

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23/10/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 1535/26.10.2020, της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και κατ' ιδίαν των μελών της, ήτοι : α. ***** 5) ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, (εφεξής συλλήβδην καλουμένων ως «προσφεύγουσα»).

Κατά του ***** (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενου και

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων «****» όπως νόμιμα εκπροσωπείται, αποτελούμενης από α) την ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται και β) το ****.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει α. να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. *****, και κάθε άλλη συναφής πράξη και παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ρητή ή σιωπηρή, μεταγενέστερη ή προγενέστερη, β) να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων και γ) να διαταχθούν τα νόμιμα.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης:1689/2020

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο (κατώτερο) e-παράβολο, ύψους ευρώ 600,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό ***** με αποδεικτικό της Εθνικής τράπεζας της 23.10.2020 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως αυτόματης δέσμευσης). Αναφορικά με την ένσταση απαραδέκτου που προβάλλει η παρεμβαίνουσα ως προς το προσκομισθέν παράβολο στο οποίο αναφέρεται ένα εκ των μελών της ένωσης θα πρέπει να επισημανθεί το εξής. Η έκδοση του παραβόλου κατά τεκμήριο λαμβάνει χώρα από έναν οικονομικό φορέα, η, δε, κατάθεση αυτού υπέρ και του έτερου μέλους συμμετέχουσας ένωσης, με τον οποίο ασκείται ομού η επίμαχη προσφυγή, τεκμαίρεται με την υποβολή του μετά της ασκηθείσας προσφυγής. Η αναφορά, δε, του ενός οικονομικού φορέα, ουδόλως περιορίζει τον σκοπό θέσπισής του που είναι η αποτροπή άσκησης παρελκυστικών προσφυγών, καθώς σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς, δύναται να καταπέσει. Άλλωστε, δεν υφίσταται ρητή σχετική μνεία στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο (αρ. 363 του Ν. 4412/2016), περί της υποχρέωσης αναφοράς αμφότερων των μελών προσφεύγουσας ένωσης στο σώμα του παραβόλου, αναφορά η οποία θα μπορούσε να περιληφθεί στο πεδίο αυτού που τιτλοφορείται «Παρατηρήσεις».

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. 3661 / 26 - 05 - 2020 Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονική ανοιχτή διαδικασία σύναψης σύμβασης, κάτω των ορίων, για την «*****», εκτιμώμενης αξίας 104.838,71 € πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 26-5-2020 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ *****) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος ****. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετέχουν δύο (2) οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα με την α/α συστήματος ***** προσφορά της και η παρεμβαίνουσα με την α/α ***** προσφορά αντίστοιχα. Σε συνέχεια αποσφράγισης των προσφορών και αποστολής την 7.7.2020 του πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης:1689/2020

απέστειλε στις 24.8.2020 προς τους συμμετέχοντες με τον αυτό τρόπο την υπ αρ. 127/2020 απόφασή της με την οποία εγκρίθηκε η ανάδειξη της «****», ως προσωρινού αναδόχου για την εκτέλεση του έργου: «*****», με ποσοστό μέσης έκπτωσης 37,69% πάνω στις τιμές του τιμολογίου της αριθ. 20/2018 μελέτης του έργου που συντάχθηκε από τη **** και δαπάνη για την εκτέλεσή του, ποσό 65.319,83€ με ΦΠΑ 24%. Εν συνεχεία την με αριθμ. Πρωτ. **** πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε προς την παρεμβαίνουσα αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με το κάτωθι περιεχόμενο «Σύμφωνα με το άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 έχει παρέλθει ο χρόνος άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της υπ' αριθμ. **** πράξης της αναθέτουσας αρχής για τον διαγωνισμό του θέματος και σας καλούμε να προσκομίσετε ΕΝΤΟΣ ΔΕΚΑ (10) ΗΜΕΡΩΝ, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 2 της διακήρυξης τα δικαιολογητικά που ορίζονται στο άρθρο 23.2-23.10 της εγκεκριμένης διακήρυξης του έργου προκειμένου να γίνει έλεγχος των δικαιολογητικών με τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο Τ.Ε.Υ.Δ. την ημέρα διεξαγωγής της δημοπρασίας.

Εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομιστούν σε πρωτότυπη μορφή στην αναθέτουσα αρχή, κατατίθενται σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο στο πρωτόκολλο του Δήμου». Αναταποκρινόμενη στην ανωτέρω πρόσκληση η προσφεύγουσα υπέβαλε ηλεκτρονικό φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης με τρεις διαδοχικές καταθέσεις μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δύο στις 10.09.2020 και μία στις 11.09.2020.

3. Επειδή, εν συνεχεία, μετά του με αριθμό πρωτ. 7773/13.10.2020 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκε αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) η υπ' αριθμ. Πρωτ. ***** της αναθέτουσας αρχής, η οποία ενέκρινε το από 25.09.2020 πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και κατακύρωσε τον ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου: «*****» στην ****»με

Αριθμός απόφασης:1689/2020

οικονομική προσφορά Εξήντα Πέντε Χιλιάδες Τριακόσια Δέκα Εννέα ευρώ και Ογδόντα Τρία λεπτά (65.319,83€) χωρίς ΦΠΑ, και μέση έκπτωση (37,69 %).

4. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 23.10.2020 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε αμφοτέρους τους συμμετέχοντες στις 13.10.2020 έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος από τον έτερο συμμετέχοντα, επιδιώκοντας την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού και ήδη αναδειχθέντος με την προσβαλλόμενη οριστικού αναδόχου, και την ανάληψη της εκτέλεσης της σύμβασης από τον ίδιο. Ωστόσο, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα, επικουρικώς, την μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης πράξης και δη την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθώς, εκφεύγει από την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 367 Ν.4412/2016 η καθ' υποκατάσταση της Αναθέτουσας αρχής έκδοση απόφασης που μεταρρυθμίζει την προσβαλλόμενη (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018). Περαιτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης καθώς και κατά το μέρος που αιτείται να διαταχθούν τα νόμιμα είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. ΙΙ Ε. Συν. 3220,3200,2822,2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής

Αριθμός απόφασης:1689/2020

«επικοινωνία», στις 26.10.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην παρεμβαίνουσα, η οποία θίγεται από την αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβει γνώση. Συνεπώς, η παρέμβαση της παρεμβαίνουσας επί της υπό εξέταση προσφυγής έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 4.11.2020, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν. Περαιτέρω, η ως άνω παρέμβαση ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία κατακυρώνεται η σύμβαση στην παρεμβαίνουσα.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 2.11.2020 τις με αρ. πρωτ. 8171/2.11.2020 απόψεις της επί της προσφυγής μετά συνημμένων εγγράφων μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ). Επισημαίνεται ότι τις απόψεις κοινοποίησε ομοίως μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ η αναθέτουσα αρχή στις 6.11.2020 στην προσφεύγουσα. Επί των εν λόγω απόψεων υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 17.11.2020 υπόμνημα.

9. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής
«ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεσμεύει τόσο την ίδια την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ενδεικτικώς ΣΤΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου και κυρίως των αρχών της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οι οποίες διέπουν κάθε διαγωνιστική διαδικασία, με επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη

Αριθμός απόφασης:1689/2020

προσφοράς ή/και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/αρχές. Περαιτέρω, όταν το περιεχόμενο της υποβληθείσης προσφοράς παρουσιάζει έλλειψη στοιχείου κατά παράβαση όρου της Διακήρυξης, για την οποία (παράβαση) η Διακήρυξη προβλέπει (άμεσα ή έμμεσα) ποινή αποκλεισμού, δεν υφίσταται δυνατότητα άρσεως της παραβάσεως από τον διαγωνιζόμενο κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών ούτε, βεβαίως, δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς άρση της παραβάσεως (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 184/2017, 867, 422/2009, 1319/2007).

Ειδικότερα, κρίνεται παγίως ότι η αρχή της τυπικότητας διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο σύνταξης, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή των διαγωνισμών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς σύγκρισης αυτών μεταξύ τους (ΣΤΕ 3084/2008, ΕΑ ΣΤΕ 1168/2007, ΕΑ ΣΤΕ 816/2007, ΔΕφΘεσ ΑΝ 39/2018, ΔΕφΚομ ΑΝ 1/2018, ΔΕφΧανίων ΑΝ 35/2017). Ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή) τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της Υπηρεσίας, όπως αυτές (οι υποδείξεις) εξειδικεύονται στη διακήρυξη. Εξάλλου, η μη συμμόρφωση διαγωνιζομένου προς την απαίτηση υποβολής της προσφοράς του κατά τον οριζόμενο στη διακήρυξη τρόπο καθιστά αυτήν (την προσφορά) απορριπτέα, έστω και αν αυτό δεν προβλέπεται ρητά (ΣΤΕ 3231/2012, ΕΑ ΣΤΕ 488/2013, ΔΕφΑΘ ΑΝ 132/2017, ΔΕφΑΘ ΑΝ 1082/2012, ΔΕφΑΘ 84/2013, ΔΕφΙωαν ΑΝ 24/2017). Σε αυτό το συμπέρασμα κατατείνει και το άρθρο 91§1 περίπτωση α' του ν. 4412/2016.

Στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσει ο προσωρινός μειοδότης, προκειμένου να καταστεί οριστικός, προσδιορίζονται αναλυτικά στα άρθρα 23.3 έως και 23.10 της διακήρυξης (σελίδες 27 έως 34). Ενόψει των ανωτέρω ρυθμίσεων, στο παρόν διαγωνιστικό στάδιο η ανταγωνίστρια ένωση οικονομικών φορέων θα έπρεπε

Αριθμός απόφασης:1689/2020

να προσκομίσει δικαιολογητικά, από τα οποία θα αποδεικνύεται ότι τα μέλη της δεν έχουν υποπέσει σε σοβαρό πειθαρχικό παράπτωμα (υπό σημείο Β.1). Θα έπρεπε επίσης να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση κάθε μέλους της, από την οποία να προκύπτει η μη έκδοση εις βάρος τους απόφασης αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 74 του ν. 4412/2016 (υπό σημείο Β.2). Ωστόσο, στην επίδικη περίπτωση, η προσωρινή μειοδότης είτε δεν προσκόμισε καθόλου ορισμένα εκ των απαραίτητων δικαιολογητικών κατακύρωσης είτε από τα δικαιολογητικά που προσκόμισε δεν προκύπτει ότι φέρει τις κρίσιμες ιδιότητες στο πλαίσιο της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα:

Β.1. ΜΗ ΠΡΟΣΗΚΟΥΣΑ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΤΗΣ ΜΗ ΤΕΛΕΣΗΣ ΠΕΙΘΑΡΧΙΚΟΥ ΠΑΡΑΠΤΩΜΑΤΟΣ ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ ΤΟΥ ΜΕΛΟΥΣ ΤΗΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΡΙΑΣ ΕΝΩΣΗΣ, ΖΑΧΑΡΙΑ ΣΑΜΑΡΗ ΤΟΥ ΑΝΔΡΕΑ

Το άρθρο 22.Α.4 περίπτωση θ' της διακήρυξης (σελίδα 24) προβλέπει την υποχρέωση του προσωρινού μειοδότη να αποδείξει ότι δεν έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού. Ο τρόπος απόδειξης της μη συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού ορίζεται στο άρθρο 23.3 περίπτωση ε' εδάφιο β' της διακήρυξης (σελίδα 29). Συγκεκριμένα, προβλέπεται η προσκόμιση πιστοποιητικών χορηγούμενων από τα αρμόδια επιμελητήρια και φορείς (*****) από τα οποία αποδεικνύεται ότι τα πρόσωπα με βεβαίωση του Μ ΕΚ που στελεχώνουν την εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ****, δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Ο προσωρινός μειοδότης θα πρέπει να προσκομίσει τα σχετικά πιστοποιητικά προς απόδειξη της κρίσιμης ιδιότητας. Σημειωτέον ότι η προσωρινή ανάδοχος, αλλά και η αναθέτουσα αρχή, δεσμεύονται πλήρως από τον συγκεκριμένο τρόπο απόδειξης της κρίσιμης ιδιότητας, καθώς αυτός προβλέπεται ξεκάθαρα από τη διακήρυξη, οι όροι της οποίας δεν έχουν αμφισβητηθεί επίκαιρα και κατά τούτο έχουν καταστεί οριστικοί.

Στην εξεταζόμενη περίπτωση, το μέλος της ανταγωνίστριας, *****, διατηρεί ατομική εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ****, την οποία στελεχώνει ο ίδιος διατηρώντας αριθμό *****)». Παρόλα ταύτα, το συγκεκριμένο μέλος της ένωσης δεν προσκόμισε κανένα έγγραφο, από το οποίο να προκύπτει η εκ μέρους του μη τέλεση σοβαρού πειθαρχικού

Αριθμός απόφασης:1689/2020

παραπτώματος. Αυτό επιβεβαιώνεται και από την απαρίθμηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε η ανταγωνίστρια ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτή (η απαρίθμηση) προκύπτει και από το σώμα της προσβαλλόμενης. Επομένως, η προσωρινή μειοδότη δεν αποδεικνύει κατά τον προσήκοντα τρόπο την κρίσιμη ιδιότητα. Εξ αυτού και μόνο του λόγου, η προσφορά της ανταγωνίστριας καθίσταται απορριπτή.

Β.2. ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΥΔ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 22.Α.9 ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ

Το άρθρο 22.Α.9 της διακήρυξης (σελίδες 24 και 25) προβλέπει ότι ο οικονομικός φορέας, εις βάρος του οποίου έχει επιβληθεί απόφαση αποκλεισμού με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, αποκλείεται αυτόματα από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Προς απόδειξη της μη συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό του, ο προσωρινός μειοδότης υποχρεούται κατ' άρθρο 23.3ξστ' περίπτωση δ' της διακήρυξης (σελίδα 30) να προσκομίσει «υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016». Επομένως, η μη προσκόμιση της σχετικής υπεύθυνης δήλωσης καθιστά την προσφορά του προσωρινού μειοδότη απορριπτή άνευ ετέρου (μεταξύ πολλών ΔΕφΘεσ ΑΝ 47/2020 που επικύρωσε την ΑΕΠΠ 113/2020, ΑΕΠΠ 1006/2020, ΑΕΠΠ 447/2020).

Στην εξεταζόμενη περίπτωση, κανένα από τα μέλη της ανταγωνίστριας δεν υπέβαλε τη συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση με συνέπεια να μην έχει εκπληρωθεί από την προσωρινή μειοδότη η υποχρέωση που υπείχε κατά τα ανωτέρω. Αυτό επιβεβαιώνεται και από την απαρίθμηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε η ανταγωνίστρια ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτή (η απαρίθμηση) προκύπτει και από το σώμα της προσβαλλόμενης. Επομένως, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπεβλήθησαν είναι ελλιπή, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση μη νόμιμη.

Γ. ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΡΙΑΣ

ΛΟΓΩ ΤΩΝ ΕΛΛΕΙΨΕΩΝ ΣΤΑ ΥΠΟΒΛΗΘΕΝΤΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Σύμφωνα με το άρθρο 4.2 περίπτωση δ' της διακήρυξης (σελίδα 8) «δ) Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (****), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, 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».

Επομένως, η προσφορά της ανταγωνίστριας θα πρέπει να απορριφθεί εξαιτίας των ελλείψεων που υπάρχουν στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε. Κατά τούτο, έσφαλε η προσβαλλόμενη και θα πρέπει να ακυρωθεί.».

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αναφέρει με την παρέμβασή της τα κάτωθι «Παραδεκτό προδικαστικής προσφυγής :

Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται : «Παράβολο. 1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται από τον προσφεύγοντα παράβολο υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του παράβολου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ (άρθρο 363 παρ. 1 ν. 4412/2016). 2. ... 4. Το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η ως άνω κατάθεση του παραβόλου γίνεται ηλεκτρονικά μέσω της εφαρμογής e-παράβολου στη διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) και αποτελεί έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού. Για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παράβολου ο προσφεύγων υποχρεούται να επισυνάψει στο

Αριθμός απόφασης:1689/2020

προβλεπόμενο στην παράγραφο 2 του άρθρου 8 του παρόντος Κανονισμού έντυπο προσφυγής του Παραρτήματος Ι εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη "πληρωμένο" καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται.».

Επειδή, από την ερμηνεία της άνω διάταξης προκύπτει ότι το παράβολο εκδίδεται στο όνομα του προσφεύγοντα και όχι άλλου προσώπου.

Επειδή, από τη διάταξη του άρθρου 293 Ν. 4072/2012 ορίζεται : «1. Η κοινοπραξία είναι εταιρεία χωρίς νομική προσωπικότητα. Εφόσον καταχωρισθεί στο Γ.Ε.ΜΗ. ή εμφανίζεται προς τα έξω, αποκτά, ως ένωση προσώπων, ικανότητα δικαίου και πτωχευτική ικανότητα. 2. Στην κοινοπραξία που συστήθηκε με σκοπό το συντονισμό της δραστηριότητας των μελών της εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις για την αστική εταιρεία. Η σύμβαση κοινοπραξίας μπορεί να προβλέπει ότι για τις υποχρεώσεις της κοινοπραξίας έναντι τρίτων τα κοινοπρακτούντα μέλη θα ευθύνονται εις ολόκληρον. 3. Εφόσον η κοινοπραξία ασκεί εμπορική δραστηριότητα, καταχωρίζεται υποχρεωτικά στο Γ.Ε.ΜΗ. και εφαρμόζονται ως προς αυτήν αναλόγως οι διατάξεις για την ομόρρυθμη εταιρεία. 4. Οι ως άνω διατάξεις εφαρμόζονται και στις ειδικά ρυθμιζόμενες κοινοπραξίες, εκτός αν υπάρχει αντίθετη πρόβλεψη στην ειδική ρύθμιση.».

Επειδή, όπως έχει νομολογηθεί (Ολ.ΣΤΕ 605/2008, Ολ.ΑΠ 14/2007, δημοσίευση ΝΟΜΟΣ), γεγονός που αποτέλεσε και αφορμή για τη νομοθετική ρύθμιση της κοινοπραξίας ως άτυπης ένωσης οικονομικών φορέων, με την άνω διάταξη, μόνον η ένωση οικονομικών φορέων, υπό το σχήμα που συμμετείχαν στο διαγωνισμό έχει ίδια ικανότητα δικαίου και είναι η ίδια φορέας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων και όχι τα μέλη της, σε δίκη που αφορά προσβαλλόμενα συμφέροντα κατά τη διάρκεια δημοσίου διαγωνισμού. Μάλιστα (με δεδομένο ότι η νομολογία προηγείται της νομοθετικής ρύθμισης, αν και βέβαια αποτέλεσε έρεισμα γι' αυτή) δέον να αποσαφηνιστεί ότι προϋπόθεση για την ικανότητα δικαίου είναι σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 293 Ν. 4072/2012, είτε η τήρηση των κανόνων δημοσιότητας (ΓΕΜΗ)

Αριθμός απόφασης:1689/2020

είτε «.να εμφανίζεται προς τα έξω...», επιδιώκουσα οικονομικό σκοπό. Συνεπώς η κοινοπραξία που συμμετέχει ιδίω ονόματι σε διαγωνισμό δημοσίου έργου, έχει την έννοια ότι «εμφανίζεται προς τα έξω» επιδιώκουσα οικονομικό σκοπό και αποκτά ικανότητα δικαίου να φέρει δικαιώματα και υποχρεώσεις (ΣΤΕΟΛ. 605/2008).

Επειδή, εν προκειμένω το παράβολο δεν έχει εκδοθεί στο όνομα της προσφεύγουσας κοινοπραξίας, όπως έπρεπε. Αντιθέτως έχει εκδοθεί στο όνομα της ***** γεγονός που καθιστά το παράβολο μη νόμιμο και ενόψει της αυστηρής τυπικότητας που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να προβλέπεται διαδικασία διόρθωσης μάλιστα του παραβόλου, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Επειδή, ακόμα και υπό την (εσφαλμένη) άποψη που ήθελε θεωρηθεί ότι η κοινοπραξία δεν έχει αποκτήσει ικανότητα δικαίου, τότε το παράβολο δεν μπορεί να εκδοθεί στο όνομα μόνο του ενός των κοινοπρακτούντων, αλλά έπρεπε να εκδοθεί στο όνομα και των δύο μελών. Και υπό την εκδοχή αυτή, το παράβολο εκδόθηκε μη νόμιμα, στο όνομα του ενός των κοινοπρακτούντων και η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ενόψει της τυπικότητας του διαγωνισμού.

Επειδή, ελεγκτέα είναι και η άλλη προϋπόθεση για το παράβολο, εάν φέρει επικυρώμενη εκτύπωση ότι είναι πληρωμένο.

Επειδή, συνεπώς η ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη.

ΒΑΣΙΜΟ : 1ος λόγος :

Με τον 1ο λόγο της προσφυγής, οι αντίδικοι ισχυρίζονται ότι δεν απεδείχθη προσηκόντως η μη τέλεση πειθαρχικού παραπτώματος εκ μέρους του μέλους μου *****.

Πρωτίστως ο λόγος προβάλλεται απαραδέκτως, καθ' ότι το μέλος μου δεν είναι *****.

Επειδή, ειδικότερα, προβάλλεται ότι δεν προσκομίστηκαν πιστοποιητικά από τα αρμόδια επιμελητήρια και φορείς (*****) στις οποίες να βεβαιώνεται ότι δεν έχει υποπέσει το άνω μέλος μου σε πειθαρχικό παράπτωμα, σύμφωνα με το άρθρο 23.3 της διακήρυξης. Ωστόσο το μέλος μου ***** δεν είναι εγγεγραμμένος, ούτε είναι αποδεκτός προς εγγραφή λόγω ειδικότητας σε

Αριθμός απόφασης:1689/2020

κάποιο από τους παραπάνω φορείς ή επιμελητήρια, βάσει της διακήρυξης ή το νόμο, όπως εξάλλου προκύπτει και από τις προσκομιζόμενες κάτωθι αναλυτικά αναφερόμενες βεβαιώσεις.

Εξάλλου το εν λόγω μέλος μου, υπέβαλλε νόμιμα, σύμφωνα με το άρθρο 22.3 εδ. ε υπεύθυνη δήλωση ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού της παρ. Α.4 του άρθρου 22 της διακήρυξης για το προκηρυσσόμενο έργο.

Ειδικότερα, ο λόγος αποκλεισμού του βαρέως επαγγελματικού παραπτώματος προβλέπεται από το άρθρο 73 παρ. 4θ Ν. 4412/2016. Στο άρθρο 80 ορίζεται δε «. 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους..». Από τα παραπάνω συνάγεται ότι στο νόμο και δη στο άρθρο 80 και το παράρτημα δεν προβλέπεται συγκεκριμένος τρόπος απόδειξης για τη μη τέλεση πειθαρχικού παραπτώματος.

Όπως αναφέρεται και αμέσως παραπάνω το μέλος μου υπέβαλλε υπεύθυνη δήλωση κατ' άρθρο 22.3 ε για τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού σε βάρος του που κάλυπτε και την προϋπόθεση μη τέλεσης πειθαρχικού παραπτώματος.

Εξάλλου, εκ μέρους του μέλους μου, όπως προκύπτει από τις προσκομιζόμενες βεβαιώσεις του ***** δεν είναι, ούτε μπορούσε να είναι σύμφωνα με το νόμο, εγγεγραμμένος σε αυτούς τους φορείς. Κυρίως δε, αυτοί οι φορείς δεν έχουν πειθαρχική δικαιοδοσία στο να βεβαιώσουν ότι το μέλος μου δεν έχει υποπέσει σε πειθαρχικό παράπτωμα.

Οι αντίδικοι υπολαμβάνουν με το λόγο αυτό της προσφυγής τους, ότι η εγγραφή στους άνω φορείς - επιμελητήρια, τίθεται ως προϋπόθεση

Αριθμός απόφασης:1689/2020

συμμετοχής στο διαγωνισμό. Εξ' ου και αναφέρει ότι δεν προσβάλλαμε το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης.

Ωστόσο ο όρος αυτός της διακήρυξης, δεν μπορεί να ερμηνευτεί ότι επιβάλλει υποχρέωση για εγγραφή σε επιμελητήριο ή φορέα, όπως *****. Η επιβολή για υποχρέωση εγγραφής σε τέτοιο φορέα είναι ένα πρόσθετο κριτήριο για την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας.

Επειδή, στο άρθρο 75 παρ. 2 ορίζεται : «2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό.».

Η διάταξη αυτή είναι μεταφορά της διάταξης του άρθρου 58 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24 και θεσπίστηκε προκειμένου να υπάρχει συντονισμός μεταξύ των κρατών μελών, ως προς τον τρόπο απόδειξης της επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη. Έτσι θεσπίστηκαν ανά κράτος μέλος εθνικά μητρώα, τα οποία χορηγούν και μόνον αυτά πιστοποιητικά για την απόδειξη της επαγγελματικής ικανότητας. Η χορήγηση πιστοποιητικών για την απόδειξη της καταλληλότητας από άλλα μητρώα που δεν έχουν γνωστοποιηθεί στα λοιπά κράτη μέλη και δεν περιλαμβάνονται στο Παράρτημα της Οδηγίας (Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016), παραβιάζει το σκοπό της διάταξης του άρθρου 58 παρ. 2 της Οδηγίας, ως προς το συντονισμό όλων των κρατών μελών και την ενίσχυση της ασφάλειας σε σχέση με την απόδειξη της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και ως εκ τούτου αντιβαίνει στο κοινοτικό δίκαιο.

Στο άρθρο 80 παρ. 3 ορίζεται : «3. Για την απόδειξη της απαίτησης της παραγράφου 2 του άρθρου 75, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α', με το οποίο να πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά τους, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα και στα άρθρα 76 και 77, κατά περίπτωση. Για την απόδειξη άσκησης γεωργικού ή

Αριθμός απόφασης:1689/2020

κτηνοτροφικού επαγγέλματος, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν σχετική βεβαίωση άσκησης επαγγέλματος, από αρμόδια διοικητική αρχή ή αρχή Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης.».

Σύμφωνα με το Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α που ορίζει τα μητρώα κάθε κράτους μέλους, από τα οποία αποδεικνύεται η καταλληλότητα για την άσκηση επαγγέλματος ορίζεται : «Τα σχετικά επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα καθώς και οι δηλώσεις και τα πιστοποιητικά που αντιστοιχούν σε κάθε κράτος μέλος είναι: ... — στην Ελλάδα, το «**** καθώς και τα νομαρχιακά μητρώα στην περίπτωση των δημόσιων συμβάσεων έργων, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 1 του άρθρου 76, το «*****» στην περίπτωση των συμβάσεων προμηθειών στην περίπτωση των συμβάσεων υπηρεσιών, ο πάροχος υπηρεσιών μπορεί να κληθεί να προβεί σε ένορκη δήλωση ενώπιον συμβολαιογράφου σχετικά με την άσκηση του συγκεκριμένου επαγγέλματος· στις περιπτώσεις που προβλέπει η ισχύουσα εθνική νομοθεσία, για την εκπόνηση μελετών και την παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, τα επαγγελματικά μητρώα είναι το «*****», σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 1 του άρθρου 77.».

Επομένως μια ερμηνεία του όρου της διακήρυξης ότι απαιτείται ως κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας η εγγραφή στους άνω φορείς (****), αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο και στις άνω διατάξεις του εθνικού νόμου 4412/2016.

Εξάλλου μια τέτοια ερμηνεία δεν προκύπτει, αφού δεν απαιτείται σε καμία των περιπτώσεων ως κριτήριο καταλληλότητας η εγγραφή στους άνω φορείς, πλην της εγγραφής στο ***** σύμφωνα με το άρθρο 22.Β της διακήρυξης.

Επειδή, εξάλλου το εν λόγω μέλος μου, υπέβαλλε νόμιμα, σύμφωνα με το άρθρο 22.3 εδ. ε υπεύθυνη δήλωση ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού της παρ. Α.4 του άρθρου 22 της διακήρυξης για το προκηρυσσόμενο έργο.

Επειδή, περαιτέρω, προσάγονται μετ' επικλήσεως οι συνημμένες βεβαιώσεις των άνω φορέων, εκ των οποίων αποδεικνύεται ότι δεν είναι το εν λόγω μέλος μου, ούτε μπορούσε σύμφωνα με το νόμο να είναι, μέλος των άνω

Αριθμός απόφασης:1689/2020

φορέων - επιμελητηρίων και αυτά δεν έχουν πειθαρχική δικαιοδοσία σε βάρος του.

Επειδή, συνεπώς ο λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

2ος λόγος :

Με το 2ο λόγο προβάλλεται ότι δεν προσκομίστηκε εκ μέρους μου, υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μου απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 Ν. 4412/2016, κατά παράβαση του άρθρου 23.3. στ. περ. δ της διακήρυξης.

Επειδή, στο άρθρο 74 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζεται :

«1. Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 κι ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 7 του άρθρου 73 μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα.». Σύμφωνα με το άρθρο 73 Ν. 4412/2016, οι λόγοι αποκλεισμού για τους οποίους εκδίδεται απόφαση αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων είναι οι εξής, σύμφωνα με τις παραγράφους 1, 2γ και 4 του εν λόγω άρθρου :

«1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 ή είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με άλλο τρόπο, ότι υπάρχει εις βάρος του «αμετάκλητη», καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους:

α) συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2 της απόφασης- πλαίσιο 2008/841/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 2008, για την καταπολέμηση του οργανωμένου εγκλήματος (ΕΕ L 300 της 11.11.2008 σ.42),

β) δωροδοκία, όπως ορίζεται στο άρθρο 3 της σύμβασης περί της καταπολέμησης της διαφθοράς στην οποία ενέχονται υπάλληλοι των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή των κρατών-μελών της Ένωσης (ΕΕ C 195 της 25.6.1997, σ. 1) και στην παράγραφο 1 του άρθρου 2 της απόφασης-πλαίσιο

Αριθμός απόφασης:1689/2020

2003/568/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου 2003, για την καταπολέμηση της δωροδοκίας στον ιδιωτικό τομέα (ΕΕ L 192 της 31.7.2003, σ. 54), καθώς και όπως ορίζεται στην κείμενη νομοθεσία ή στο εθνικό δίκαιο του οικονομικού φορέα,

γ) απάτη, κατά την έννοια του άρθρου 1 της σύμβασης σχετικά με την προστασία των οικονομικών συμφερόντων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΕ C 316 της 27.11.1995, σ. 48), η οποία κυρώθηκε με το ν. 2803/2000 (Α· 48),

δ) τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες, όπως ορίζονται, αντιστοίχως, στα άρθρα 1 και 3 της απόφασης-πλαίσιο 2002/475/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 13ης Ιουνίου 2002, για την καταπολέμηση της τρομοκρατίας (ΕΕ L 164 της 22.6.2002, σ. 3) ή ηθική αυτουργία ή συνέργεια ή απόπειρα διάπραξης εγκλήματος, όπως ορίζονται στο άρθρο 4 αυτής,

ε) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2005/60/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Οκτωβρίου 2005, σχετικά με την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας (ΕΕ L 309 της 25.11.2005, σ. 15), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 3691/2008 (Α' 166), στ) παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων, όπως ορίζονται στο άρθρο 2 της Οδηγίας 2011/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2011, για την πρόληψη και την καταπολέμηση της εμπορίας ανθρώπων και για την προστασία των θυμάτων της, καθώς και για την αντικατάσταση της απόφασης-πλαίσιο 2002/629/ΔΕΥ του Συμβουλίου (ΕΕ L 101 της 15.4.2011, σ. 1), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 4198/2013 (Α' 215).

«Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά:

Αριθμός απόφασης:1689/2020

αα) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές,

ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον διευθύνοντα σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου,

γγ) στις περιπτώσεις των συνεταιρισμών τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.».

«2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή:

γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ.».

4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία 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, β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού

Αριθμός απόφασης:1689/2020

συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου, «γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,». δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, 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, 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 ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, «με κατάλληλα μέσα» , ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του.».

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Επειδή, δεν αμφισβητείται από τους αντιδίκους ότι έχω αποδείξει προσηκόντως ότι δεν συντρέχουν σε βάρος μου, λόγοι αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 73 Ν. 4412/2016 και συνάμα σύμφωνα με το άρθρο 22.Α. της διακήρυξης. Αμφισβήτηση τίθεται μόνον ως προς την απόδειξη της μη τέλεσης διάπραξης πειθαρχικού παραπτώματος του μέλους μου ***** (αρ. 73 παρ. 4 εδ. θ σε συνδυασμό με το άρθρο 22.Α.4. και 23.3. ε εδ. στ της διακήρυξης), με τον 1ο λόγο της προσφυγής, πλην όμως ο λόγος αυτός αποκρούεται όπως παραπάνω ως αβάσιμος.

Επειδή, σε κάθε περίπτωση επικαλούμαι όλα τα αποδεικτικά μέσα που είχα προσκομίσει ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού και από τα οποία αποδεικνύεται, σύμφωνα με τα όσα απαιτεί η διακήρυξη και ο νόμος, ότι δεν συνέτρεχε κανένας εκ των λόγω αποκλεισμού που αποτελούν προϋπόθεση για την έκδοση διοικητικής απόφασης αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς.

Επειδή, εξάλλου σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 κατά τη διαγωνιστική διαδικασία οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς εκτός των άλλων, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

Εξάλλου, η αρχή της αναλογικότητας είναι γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου και εφαρμόζεται σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων σε σχέση μάλιστα με τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων. Μάλιστα όπως έχει κριθεί με την απόφαση του ΔΕΕ της 22-10-2015, στην υπόθεση C-425/2014, δεν αντιτίθεται στο ενωσιακό δίκαιο διάταξη εθνικού νόμου, που ορίζει ότι αποκλείεται αυτομάτως από διαδικασία διαγωνισμού όποιος δεν προσκομίζει δήλωση (όπως η δική μας υπεύθυνη δήλωση) με την οποία ο διαγωνιζόμενος δηλώνει ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του συγκεκριμένα περιστατικά (προκύπτει από την προσεκτική ανάγνωση της απόφασης) και αναλαμβάνει συγκεκριμένες δεσμεύσεις σε σχέση με το διαγωνισμό που συμμετέχει. Ωστόσο το κρίσιμο είναι ότι στη συνέχεια το ΔΕΕ εφαρμόζοντας την αρχή της αναλογικότητας, έκανε έρευνα ως προς το θεμιτό του σκοπού που επιβάλλει κάθε δήλωση σε σχέση με το περιεχόμενό της. Αφού έκρινε ότι ο σκοπός είναι θεμιτός μετά έκανε έλεγχο των μέσων για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού και εκεί διαπίστωσε ότι ο αυτόματος αποκλεισμός (ως μέσο) σε σχέση

Αριθμός απόφασης:1689/2020

με το συγκεκριμένο περιεχόμενο των δηλώσεων είναι δυσανάλογος και δη «βαίνει πέραν του αναγκαίου» (βλ. σκ. 29 - τέλος της απόφασης) γιατί αν και το περιεχόμενο της δήλωσης κάλυπτε περιπτώσεις που πράγματι εάν συνέβαιναν θα ήταν παράνομες, με την ίδια διατύπωση η δήλωση κάλυπτε και περιπτώσεις που δεν είναι παράνομες. Θα πρέπει επομένως να εξεταστεί, υπό το πρίσμα αυτό, εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις το μέτρο του αυτόματου αποκλεισμού, λόγω μη προσκόμισης της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 23.3. στ περ. δ για την απόδειξη του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.9 της διακήρυξης αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας.

Επειδή, εν προκειμένω, τίθεται ζήτημα ως προς την ερμηνεία των άρθρων 22.Α.9 και 23.3. στ. περ. δ της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις παραπάνω διατάξεις των άρθρων 74 παρ. 1 και 73 του Ν. 4412/2016.

Επειδή, η ερμηνευτική εκδοχή που θέλει αυτόματο αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, σε περίπτωση που δεν προσκομίσει την άνω υπεύθυνη δήλωση περί μη έκδοσης σε βάρος του διοικητικής απόφασης αποκλεισμού, «βαίνει πέραν του αναγκαίου» και παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας στην περίπτωση που αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού που αποτελούν προϋπόθεση για την έκδοση μιας τέτοιας διοικητικής απόφασης αποκλεισμού. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016 σε εφαρμογή του οποίου ετέθη ο όρος 22.Α.7 και 22.Α.8 της διακήρυξης, ορίζεται κατ' εφαρμογή του άρθρου 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24, λόγω και της προηγούμενης μάλιστα νομολογίας του ΔΕΕ και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας (βλ. σκ. 102 Οδηγίας 2014/24, βλ. αποφ. ΔΕΕ της 16ης.12.2008, Μηχανική, C-213/07, σκ. 48 και 61, της 19ης.5.2009, Assitur, C-538/07, σκ. 21 και 23, της 23ης.12.2009, Serrantoni και ConsorziostabileedMi, C-376/08, σκ.33), η δυνατότητα των οικονομικών φορέων να αποδείξουν, εάν συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού σε βάρος τους, ότι έχουν λάβει μέτρα για να αποκαταστήσουν την αξιοπιστία τους.

Η ίδια η διακήρυξη μάλιστα με τα άνω άρθρα ορίζει (22.Α.7, 22.Α.8) ότι σε περίπτωση που συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν ότι έχουν λάβει τέτοια μέτρα.

Το ΔΕΕ με τις άνω (και άλλες) αποφάσεις του, οι οποίες αποτέλεσαν και έρεισμα για το άρθρο 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24, εφάρμοσε την αρχή της

Αριθμός απόφασης:1689/2020

αναλογικότητας, προκειμένου η τήρηση των διατυπώσεων που επιβάλλονται για την διασφάλιση του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, να μην αποβαίνουν σε βάρος της επίτευξης του στόχου «της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς», στόχος που «είναι προς το συμφέρον του κοινοτικού δικαίου» (βλ. ενδεικτικά σκ. 26 επ. προηγούμενη απόφαση Assitur).

Έτσι, με αφορμή τη διαπίστωση από το ΔΕΕ της αντίθεσης «αμάχητων τεκμηρίων» για τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων στην αρχή της αναλογικότητας (και έχοντας κατά νου ότι στόχος μαζί με την επίτευξη του υγιούς ανταγωνισμού είναι και η επίτευξη του στόχου της μεγαλύτερης δυνατής συμμετοχής διαγωνιζομένων), καθιερώθηκε από τον ενωσιακό νομοθέτη και συνάμα τον εθνικό νομοθέτη, ένα σύστημα σταδιακής αξιολόγησης της καταλληλότητας των οικονομικών φορέων.

Εξετάζεται κατ' αρχήν εάν υπάρχει κάποιος λόγος αποκλεισμού και σε δεύτερο στάδιο εάν ο οικονομικός φορέας έχει λάβει θεραπευτικά μέτρα. Χάριν ασφάλειας δικαίου, δίνεται δε η δυνατότητα σε κεντρικό επίπεδο διοίκησης, να αξιολογηθούν τα θεραπευτικά μέτρα και εάν κριθούν ανεπαρκή να εκδίδεται απόφαση αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς για ορισμένο χρονικό διάστημα. Τούτο μάλιστα, προκειμένου να μην εξετάζεται κάθε φορά κατά διακριτική ευχέρεια κάθε αναθέτουσας αρχήν, εάν τα θεραπευτικά μέτρα είναι επαρκή, αφήνοντας περιθώριο αυθαίρετων επιλογών.

Πολύ σημαντικό είναι ότι το άρθρο 22.A.9 της διακήρυξης ακολουθεί τα άρθρα 22.A.7 και 22.A.8 της διακήρυξης που θεσπίζουν τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να αποδείξει, προσκομίζοντας στοιχεία, ότι παρά την συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του έχει λάβει θεραπευτικά μέτρα. Η σειρά δεν είναι τυχαία στη διακήρυξη και με συστηματική ερμηνεία διαπιστώνεται ότι το άρθρο 22.A.9 αφορά τις περιπτώσεις που έχει προηγηθεί η εφαρμογή των προηγούμενων άρθρων και δη ότι έχει διαπιστωθεί η συνδρομή λόγων αποκλεισμού και ο οικονομικός φορέας επικαλείται θεραπευτικά μέτρα υπέρ του.

Η απόδειξη λοιπόν της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού, που θεσπίζεται με το άρθρο 22.A.9, ότι δεν έχει εκδοθεί διοικητική απόφαση αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, αφορά την περίπτωση, σύμφωνα και

Αριθμός απόφασης:1689/2020

με τις άνω διατάξεις, υπό το φως των οποίων πρέπει να ερμηνευτεί ο σχετικός όρος της διακήρυξης, όπου αποδεικνύεται ότι συντρέχει ένας λόγος αποκλεισμού και ο οικονομικός φορέας ισχυρίζεται ότι έχει λάβει θεραπευτικά μέτρα. Στην περίπτωση αυτή, θα πρέπει να εξεταστεί εάν έχει εκδοθεί διοικητική απόφαση αποκλεισμού και μόνον όταν δεν έχει εκδοθεί τέτοια απόφαση, η αναθέτουσα αρχή θα αξιολογήσει η ίδια τα θεραπευτικά μέτρα κατά διακριτική ευχέρεια.

Στην περίπτωση, ωστόσο, που αποδεικνύεται, με βάση τους όρους της διακήρυξης, ότι δεν συντρέχει κάποιος εκ των λόγων αποκλεισμού, βάσει των οποίων δύναται να εκδοθεί διοικητική απόφαση αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς, δεν συντρέχει λόγος να εξεταστεί εάν έχει εκδοθεί τέτοια διοικητική απόφαση αποκλεισμού, όπως δεν υπάρχει λόγος να εξεταστεί εάν έχουν ληφθεί θεραπευτικά μέτρα. Αυτό θα «έβαινε πέραν του αναγκαίου» για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκει η άνω ρύθμιση, που αφορά κατά ρητή διατύπωση του άρθρου 74 παρ.1, μόνο τις περιπτώσεις που αποδεικνύεται ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού και επομένως τις περιπτώσεις που δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού.

Επειδή, συνεπώς ο αποκλεισμός μου για το λόγο αυτό και με δεδομένο ότι απέδειξα με βάση τους όρους της διακήρυξης ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού σε βάρος μου και πάντως κανένας λόγος που να αποτελεί προϋπόθεση για την έκδοση διοικητικής απόφασης αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, βαίνει πέραν του αναγκαίου και αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας.

Επειδή, εξάλλου όλες οι αποφάσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα (ΔΕΦ ΘΕΣ Αν 47/2020, ΑΕΠΠ 1006/2020, 447/2020) έχουν την ιδιαιτερότητα ότι δεν είχε προσκομιστεί και κάποιο άλλο δικαιολογητικό κατακύρωσης που συναπτόταν με την απόδειξη κάποιου εκ των λόγων αποκλεισμού που εφόσον συντρέξει, μπορεί να εκδοθεί διοικητική απόφαση αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς, κατά τα παραπάνω αναφερόμενα. Σε ό,τι αφορά την υπ' αριθμόν 113/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ αυτή δεν είναι δημοσιευμένη (πλην της απόφασης προσωρινών μέτρων με αριθμό 113/2020 που δεν σχετίζεται με το κρίσιμο νομικό ζήτημα). Εξάλλου, σε όλες τις παραπάνω αποφάσεις δεν

τέθηκε το ζήτημα της αντίθεσης με την αρχή της αναλογικότητας και της κάλυψης της άνω έλλειψης από τυχόν άλλα δικαιολογητικά.

Επειδή, προσθέτως λοιπόν, λαμβάνοντας υπ' όψιν και την αρχή της αναλογικότητας, η απόδειξη του ότι δεν συντρέχει σε βάρος μου κάποιος λόγος αποκλεισμού, καλύπτει και την απόδειξη ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μου διοικητική απόφαση αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς. ».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει τα εξής ως προς τους δύο προβαλλόμενους λόγους προσφυγής « ΘΕΜΑ 1^ο

ΠΑΡΑΛΛΕΙΨΗ ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΗΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΜΗ ΤΕΛΕΣΗΣ ΠΕΙΘΑΡΧΙΚΟΥ ΠΑΡΑΠΤΩΜΑΤΟΣ ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ ΤΟΥ ΜΕΛΟΥΣ ΤΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ «***** Ο συνεργαζόμενος οικονομικός φορέας ***** και από τα έγγραφα που μας προσκόμισε, προκύπτει ότι δεν είναι δυνατόν να εγγραφεί σε καμία από τις επιστημονικές οργανώσεις που προβλέπει η διακήρυξη του έργου άρθρο 23.3. (ε) και συγκεκριμένα :

Προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση όσον αφορά το ****, αλλά και βεβαιώσεις του *****, από τις οποίες προκύπτει ότι δεν είναι αποδεκτός για εγγραφή, λόγω ειδικότητας, στις μνημονευόμενες στην προσφυγή της ****.

Πέραν όμως τούτων από την μελέτη της διακήρυξης του έργου διεπιστώθη ότι ο οικονομικός φορέας ****, μέσω της υπεύθυνης δήλωσης που μας έχει προσκομίσει (λόγοι αποκλεισμού), δηλώνει εμμέσως ότι δεν έχει διαπράξει κανένα πειθαρχικό αδίκημα, πράγμα το οποίο βαρύνει πολύ περισσότερο τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της υπεύθυνης δήλωσης που υπέβαλε.

Συγκεκριμένα με την δήλωση αρ. 18 δηλώνει ότι : «... στο πρόσωπο της εργοληπτικής μου επιχείρησης δεν συντρέχουν οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου Α4 του άρθρο 22 της διακήρυξης για το έργο:« ****».

Με την συγκεκριμένη δήλωση ικανοποιεί τις απαιτήσεις της παραγράφου 22.Α.4 του άρθρου 22.Α, εδάφιο (β) της διακήρυξης της μελέτης του έργου, περί μη πτώχευσης κ.λ.π., αλλά ικανοποιεί και άλλες ακόμη απαιτήσεις (εδάφια (α), (γ), (δ), (ε) , (στ) , (ζ), (η) & (θ).

Στο εδάφιο (θ) της παραγράφου 22 Α.4 αναφέρεται ρητά ότι:

Αριθμός απόφασης:1689/2020

« Αποκλείεται από την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του».

Αλλά και στο εδάφιο (α) της ίδιας παραγράφου 22.Α.4 της διακήρυξης αναφέρεται ρητά και εδώ ότι : « αποκλείεται από την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης ο προσφέρων που έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ».

Ανατρέχοντας στο συγκεκριμένο άρθρο και την συγκεκριμένη παράγραφο διαβάζουμε κατά λέξη :

« Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους, που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α' . Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους ».

Και στην παράγραφο (5) του ίδιου άρθρου :

«Η αθέτηση της υποχρέωσης της παρ. (2) συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της παρ. (6) του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις.

Και στην παράγρ. (6) του άρθρου 73 του ίδιου νόμου

« Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά την διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων (1) και (2). Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω

Αριθμός απόφασης:1689/2020

πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. (4.) ».

Συνοψίζοντας ο οικονομικός φορέας *****, παρ' ότι δεν ανήκει σε μία από τις επιστημονικές οργανώσεις ***** (άρθρο 23.3. (ε) της διακήρυξης), μέσω της υπεύθυνης δήλωσης, στην οποία δηλώνει ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο της εργοληπτικής του επιχείρησης οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22 της διακήρυξης, δηλώνει ομοίως ότι δεν έχει διαπράξει ο οικονομικός του φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

Κατά συνέπεια σύμφωνα με την μνημονευθείσα νομοθεσία, παρ' ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας, απαραίτητος κατά την διακήρυξη (ειδικότητα πρασίνου) δεν μπορεί να προσκομίσει την απαιτούμενη βεβαίωση μη διάπραξης πειθαρχικού αδικήματος για να συμμετέχει εγκύρως στον διαγωνισμό, το δηλώνει μέσω της απαιτούμενης υπεύθυνης δήλωσης της παραγράφου 22 Α. 4 της διακήρυξης που προσκόμισε και συγκεκριμένα μέσω των εδαφίων (α) και (θ) σε τρόπο ώστε να ικανοποιεί και την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης για την οποία θα πρέπει και να ληφθεί πρόνοια σε μελλοντική αναθεώρησή της η αδυναμία να την προσκομίζουν εργολήπτες, ειδικών κατηγοριών, του *****, κ.λ.π.

ΘΕΜΑ 2ο

ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ Υ.Δ. ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 22.Α.9 ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ

Στο άρθρο 74 παρ. 1 του Ν.4412/2016 αναφέρεται ρητά :

«Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1,2 & 4 του άρθρου 73 και ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για ν' αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παρ. 7 του άρθρου 73 (προσκόμιση στοιχείων, προκειμένου ν' αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για ν' αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού) μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από την συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα.

Στην περίπτωση των οικονομικών φορέων *****:

α) Δεν έχει διαπιστωθεί ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού,

Αριθμός απόφασης:1689/2020

β) Κατά συνέπεια δεν υπάρχουν λόγοι , ώστε οι οικονομικοί φορείς ώστε να λάβουν μέτρα για ν' αποδείξουν την αξιοπιστία τους κατά την παράγραφο 7 του άρθρου 73 που ο Ν. 4412/16 διαθέτει για τους αποκλεισθέντες οικονομικούς φορείς.

γ) Οι οικονομικοί φορείς έχουν υποβάλει τρεις (3) υπεύθυνες δηλώσεις έκαστος που καλύπτουν η κάθε μία τις απαιτήσεις του άρθρου 73 παράγραφος 1,2 & 4 , στις οποίες παραπέμπει το άρθρο 74 παρ. (1) και συγκεκριμένα

A. Για τον οικον. Φορέα *****:

Η υπεύθυνη δήλωση Νο 1 για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της παρ. 1 του άρθρου 73, η υπεύθυνη δήλωση Νο 2 για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της παρ. 2 του ίδιου άρθρου και η υπεύθυνη δήλωση Νο 3 για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της παραγράφου 4 του ίδιου άρθρου.

B. Για τον οικον. Φορέα *****

Η υπεύθυνη δήλωση Νο 14 για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της παρ. 1 του άρθρου 73, η υπεύθυνη δήλωση Νο 19 για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της παρ. 2 του ίδιου άρθρου και η υπεύθυνη δήλωση Νο 18 για την ικανοποίηση των απαιτήσεων της παραγράφου 4 του ίδιου άρθρου.

Δηλαδή για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9 της εν λόγω διακήρυξης ήταν απαιτητή μία υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/16 και οι οικονομικοί φορείς κατέθεσαν αντίστοιχα τρεις (3) υπεύθυνες δηλώσεις σε κάθε μία εκ των οποίων δηλώνεται :

1) Για την παρ. (1) του άρθρου 73 που παραπέμπει η παρ. (1) του άρθρου 74 του Ν. 4412/16 ότι υπεβλήθη υπεύθυνη δήλωση που αναφέρει κατά λέξη : « Δεν υπάρχει εις βάρος της εργοληπτικής μας επιχείρησης και των διαχειριστών , αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους »:

α) συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2 της απόφασης-πλαίσιο 2008/841/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 2008, για την καταπολέμηση του οργανωμένου εγκλήματος (ΕΕ L 300 της 11.11.2008 σ.42),

β) δωροδοκία, όπως ορίζεται στο άρθρο 3 της σύμβασης περί της καταπολέμησης της διαφθοράς στην οποία ενέχονται υπάλληλοι των

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή των κρατών-μελών της Ένωσης (ΕΕ C 195 της 25.6.1997, σ. 1) και στην παράγραφο 1 του άρθρου 2 της απόφασης- πλαίσιο 2003/568/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου 2003, για την καταπολέμηση της δωροδοκίας στον ιδιωτικό τομέα (ΕΕ L 192 της 31.7.2003, σ. 54), καθώς και όπως ορίζεται στην κείμενη νομοθεσία ή στο εθνικό δίκαιο του οικονομικού φορέα,

γ) απάτη, κατά την έννοια του άρθρου 1 της σύμβασης σχετικά με την προστασία των οικονομικών συμφερόντων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΕ C 316 της 27.11.1995, σ. 48), η οποία κυρώθηκε με το ν. 2803/2000 (Α148),

δ) τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες, όπως ορίζονται, αντιστοίχως, στα άρθρα 1 και 3 της απόφασης-πλαίσιο 2002/475/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 13ης Ιουνίου 2002, για την καταπολέμηση της τρομοκρατίας (ΕΕ L 164 της 22.6.2002, σ. 3) ή ηθική αυτοουργία ή συνέργεια ή απόπειρα διάπραξης εγκλήματος, όπως ορίζονται στο άρθρο 4 αυτής

ε) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, όπως αυτές Ορίζονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2005/60/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Οκτωβρίου 2005, σχετικά με την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας (ΕΕ L 309 της 25.11.2005, σ. 15), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 3691/2008 (Α1166),

στ) παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων, όπως ορίζονται στο άρθρο 2 της Οδηγίας 2011/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2011, για την πρόληψη και την καταπολέμηση της εμπορίας ανθρώπων και για την προστασία των θυμάτων της, καθώς και για την αντικατάσταση της απόφασης-πλαίσιο 2002/629/ΔΕΥ του Συμβουλίου (ΕΕ L 101 της 15.4.2011, σ. 1), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 4198/2013 (Α' 215).

