

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 2^η Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.10.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1532/23.10.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ***** (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «****» (εφεξής παρεμβαίνων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθ. *****, Θέμα 26ο: «Έγκριση 2ου πρακτικού διαγωνισμού για το έργο *****, δυνάμει της οποίας αποφασίσθηκε, η έγκριση του 2ου Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και η κατακύρωση της Σύμβασης στην Εργοληπτική Εταιρεία ****.

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

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

1. Επειδή, ο **** ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό κάτω των ορίων που αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 29.04.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ***** και στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. με αρ. ****, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «*****» Εκτιμώμενης αξίας 96.774,19 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%).

2. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, εκτύπωση ηλεκτρονικής συναλλαγής της 19.10.2020, που αφορά στην επιτυχή εκτέλεση συναλλαγής για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου δια μέσω της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης του ως άνω παραβόλου.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου και της προϋπολογισθείσας αξίας του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 23.10.2020, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 περ. α του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, δοθείσας της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης στους ενδιαφερομένους στις 14.10.2020, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ως δεύτερος σε σειρά μειοδότης.

6. Επειδή, με την με αρ. 1813/23.10.2020 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή: α) προέβη, στις 26.10.2020 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και β) απέστειλε, εμπροθέσμως στην ΑΕΠΠ, δια της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, το από 31.10.2020 έγγραφο απόψεων της που στη συνέχεια κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους στις 02.11.2020.

8. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 02.11.2020 στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η παρέμβαση του οικονομικού φορέα «*****.» και με προφανές έννομο συμφέρον αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης με την οποία του κατακυρώθηκε η σύμβαση.

9. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και η ασκηθείσα παρέμβαση νομίμως και παραδεκτώς εισάγονται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, ως ισχύουν, και του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το 2^ο ΠΡΑΚΤΙΚΟ αξιολόγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, με το οποίο κρίθηκε ότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά του ήδη παρεμβαίνοντος, υποβλήθηκαν εμπροθέσμως, είναι σύμφωνα με τα απαιτούμενα στην διακήρυξη και κατακυρώθηκε η σύμβαση για την κατασκευή του έργου «*****.» με μέση έκπτωση 31,05% και ποσό προσφοράς 66.725,98€ χωρίς Φ.Π.Α.

11. Επειδή, ο προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του ισχυρίζεται ότι υφίσταται παράβαση νόμου, και ειδικότερα των άρθρων 73 παρ. 2 περ. β και 80 παρ. 2 περ. β του ν.4412/2016 και των άρθρων 23.3. περ. β και 4.2 της διακήρυξης τα οποία επικαλείται καταρχήν και ισχυρίζεται ότι *«Από τις ανωτέρω σαφείς διατάξεις προκύπτει αναμφίβολα και χωρίς αμφισημία ότι για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α παρ. Α.2. της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος, προκειμένου να αποδείξει την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του*

όσον αφορά την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σε έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία, υποχρεούται να προσκομίσει ειδικώς και περιοριστικώς Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας για το κάθε ένα έργο που εκτελεί, σύμφωνα με την ελληνική νομοθεσία». Στη συνέχεια ο προσφεύγων επικαλείται το άρθρο 104 παρ.1 του ν.4412/2016 και ισχυρίζεται ότι ο έλεγχος της συνδρομής των προϋποθέσεων θα πρέπει να υφίσταται σωρευτικά και στα ως άνω τρία χρονικά σημεία, παράλληλα επικαλείται και το με αρ. πρωτ . **** έγγραφό της ***** σύμφωνα με το οποίο τα εν λόγω δικαιολογητικά πρέπει να καταλαμβάνουν τον χρόνο υποβολής της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, τον χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών του άρθρου 80, καθώς και τον χρόνο σύναψης της σύμβασης (στην περίπτωση που απαιτείται να υποβληθούν επικαιροποιημένα τα ως άνω δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ως άνω νόμου). Περαιτέρω, επισημαίνει ότι σύμφωνα με έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ «τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας δεν καλύπτουν το προγενέστερο της έκδοσής τους χρονικό διάστημα. Λόγω του συντόμου, σε πολλές περιπτώσεις, χρόνου ισχύος αυτών των πιστοποιητικών που εκδίδονται από τους ημεδαπούς φορείς, οι οικονομικοί φορείς πρέπει να μεριμνούν να αποκτούν εγκαίρως πιστοποιητικά τα οποία να καλύπτουν και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή της αίτησης συμμετοχής, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 104 του ν.4412/2016, προκειμένου να τα υποβάλουν, εφόσον αναδειχθούν προσωρινοί ανάδοχοι. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι «Ως δικαιολογητικό απόδειξης της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων,

