004). Εξ άλλου ούτε η απόφαση 423/2018 ΑΕΠΠ 1^ο Κλιμάκιο την οποία επικαλείται η προσβαλλόμενη (σκέψη 7) και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σκέψη 14) διαφοροποιείται ως προς τα ως άνω, ούτε έχει κρίνει ότι προσκομίζεται επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς υποχρεωτικά η ασφαλιστική ενημερότητα των μελών της διοίκησης του προσφέροντος. Αντίθετα μάλιστα ρητώς και σαφώς κρίθηκε ότι «..53. Επειδή καθίσταται σαφές από την διατύπωση του Ν. 4412/2016, ως έχει

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

περιέλθει και στο οικείο κείμενο της διακήρυξης, ότι η προσαγωγή πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας ως στοιχείου καταλληλότητας του υποψηφίου, που προβλέπεται από την οδηγία 2014/24/ΕΕ ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, αφορά την απόδειξη ότι έχουν καταβληθεί οι εργοδοτικές εισφορές που οφείλονται από τον υποψήφιο στα διάφορα ταμεία και φορείς κοινωνικής ασφάλισης (Δημ. Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β' έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 462). ... 56. Επειδή, η προσφεύγουσα δεν όφειλε με βάση τα ως άνω αναφερόμενα να προσκομίσει ασφαλιστική ενημερότητα για τις εισφορές που καταβάλλει η διαχειρίστριά της (και εταίρος της) κ., στα πλαίσια της προσωπικής της υποχρέωσης ασφάλισης, ως άλλωστε, συνάγεται πέραν των ως άνω και από την υποσημείωση του πιστοποιητικού ΕΦΚΑ για εργοδότες (βλ. σκεπτ.37) , όπου καθίσταται σαφές ότι ως εργοδότης, η εν θέματι κεφαλαιουχική εταιρεία δεν οφείλει να καταβάλλει εισφορές για ασφαλισμένο στον πρώην ΟΑΕΕ. Επομένως, με βάση τα ως άνω κρίνεται ως βάσιμος ο σχετικός προβαλλόμενος λόγος της προσφεύγουσας. 57. Επειδή, επομένως, ο ισχυρισμός της ότι « Σύμφωνα δε με το άρθρο 116, παρ. 9 του ν. 4072/2012, καθώς επίσης και την εγκύκλιο 44 του ΟΑΕΕ (βλ. σελ.3-4), οι διαχειριστές των Ι.Κ.Ε. ασφαλιζονται υποχρεωτικά στον ΟΑΕΕ, κάτι το οποίο παραδέχθηκε και η προσφεύγουσα στην προσφυγή της» προβάλλεται αλυσιτελώς κι επομένως απαραδέκτως...» Περαιτέρω, ούτε η με αριθ. 222/1998 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, την οποία επικαλείται η προσβαλλόμενη (σκέψη 7) και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σκέψη 14) διαφοροποιείται με τα ως άνω εκτενώς αναφερόμενα, ούτε έχει κρίνει ότι προσκομίζεται επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς υποχρεωτικά η ασφαλιστική ενημερότητα των μελών της διοίκησης του προσφέροντος. Αντίθετα στην περίπτωση εκείνη κρίθηκε περίπτωση όπου η ίδια η προσφέρουσα διαγωνιζόμενη Ομόρρυθμη Εταιρεία δεν προσκόμισε την δική της ασφαλιστική ενημερότητα, νομικό και πραγματικό γεγονός το οποίο δεν συντρέχει εν προκειμένω. Συνεπώς, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία αποκλείσθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, επί της βάσει της εσφαλμένης εκδοχής ότι έπρεπε να προσκομιστεί άνευ ετέρου η ασφαλιστική ενημερότητα των δύο μελών του ΔΣ της. Και τούτο επειδή δεν προβλέπεται τέτοια υποχρέωση ούτε από τον νόμο

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

ούτε από την διακήρυξη, ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι τα μέλη του ΔΣ της προσφεύγουσας συμπεριλαμβάνονται στο προσωπικό της, ούτε ότι για κάποιον άλλο λόγο συντρέχει νόμιμη υποχρέωση καταβολής ασφαλιστικών εισφορών για τα μέλη του ΔΣ που να βαρύνει το πρόσωπο της προσφεύγουσας ΑΕ. Ενώ αντίθετα, και εφόσον κατά τα ως άνω η προσφεύγουσα απέδειξε σύμφωνα με την διακήρυξη (σκέψη 26) και τον νόμο (σκέψη 19, 16, 20, 22) ότι η ίδια είναι ασφαλιστικά ενήμερη, πράγμα το οποίο δεν αμφισβητείται ούτε από την αναθέτουσα αρχή, ως μάλιστα προβλέπεται με σαφήνεια ακρίβεια και χωρίς αμφισημία από την διακήρυξη, έπρεπε η προσφορά της να γίνει δεκτή σύμφωνα με τον νόμο και κατά δέσμια αρμοδιότητα σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας της διαφάνειας και της νομιμότητας (σκέψεις 27, 28, 29, 30, 31). Ειδικότερα δεν θα μπορούσε νόμιμα να απαιτείται επί πλέον και η προσκόμιση της ασφαλιστικής ενημερότητας των μελών του ΔΣ της επειδή τούτο θα ισοδυναμούσε με απαράδεκτη εκ των υστέρων τροποποίηση των όρων της διακήρυξης και η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, προβάλλοντας λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής.

33. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

34. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

35. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατετεθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης : 1437/2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 16-12-2019 και εκδόθηκε την 23-12-2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή