

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23 Νοεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης Μέλη, δυνάμει των με αριθμούς 1765 και 1770 του έτους 2020 Πράξεων Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει τις Προδικαστικές Προσφυγές του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) α) 1481/16-10-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., επί της ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης και β) 1491/19-10-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του ..., που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

των παρεμβαινουσών, α) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπου ανωτέρω αναφέρεται ότι εδρεύει, νόμιμα εκπροσωπούμενης, β) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπου ανωτέρω αναφέρεται ότι εδρεύει, νόμιμα εκπροσωπούμενης, γ) της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης και δ) του ..., ως ασκούντος και εκπροσώπου ... και με τον διακριτικό τίτλο «...».

Με τις κρινόμενες προσφυγές ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό 1316/2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του καθ' ου Οργανισμού, που περιλαμβάνεται στα Πρακτικά της με αριθμό 713/01-10-2020 Συνεδρίασής του, με την οποία εγκρίνονται τα από 31.07.2020 υπό τον αριθμό 1 και από

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

23.09.2009 υπό τον αριθμό 2, σχετικά με την αποσφράγιση, τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών Πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «Υπηρεσίες Φύλαξης ...», για 1 έτος με δικαίωμα προαίρεσης για 1 ακόμη έτος, κατά το μέρος και με τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται σε κάθε προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή και οι δύο προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και βάλλουν κατά της ίδιας εκτελεστής πράξης αυτής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του ίδιου διαγωνισμού για την ανάθεση της ίδιας σύμβασης, κατά συνέπεια, οι κρινόμενες προσφυγές προσήκει να εξεταστούν από κοινού.

2. Επειδή, για την άσκηση των προσφυγών καταβλήθηκαν και δεσμεύτηκαν τα νόμιμα παράβολα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, και συγκεκριμένα, α) για την πρώτη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1481/2020 προσφυγή το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., ποσού 1.693,60€, το οποίο μάλιστα υπερβαίνει το ποσό που αναλογεί στο προβλεπόμενο ποσοστό (0,5%) επί της, χωρίς ΦΠΑ, προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης στη σύναψη της οποίας με βεβαιότητα κατατείνει ο διαγωνισμός (παροχή υπηρεσίας για ένα έτος χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης αξίας 338.709,68€), κατά ποσό 0,5€ (=1.693,60-1.693,55), υπερβάλλον ποσό που καταβλήθηκε αχρεώστητα και θα πρέπει να επιστραφεί στην πρώτη προσφεύγουσα, ανεξαρτήτως αν η προσφυγή της γίνει δεκτή ή απορριφθεί, και β) για τη δεύτερη, με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1491/2020 προσφυγή, το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., ποσού 2.100,00€, το οποίο, κατά τα ως άνω γενόμενα δεκτά για την πρώτη προσφεύγουσα, επίσης υπερβαίνει το ποσό που αναλογεί στο προβλεπόμενο ποσοστό (0,5%)

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

επί της, χωρίς ΦΠΑ, προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης στη σύναψη της οποίας με βεβαιότητα κατατείνει ο διαγωνισμός, κατά ποσό 406,45€ (=2.100,00-1.693,55), υπερβάλλον ποσό που καταβλήθηκε αχρεώστητα και θα πρέπει να επιστραφεί στη δεύτερη προσφεύγουσα, ανεξαρτήτως αν η προσφυγή της γίνει δεκτή ή απορριφθεί.

3. Επειδή, και οι δύο (2) προσφυγές ανατέθηκαν στο επιληφθέν 2ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με τα σχετικά ηλεκτρονικά μηνύματα του Προέδρου της Αρχής, από 16-10-2020 η πρώτη και από 19-10-2020 η δεύτερη.

4. Επειδή, με τη με αριθμό 10/2020 διακήρυξή του ο ... (στο εξής καλούμενος στην παρούσα «...» ή «...» ή «αναθέτουσα αρχή») κίνησε ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμού, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «Υπηρεσίες Φύλαξης ...» (CPV: ...), για 1 έτος με δικαίωμα προαίρεσης για 1 ακόμη έτος, ή μέχρι εξαντλήσεως του ποσού της προϋπολογισθείσας δαπάνης, ήτοι έως του ποσού των 420.000,00€ συμπ/νου ΦΠΑ για 1 έτος και 420.000,00€ συμπ/νου ΦΠΑ για την ετήσια προαίρεση (εφεξής «διαγωνισμός»). Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 02-07-2020 με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) ..., ο δε διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό Κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (27-07-2020) ευρέθη ότι στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές 9 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα, η προσφεύγουσες και οι φορείς «...», «...», «...», «...», «...», «...», και «...». Ακολούθως, και μετά την αποσφράγιση τον έλεγχο και την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού συνέταξε τα από 31.07.2020 με αριθμό 1 και από 23.09.2009 με αριθμό 2 Πρακτικά της και τα υπέβαλε προς έγκριση στο Διοικητικό συμβούλιο του καθ' ου Οργανισμού, το οποίο με τη με αριθμό 1316/2020 απόφασή του, που περιλαμβάνεται στα Πρακτικά της με αριθμό 713/01-10-2020 συνεδρίασής του

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

(στο εξής καλούμενη «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») τα ενέκρινε, συνακόλουθα δε έγιναν αποδεκτές οι προφορές των εταιρειών: 1) ... (εφεξής: ...), 2) ... (εφεξής: ...), 3) ..., 4) ..., 5) ..., ήδη δεύτερη προσφεύγουσα, 6) ... (εφεξής: ...), 7) ... (εφεξής: ...) 8) ... (εφεξής: ...), ενώ απορρίφθηκε η προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι «δεν κατέθεσε τα προβλεπόμενα από την εν λόγω διακήρυξη δικαιολογητικά συμμετοχής». Κατά της απόφασης αυτής του Διοικητικού Συμβουλίου του ... στρέφονται οι προσφεύγουσες, η πρώτη κατά το μέρος που απέρριψε τον φάκελο «Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» της και η δεύτερη κατά το μέρος με το οποίο γίνονται δεκτές οι προσφορές των εταιρειών 1. 2. ..., 3. ..., 4. ..., 5. ..., αλλά και κατά το μέρος με το οποίο η προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας δεν απορρίφθηκε και για επιπλέον λόγους από αυτούς τους έλαβε υπόψη της η προσβαλλόμενη.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες φύλαξης), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (677.419,35€), της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο ... που διενεργεί το διαγωνισμό ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου I αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

6. Επειδή, και οι δύο (2) προσφυγές ασκήθηκαν με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα I του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμες, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι από τα αναρτημένα στοιχεία στη λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

συστήματος ...) προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στις προσφεύγουσες στις 06-10-2020 και οι προσφυγές ασκήθηκαν στις 15-10-2020 η πρώτη και στις 16-10-2020 η δεύτερη, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή τους.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι και οι δύο (2) προσφεύγουσες συμμετείχαν στο διαγωνισμό και υπέβαλαν προσφορές εμπρόθεσμες και καταρχήν νομότυπες, διατηρούν, συνεπώς, και οι δύο την προσδοκία να τους ανατεθεί η σύμβαση. Κατά συνέπεια, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, και οι δύο (2) προσφεύγουσες βάλλουν κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, η πρώτη, διότι, κατά τα ιστορούμενα στην πρώτη προσφυγή μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της και η δεύτερη, διότι, κατά τα ιστορούμενα στη δεύτερη προσφυγή, εκτός της δεύτερης προσφεύγουσας, οι προσφορές πέντε ακόμα συνδιαγωνιζομένων της μη νομίμως έγιναν δεκτές, η προσφορά δε της πρώτης προσφεύγουσας έπρεπε να απορριφθεί και για επιπλέον λόγους από αυτούς ελήφθησαν υπόψη στην προσβαλλόμενη απόφαση του καθ' ου Οργανισμού.

8. Επειδή συνακόλουθα, ως τύποις παραδεκτές, οι κρινόμενες προσφυγές πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

9. Επειδή, με την πρώτη προσφυγή, η εταιρεία ... (στο εξής καλούμενη στην παρούσα ...) βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος της, κατά το οποίο απορρίπτεται η προσφορά της, διότι, όπως ισχυρίζεται, η μεν αιτιολογία της προσβαλλόμενης ότι δεν κατέθεσε τα προβλεπόμενα από την εν λόγω διακήρυξη δικαιολογητικά συμμετοχής είναι εντελώς αόριστη, η δε επάλληλη αιτιολογία ότι έχει «επιδείξει σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης και έχει επιδείξει επαναλαμβανόμενη τάση παράβασης της εργατικής νομοθεσίας και για τον λόγο αυτό ... δεν διαθέτει την επαρκή τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για να εκτελέσει την ενδεχόμενη σύμβαση κατά το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016» είναι αόριστη, πλημμελής και μη νόμιμη, σε κάθε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

δε μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της πριν εξεταστεί αν τα προτεινόμενα από την ίδια μέτρα «αυτοκάθαρσης» ήταν ικανά να αποδείξουν την αξιοπιστία της, σύμφωνα με τα οριζόμενα της παρ. 7 και 8 του αρ. 73 του ν. 4412/2016.

10. Επειδή, εξάλλου, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος που αποφασίζεται ν' απορριφθεί η προσφορά της ... και προς απόρριψη της πρώτης προσφυγής, παρεμβαίνει η εταιρεία ... (στο εξής καλούμενη στην παρούσα ...) με την από 29-10-2020, αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ αυθημερόν παρέμβασή της.

11. Επειδή, περαιτέρω, με το από 27-10-2020 με αριθμό πρωτ. ... έγγραφο της Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Προμηθειών του ..., το οποίο κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν, ο καθ' ου Οργανισμός παραθέτει τις απόψεις του και για τις δύο κρινόμενες προσφυγές, με τις οποίες, αντικρούει τους ισχυρισμούς των προσφευγουσών και ζητεί την απόρριψη των προσφυγών.

12. Επειδή, τέλος, στις 09-11-2020 η πρώτη προσφεύγουσα παραδεκτώς ανήρτησε στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παρ. του αρ. 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης (βλ. Δ.Εφ. Κομ. 29/2019, πρβλ. ΣτΕ 780/2019).

13. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 17 παρ. 2 του ΚΔΔιαδ (ν. 2690/1999), η αιτιολογία μιας διοικητικής πράξης απαιτείται να είναι, σαφής, πλήρης, ήτοι να περιέχει όλα τα ουσιώδη συγκεκριμένα περιστατικά κατά τρόπο που δεν αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου, ειδική, δηλαδή, να μην είναι γενική και αόριστη και να είναι σχετική με όλα τα στοιχεία της προσβαλλόμενης πράξης, με την έννοια ότι όλα τα στοιχεία

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου (βλ. ΣΤΕ 895/2005, 2701/2004, 3931, 3586/2002). Στοιχεία της αιτιολογίας, είναι το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις του ΚΔΔιαδ, η αιτιολογία απαιτείται να περιέχεται στο σώμα της πράξης μόνο όταν τούτο προβλέπεται ρητά στον νόμο (ΣΤΕ 1390/2014), άλλως αρκεί να περιέχεται στον φάκελο που συνοδεύει την πράξη (βλ. ΣΤΕ 208/2012, 4027/2004). Σε κάθε περίπτωση, πάντως και στις περιπτώσεις πράξεων αιτιολογητέων στο σώμα τους, γίνεται δεκτό ότι η αιτιολογία μπορεί να συμπληρώνεται από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣΤΕ 1286/2009, 3875/2008, 2705/2006, 2126/2000), όχι όμως να αναπληρώνεται εξ ολοκλήρου από αυτά (πρβλ. ΣΤΕ 1776/1956, 107/1945).

14. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης με αριθμό 1316/2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... και των από 31.07.2020 με αριθμό 1 και από 23.09.2009 με αριθμό 2 Πρακτικών της επιτροπής του διαγωνισμού, τα οποία εγκρίνονται με αυτήν και έχουν ενσωματωθεί στο σώμα της, δεν προκύπτει ούτε ποια δικαιολογητικά συμμετοχής δεν προσκόμισε η πρώτη προσφεύγουσα με την προσφορά της, ούτε με βάση ποια διάταξη της διακήρυξης όφειλε να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά επί ποινή αποκλεισμού, ώστε η προσφορά της να πρέπει να απορριφθεί, κατά το διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης. Αντιθέτως, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στην προσφυγή της, χωρίς αντίκρουση από την αναθέτουσα αρχή, με την προσφορά της προσκόμισε το σύνολο των εγγράφων και στοιχείων που σύμφωνα με τα άρθρο 1.2.1.1 και 1.2.1.2 της διακήρυξης όφειλε να συμπεριλάβει στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά». Όπως, εξάλλου, προκύπτει από τον φάκελο της προσφοράς της, η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε ψηφιακώς υπογεγραμμένο

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

ΕΕΕΣ με ημερομηνία 27-7-2020 με συνημμένα έγγραφα, την από 23-7-2020 εγγυητική επιστολή της ... ποσού 6.774,91€ για τον υπόψη διαγωνισμό, ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΤΕΧΝΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ - ΕΞΑΣΦΑΛΙΣΗ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ ψηφιακώς υπογεγραμμένη την 27-7-2020, Πρακτικό του Δ.Σ. της για την συμμετοχή στον διαγωνισμό, ηλεκτρονικό αρχείο ψηφιακώς υπογεγραμμένο με τα στοιχεία του παραρτήματος Α της διακήρυξης και Υπεύθυνη Δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της για την συμμετοχή στον διαγωνισμό και την αποδοχή των όρων της διακήρυξης, στη δε προσβαλλόμενη απόφαση ή στα πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού που αυτή εγκρίνει δεν αναφέρεται ούτε ποια δικαιολογητικά επιπλέον των ως άνω προσκομισθέντων όφειλε η προσφεύγουσα να προσκομίσει, ούτε ότι κάποια από αυτά είχαν ελλιπές περιεχόμενο ή ότι δεν είχαν συνταχθεί σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της διακήρυξης, ώστε να μην μπορούν νομίμως να ληφθούν υπόψη. Συνακόλουθα, η απόρριψη της προσφοράς της ... με την αιτιολογία ότι «δεν κατέθεσε τα προβλεπόμενα από την εν λόγω διακήρυξη δικαιολογητικά συμμετοχής», ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, είναι μη νόμιμη. Είναι πλημμελής, εξάλλου, και η επιχειρούμενη με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής συμπλήρωση της ως άνω αιτιολογίας της απόρριψης της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας. Και τούτο, διότι και υπό την εκδοχή ότι από τα κατατεθειμένα δικαιολογητικά συμμετοχής της προκύπτει ότι η ... έχει «επιδείξει σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης και έχει επιδείξει επαναλαμβανόμενη τάση παράβασης της εργατικής νομοθεσίας», δεν έπεται ότι τα δικαιολογητικά που κατέθεσε είναι ελλιπή, ούτε ότι παρέλειψε, επί ποινή αποκλεισμού, να καταθέσει δικαιολογητικά για τη νόμιμη συμμετοχή της στον διαγωνισμό.

15. Επειδή, περαιτέρω, πλημμελής και μη νόμιμη είναι η αιτιολογία απόρριψης της πρώτης προσφεύγουσας, κατά την οποία, επειδή «επιδείξει σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης και έχει επιδείξει επαναλαμβανόμενη τάση παράβασης της εργατικής νομοθεσίας ... για τον λόγο αυτό ... δεν διαθέτει την επαρκή τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για να εκτελέσει την ενδεχόμενη σύμβαση κατά το άρθρο 75 παρ.

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

4 Ν. 4412/2016». Και τούτο, προεχόντως διότι, ούτε οι διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016, ούτε η διακήρυξη, καθιστούν τη σοβαρή πλημμέλεια που συμμετέχων τυχόν έχει επιδείξει κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης ή την τυχόν επαναλαμβανόμενη τάση παράβασης της εργατικής νομοθεσίας ως αρνητικούς όρους πλήρωσης της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης. Αντιθέτως, το μεν άρθρο 75 παρ. 4 του νόμου καθιερώνει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές, όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, χωρίς να τίθεται καμία αρνητική προϋπόθεση πλήρωσης της εν λόγω ικανότητας, η δε διακήρυξη, στο άρθρο 1.2.1.1γ) για τις ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής, ειδικώς σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχόντων, προβλέπει μόνο «Να διαθέτουν κατάλογο στον οποίο να αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις παροχής παρόμοιων υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημοσίου ή ιδιωτικού παραλήπτη». Συνακόλουθα και ενόψει της πάγιας αρχής οι όροι μιας διακήρυξης να ερμηνεύονται αυστηρά υπό την έννοια της συσταλτικής εκδοχής, ώστε να μην είναι νόμιμο κατά το στάδιο της αξιολόγησης να καθιερώνεται νέος λόγος αποκλεισμού που δεν προκύπτει ρητά και με πλήρη σαφήνεια από τη διακήρυξη (ΑΕΠΠ 491, 796 / 2018), η απόρριψη της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι επειδή έχει «επιδείξει σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης και έχει επιδείξει επαναλαμβανόμενη τάση παράβασης της εργατικής νομοθεσίας ... για τον λόγο αυτό ... δεν διαθέτει την επαρκή τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για να εκτελέσει την ενδεχόμενη σύμβαση κατά το άρθρο 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016», είναι μη νόμιμη.

16. Επειδή, εξάλλου, και υπό την εκδοχή ότι στην προσβαλλόμενη πράξη υπολαμβάνεται ότι στο πρόσωπο της πρώτης προσφεύγουσας συντρέχει λόγος αποκλεισμού της από τη διαδικασία, η απόρριψη της προσφοράς της με

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

την περιεχόμενη στην προβαλλόμενη πράξη αιτιολογία είναι μη νόμιμη. Και τούτο, διότι η διακήρυξη δεν καθιερώνει ως λόγο αποκλεισμού των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό τις περιπτώσεις α) και στ) του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία 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, ... στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις». Αντιθέτως, από τις διατάξεις των άρθρων 1.2.1.1γ) της διακήρυξης, για τις ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής, και 4, σχετικά με τα δικαιολογητικά προσφέροντος στον οποίο πρόκειται να γίνει η ανάθεση, σε συνδυασμό μεταξύ τους, συνάγεται ότι αποκλείεται οικονομικός φορέας μόνον όταν έχει «επιβληθεί σε βάρος του ..., 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». Δοθέντος, ότι κατά τη γραμματική διατύπωση της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016, οι περιεχόμενες σε αυτήν περιπτώσεις λόγων αποκλεισμού είναι δυνητικές, με άλλα λόγια συνιστούν λόγους αποκλεισμού από μια

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

διαδικασία μόνον όταν η αναθέτουσα αρχή με ρητή διάταξη στη διακήρυξη προβλέπει ότι οι συμμετέχοντες αποκλείονται όταν στο πρόσωπό τους συντρέχει μία από τις περιπτώσεις αυτές, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά παραπάνω, και αν ακόμη οι περιπτώσεις που η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι συντρέχουν στο πρόσωπο της πρώτης προσφεύγουσας συνιστούν τους προβλεπόμενους στις περιπτώσεις α) και στ) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ότι δηλαδή «έχει επιδείξει σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης και έχει επιδείξει επαναλαμβανόμενη τάση παράβασης της εργατικής νομοθεσίας», οι περιπτώσεις αυτές δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη ότι άγουν σε αποκλεισμό της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, η απόρριψη της προσφοράς της ... (πρώτης προσφεύγουσας) για τον λόγο αυτό είναι μη νόμιμη. Ο ισχυρισμός δε της παρεμβαίνουσας ότι στη σελίδα 24 της διακήρυξης προβλέπεται πως «Ότι δεν αναγράφεται στην παρούσα διακήρυξη ρυθμίζεται σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4412/2016 όπως ισχύει», προβάλλεται αβάσιμα, διότι, όπως γίνεται δεκτό στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά υπό την έννοια της συσταλτικής εκδοχής, ώστε δεν είναι νόμιμο κατά το στάδιο της αξιολόγησης να καθιερώνεται νέος λόγος αποκλεισμού που δεν προκύπτει ρητά και με πλήρη σαφήνεια από τη διακήρυξη. Και υπό την εκδοχή, τέλος, ότι επειδή η πρώτη προσφεύγουσα «στο ΕΕΕΣ αναφέρει διάφορες υποθέσεις επιβολής προστίμων για παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας σε εξέλιξη, καθώς και επιβολή ποινικής ρήτηρας λόγω πλημμελούς εκτέλεσης των συμβατικών της υποχρεώσεων» συνέτρεχαν οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό της, ούτε τότε η αναθέτουσα αρχή μπορούσε νόμιμα να απορρίψει την προσφορά της, χωρίς προηγουμένως να της ζητήσει να της γνωστοποιήσει τα μέτρα που τυχόν έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της και αφού τα εκτιμήσει να λάβει απόφαση με τη σύμφωνη γνώμη της προβλεπόμενης στην παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 αρμόδιας επιτροπής για τη μη επάρκειά τους ή μη, διαδικασία που από τον φάκελο της υπόθεσης προκύπτει ότι δεν ακολουθήθηκε. Συνακόλουθα, η απόρριψη της προσφοράς της ... (πρώτης προσφεύγουσας), για τους λόγους

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη με την πρώτη προσφυγή με αριθμό 1316/2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... είναι μη νόμιμη, η απόφαση δε αυτή, κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της ..., έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί.

17. Επειδή, περαιτέρω, με τη δεύτερη προσφυγή, η εταιρεία ... (στο εξής καλούμενη στην παρούσα ...) βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος της, κατά το οποίο γίνονται δεκτές οι προσφορές των εταιρειών 1. 2. ..., 3. ..., 4. ..., 5. ..., παρόλο που κάποιες από αυτές υπέβαλαν ΕΕΕΣ πλημμελώς συμπληρωμένα και κάποιες δεν υπέβαλαν ΕΕΕΣ και σε αρχείο μορφής xml.

18. Επειδή, εξάλλου, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος που αποφασίζεται να γίνει δεκτή η προσφορά της και προς απόρριψη της δεύτερης προσφυγής, παρεμβαίνει η εταιρεία «...» (στο εξής καλούμενη στην παρούσα ...) με την από 29-10-2020, αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ αυθημερόν παρέμβασή της. Αντιθέτως, απαραδέκτως υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος που αποφασίζεται να γίνει δεκτή η προσφορά του και προς απόρριψη της δεύτερης προσφυγής, παρεμβαίνει ο ..., ως ασκών και εκπρόσωπος της ... και με τον διακριτικό τίτλο «...», με την από 04-11-2020 αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ αυθημερόν παρέμβασή του. Και τούτο, διότι η προσφυγή της εταιρείας ... που, μεταξύ άλλων βάλλει και κατά της προσφοράς του, του κοινοποιήθηκε στις 19-10-2020, συνεπώς η κατατεθείσα στις 04-11-2020 παρέμβασή του ασκήθηκε μετά την παρέλευση της προβλεπόμενης στις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 3 δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας. Οι ισχυρισμοί δε του παρεμβαίνοντος ότι έλαβε γνώση της σε βάρος του προσφυγής στις 04-11-2020 λόγω σοβαρής τεχνικής αδυναμίας στα τηλεπικοινωνιακά και ηλεκτρονικά συστήματα της

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

επιχείρησής του, δεν τεκμηριώνονται με επαρκείς αποδείξεις. Και τούτο, διότι και υπό την εκδοχή ότι, όπως ο τεχνικός της επιχείρησής του Πύργας Ιωάννης βεβαιώνει στη συνημμένη στην παρέμβασή του από 04-11-2020 επιστολή, ότι «κατά το διάστημα από 23/10/2020 έως 29/10/2020 και από 30/10/2020 μέχρι και 4/11/2020 καταγράφηκε και αντιμετωπίστηκε: α) ολική πτώση της λειτουργίας τόσο του κεντρικού συστήματος υπολογιστών αλλά και των διασυνδεδεμένων με αυτό υπολογιστών (φορητών ή μη), β) αποκατάσταση των τηλεφωνικών γραμμών και του e-mail της επιχείρησης ..., όπου απαιτήθηκε και η συνδρομή του τεχνικού τμήματος του ΟΤΕ, καθώς δε μπορούσε να πραγματοποιηθεί καμία λήψη και αποστολή εγγράφων στις συγκεκριμένες ημερομηνίες, ενώ υπήρξε σοβαρό πρόβλημα και με μηνύματα spam χωρίς υπαιτιότητά μας», δεν έπεται ότι στο διάστημα από 19-10-2020, οπότε του κοινοποιήθηκε η προσφυγή έως 23-10-2020 οπότε παρουσιάστηκε η τεχνική αδυναμία στα συστήματά του δεν είχε λάβει γνώση της προσφυγής, ελλείψει δε πιστοποίησης από τις αρμόδιες υπηρεσίες του ΕΣΗΔΗΣ ότι κατά το διάστημα αυτό και μέχρι τις 04-11-2020 «υπήρχε αποτυχία υποβολής προσφορών ή αποστολής μηνυμάτων και εγγράφων μέσω της «επικοινωνίας» αλλά και του συστήματος της ηλεκτρονικής υπογραφής των εγγράφων» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η βεβαίωση περί αυτού από τον τεχνικό της επιχείρησής του δεν συνιστά επαρκή απόδειξη. Η ανεπάρκεια, άλλωστε, απόδειξης του ισχυρισμού του παρεμβαίνοντος περί λήψεως γνώσης της προσφυγής σε βάρος του στις 04-11-2020, επιρρωνύεται από το γεγονός ότι την ίδια μέρα ο παρεμβαίνων κατέθεσε και την υπό κρίση παρέμβαση, για τη σύνταξη της οποίας, όμως, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι αρκούσαν λίγες μόνον ώρες.

19. Επειδή, περαιτέρω, επί των απόψεων του καθ' ου Οργανισμού (βλ. 11^η σκέψη της παρούσας) και των παρεμβάσεων η δεύτερη προσφεύγουσα δεν κατέθεσε υπόμνημα, σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παρ. του άρ. 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

20. Επειδή, συγκεκριμένα, σε σχέση με την προσφορά της ..., η δεύτερη προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά δεν έπρεπε να γίνει δεκτή, διότι παρέλειψε να υποβάλει στον ηλεκτρονικό φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ το αρχείο ΕΕΕΣ σε μορφή .xml.

21. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού στο άρθρο 1.2.1.1, μεταξύ άλλων προβλέπει τα εξής: «Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού, στον υποφάκελο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ» συμπληρωμένο το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.). ... Το ΕΕΕΣ διατίθεται στα συνημμένα αρχεία του διαγωνισμού σε μορφή αρχείων .pdf και .xml, απ' όπου οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς μπορούν να το συμπληρώσουν και να το καταθέσουν. Για τη συμπλήρωση του αρχείου .xml οι οικονομικοί φορείς μπορούν να συνδεθούν στον σύνδεσμο <https://esp dint.eprocurement.aon.gr/>. Ειδικότερα: - Η αναθέτουσα αρχή: (α) Δημιουργεί (συμπληρώνοντας και επιλέγοντας τα κατάλληλα πεδία) μέσα από την ιστοσελίδα <https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/esp d/filter?lang=el> το ΕΕΕΣ για την συγκεκριμένη προκήρυξη. (β) Στο τέλος της διαδικασίας δημιουργίας του ΕΕΕΣ, επιλέγει εξαγωγή. (γ) Το αρχείο που εξάγεται είναι σε μορφή .xml και δεν είναι αναγνώσιμο (δεν «ανοίγει» με κάποιο γνωστό πρόγραμμα που έχουμε στους Η/Υ). Το αρχείο αυτό το αναρτά στο ΕΣΗΔΗΣ μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα της προκήρυξης. Ο υποψήφιος οικονομικός φορέας: (α) Πρέπει να «κατεβάσει» το εν λόγω αρχείο από το ΕΣΗΔΗΣ, να το αποθηκεύσει στον Η/Υ του και να μεταβεί στην ιστοσελίδα <https://esp dint.eprocurement.gov.gr/>. Στην ιστοσελίδα αυτή, πρέπει να επιλέξει «Εισαγωγή ΕΕΕΣ» και να τηλεφορτώσει («ανεβάσει») το αρχείο του συγκεκριμένου ΕΕΕΣ του διαγωνισμού που «κατέβασε» από το ΕΣΗΔΗΣ. (β) Στην ανωτέρω ιστοσελίδα, συμπληρώνει και επιλέγει ηλεκτρονικά, τα κατάλληλα πεδία που έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή, καθώς και τα πεδία με την ημερομηνία και τον τόπο σύνταξης. Αν είναι δυνατό, υπογράφει ψηφιακά στο κατάλληλο σημείο. (γ) Επιλέγει «Εκτύπωση». Το αρχείο εμφανίζεται σε εκτυπώσιμη μορφή και είναι πλέον δυνατή η εκτύπωση του με

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

χρήση κάποιου προγράμματος εκτυπωτή σε μορφή .pdf. Σε περιβάλλον Microsoft Windows, το eΕΕΕΣ μπορεί να εκτυπωθεί ως αρχείο PDF μέσω του Chrome (έχει ήδη ενσωματωμένη λειτουργία εκτύπωσης PDF). Διαφορετικά, μπορεί να χρησιμοποιήσει οποιοδήποτε πρόγραμμα δημιουργίας αρχείων PDF που διατίθεται δωρεάν στο διαδίκτυο. Σε περιβάλλον Mac OSX ή Linux, το eΕΕΕΣ μπορεί να εκτυπωθεί από κάθε φυλλομετρητή. (δ) Υπογράφει ψηφιακά το αρχείο .pdf που εκτύπωσε (ακόμη και αν το έχει υπογράψει ψηφιακά στην ιστοσελίδα). (ε) Υποβάλλει και το αυτό αρχείο του ΕΕΕΣ τόσο σε μορφή .xml όσο και σε .pdf στο φάκελο της προσφοράς του με τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, αξιολογεί το ΕΕΕΣ είτε με τη χρήση του αρχείου .pdf είτε με την τηλεφόρτωση του αρχείου .xml στην ιστοσελίδα που το δημιούργησε (<https://espdint.eprocurement.gov.gr/>). ...».

22. Επειδή, όπως έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 277/2018), από το πλέγμα των διατάξεων που ρυθμίζουν τα ζητήματα κατάρτισης και υποβολής του εντύπου ΕΕΕΣ (βλ. άρθρο 59 Οδηγία 2014/24 ΕΕ και, αντίστοιχο, 79 Ν.4412/2016, επίσης, Κανονισμό 2016/7 ΕΕ και ΥΑ Π11/2390 ΦΕΚ Β 2677 2013, ΥΑ αριθμ. 56902/215 (ΦΕΚ Β' 1924/02.06.2017), 158/2016 Απόφαση ΕΑΔΗΣΣΥ (ΦΕΚ Β/ 3698/16.11.2016) δεν προβλέπεται ως υποχρεωτική η υποβολή του ΕΕΕΣ σε αρχείο XML, πέραν της υποβολής του σε αρχείο PDF (που ρητώς προβλέπεται στο Ν.4412/2017 και στις εξουσιοδοτικές αυτού διατάξεις, δυνάμει των άρθρων 36,37 αυτού, βλ. ΥΑ Π11/2390 ΦΕΚ Β 2677 2013, ΥΑ αριθμ. 56902/215). Εξάλλου, η XML (eXtensible Markup Language) είναι μία γλώσσα σήμανσης, που περιέχει ένα σύνολο κανόνων για την ηλεκτρονική κωδικοποίηση κειμένων. Τα .xml αρχεία είναι κοινοί τρόποι που χρησιμοποιούνται για την αποθήκευση και τη μεταφορά δεδομένων στο διαδίκτυο που προέρχονται από διαφορετικά προγράμματα και μπορούν να επεξεργαστούν με οποιοδήποτε πρόγραμμα επεξεργασίας κειμένου, επειδή έρχονται σε έγγραφο κειμένου. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο `:// ec . europa . eu / growth / tools databases / espd / filter ? lang = el`, στον οποίο και παραπέμπει η διακήρυξη καθώς και τις εμπειροχόμενες σε αυτόν Οδηγίες, η χρήση της παραπάνω μορφής αρχείου στηρίζεται και στοχεύει «στη δυνατότητα εξαγωγής

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

του eΕΕΕΣ με τη μορφή ηλεκτρονικά επεξεργάσιμου φακέλλου ώστε οι αγοραστές και οι εταιρείες να μπορούν να το χρησιμοποιήσουν εκ νέου σε άλλες διαδικασίες στο μέλλον». Προκειμένου, ωστόσο, κάποιος να μπορέσει να επεξεργαστεί το αρχείο πρέπει να το μετατρέψει σε PDF π.χ. για να το εκτυπώσει ή να θέσει την ψηφιακή υπογραφή κλπ [(βλ. και διακήρυξη άρθρο 1.2.1.1 υπό (γ) και (δ)]. Κατόπιν των ανωτέρω, η αναγωγή της συγκεκριμένης μορφής αρχείου (xml) σε στοιχείο συστατικό αυτού, υπό την έννοια ότι αν δεν υποβληθεί σε αυτή τη μορφή το ΕΕΕΣ θεωρείται ανυπόστατο ή μη υποβληθέν, τη στιγμή μάλιστα που το ίδιο έντυπο έχει ούτως ή άλλως υποβληθεί σε ηλεκτρονική μορφή ως αρχείο PDF, δεν βρίσκει έρεισμα στο Νόμο. Ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας όμως, είναι αβάσιμος στην προκειμένη περίπτωση και λόγω της αμφισημίας που προκαλείται από την ίδια τη διακήρυξη, σχετικά με την πραγματική έννοια της υποχρεωτικής υποβολής του εντύπου τόσο σε XML όσο και σε PDF μορφή. Και τούτο διότι αφενός μεν, συγχρόνως με την απαίτηση της διακήρυξης για υποβολή του ΕΕΕΣ και στις δύο μορφές ζητείται και η υποχρεωτική ψηφιακή υπογραφή του (η οποία πράγματι από το Νόμο ανάγεται σε συστατικό τύπο του εντύπου) και η οποία δεν είναι δυνατή στη μορφή αρχείου XML αλλά μόνο στη μορφή αρχείου PDF κι, αφετέρου διότι στο προτελευταίο εδάφιο του άρθρου 1.2.1.1 της διακήρυξης, ορίζεται ότι η αξιολόγηση του ΕΕΕΣ θα γίνει είτε στη μία είτε στην άλλη μορφή αρχείου και όχι και στις δύο μορφές αυτού («Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού , αξιολογεί το ΕΕΕΣ είτε με τη χρήση του αρχείου .pdf είτε με την τηλεφόρτωση του αρχείου .xml στην ιστοσελίδα που το δημιούργησε (<https://espdint.eprocurement.gov.gr/>). ...»). Ενόψει των ανωτέρω, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσφορά της ..., μη νομίμως έγινε δεκτή παρόλο που παρέλειψε να υποβάλει στον ηλεκτρονικό φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ το αρχείο ΕΕΕΣ σε μορφή .xml. είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

23. Επειδή, περαιτέρω, σε σχέση με την προσφορά της εταιρείας ..., με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν έπρεπε αυτή να γίνει δεκτή, διότι στο υποβληθέν με την προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

ΕΕΕΣ δήλωσε ότι είναι εγγεγραμμένη στο εθνικό σύστημα προεπιλογής, αναφέροντας την εγγραφή της στο οικείο Επιμελητήριο, παραλείποντας επιπλέον να απαντήσει περί της δέσμευσής της για προσκόμιση των απαιτούμενων πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας.

24. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ «1.... Το ΕΕΕΠ [Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης] αποτελείται από τυπική δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος για τον αποκλεισμό δεν ισχύει ... και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. ... 2. Το ΕΕΕΠ καταρτίζεται βάσει τυποποιημένου εντύπου. Η Επιτροπή θεσπίζει το εν λόγω τυποποιημένο έντυπο μέσω εκτελεστικών πράξεων. ...». Εξάλλου, με τον εκτελεστικό κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής (L 003) καθορίστηκε το τυποποιημένο έντυπο που θα χρησιμοποιείται για τους σκοπούς της κατάρτισης του Ε.Ε.Ε.Σ. σύμφωνα με το άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24, στις δε οδηγίες που παρατίθενται στο Παράρτημα 1 αναφέρεται ότι: «... Οι οικονομικοί φορείς είναι δυνατόν να αποκλείονται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να υπόκεινται σε δίωξη σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο σε περιπτώσεις σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ ή, γενικότερα, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ή όταν οι οικονομικοί φορείς έχουν αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσουν τα σχετικά δικαιολογητικά. ...».

25. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 79 [Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης] της Ενότητας 5 “ΚΑΝΟΝΕΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ”, του ίδιου νόμου (4412/2016), προβλέπονται τα ακόλουθα: “1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄ 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75 [...], γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούνται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...]. 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 4. [...]». Περαιτέρω, το άρθρο 102 “Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών” του ίδιου νομοθετήματος, ορίζει τα εξής: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». Στο άρθρο 103 “Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών” ότι :«1. ... 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... Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η 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 ... 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού ... ή η πλήρωση μιας ή περισσοτέρων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ..., απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου...». Τέλος, στο άρθρο 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ)... δ) ...». Εξάλλου, στο άρθρο 2.2 της διακήρυξης με τίτλο «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ», μεταξύ άλλων ορίζεται ότι «Η επιτροπή αξιολόγησης διαγωνισμού ή άλλοι πιστοποιημένοι χρήστες από την αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού απευθύνουν αιτήματα στους συμμετέχοντες χρήστες - προσφέροντες για παροχή διευκρινίσεων επί υποβληθέντων δικαιολογητικών και οι χρήστες - προσφέροντες παρέχουν τις διευκρινίσεις εντός των κατά περίπτωση προθεσμιών που τους ορίζονται», ενώ στο τέλος της διακήρυξης περιέχεται η γενική διάταξη «Ότι δεν αναγράφεται στην παρούσα διακήρυξη ρυθμίζεται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016 όπως ισχύει».

26. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της διακήρυξης (αρ. 2.2 τέλος και ακροτελεύτια διάταξη διακήρυξης) ως και του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, που εφαρμόζονται συμπληρωματικά στον διαγωνισμό, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, συνάγεται ότι, όταν το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς παρουσιάζει ελλείψεις κατά παράβαση όρου διακήρυξης, που έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, δεν παρέχεται ούτε στον διαγωνιζόμενο ούτε στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα άρσης της παράβασης κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών (ΕΑ 30/2019, 184/2017, πρβλ. ΕΑ 867/2009, 422/2009, 1211/2008, 1319/2007).

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

Αντίθετα, σύμφωνα με τις ίδιες διατάξεις, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια και επιβάλλεται, κατά περίπτωση, η υποχρέωση να καλεί τους διαγωνιζομένους να υποβάλουν διευκρινίσεις επί του περιεχομένου και των δικαιολογητικών της τεχνικής προσφοράς τους, λόγω ύπαρξης ασαφειών και άλλων επουσιωδών ελλείψεων τους που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους (λεκτικές αποκλίσεις και διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία ή τα υποδείγματα της διακήρυξης και των άλλων εγγράφων του διαγωνισμού κ.ά.). Οι διατάξεις αυτές, ωστόσο, αφορούν, κατά τη ρητή διατύπωσή τους, μόνον σε διευκρίνιση ή συμπλήρωση νομίμως καταρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι σε αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 401/2018, 346/2017, 219/2017, 184/2017, 424/2014). Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα επέτρεπε την εκ των υστέρων αντικατάσταση μη πληρούντων τους όρους της διακήρυξης εγγράφων της προσφοράς των διαγωνιζομένων με νέα έγγραφα, εκδοθέντα σε συμμόρφωση προς τους όρους της διακήρυξης, αποτέλεσμα, το οποίο, εκτός του ότι απαγορεύεται ρητώς από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, έρχεται σε αντίθεση με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η τήρηση των οποίων αποτελεί ζήτημα θεμελιώδους σημασίας για την εφαρμογή της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ ΕΑ 159/2019, 30/2019, πρβλ. ΕΑ 346/2017).

27. Επειδή, περαιτέρω, η διακήρυξη του διαγωνισμού μεταξύ άλλων ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 1.2.1.1, μεταξύ άλλων ότι «Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού, στον υποφάκελο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ» συμπληρωμένο το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.). ... Το ΕΕΕΣ διατίθεται στα συνημμένα αρχεία του διαγωνισμού σε μορφή αρχείων .pdf και .xml, απ' όπου οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς μπορούν να το συμπληρώσουν και να το καταθέσουν. ...», ενώ στο άρθρο 1.2.1.1γ) [Ελάχιστες Προϋποθέσεις Συμμετοχής] ότι «Ο υποψήφιος Ανάδοχος θα πρέπει να πληροί τις παρακάτω ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής στο Διαγωνισμό, πέραν των

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

οριζόμενων στο σημείο 4 του παρόντος άρθρου. Τα στοιχεία τεκμηρίωσης θα δοθούν στο στάδιο της κατάθεσης δικαιολογητικών κατακύρωσης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο σημείο 4 του παρόντος άρθρου (πλην του ασφαλιστηρίου συμβολαίου που θα κατατεθεί ως ορίζεται κατωτέρω). Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις του παρόντος άρθρου, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το ΕΕΕΣ/ΕΕΕΠ, στο οποίο θα πρέπει να συμπληρωθούν τα απαιτούμενα πεδία.». Περαιτέρω, στο άρθρο 4 της διακήρυξης [ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΤΟΥ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΟΣ ΣΤΟΝ ΟΠΟΙΟ ΠΡΟΚΕΙΤΑΙ ΝΑ ΓΙΝΕΙ Η ΑΝΑΘΕΣΗ], μεταξύ άλλων, ορίζεται ότι «Α) Προς απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς πληρούν τα κριτήρια του άρθρου 1.2.1.1. γ «Ελάχιστες Προϋποθέσεις Συμμετοχής», προσκομίζουν επί ποινή αποκλεισμού όλα τα σχετικά στοιχεία τεκμηρίωσης. Β) Επί πλέον, προσκομίζουν τα κάτωθι δικαιολογητικά: 4.1 ΟΙ ΕΛΛΗΝΕΣ ΠΟΛΙΤΕΣ: ... β. Πιστοποιητικό που εκδίδεται από αρμόδια κατά περίπτωση αρχή, από το οποίο να προκύπτει ότι κατά την ημερομηνία της ως άνω ειδοποίησης, είναι ενήμεροι ως προς τις υποχρεώσεις τους που αφορούν: και ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις τους και τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης (κύριας και επικουρικής) ως εξής: - Τα φυσικά πρόσωπα για τους ίδιους και το προσωπικό που τυχόν απασχολούν - Οι ομόρρυθμες (ΟΕ) όλων των μελών και του προσωπικού - Οι ετερόρρυθμες εταιρείες (ΕΕ) μόνο των ομόρρυθμων μελών και του προσωπικού - Οι εταιρείες περιορισμένης ευθύνης (ΕΠΕ) και οι ιδιωτικές κεφαλαιουχικές εταιρείες (Ι.Κ.Ε.) των διαχειριστών και του προσωπικού - Οι Ανώνυμες εταιρείες (ΑΕ) μόνο για το προσωπικό που απασχολούν ...». Στο σχέδιο ΕΕΕΣ, εξάλλου, που είχε περιληφθεί στα συνημμένα αρχεία του διαγωνισμού, στο Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, είχε περιληφθεί πεδίο ως εξής: «Ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής];», σε συνέχεια του οποίου είχαν

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

περιληφθεί τα εξής πεδία στα οποία αν ήταν θετική η απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα απαιτείτο συμπλήρωση «Αναφέρετε την ονομασία του καταλόγου ή του πιστοποιητικού και τον σχετικό αριθμό εγγραφής ή πιστοποίησης, κατά περίπτωση: - Εάν το πιστοποιητικό εγγραφής ή η πιστοποίηση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: - Αναφέρετε τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και κατά περίπτωση, την κατάταξη στον επίσημο κατάλογο - Η εγγραφή ή η πιστοποίηση καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής; Ναι / Όχι». Αμέσως μετά είχε περιληφθεί πεδίο προς απάντηση ως εξής: «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;», στο οποίο οι συμμετέχοντες έπρεπε να απαντήσουν «Ναι ή Όχι» και αν είχαν απαντήσει θετικά να απαντήσουν στα πεδία «Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Ναι / Όχι Διαδικτυακή Διεύθυνση - Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων - Αρχή ή Φορέας έκδοσης -». Στο ΕΕΣΣ τέλος που είχε περιληφθεί στα συνημμένα αρχεία του διαγωνισμού στο Μέρος III: Λόγοι αποκλεισμού Β: Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, είχαν περιληφθεί τα εξής πεδία «Καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης: Καταβολή φόρων Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων, τόσο στη χώρα στην οποία είναι εγκατεστημένος όσο και στο κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης; Απάντηση: Ναι / Όχι» «Ο οικονομικός φορέας 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; Ναι / Όχι», «Καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, τόσο στη χώρα

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

στην οποία είναι εγκατεστημένος όσο και στο κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης; Απάντηση: Ναι / Όχι» και «Ο οικονομικός φορέας 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; Ναι / Όχι».

28. Επειδή, όπως προκύπτει από τον φάκελο της προσφοράς της εταιρείας ..., κατά τη συμπλήρωση του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε και, συγκεκριμένα, στην παράγραφο Α: "Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα", στο βασικό ερώτημα: «Κατά περίπτωση, ο οικονομικός «φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος {προλεπιλογής}]», είχε δοθεί καταφατική απάντηση "ΝΑΙ" και είχε δηλωθεί ως τέτοιο μητρώο το «Πρωτοδικείο ... «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΣΥΣΤΑΣΗΣ» αριθμ. κατάθεσης: ... ειδικό αριθμ. κατάθεσης: ... έτος κατάθεσης: 2010 αριθμ. μητρώου ... Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο ... Γ.Ε. Μ.Η. «ΓΕΝΙΚΟ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ» Αριθμ. Γ.Ε.Μ.Η. : ... (27.11.2012)» Τούτο είχε ως αποτέλεσμα να μην ενεργοποιηθούν και, κατά συνεκδοχήν, να μην συμπληρωθεί το επόμενο πεδίο ερωτήσεων, όπως αυτό περιγράφηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας [: «Ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να την πάρει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν;»].

29. Επειδή, από τις προεκτεθείσες διατάξεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου και της διακήρυξης, συνάγεται ότι, με το Μέρος II.A. του Ε.Ε.Ε.Σ. ζητείται από τον οικονομικό φορέα να παραθέσει τις πληροφορίες που κρίνονται απαραίτητες για την αξιολόγηση της συμμετοχής του στο διαγωνισμό σχετικά με την τήρηση των υποχρεώσεών του για την καταβολή των εισφορών κοινωνικής

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

ασφάλισης και φόρων. Στα πλαίσια αυτά, κάθε οικονομικός φορέας, με τα δικαιολογητικά συμμετοχής του έπρεπε να υποβάλει ΕΕΕΣ, στο οποίο, μεταξύ άλλων, όφειλε να δηλώσει ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και, επιπλέον, ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 1.2.1.1 γ) και 4 της διακήρυξης σε συνδυασμό με το σχέδιο ΕΕΕΣ που είχε περιληφθεί στα συνημμένα αρχεία του διαγωνισμού. Επομένως, με την υποβολή της προσφοράς δεν ήταν απαιτούμενο να υποβληθούν και τα σχετικά πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, τα οποία όφειλε να καταθέσει μόνον ο προσωρινός ανάδοχος, όμως κάθε διαγωνιζόμενος ήταν υποχρεωμένος να συμπληρώσει στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ ότι δεν συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του και ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει τα σχετικά πιστοποιητικά κατά τους όρους της διακήρυξης, σε αντίθετη, δε, περίπτωση, ο υποψήφιος θα είχε παραλείψει να δηλώσει επί ποινή απόρριψης στοιχεία της προσφοράς του. Και τούτο διότι 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, μεταξύ των οποίων και η ορθή συμπλήρωση και υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. και δεδομένου ότι οι όροι αυτοί αποτελούν έκφανση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο σύνταξης γενικά των προσφορών στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης των δημόσιων συμβάσεων και αποσκοπούν στην υποβολή υποψηφιοτήτων με συγκεκριμένη εξαρχής προσφορά, στην ύπαρξη διαφάνειας και στην ευχερή εξέταση, σύγκριση και αξιολόγηση των προσφορών, προκειμένου η Επιτροπή Διενέργειας, αφού συνεκτιμήσει τα ως άνω στοιχεία, να αποφασίσει εάν τίθεται ζήτημα αξιοπιστίας και ακεραιότητάς της και να προβεί στον αποκλεισμό της ή

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

όχι από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού (πρβλ. ΔΕφΑθηνών 241/2020, σκ. 14). Επομένως, η απάντηση «ΝΑΙ» της εταιρείας ... στην ερώτηση του ΕΕΕΣ: «Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής];» έστω και εκ παραδρομής, με επίκληση της εγγραφής του φορέα στο Πρωτοδικείο Αθηνών και στο ΓΕΜΗ, που συνεπάγεται τη μη εμφάνιση του ερωτήματος περί δέσμευσης του φορέα αυτού για προσκόμιση των σχετικών πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, καθιστά το ΕΕΕΣ μη σύμφωνο με τους όρους της διακήρυξης και η μη ρητή ανάληψη της δέσμευσης του υποψηφίου να προσκομίσει τα ανωτέρω πιστοποιητικά συνιστά παράλειψη δήλωσης επί ποινή απόρριψης στοιχείων της προσφοράς της που καθιστά την τελευταία απορριπτέα, αφού, η πιο πάνω παράλειψη στο υποβληθέν από την εταιρεία αυτή ΕΕΕΣ δεν μπορούσε να αναπληρωθεί με άλλον τρόπο, πλην της αντικατάστασης του ΕΕΕΣ με νέο προς άρση της παράλειψης, όσον αφορά τα επίμαχα πεδία, ώστε να περιέχει τις παραληφθείσες δηλώσεις ή με την υποβολή επιπλέον εγγράφου, όπως υπεύθυνης δήλωσης, ενώ, κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στο άρθρο 102 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που δεν έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 135/2016, πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.), ιδίως του ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως το ΕΕΕΣ. Άλλωστε, με την παροχή της δυνατότητας να συμπληρωθεί η παραληφθείσα δήλωση, ακόμα και με δικαιολογητικά που έχει την ίδια φύση με το ΕΕΕΣ (υπεύθυνη δήλωση) θα εισαγόταν αναμφίβολα διάκριση, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και έχει ως συνέπεια την ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. Κατ' ακολουθία, η εταιρεία ... δεν προαπέδειξε κατά τους όρους της διακήρυξης ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού περί αθέτησης φορολογικών και κοινωνικοασφαλιστικών υποχρεώσεων της, σε κάθε

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

περίπτωση προσκόμισε ΕΕΕΣ μη νόμιμα συνταγμένο και με ελλιπές περιεχόμενο. Εξάλλου, η αρνητική απάντηση της ... στο Μέρος II, πεδίο Β, όπου τίθενται τα εξής δύο ερωτήματα : «Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά στην καταβολή φόρων, τόσο στη χώρα που είναι εγκατεστημένος, όσο και στο Κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης;» και : «Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά στην καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, τόσο στη χώρα που είναι εγκατεστημένος, όσο και στο Κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης'», όπου αυτή απάντησε και στα δύο ερωτήματα, ρητώς, «ΟΧΙ», δεν έχει ως συνέπεια να θεωρείται ότι δεν υφίσταται παραβίαση των σχετικών με την ορθή συμπλήρωση του επίμαχου ειδικού πεδίου στο ΕΕΕΣ από τον οικονομικό φορέα ή ότι αυτή απαλλάσσεται από την υποχρέωση να παράσχει και να δηλώσει όλες τις πληροφορίες που ζητούνται από το Ε.Ε.Ε.Σ., οι οποίες, όπως προκύπτει από τη διατύπωση των οικείων ερωτημάτων, ούτε περιορίζονται ούτε εξαντλούνται στο εάν ο οικονομικός φορέας είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος ή όχι, ενόψει του ότι, κατά τα προεκτεθέντα, το Ε.Ε.Ε.Σ. διέθετε το προαναφερόμενο ειδικό πεδίο : [«Ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να την πάρει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν;»], το οποίο όφειλε να συμπληρώσει η εταιρεία αυτή - απαντώντας στα προηγούμενα ερωτήματα κατά τρόπο ώστε να ενεργοποιηθεί το πεδίο αυτό (πρβλ. ΔΕφΑθηνών 241/2020, ο.π.). Εν πάση δε περιπτώσει, αν ετίθετο αμφιβολία ως προς την ορθή συμπλήρωση των πεδίων ή αμφισβήτησης ως προς την ορθή διάρθρωση των ερωτημάτων του Ε.Ε.Ε.Σ. - το οποίο είχε αναρτηθεί στα συνημμένα αρχεία του διαγωνισμού με τη διακήρυξη και τέθηκε υπ' όψιν των ενδιαφερομένων κατά τρόπο ώστε να είναι δυνατή η εξέταση και διερεύνηση του περιεχομένου του -, η εταιρεία ... μπορούσε να ζητήσει την παροχή διευκρινίσεων ή, αντίστοιχα, να προσβάλει τη διακήρυξη, το οποίο, όμως, δεν

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

έπραξε (πρβλ. ΔΕΦΑθηνών 241/2020, ο.π.). Κατ' ακολουθία, μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας ... παρόλο που προσκόμισε ΕΕΕΣ μη νομίμως συντεταγμένο και με ελλιπές περιεχόμενο, αφού δεν προαπέδειξε, κατά τους όρους της διακήρυξης, ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού περί αθέτησης «φορολογικών και κοινωνικοασφαλιστικών υποχρεώσεων της». Τούτων, έπεται ότι ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής κατά το μέρος της που στρέφεται σε βάρος της προσφοράς της εταιρείας ... πρέπει να γίνει δεκτός.

30. Επειδή, περαιτέρω, σε σχέση με την προσφορά της ..., η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει ταυτόσημους ισχυρισμούς με αυτούς που προέβαλε και σε βάρος της προσφοράς της εταιρείας Και σχετικώς με τον ισχυρισμό ότι και η προσφορά της ... δεν έπρεπε να γίνει δεκτή, διότι παρέλειψε να υποβάλει στον ηλεκτρονικό φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ το αρχείο ΕΕΕΣ σε μορφή .xml, ισχύουν mutatis mutandis όσα γίνονται δεκτά στις σκέψεις 21 και 22 της παρούσας, συνεπώς ο εν λόγω ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, σχετικώς όμως με τον ισχυρισμό ότι στο υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ, στο ερώτημα εάν είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής φόρων και ασφαλιστικών εισφορών, απάντησε αρνητικά, ισχύουν επίσης όσα γίνονται δεκτά στις σκέψεις 24 έως 29 της παρούσας και ο εν λόγω ισχυρισμός θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Και τούτο, διότι όπως προκύπτει από τον φάκελο της προσφοράς της ..., κατά τη συμπλήρωση του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε και, συγκεκριμένα, στην παράγραφο Α: "Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα", στο ερώτημα: «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;» απάντησε αρνητικά. Κατά συνέπεια, η άρνηση δέσμευσης της ... ότι θα προσκομίσει τα ανωτέρω πιστοποιητικά συνιστά παράλειψη δήλωσης επί ποινή απόρριψης στοιχείων της προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

της που καθιστά την τελευταία απορριπτέα, αφού, η πιο πάνω παράλειψη στο υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ δεν μπορούσε να αναπληρωθεί με άλλον τρόπο, πλην της αντικατάστασής του ΕΕΕΣ με νέο προς άρση της παράλειψης, όσον αφορά τα επίμαχα πεδία, ώστε να περιέχει τις παραληφθείσες δηλώσεις ή με την υποβολή επιπλέον εγγράφου, όπως υπεύθυνης δήλωσης, ενώ, κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στο άρθρο 102 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που δεν έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 135/2016, πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.), ιδίως του ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως το ΕΕΕΣ. Εξάλλου, η αρνητική απάντηση της ... στο Μέρος II, πεδίο Β του ΕΕΕΣ που υπέβαλε, όπου τίθενται τα εξής δύο ερωτήματα : «Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά στην καταβολή φόρων, τόσο στη χώρα που είναι εγκατεστημένος, όσο και στο Κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης;» και : «Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά στην καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, τόσο στη χώρα που είναι εγκατεστημένος, όσο και στο Κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης», όπου αυτή απάντησε και στα δύο ερωτήματα, ρητώς, «ΟΧΙ», δεν έχει ως συνέπεια να θεωρείται ότι δεν υφίσταται παραβίαση των σχετικών με την ορθή συμπλήρωση του επίμαχου ως άνω ειδικού πεδίου στο ΕΕΕΣ από τον οικονομικό φορέα ή ότι αυτός απαλλάσσεται από την υποχρέωση να παράσχει και να δηλώσει όλες τις πληροφορίες που ζητούνται από το Ε.Ε.Ε.Σ., οι οποίες, όπως προκύπτει από τη διατύπωση των οικείων ερωτημάτων, ούτε περιορίζονται ούτε εξαντλούνται στο εάν ο οικονομικός φορέας είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος ή όχι, ενόψει του ότι, κατά τα προεκτεθέντα, το Ε.Ε.Ε.Σ. διέθετε το προαναφερόμενο ειδικό πεδίο. Κατ' ακολουθία, μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά της ... παρόλο που προσκόμισε ΕΕΕΣ μη νομίμως συντεταγμένο και αφού, δεν προαπέδειξε, κατά τους όρους της διακήρυξης, ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού περί αθέτησης «φορολογικών και

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

κοινωνικοασφαλιστικών» υποχρεώσεών της. Τούτων, έπεται ότι ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής κατά το μέρος της που στρέφεται σε βάρος της προσφοράς της ... πρέπει να γίνει δεκτός.

31. Επειδή, εξάλλου, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις σύμφωνα με τα οποία μη νομίμως έγιναν αποδεκτές οι προσφορές της εταιρείας ... και της ..., για τους ίδιους λόγους (σκέψεις 24 έως 30 της παρούσας), πρέπει να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της δεύτερης προσφεύγουσας ότι μη νομίμως έγινε δεκτή προσφορά της τρίτης παρεμβαίνουσας ..., αφού η εταιρεία αυτή δήλωσε με το υποβληθέν με την προσφορά της ΕΕΕΣ ότι είναι εγγεγραμμένη στο εθνικό σύστημα προεπιλογής, αναφέροντας την εγγραφή της στο οικείο Επιμελητήριο, παραλείποντας να απαντήσει περί της δέσμευσής της για προσκόμιση των απαιτούμενων πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας. Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από τον φάκελο της προσφοράς της εταιρείας ..., κατά τη συμπλήρωση του Μέρους ΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε και, συγκεκριμένα, στην παράγραφο Α: "Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα", στο ερώτημα: «Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής];» έστω και εκ παραδρομής, με επίκληση της εγγραφής της στο ΕΒΕΑ και το ΓΕΜΗ, η εταιρεία ... απάντησε θετικά, με αποτέλεσμα τη μη εμφάνιση του ερωτήματος περί δέσμευσής της για προσκόμιση των σχετικών πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, και συνακόλουθα το ΕΕΕΣ της κατέστη μη σύμφωνο με τους όρους της διακήρυξης και η μη ρητή ανάληψη της δέσμευσής της να προσκομίσει τα ανωτέρω πιστοποιητικά συνιστά παράλειψη δήλωσης επί ποινή απόρριψης στοιχείων της προσφοράς της που καθιστά την τελευταία απορριπτέα, αφού, η πιο πάνω παράλειψη στο υποβληθέν από την εταιρεία αυτή ΕΕΕΣ δεν μπορούσε να αναπληρωθεί με άλλον τρόπο, πλην της αντικατάστασής του ΕΕΕΣ με νέο προς άρση της παράλειψης, όσον αφορά τα επίμαχα πεδία, ώστε να περιέχει τις παραληφθείσες δηλώσεις ή με την υποβολή επιπλέον εγγράφου, όπως υπεύθυνης δήλωσης, ενώ, κατά τα ρητώς

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

προβλεπόμενα στο άρθρο 102 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που δεν έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 135/2016, πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.), ιδίως του ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως το ΕΕΕΣ. Η ως άνω παράλειψη άλλωστε δεν μπορούσε να συμπληρωθεί ούτε και με δικαιολογητικό που έχει την ίδια φύση με το ΕΕΕΣ (υπεύθυνη δήλωση) καθώς θα συνιστούσε αναμφίβολα διάκριση, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και έχει ως συνέπεια την ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. Κατ' ακολουθία, η εταιρεία ... δεν προαπέδειξε κατά τους όρους της διακήρυξης ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού περί αθέτησης φορολογικών και κοινωνικοασφαλιστικών υποχρεώσεων της, σε κάθε περίπτωση προσκόμισε ΕΕΕΣ μη νόμιμα συνταγμένο και με ελλιπές περιεχόμενο. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Εξάλλου, η αρνητική απάντηση της στο Μέρος II, πεδίο Β, όπου τίθενται τα εξής δύο ερωτήματα : «Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά στην καταβολή φόρων, τόσο στη χώρα που είναι εγκατεστημένος, όσο και στο Κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης;» και : «Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά στην καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, τόσο στη χώρα που είναι εγκατεστημένος, όσο και στο Κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης», όπου αυτή απάντησε και στα δύο ερωτήματα, ρητώς, «ΟΧΙ», δεν έχει ως συνέπεια να θεωρείται ότι δεν υφίσταται παραβίαση των σχετικών με την ορθή συμπλήρωση του επίμαχου ειδικού πεδίου στο ΕΕΕΣ από αυτήν ή ότι απαλλάσσεται από την υποχρέωση να παράσχει και να δηλώσει όλες τις πληροφορίες που ζητούνται από το Ε.Ε.Ε.Σ., οι οποίες, όπως προκύπτει από τη διατύπωση των οικείων ερωτημάτων, ούτε περιορίζονται ούτε εξαντλούνται στο εάν ο οικονομικός φορέας είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος ή όχι, ενόψει του ότι, κατά τα προεκτεθέντα, το

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

Ε.Ε.Ε.Σ. διέθετε το προαναφερόμενο ειδικό πεδίο : [«Ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να την πάρει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν;»], το οποίο όφειλε να συμπληρώσει η εταιρεία αυτή - απαντώντας στα προηγούμενα ερωτήματα κατά τρόπο ώστε να ενεργοποιηθεί το πεδίο αυτό (πρβλ. ΔΕφΑθηνών 241/2020, ο.π.). Εν πάση δε περιπτώσει, σε περίπτωση αμφιβολίας ως προς την ορθή συμπλήρωση των πεδίων ή αμφισβήτησης ως προς την ορθή διάρθρωση των ερωτημάτων του Ε.Ε.Ε.Σ. -το οποίο είχε αναρτηθεί στα συνημμένα αρχεία του διαγωνισμού με τη διακήρυξη και τέθηκε υπ' όψιν των ενδιαφερομένων κατά τρόπο ώστε να είναι δυνατή η εξέταση και διερεύνηση του περιεχομένου του-, η εταιρεία ... μπορούσε να ζητήσει την παροχή διευκρινίσεων ή, αντίστοιχα, να προσβάλει τη διακήρυξη, το οποίο, όμως, δεν έπραξε (πρβλ. ΔΕφΑθηνών 241/2020, ο.π.). Κατ' ακολουθία, μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας ... παρόλο που προσκόμισε ΕΕΕΣ μη νομίμως συντεταγμένο και με ελλιπές περιεχόμενο, αφού, δεν προαπέδειξε, κατά τους όρους της διακήρυξης, ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού περί αθέτησης «φορολογικών και κοινωνικοασφαλιστικών υποχρεώσεων της. Τούτων έπεται ότι η δεύτερη προσφυγή κατά το μέρος της που στρέφεται σε βάρος της προσφοράς της εταιρείας ... πρέπει να γίνει δεκτή.

32. Επειδή, αντιθέτως, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις σκέψεις 21 και 22 της παρούσας σε σχέση με τον ισχυρισμό ότι η προσφορά της εταιρείας ... δεν έπρεπε να γίνει δεκτή, διότι παρέλειψε να υποβάλει στον ηλεκτρονικό φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ το αρχείο ΕΕΕΣ σε μορφή .xml, ισχυρισμός που κρίθηκε απορριπτέος ως αβάσιμος, η δεύτερη προσφυγή, κατά το μέρος που με ταυτόσημους απολύτως ισχυρισμούς στρέφεται κατά της προσφοράς του τέταρτου παρεμβαίνοντος ..., ως ασκούντος και εκπροσώπου ... και με τον διακριτικό τίτλο «...», πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη. Και τούτο, διότι όπως

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

γίνεται δεκτό στην 21^η σκέψη της παρούσας, η αναγωγή της συγκεκριμένης μορφής αρχείου (.xml) σε στοιχείο συστατικό αυτού, υπό την έννοια ότι αν δεν υποβληθεί σε αυτή τη μορφή το ΕΕΕΣ θεωρείται ανυπόστατο ή μη υποβληθέν, τη στιγμή μάλιστα που το ίδιο έντυπο έχει ούτως ή άλλως υποβληθεί σε ηλεκτρονική μορφή ως αρχείο PDF, δεν βρίσκει έρεισμα στο Νόμο, στην προκειμένη δε περίπτωση η εν λόγω παράλειψη δεν θα μπορούσε να άγει σε αποκλεισμό του ως άνω οικονομικού φορέα και λόγω της αμφισημίας που προκαλείται από την ίδια τη διακήρυξη, σχετικά με την πραγματική έννοια της υποχρεωτικής υποβολής του εντύπου τόσο σε XML όσο και σε PDF μορφή. Τούτο δε, διότι αφενός μεν, συγχρόνως με την απαίτηση της διακήρυξης για υποβολή του ΕΕΕΣ και στις δύο μορφές ζητείται και η υποχρεωτική ψηφιακή υπογραφή του (η οποία πράγματι από το Νόμο ανάγεται σε συστατικό τύπο του εντύπου) και η οποία δεν είναι δυνατή στη μορφή αρχείου XML αλλά μόνο στη μορφή αρχείου PDF κι, αφετέρου διότι στο προτελευταίο εδάφιο του άρθρου 1.2.1.1 της διακήρυξης, ορίζεται ότι η αξιολόγηση του ΕΕΕΣ θα γίνει είτε στη μία είτε στην άλλη μορφή αρχείου και όχι και στις δύο μορφές αυτού («Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, αξιολογεί το ΕΕΕΣ είτε με τη χρήση του αρχείου .pdf είτε με την τηλεφόρτωση του αρχείου .xml στην ιστοσελίδα που το δημιούργησε (<https://esp dint.eprocurement.gov.gr/>). ...»).

33. Επειδή, εξάλλου, για τους ίδιους ως άνω λόγους που δεν επαναλαμβάνονται προς αποφυγήν ασκόπων επαναλήψεων απορριπτέος είναι ο ταυτόσημος ισχυρισμός της δεύτερης προσφεύγουσας σε βάρος της προσφοράς της προσφοράς της Σε βάρος της προσφοράς της ως άνω εταιρείας, ωστόσο, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί και διότι στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στο Μέρος IV : Κριτήρια Επιλογής υπό στοιχείο Γ' Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, στο πεδίο «Μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικός εξοπλισμός. Ο οικονομικός φορέας θα έχει στη διάθεσή του τα ακόλουθα μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης: Παρακαλώ περιγράψτε», η ως άνω εταιρεία απαντά «ΒΛΕΠΕ ΤΕΧΝΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗ 10 ΚΕΦ ΦΑΚΕΛΟΣ Α

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΦΟΡΑ...», κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας αλλά και του άρθρου 1.2.1.1. της Διακήρυξης.

34. Επειδή, σε σχέση με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, το άρθρο 1.2.1.1 της διακήρυξης, προβλέπει τα εξής: «... γ) Ελάχιστες Προϋποθέσεις Συμμετοχής Ο υποψήφιος Ανάδοχος θα πρέπει να πληροί τις παρακάτω ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής στο Διαγωνισμό, πέραν των οριζομένων στο σημείο 4 του παρόντος άρθρου. Τα στοιχεία τεκμηρίωσης θα δοθούν στο στάδιο της κατάθεσης δικαιολογητικών κατακύρωσης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο σημείο 4 του παρόντος άρθρου (πλην του ασφαλιστηρίου συμβολαίου που θα κατατεθεί ως ορίζεται κατωτέρω). Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις του παρόντος άρθρου, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το ΕΕΕΣ/ΕΕΕΠ, στο οποίο θα πρέπει να συμπληρωθούν τα απαιτούμενα πεδία. Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να έχουν: - Πιστοποιητικό ISO 9001 ή άλλο ισοδύναμο για το σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας - Πιστοποιητικό ISO 27001 ή άλλο ισοδύναμο για το σύστημα Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών Να έχουν συνολικό κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (ή για όσο χρόνο δραστηριοποιούνται, εφόσον αυτός είναι μικρότερος), μεγαλύτερο από το 100% της προϋπολογισθείσας δαπάνης μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ (περιλαμβανόμενου του δικαιώματος προαίρεσης). Απαιτείται αντίγραφο ή απόσπασμα ισολογισμών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων σε περίπτωση που υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών ή Υπεύθυνη Δήλωση του Ν.1599/1986, του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών τα τρία (3) τελευταία χρόνια, σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών, στην οποία θα δηλώνουν το γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών (όλες οι δραστηριότητες) ανά έτος συμπεριλαμβανομένου των αντίστοιχων αντιγράφων των φορολογικών δηλώσεων ή των εκκαθαριστικών σημειωμάτων ή των εντύπων Ε3 και Ε5 για το χρονικό διάστημα που αντιστοιχεί στις τρεις (3) χρήσεις ή για όσο διάστημα δραστηριοποιείται εφόσον αυτό είναι μικρότερο, προς επιβεβαίωση του περιεχομένου της ως άνω Υπεύθυνης Δήλωσης. Να

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

προσκομίσουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο 10 ημέρες από την έναρξη παροχής υπηρεσιών με βάση την σύμβαση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο παρ. Α. Να διαθέτουν κατάλογο στον οποίο να αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις παροχής παρόμοιων υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημοσίου ή ιδιωτικού παραλήπτη». Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της διακήρυξης, δεν προκύπτει ότι για τη νόμιμη συμμετοχή στον διαγωνισμό οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν συγκεκριμένο εξοπλισμό, μηχανήματα ή εγκαταστάσεις, ούτε, άλλωστε στο άρθρο 4 της διακήρυξης προβλέπεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει για την ανάθεση της σύμβασης οιοδήποτε σχετικό δικαιολογητικό. Και ναι, μεν στο σχέδιο ΕΕΕΣ που είχε συμπεριληφθεί στα έγγραφα του διαγωνισμού με τη διακήρυξη, στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, έχει περιληφθεί πεδίο «Μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικός εξοπλισμός. Ο οικονομικός φορέας θα έχει στη διάθεσή του τα ακόλουθα μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης: Παρακαλώ περιγράψτε -», ενόψει της φύσης, όμως, του ΕΕΕΣ όμως ως μέσου προαπόδειξης πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού για κάθε διαγωνιστική διαδικασία, η συμπλήρωσή του συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη, αίτηση συμμετοχής κλπ) της εκάστοτε διαδικασίας. Ως εκ τούτου, δεν θα ήταν νόμιμος ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα λόγω μη συμπλήρωσης ή εσφαλμένης συμπλήρωσης από αυτόν πεδίων του ΕΕΕΣ, τα οποία αφορούν σε στοιχεία που δεν συνδέονται με όρους της διακήρυξης, ιδίως δε τους όρους σχετικά με τα τεθέντα κριτήρια επιλογής και τους λόγους αποκλεισμού, ακόμη και αν τα εν λόγω πεδία, εκ παραδρομής, έχουν παραμείνει στο διαμορφωθέν από την αναθέτουσα αρχή ΕΕΕΣ. Ενόψει των ανωτέρω, με την απάντηση της ... στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στο Μέρος IV : Κριτήρια Επιλογής υπό στοιχείο Γ' Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, στο έντυπο της ενημερωμένης υπεύθυνης δήλωσης εισάγεται πεδίο «Μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικός εξοπλισμός. Ο οικονομικός φορέας θα έχει στη διάθεσή του τα ακόλουθα μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό για

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

την εκτέλεση της σύμβασης: Παρακαλώ περιγράψτε», «ΒΛΕΠΕ ΤΕΧΝΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗ 10 ΚΕΦ ΦΑΚΕΛΟΣ Α ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΦΟΡΑ...», η ως άνω εταιρεία δεν παρέλειψε να προαποδείξει κατά τους όρους της διακήρυξης ότι θα διαθέτει τον απαιτούμενο εξοπλισμό, μηχανήματα ή εγκαταστάσεις, γιατί η διακήρυξη δεν περιείχε ρητώς τέτοια απαίτηση ως όρο νόμιμης συμμετοχής στον διαγωνισμό και συνακόλουθα το ΕΕΕΣ που προσκόμισε δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ήταν μη νόμιμα συνταγμένο και με ελλιπές περιεχόμενο. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η δεύτερη προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Και υπό την εκδοχή, εξάλλου, ότι στο Παράρτημα Α΄ της διακήρυξης καθιερώνεται υποχρέωση κάθε συμμετέχων να διαθέτει κατάλληλη τεχνική υποδομή (π.χ. εξοπλισμό, μηχανήματα, εγκαταστάσεις), οργάνωση, δομή και προσωπικό επαρκές σε πλήθος και δεξιότητες, ώστε να είναι ικανός να αντεπεξέλθει πλήρως, άρτια και ολοκληρωμένα, στις απαιτήσεις των υπό ανάθεση υπηρεσιών, η απαίτηση αυτή, ως περιεχόμενη στις Τεχνικές Προδιαγραφές της σύμβασης, χωρίς αμφιβολία ανάγεται στους όρους συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς με τις προδιαγραφές, συνεπώς η συμπερίληψη των σχετικών με τα μηχανήματα και τον εξοπλισμό αναφορών στην Τεχνική Μελέτη της ... ήταν ενταγμένη στον ορθό φάκελο της προσφοράς (Τεχνική Προσφορά) η δε σχετική αναφορά στο ΕΕΕΣ ήταν κατά τα άνω χωρίς νομική επιρροή. Τούτων, έπεται ότι και ο δεύτερος λόγος της δεύτερης προσφεύγουσας σε βάρος της προσφοράς της προσφοράς της ... πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

35. Επειδή, τέλος, με τη δεύτερη προσφυγή, η ... βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης και κατά το μέρος με το οποίο η προσφορά της ... (πρώτης προσφεύγουσας) δεν απορρίφθηκε και για τον λόγο ότι αφού δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι έχει παραβεί τη νομοθεσία περί σύναψης δημοσίων συμβάσεων, δια της απόκρυψης πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση απουσίας λόγων αποκλεισμού σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, συνέτρεχε στο πρόσωπό της ο προβλεπόμενος στην περίπτωση ζ΄ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 λόγος αποκλεισμού και συνεπώς η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί και για τον λόγο αυτό. Τις αιτιάσεις τις

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

αυτές πρέπει να γίνει δεκτό ότι η δεύτερη προσφεύγουσα εγείρει με έννομο συμφέρον σε βάρος της πρώτης προσφεύγουσας εταιρείας Και τούτο, διότι ενόψει του γεγονότος ότι η εταιρεία ... νομίμως και παραδεκτώς προσέβαλε την πράξη αποκλεισμού της, συνεπώς δεν μπορεί να θεωρηθεί οριστικώς αποκλεισθείσα, αφενός της δίδει το δικαίωμα να προσβάλει κάθε επόμενη πράξη του διαγωνισμού, και πιο συγκεκριμένα να βάλλει κατά της νομιμότητας συμμετοχής της δεύτερης προσφεύγουσας σε κάθε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και, αφετέρου, αν ήθελε γίνει δεκτή η προσφυγή της ή αίτηση αναστολής και ακύρωσης σε περίπτωση απόρριψής της, στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού (αξιολόγηση οικονομικών προσφορών) θα συντρέξουν αμφότερες οι συμμετέχουσες, με αποτέλεσμα οι πιθανότητες ανακηρύξεως της προσφοράς της δεύτερης προσφεύγουσας ως συμφερότερης να είναι προφανώς ολιγότερες εν συγκρίσει με εκείνες που θα είχε εάν μετείχε, χωρίς τη συμμετοχή της Η αναγνώριση εννόμου συμφέροντος, εξάλλου, στη δεύτερη προσφεύγουσα να προβάλλει νέες αιτιάσεις για τον αποκλεισμό της ήδη αποκλεισθείσας συνδιαγωνιζόμενης της εταιρείας ... φαίνεται να συμβαδίζει με τα κριθέντα από το ΔΕΕ στην απόφασή του C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, στην οποία γίνεται δεκτό ότι ενόψει της ανάγκης τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ως άνω απόφασης του ΔΕΕ). Υπό το φως των κριθέντων με την ως άνω απόφαση του ΔΕΕ, η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής στην δεύτερη προσφεύγουσα σε βάρος της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας, υπό τα περιστατικά που συντρέχουν στην επίμαχη διαδικασία, ελλείπει άμεσης βλάβης από την προσβαλλόμενη πράξη, δεν

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

φαίνεται ότι συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα στην αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας.

36. Επειδή, εξάλλου, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, παρεμβαίνει η εταιρεία ... με την από 29-10-2020, αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ αυθημερόν παρέμβασή της. Και ναι μεν, κατά τις ως άνω διατάξεις, ο παρεμβαίνων ασκεί παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, ωστόσο, στην προκειμένη περίπτωση πρέπει να γίνει δεκτό ότι με έννομο συμφέρον η εταιρεία ... ασκεί την υπό κρίση παρέμβασή της προς απόρριψη της δεύτερης προσφυγής, χωρίς ασφαλώς να νοείται ότι αξιώνεται η διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης που απέρριψε την προσφορά της, διότι ενόψει της προσβολής της αιτιολογίας με την οποία απορρίφθηκε αυτή (η προσφορά της) με την πρώτη προσφυγή της ίδιας της ..., η τυχόν αποδοχή της δεύτερης προσφυγής με την οποία επιδιώκεται να κριθεί ότι η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί και για επιπλέον λόγους από αυτούς για τους οποίους απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη, έχει τον κίνδυνο να μεταβληθεί επί ζημία της το αρχικώς ευνοϊκό για αυτήν αποτέλεσμα επί αποδοχής της δικής της προσφυγής.

37. Επειδή, με τον σε βάρος της προσφοράς της ... προβαλλόμενο λόγο της δεύτερης κρινόμενης προσφυγής, η εταιρεία ... κατ' ουσίαν ισχυρίζεται ότι αφού η ... τις περιπτώσεις αποκλεισμού της από παλαιότερες διαδικασίες, μεταξύ άλλων και λόγω απόκρυψης πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού δεν τις δήλωσε στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε, αλλά σε ξεχωριστή υπεύθυνη δήλωση, δεν προαπέδειξε την απουσία του προβλεπόμενου στην περίπτωση ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 λόγου αποκλεισμού, κατά τους όρους της διακήρυξης και συνεπώς δεν ήταν επιτρεπτή η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, αφού παρέβη ουσιώδη όρο του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, με αποτέλεσμα, η προσφορά της να καθίσταται απαράδεκτη και ως εκ τούτου απορριπτέα, κατ' εφαρμογή και της

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

αρχής τυπικότητας. Οι ως άνω ισχυρισμοί της δεύτερης προσφεύγουσας όμως είναι απορριπτέοι ως ερειδόμενοι επί ανύπαρκτης προϋπόθεσης. Και τούτο, διότι η διακήρυξη δεν καθιερώνει ως λόγο αποκλεισμού των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό την περίπτωση ζ) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ...», ούτε στο σχέδιο ΕΕΕΣ που είχε περιληφθεί στα έγγραφα του διαγωνισμού με τη διακήρυξη είχε περιληφθεί ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση σχετικά με τον ως άνω λόγο αποκλεισμού. Δοθέντος, ότι κατά τη γραμματική διατύπωση της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016, οι περιεχόμενες σε αυτήν περιπτώσεις λόγων αποκλεισμού είναι δυνητικές, με άλλα λόγια συνιστούν λόγους αποκλεισμού από μια διαδικασία μόνον όταν η αναθέτουσα αρχή με ρητή διάταξη στη διακήρυξη προβλέπει ότι οι συμμετέχοντες αποκλείονται όταν στο πρόσωπό τους συντρέχει μία από τις περιπτώσεις αυτές, δεν θα ήταν νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της ... με την αιτιολογία ότι αφού τις περιπτώσεις αποκλεισμού της από παλαιότερες διαδικασίες, μεταξύ άλλων και λόγω απόκρυψης πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού δεν τις δήλωσε στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε, αλλά σε ξεχωριστή υπεύθυνη δήλωση, δεν προαπέδειξε την απουσία του προβλεπόμενου στην περίπτωση ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 λόγου αποκλεισμού, κατά τους όρους της διακήρυξης. Και υπό την εκδοχή ότι υπήρχε σχετικό πεδίο στο ΕΕΕΣ ή ότι θα μπορούσε αυτό να συμπληρωθεί με σχετική δήλωση της ..., ούτε τότε θα ήταν νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της με την αιτιολογία ότι το ΕΕΕΣ που υπέβαλε ήταν ελλιπές ή πλημμελώς συμπληρωμένο, σε πεδία ή δηλώσεις που δεν συνδέονται με όρους της διακήρυξης, ιδίως δε με τους όρους σχετικά με τους τεθέντες λόγους αποκλεισμού, γιατί η διακήρυξη δεν περιείχε τον προβλεπόμενο στην περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 λόγο αποκλεισμού, ώστε να απαιτείται οι διαγωνιζόμενοι να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ τους ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό τους και συνακόλουθα το ΕΕΕΣ που η ... προσκόμισε δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ήταν μη νόμιμα συνταγμένο και με ελλιπές περιεχόμενο, κατά τα άνω. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η δεύτερη προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

38. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η πρώτη κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η δε επ' αυτής ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί. Περαιτέρω, η δεύτερη κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, η πρώτη δε επ' αυτής ασκηθείσα παρέμβαση ομοίως πρέπει να γίνει δεκτή, ενώ οι λοιπές πρέπει να απορριφθούν.

39. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, τα παράβολα που κατέθεσαν και οι δύο προσφεύγουσες πρέπει να τους επιστραφούν, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1481/16-10-2020 προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...»

Απορρίπτει την επ' αυτής παρέμβαση της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...»

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1491/19-10-2020 προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...»

Δέχεται την επ' αυτής παρέμβαση της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...»

Απορρίπτει τις επ' αυτής παρεμβάσεις α) της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «...» και β) του ..., ως ασκούντος και εκπροσώπου ... και με τον διακριτικό τίτλο «...»

Αριθμός απόφασης: 1639, 1640 / 2020

Ακυρώνει τη με αριθμό 1316/2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., με την οποία εγκρίνονται τα από 31.07.2020 υπό τον αριθμό 1 και από 23.09.2009 υπό τον αριθμό 2, σχετικά με την αποσφράγιση, τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών Πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «Υπηρεσίες Φύλαξης ...», για 1 έτος με δικαίωμα προαίρεσης για 1 ακόμη έτος, κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της εταιρείας ... και κατά το μέρος που γίνονται δεκτές οι προσφορές α) της εταιρείας ... , β) του οικονομικού φορέα Αθηνά ... και γ) της εταιρείας ..., σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων, που κατέθεσαν οι προσφεύγουσες.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 14 Δεκεμβρίου 2020 από τον νέο Πρόεδρο του 2^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της με αριθμό 104/2020 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου

Α/Α

Μαρία Κατσαρού