όπως ζητείται από το άρθρο 23.5α της διακήρυξης του έργου «*****», ο προσωρινός ανάδοχος, κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων. Σε αυτόν τον πίνακα υπάρχει αναφορά ότι εκτελεί το έργο «*****». Μετά από αναζήτηση μας στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ), παρατηρήσαμε ότι για το συγκεκριμένο έργο (*****, υπεγράφη στις 24 Απριλίου 2020. Παρατηρήσαμε επίσης ότι στα δικαιολογητικά που κατέθεσε ο προσωρινός ανάδοχος περιέχεται ασφαλιστική ενημερότητα του παραπάνω έργου που εκδόθηκε στις 10/06/2020 και έχει ισχύ έως τις 09/12/2020. Όπως αναφέρεται στο άρθρο 18 της διακήρυξης του έργου «*****», ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών ορίζεται η 21-05-2020 και ώρα 10:00 π.μ., και σύμφωνα με τον Κατάλογο Συμμετεχόντων που μας είχε αποσταλεί από την επιτροπή του διαγωνισμού μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, για το έργο «*****», ο προσωρινός ανάδοχος, είχε υποβάλει την προσφορά του την 20/05/2020, ώρα 11:37:34. Η αρχή που είναι υπεύθυνη της εν λόγω ασφαλιστικής ενημερότητας είναι το *****.

Αναζητήσαμε διευκρινίσεις από το *****, για τον τρόπο λειτουργίας του, εν καιρώ πανδημίας και γενικότερου εγκλεισμού (αναφερόμενος ειδικότερα για το διάστημα μεταξύ υπογραφής της σύμβασης του έργου «*****» και καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών του έργου «*****», ήτοι από 24/4/2020 έως 21/5/2020, μέσω αίτησης μας προς το ***** με αρ. πρωτ. *****, (η οποία επισυνάπτεται). Ο αναπληρωτής διευθυντής ***** μας απάντησε μέσω email (το οποίο επίσης επισυνάπτω) τα εξής: “Απαντώντας στο υπ’ αριθμ. ***** email σας, σας πληροφορούμε ότι το χρονικό διάστημα στο οποίο αναφέρεσθε, η Υπηρεσία μας λειτουργούσε σύμφωνα με τις οδηγίες της Διοίκησής μας και δεχόμασταν αιτήματα με όλους τους εναλλακτικού

τρόπους:email,fax,ταχυδρομικά μέσω courier και με φυσική παρουσία κάθε ενδιαφερόμενου. Όσο αφορά το χρονικό διάστημα διεκπεραίωσης των υποθέσεων που αναφέρεσθε, εφόσον το αίτημα συνοδευόταν απ' όλα τα προβλεπόμενα από τον νόμο παραστατικά, διεκπεραιωνόταν το συντομότερο δυνατό, λαμβάνοντας βεβαίως υπόψη και τις ειδικές συνθήκες εργασίας που υπήρχαν την περίοδο εκείνη. Ο αναπληρωτής

Διευθυντής ****

Από την παραπάνω απάντηση προκύπτει ότι η υπηρεσία λειτουργούσε κανονικά και υπήρχε η δυνατότητα κατάθεσης οποιασδήποτε αίτησης και ειδικά αίτησης απογραφής έργου και έκδοσης ασφαλιστικής ενημερότητας. Άρα δεν μπορεί να αποτελέσει δικαιολογία η ειδική κατάσταση εν καιρώ πανδημίας και εγκλεισμού για την μη έκδοση ασφαλιστικής ενημερότητας από το *****, ως όφειλε η προσωρινή ανάδοχος εταιρία. Θα πρέπει επίσης να ληφθούν υπόψη τα εξής:

• Σας παραθέτω αυτούσια την σκέψη Νο 54 της επιτροπής της ΑΕΠΠ που εξέδωε την απόφαση με αριθμό 370-2019 (την οποία επισυνάπτω): “Επειδή, εκ των υποβληθέντων συμπληρωματικών εγγράφων προκύπτει ότι η σύμβαση για το έργο με τίτλο «****» υπεγράφη την 20.8.2018 ωστόσο ο παρεμβαίνων προέβη σε καταχώρηση του έργου στο μητρώο εργοδοτών την 4.9.2018, ημερομηνία κατά την οποία εξεδόθη και η πρώτη ασφαλιστική ενημερότητα. Επομένως, εκ των υποβληθέντων συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης συνάγεται ότι ο παρεμβαίνων δεν διαθέτει ασφαλιστική ενημερότητα για το εν λόγω έργο η οποία καλύπτει την ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως απαιτείται από τον όρο 23.2 της διακήρυξης. Θα πρέπει δε να επισημανθεί ότι στις διατάξεις του ν.4412/2016 δεν προβλέπεται προθεσμία απογραφής ενός έργου στον *****, ούτε δε η από 20.8.2018 συναφθείσα σύμβαση μεταξύ του παρεμβαίνοντα και του Δήμου ... περιλαμβάνει σχετική υποχρέωση απογραφής στον **** εντός

ορισμένης προθεσμίας. Συνεπώς, ο παρεμβαίνων κατά το χρονικό διάστημα από την ημερομηνία σύναψης του εργολαβικού συμφωνητικού ήτοι την 20.08.2018 μέχρι και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήτοι την 3.09.2018 εδύνατο να προβεί στην απογραφή του έργου στον ***** και στην έκδοση σχετικής ασφαλιστικής ενημερότητας, προκειμένου να την προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ώστε να συμμορφωθεί με τους όρους της διακήρυξης. Το δε γεγονός ότι, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία δεν προβλέπεται προθεσμία απογραφής στον ***** ως προς τα οικοδομικοτεχνικά έργα δεν μπορεί να οδηγήσει στην παράβλεψη, εν προκειμένω, του ως άνω όρου της διακήρυξης, καθώς, δοθέντος ότι ο παρεμβαίνων είχε λάβει γνώση της διακήρυξης και είχε σκοπό να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό όφειλε και εδύνατο κατά το χρόνο πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, να εκδώσει την αιτούμενη από την διακήρυξη ασφαλιστική ενημερότητα” • Επίσης σας παραθέτω αυτούσια την σκέψη Νο 55 της επιτροπής της ΑΕΠΠ που εξέδωσε την απόφαση με αριθμό 370-2019:

“Επειδή, η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι δεν προκύπτει παράλειψη του παρεμβαίνοντα να προβεί στην απογραφή του έργου στον ***** κατά την ημερομηνία υποβολής προσφορών καθώς σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 145 του ν. 4412/2016 ο ανάδοχος υποχρεούται να υποβάλει στη διευθύνουσα υπηρεσία προς έγκριση το χρονοδιάγραμμα κατασκευής του έργου εντός προθεσμίας που δεν μπορεί να είναι μικρότερη των 15 ημερών από την υπογραφή της σύμβασης. Δεδομένου δε ότι η σύμβαση του επίμαχου έργου υπεγράφη την 20.8.2018, η προθεσμία υποβολής του χρονοδιαγράμματος κατασκευής από τον παρεμβαίνοντα έληγε την 4.09.2018 και άρα δεν θα μπορούσε να είχε προβεί νωρίτερα στην εκτέλεση εργασιών. Ωστόσο, ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται αβασίμως διότι η υποχρέωση υποβολής ασφαλιστικής

ενημερότητας για τα έργα που εκτελεί ο προσωρινός ανάδοχος προβλέπεται ρητώς στον όρο 23.3 (β) της διακήρυξης και, άρα, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 37, η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων δεσμεύονται από τους όρους της διακήρυξης και δεν μπορούν να παρεκκλίνουν της εφαρμογής τους, πολλώ δε μάλλον εφόσον όπως έχει ήδη ανωτέρω επισημανθεί ήταν εφικτή η έκδοση από τον παρεμβαίνοντα ασφαλιστικής ενημερότητας που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής προσφορών. Επομένως, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο παρεμβαίνων δεν απέδειξε ότι πληροί τις απαιτήσεις του όρου 22.2Α της διακήρυξης και άρα ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.” • Επίσης, σας παραθέτω αυτούσια την σκέψη Νο 40 της επιτροπής της ΑΕΠΠ που εξέδωσε την απόφαση με αριθμό 620-2020 (την οποία επισυνάπτω): Από τα παραπάνω μπορούμε να προβούμε στα εξής συμπεράσματα: • Το προσκομισθέν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας δεν καλύπτει το χρονικό σημείο της 21/05/2020, καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στο διαγωνισμό καθώς και της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Επομένως, για το χρονικό αυτό σημείο, δεν μπορεί να διακριβωθεί νομίμως η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 2 περ. β’ του ν.4412/2016. Κατά συνέπεια, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου καθίσταται απαράδεκτη, διότι υπεβλήθη κατά παράβαση του άρθρου 104 παρ.1 του ν.4412/2016. •Από την παραπάνω απάντηση του αναπληρωτή διευθυντή ****, προκύπτει ότι η υπηρεσία του **** λειτουργούσε κανονικά, και υπήρχε η δυνατότητα κατάθεσης οποιασδήποτε αίτησης και ειδικά αίτησης απογραφής έργου και έκδοσης ασφαλιστικής ενημερότητας. Άρα δεν μπορεί να αποτελέσει δικαιολογία η ειδική κατάσταση εν καιρώ πανδημίας και εγκλεισμού για την μη έκδοση ασφαλιστικής

ενημερότητας από το ****, ως όφειλε η προσωρινή ανάδοχος εταιρία. •
Σύμφωνα με σκέψεις παλαιότερων αποφάσεων της ΑΕΠΠ, έχει αποκλειστεί επανειλημμένα προσωρινός ανάδοχος ο οποίος παρέλειψε να προσκομίσει αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας έργου με ισχύ την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών σε διαγωνισμό καθώς και της ημερομηνία υποβολής της προσφοράς προσωρινού αναδόχου. Αντί, λοιπόν, η Επιτροπή του Διαγωνισμού να εισηγηθεί την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, και την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε εμάς, που σύμφωνα με τον συνταχθέντα από την Επιτροπή του Διαγωνισμού πίνακα κατάταξης κατά σειρά μειοδοσίας κατετάγην δεύτεροι, με ποσοστό έκπτωσης 20,46%, η Επιτροπή έκρινε ως επαρκή τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και εισηγήθηκε την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στον προσωρινό ανάδοχο. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, στην προκείμενη περίπτωση τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκομίσθηκαν από τον προσωρινό ανάδοχο, δεν επαρκούν, ώστε να δύνανται να επαληθευθεί η συνδρομή των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής του και στα τρία προαναφερθέντα χρονικά σημεία, όπως ορίζει το άρθρο 104 του ν.4412/2016. Τούτο διότι, το αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας που προσκόμισε ο προσωρινός ανάδοχος, δεν καλύπτει ένα από τα τρία κρίσιμα σημεία, κατά τα οποία δέον να ελέγχεται η συνδρομή των προϋποθέσεων συμμετοχής, ήτοι το χρονικό σημείο της υποβολής της προσφοράς του. Κατά συνέπεια, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου καθίσταται απαράδεκτη, διότι υπεβλήθη κατά παράβαση του άρθρου 104 παρ. 1 του ν.4412/2016. Για το λόγο αυτό, η Επιτροπή του Διαγωνισμού όφειλε να απορρίψει ως απαράδεκτη την προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Μην πράττοντας τούτο, αλλά αποδεχόμενη την προσφορά του, το 2ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού εξεδόθη κατά παράβαση του άρθρου 104 παρ. 1

του ν.4412/2016. Κατά παράβαση του ίδιου άρθρου εξεδόθη και η προσβαλλόμενη, η οποία επικύρωσε το ως άνω Πρακτικό, και, για τον λόγο αυτόν, πρέπει να ακυρωθεί από την Αρχή σας».

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού με τις οικείες απόψεις της, ισχυρίζεται ότι «Στους λόγους που αναπτύσσονται εκτενώς και αναλυτικά στην προσφυγή του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκομίσθηκαν από τον προσωρινό ανάδοχο δεν είναι δυνατόν να επαληθευθεί η συνδρομή των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής του όπως ορίζει το Άρθρο 104, Παρ. 1, του Ν. 4412/2016, και πιο συγκεκριμένα η εκπλήρωση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ασφαλιστική ενημερότητα), η οποία και αποδεικνύεται με ασφαλιστική ενημερότητα του αρμόδιου ασφαλιστικού φορέα, η οποία και θα πρέπει να καλύπτει, μεταξύ άλλων, και τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα για τα έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία, ενώ σύμφωνα με το ίδιο Άρθρο, οι συγκεκριμένοι όροι και προϋποθέσεις θα πρέπει να κρίνονται και να ελέγχονται ως προς την ισχύ τους, σωρευτικά, σε 3 χρονικά σημεία: κατά τον χρόνο που υποβάλλεται η προσφορά/αίτηση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, κατά τον χρόνο που υποβάλλονται τα δικαιολογητικά του Άρθρου 80, του Ν.4412/2016, δηλαδή τα δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο, και κατά τον χρόνο που η απόφαση κατακύρωσης αποστέλλεται στον προσωρινό ανάδοχο για την υπογραφή της σύμβασης, προκειμένου αυτός να υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά του. Σύμφωνα πάντα με τους λόγους τους οποίους επικαλείται ο προσφεύγων στην προσφυγή του, το αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας που προσκόμισε ο προσωρινός ανάδοχος για το έργο: *****, δεν καλύπτει ένα από τα τρία κρίσιμα χρονικά σημεία κατά τα οποία θα πρέπει να ελέγχεται η συνδρομή των προϋποθέσεων

συμμετοχής, ήτοι το χρονικό σημείο της υποβολής της προσφοράς του. Πιο συγκεκριμένα, ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας για το συγκεκριμένο έργο το οποίο κάλυπτε το χρονικό διάστημα από 10-06-2020 έως 09-12-2020, ενώ για το ίδιο έργο η ***** υπεγράφη στις 24 Απριλίου 2020, σύμφωνα και με τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά τα οποία ελέγχθηκαν κατά την σύνταξη του 2^{ου} Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών του εν λόγω έργου. Καθώς η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για το έργο «*****» ήταν στις 21/05/2020, και η ημερομηνία υποβολής προσφοράς του προσωρινού αναδόχου ήταν η 20/05/2020 και ώρα 11:37:34, το προσκομισθέν από τον προσωρινό ανάδοχο αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας δεν κάλυπτε ούτε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στο διαγωνισμό, ούτε της προσφοράς του ίδιου του προσωρινού αναδόχου, και συνεπώς για το συγκεκριμένο χρονικό σημείο δεν μπορεί να διακριβωθεί νομίμως η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του Άρθρου 73, Παρ. 2, περ. β', του Ν.4412/2016. Επί του θέματος, η *****, όσον αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, στο έγγραφό της με αριθ. πρωτ. 2210/19-04-2019 και θέμα: «Διευκρινίσεις ως προς τον χρόνο έκδοσης και ισχύος των δικαιολογητικών που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο (Δικαιολογητικών κατακύρωσης), κατόπιν δημοσίευσης του ν. 4605/2019» διευκρινίζει ότι ειδικά για τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας αυτά δεν καλύπτουν το προγενέστερο της έκδοσής τους χρονικό διάστημα.

Η Ε.Δ., μετά από διαβούλευση και αφού έλαβε υπόψη της όλα τα παραπάνω, θεωρεί ότι όσα αναφέρονται στην εν λόγω προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «*****» κατά της υπ' αριθ. *****, είναι βάσιμα αφού το αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας που προσκόμισε ο προσωρινός ανάδοχος για το έργο: *****, δεν καλύπτει την ημερομηνία υποβολής προσφοράς του προσωρινού Αναδόχου».

13. Επειδή ο παρεμβαίνων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού ισχυρίζεται ότι «Πράγματι στις 24-4-2020 η εταιρία μας υπέγραψε με την **** και με ημερομηνία 24-4-2020 σύμβαση ανάθεσης έργου με θέμα «****». Όπως προκύπτει από την ημερομηνία υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, κατά την υπογραφή αυτής, ίσχυαν οι κανόνες αποκλεισμού των μετακινήσεων που είχαν θεσπιστεί με τις Πράξεις Νομοθετικού περιεχομένου και τις αποφάσεις της Κυβέρνησης. Ως εκ τούτου ήταν αντικειμενικά αδύνατη τόσο η εν τοις πράγμασι ανάληψη του έργου όσο και η μετάβαση νομίμου εκπροσώπου μας στους Λειψούς και στο κατάστημα του ****, ώστε να δηλωθεί το έργο ασφαλιστικά και να ληφθεί Αριθμός Μητρώου Οικοδομικού Έργου. Εξ' αυτού του λόγου, κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς μας στον ****, ήτοι στις 20 Μαΐου 2020, εμείς δεν διαθέταμε ασφαλιστική ενημερότητα για το εν λόγω έργο, την οποία προσκομίσαμε άμα τη δηλώσει αυτού στις 10-6-2020. Πριν όμως από το χρονικό αυτό σημείο, δεν είχαμε οποιαδήποτε οικονομική οφειλή ή έστω και εκκρεμότητα με την ασφαλιστική κατάσταση του εν λόγω έργου, πλην από την δήλωση αυτού στον ****, η οποία ήταν αντικειμενικά και νομοθετικά αδύνατη. Μόλις δε που χρειάζεται να αναφέρουμε ότι η εταιρία μας ήταν και γενικότερα ασφαλιστικά ενήμερη χωρίς να υφίσταται οποιαδήποτε οφειλή αυτής προς τον ****. Το γεγονός της αντικειμενικής αδυναμίας έναρξης του έργου επιβεβαιώθηκε από την υπ' αρ. **** η οποία δημοσιεύθηκε στο σύστημα ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ****. Με την εν λόγω απόφαση χορηγήθηκε παράταση προθεσμίας περαίωσης εκτέλεσης 20 δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ των οποίων ήταν και το έργο που είχε αναλάβει η εταιρία μας. Η δε απόφαση αυτή είχε ήδη ληφθεί και δημοσιευθεί από τις 11-5-2020 ήτοι σε χρόνο προγενέστερο από την υποβολή της προσφοράς μας στην εδώ Αναθέτουσα Αρχή. Στις 10 Ιουνίου 2020 και αφού είχε αρθεί κάθε σχετική απαγόρευση άρσης μετακίνησης, υποβάλαμε πράγματι αίτηση απόδοσης Αριθμού Μητρώου Οικοδομοτεχνικού Έργου λαμβάνοντας το με αυτή ημερομηνία αποδεικτικό έντυπο και αριθμό **** και ****. Την ίδια ημέρα λάβαμε

την υπ' αρ. συστήματος ***** για το εν λόγω έργο, την οποία υποβάλαμε άμεσα στην αναθέτουσα αρχή. Πρέπει δε να επισημάνουμε ότι ουδεμία επίπτωση επέφερε η δήθεν καθυστέρηση της δήλωσης **** του έργου στην εν λόγω διοικητική πορεία αυτού, αφού η ανάδοχός του, ****, ουδέποτε εξέφρασε οποιοδήποτε παράπονο, έστω και προφορικό, αναφορικά με την δήθεν μη δήλωση του ****. Τουναντίον όλες οι ανωτέρω ενέργειες βρίσκονταν υπό την παρακολούθηση και την πλήρη έγκριση των αρμοδίων υπαλλήλων της αναθέτουσας αρχής και της επιβλέπουσας υπηρεσίας. Δεδομένων των ανωτέρω, είναι προφανής η νομική και ουσιαστική αβασιμότητα της κρινόμενης προσφυγής. Οι νόμιμοι εκπρόσωποι της αντιδίκου «ξέχασαν» μάλλον ότι καθ' όλο το χρονικό διάστημα του Απριλίου και του Μαΐου 2020 είχε παγώσει το σύνολο του Δημόσιου και ιδιωτικού τομέα της χώρας. Μάλλον ξέχασαν και ότι είχαν απαγορευθεί όλες οι μετακινήσεις και έπρεπε να δηλωθεί ακόμα και η μετακίνηση για καθημερινές αγορές στα γειτονικά καταστήματα. Εντούτοις εμείς πάντα κατά την προσφεύγουσα έπρεπε να μεταβούμε από την Ρόδο στη Λέρο, εν μέσω καραντίνας και να υποβάλουμε αίτηση απόδοσης ***, ώστε να συμμετάσχουμε δήθεν νομότυπα στο υπό κρίση έργο. Το παράλογο των ισχυρισμών της αντιδίκου αποδείχθηκε ήδη από την υπ' αρ. ****, η οποία ανέστειλε το σύνολο των υποχρεώσεών μας από την ανάληψη του εν λόγω έργου και παρέτεινε τον χρόνο αποπεράτωσης αυτού κατά δύο μήνες. Ως εκ τούτου η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

14.Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:

«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 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα 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 υποβληθούν τα 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 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, 21 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. ...

22.Α. Λόγοι αποκλεισμού.... 22.Α.2 Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική

απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο προσφέρων 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. Δεν αποκλείεται ο προσφέρων, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του, είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.

Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α

....(β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, περί του ότι έχουν εκπληρωθεί οι υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, όσον αφορά στην καταβολή φόρων (φορολογική ενημερότητα) και στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ασφαλιστική ενημερότητα) σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης ή την ελληνική νομοθεσία αντίστοιχα, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. - ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής

ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους – μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι. ...

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.

16. 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 συνολογία της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

17. Επειδή, οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣΤΕ 1502/2003, ΣΤΕ ΕΑ 16/2005, 977/2004, ΔΕφΑΘ 2277/2014, ΔΕφΑΘ αναστ. 895/2012) ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό (ΣΤΕ 2137/2012). Άλλωστε, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους των υποψηφίων παρεμπίπτουσα, εκ

των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου ή σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις.

18. 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 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 ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

19. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 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).

20. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του Διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων. Άλλωστε οι απαραίτητες ικανότητες των υποψηφίων αποδεικνύονται με την προσκόμιση δικαιολογητικών που ορίζονται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197). 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 απόρριψης της προσφοράς.

21. Επειδή, στα πλαίσια γενικότερης αναμόρφωσης του άρθρου 103 Ν. 4412/2016 περί «Πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών» η διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 αντικαταστάθηκε ολόκληρη με το άρθρο 43 παρ. 12β Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52/01.04.2019), γεγονός το οποίο αποδεικνύει την αλλαγή στάσης του νομοθέτη, προκειμένου να εξορθολογισθεί το σύστημα υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οι αντίστοιχοι χρόνοι ολοκλήρωσης των διαγωνιστικών διαδικασιών, χωρίς μεταξύ άλλων ουδόλως να παρέχεται η δυνατότητα στους προσωρινούς αναδόχους να μην ανταποκριθούν στην 1^η σχετική ειδοποίηση της αναθέτουσας αρχής άνευ συνδρομής των προϋποθέσεων που τάσσει η ισχύουσα μορφή του ως άνω άρθρου. Η εν λόγω δε ρύθμιση του ν.4605/2019, εναρμονίζονται με την υποχρέωση διαφάνειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, καθόσον διαμέσου της διακήρυξης οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό έχουν λάβει έγκαιρα γνώση ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατά την κατακύρωση η αναθέτουσα αρχή δεν έχει την υποχρέωση να τους καλέσει να τα

συμπληρώσουν, η εν λόγω δε έλλειψη συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς τους (βλ. σχετικά Αιτιολογική Έκθεση του ν.4605/2019 και μεταξύ πολλών ΔΕφΠΕιρ 193/2019).

22. Επειδή δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012). Περαιτέρω, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

23. Επειδή με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής ο **προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κατακυρώθηκε η σύμβαση στον ήδη παρεμβαίνοντα και τούτο διότι το υποβληθέν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης από 10.06.2020 πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας για το έργο «*****» δεν καλύπτει το χρονικό σημείο της 21^{ης}.05.2020, ορισθείσας ως καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών στο διαγωνισμό καθώς και της

προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Ως δε ισχυρίζεται ο προσφεύγων μετά από αναζήτηση του στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ), βάσει της εκ μέρους του ήδη παρεμβαίνοντος ΥΔ περί των έργων που εκτελεί, για το ως άνω έργο (****, υπεγράφη στις 24 Απριλίου 2020. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος για το χρονικό αυτό σημείο, δεν μπορεί να διακριβωθεί νομίμως η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 2 περ. β' του ν.4412/2016. Κατά συνέπεια, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου καθίσταται απαράδεκτη, διότι υπεβλήθη κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης. Ομοίως, παραθέτει ad hoc αποφάσεις της ΑΕΠΠ αλλά και απάντηση του αναπληρωτή διευθυντή **** σύμφωνα με την οποία υπήρχε η δυνατότητα κατάθεσης οποιασδήποτε αίτησης και ειδικά αίτησης απογραφής έργου και έκδοσης ασφαλιστικής ενημερότητας. Άρα, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος δεν μπορεί να αποτελέσει δικαιολογία η ειδική κατάσταση εν καιρώ πανδημίας και εγκλεισμού για την μη έκδοση ασφαλιστικής ενημερότητας από το ****, ως όφειλε η προσωρινή ανάδοχος (βλ. σκέψη 11 της παρούσας).

Η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της αποδέχεται τη βασιμότητα των ισχυρισμών του προσφεύγοντος (βλ. σκέψη 12 της παρούσας).

Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι κατά την υπογραφή της επίμαχης σύμβασης (24.04.2020) ίσχυαν οι κανόνες αποκλεισμού των μετακινήσεων που είχαν θεσπιστεί με τις Πράξεις Νομοθετικού περιεχομένου και τις αποφάσεις της Κυβέρνησης. Ως εκ τούτου ήταν αντικειμενικά αδύνατη τόσο η εν τοις πράγμασι ανάληψη του έργου όσο και η μετάβαση νομίμου εκπροσώπου του στους Λειψούς και στο κατάστημα του****, ώστε να δηλωθεί το έργο ασφαλιστικά και να ληφθεί Αριθμός Μητρώου Οικοδομικού Έργου. Εξ' αυτού του λόγου, κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς του στο ****, ήτοι στις 20 Μαΐου 2020,

δεν διέθετε ασφαλιστική ενημερότητα για το εν λόγω έργο, την οποία προσκόμισε άμα τη δηλώσει αυτού στις 10-6-2020. Πριν όμως από το χρονικό αυτό σημείο, δεν είχε οποιαδήποτε οικονομική οφειλή ή έστω και εκκρεμότητα με την ασφαλιστική κατάσταση του εν λόγω έργου, πλην από την δήλωση αυτού στον ****, η οποία ήταν αντικειμενικά και νομοθετικά αδύνατη. Ομοίως ισχυρίζεται, ότι το γεγονός της αντικειμενικής αδυναμίας έναρξης του έργου επιβεβαιώθηκε από την υπ' αρ. ***** η οποία δημοσιεύθηκε στο σύστημα ΔΙΑΥΓΕΙΑ με **** και ανέστειλε το σύνολο των υποχρεώσεων του από την ανάληψη του εν λόγω έργου και παρέτεινε τον χρόνο αποπεράτωσης αυτού κατά δύο μήνες μεταξύ συνολικά 20 δημοσίων συμβάσεων.

24. Επειδή, ως αποδεικτικό μέσο μη αθέτησης των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, ορίζεται, βάσει του άρθρου 23.3 (β) της διακήρυξης η ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα η οποία πρέπει να καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό του με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα), ορίζεται ότι, το δικαίωμα συμμετοχής, οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α εως δ) της διακήρυξης, παράλληλα ο προσωρινός ανάδοχος, κατά κανόνα, οφείλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης κατόπιν σχετικής προς τούτο κλήσης της αναθέτουσας αρχής να αποδείξει όσα προαποδεικτικά δήλωσε στο ΤΕΥΔ του. Εάν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου (άρθρο 4.2).

25. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, που ουδείς αμφισβητεί, ο ήδη παρεμβαίνων υπέβαλλε στο ΕΣΗΔΗΣ το από **15.05.2020**

ΤΕΥΔ του όπου δήλωσε ότι έχει εκπληρώσει όλες τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την πληρωμή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης κατέθεσε την από 27.07.2020 ΥΔ περί ανεκτέλεστου όπου συμπεριλαμβάνει και το έργο «*****». Δηλαδή, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, είχε ήδη υπογράψει την ως άνω σύμβαση, παρά ταύτα η ασφαλιστική ενημερότητα που κατέθεσε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για το έργο καθαρισμοί ρεμάτων στους Λειψούς, ως όφειλε σύμφωνα με τα αναγραφέντα στην προηγούμενη σκέψη, δεν καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του αλλά εκδόθηκε στις **10.06.2020**.

26. Επειδή, η προθεσμία απογραφής ενός έργου στον ****, δύναται να διενεργηθεί και την επομένη της υπογραφής της σχετικής σύμβασης, ήτοι από την 25.04.2020. Επομένως, μέχρι και την υποβολή της προσφοράς του ο ήδη παρεμβαίνων εδύνατο να προβεί στην απογραφή του έργου στον ***** και να λάβει την έκδοση σχετικής ασφαλιστικής ενημερότητας, προκειμένου να την προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ώστε να συμμορφωθεί με τους όρους της διακήρυξης. Το δε γεγονός ότι, σύμφωνα με τη ισχύουσα νομοθεσία δεν προβλέπεται προθεσμία απογραφής στον **** ως προς τα οικοδομικοτεχνικά έργα δεν μπορεί να οδηγήσει στην παράβλεψη, εν προκειμένω, του άρθρου 23.3 β της διακήρυξης, καθώς, δοθέντος ότι ο παρεμβαίνων είχε λάβει γνώση της διακήρυξης και είχε σκοπό να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό όφειλε και εδύνατο κατά το χρόνο πριν την υποβολή της προσφοράς του, να εκδώσει την αιτούμενη από τη διακήρυξη ασφαλιστική ενημερότητα, προκειμένου να αποδείξει με τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την επίμαχη διακήρυξη, ότι πράγματι δεν έχει οφειλές (ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 370/2019). Το δε γεγονός, ότι με την με αρ. **** η οποία δημοσιεύθηκε στο σύστημα ΔΙΑΥΓΕΙΑ με **** εγκρίθηκε η

χορήγηση παράτασης προθεσμίας περαίωσης εκτέλεσης για χρονικό διάστημα δύο (2) μηνών, δηλ. έως τις 24-08-2020, μεταξύ άλλων και της επίμαχης ως άνω σύμβασης, ουδόλως απήλλασε τον παρεμβαίνοντα από την προσκόμιση του επίμαχου εγγράφου, ούτε όμως το γεγονός μη δυνατότητας μετακίνησης δύναται να αποτελέσει δικαιολογητικό λόγο απαλλαγής του από την ως άνω υποχρέωση, καθόσον το αρμόδιο **** διεκπεραίωνε τα οικεία αιτήματα, άνευ απαίτησης αυτοπρόσωπης παρουσίας, σύμφωνα με σχετική απάντηση την οποία επισυνάπτει ο προσφεύγων στην υπό εξέταση προσφυγή, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος, ως αβάσιμων. Εν πάσει περιπτώσει, στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι προσφορές αξιολογούνται, κρίνονται, τυγχάνουν αποδεκτές ή απορρίπτονται και δη σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, όχι επί τη βάσει όσων ο προσφέρων αληθώς κατέχει και συντρέχουν στο πρόσωπό του αλλά παρέλειψε να αποδείξει αλλά επί τη βάσει όσων ο προσφέρων όντως απέδειξε και προσκόμισε και μάλιστα με τα μέσα που όρισε η διακήρυξη. Συνεπώς, γίνονται δεκτοί ο ισχυρισμοί του προσφεύγοντος απορριπτόμενων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας και για αυτό το λόγο.

27. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί βάσει των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2.12.2020 και εκδόθηκε στις 3.12.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