II) Για την παρ. (2) του ιδίου άρθρου 74 του ιδίου νόμου , υπεβλήθη υπεύθυνη δήλωση που αναφέρει ότι :

Αριθμός απόφασης:1689/2020

« δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση υπε τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων των διαχειριστών της επιχείρησης και της εργοληπτικής μας επιχείρησης όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης ».

III) Για την παρ. (4) του άρθρου 73 που παραπέμπει το άρθρο 74 του ίδιου νόμου υπεβλήθη υπεύθυνη δήλωση, η οποία δηλώνεται κατά λέξη ότι :

« στο πρόσωπο της εργοληπτικής μας επιχείρησης δεν συντρέχουν οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού της παρ. Α4 του άρθρου 22 της διακήρυξης της μελέτης του έργου, , όπου ρητά αναφέρονται οι λόγοι αποκλεισμού από την συμμετοχή στην διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για τον προσφέροντα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις : (α), (β), (γ), (δ), (ε) ,(στ), (ζ) & (η) και συγκεκριμένα: Η παρ. (4) του άρθρου 73 του Ν. 4412/16, ταυτίζεται με το εδάφιο (β) της παρ. 22 Α 4 για το οποίο οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν την απουσία λόγων αποκλεισμού:

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

Μετά από αυτά θεωρούμε ότι οι υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις 1, 2, 3 του οικονομικού φορέα ***** και οι αντίστοιχες 14, 19, 18 του οικονομικού φορέα ***** , υπερκαλύπτουν τις απαιτήσεις της έλλειψης της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 22.Α.9 της παρούσας διακήρυξης, δεσμεύοντας έτη περισσότερο τους οικονομικούς φορείς, αφού η υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 22.Α.9 της διακήρυξης αναφέρεται ρητά στην τήρηση των δεσμεύσεων του άρθρου 74 του Ν. 4412/16, του οποίου η παρ. (1) παραπέμπει στο άρθρο 73 του ίδιου νόμου, όπου υπάρχουν οι δεσμεύσεις των παραγράφων (1), (2) & (4), που μνημονεύονται αναλυτικά στις υπεύθυνες δηλώσεις 1, 2, 3 και 14, 19, 18 των οικονομικών φορέων **** και ***** αντίστοιχα.

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Μετά από αυτά πιστεύουμε ότι ο ***** ορθώς προχώρησε στην έγκριση του από 25-09-2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού του έργου του θέματος.

Συνημμένα:

A. Περί πειθαρχικού αδικήματος

1) Υπεύθυνη δήλωση του ***** με το περιεχόμενο όπως υπαγορεύτηκε από την επιτροπή πειθαρχικού του ***.

2) Βεβαιώσεις *****

3) Αντίγραφο πτυχίου και βεβαίωση *****.

B. Περί υπευθύνων δηλώσεων του άρθρου 22 Α 9 της διακήρυξης της μελέτης του έργου.

1) Υπεύθυνες δηλώσεις 1,2, 3 του οικονομικού φορέα *****.

2) Υπεύθυνες δηλώσεις 14, 19, 18 του οικονομικού φορέα ****».

12. Επειδή, η προσφεύγουσα, έτι περαιτέρω, με το υπόμνημά της επισημαίνει «Α. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΣΗΜΕΙΟ Β.1. ΤΗΣ ΚΡΙΝΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Τα έγγραφα που επικαλείται όψιμα η αναθέτουσα αρχή (μια υπεύθυνη δήλωση και δύο βεβαιώσεις του ***** και πάντως καμία βεβαίωση από το ****), σύμφωνα με τα οποία ***** δεν δύναται να εγγράφει στο ****, δεν αρκούν για να αποδείξουν τη μη τέλεση του οικείου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του μέλους της ανταγωνίστριας.

Πρώτον, διότι ακόμη και αν πράγματι αρκούσε η υπεύθυνη δήλωση του **** περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4 της διακήρυξης για την απόδειξη της εκ μέρους του μη τέλεσης σοβαρού πειθαρχικού παραπτώματος (γεγονός που αρνούμαστε κατηγορηματικά), αυτή θα έπρεπε να συνοδεύεται από τα έγγραφα και του ***** , από τα οποία θα προέκυπτε η πραγματική αδυναμία προσκόμισης του προβλεπόμενο από τη διακήρυξη δικαιολογητικού από τους κατ' αρχήν αρμόδιους φορείς. Ωστόσο, εν προκειμένω δεν προσκομίστηκε κανένα επίσημο έγγραφο του **** που να βεβαιώνει τη μη δυνατότητα εγγραφής του ***** στα μητρώα του, μη αρκούσας της εκ των υστέρων και καθ' υποβολή προσκομισθείσας υπεύθυνης δήλωσης του μέλους της ανταγωνίστριας για προφανείς λόγους.

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Δεύτερον, σε κάθε περίπτωση, τα έγγραφα που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή δεν προσκομίστηκαν με το φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τούτο δεν έπρεπε να ληφθούν υπόψη ούτε καν κατόπιν αιτήματος παροχής διευκρινίσεων κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, αφού ως γνωστόν «επί παραλείψεως υποβολής δικαιολογητικού ή υποβολής του με ελλιπές περιεχόμενο, η αναθέτουσα αρχή ούτε οφείλει, ούτε δύναται να ζητήσει διευκρινήσεις, αφού είναι δυνατή μόνον η συμπλήρωση ή διευκρίνιση υποβληθέντος δικαιολογητικού και όχι η αναπλήρωση μη υποβληθέντος ή μη νομίμως υποβληθέντος» (μεταξύ πολλών ΣτΕ 1983/2010, 781/2010, ΕΑ ΣτΕ 228/2013, 301/2012, 721/2011, 217/2011, 185/2011, ΔΕφΚομ 49/2018, ΑΕΠΠ 553/2020) και «δεν είναι νόμιμη η διόρθωση της προσφοράς όταν έχει ως συνέπεια τη μεταγενέστερη αντικατάσταση/προσκόμιση το πρώτον ουσιώδους εγγράφου κατά τρόπο ώστε να αίρεται το απαράδεκτο της προσφοράς της αιτούσης» (μεταξύ πολλών ΕΑ ΣτΕ 117/2019). Άρα, ακόμη και αν πράγματι τα συγκεκριμένα έγγραφα αρκούσαν για την απόδειξη της εκ μέρους του μη τέλεσης σοβαρού πειθαρχικού παραπτώματος (γεγονός που αρνούμαστε κατηγορηματικά), θα έπρεπε να υποβληθούν εξ αρχής με το φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι εκ των υστέρων, αφού κάτι τέτοιο συνεπάγεται ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων συμπλήρωση ελλείποντος δικαιολογητικού, το οποίο δεν μπορεί να αναζητηθεί ούτε κατόπιν αιτήματος διευκρίνισης.

Κατά τούτο, εσφαλμένα ελήφθησαν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή για τη διαπίστωση της μη συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού, ο δε σχετικός λόγος απόρριψης της προσφοράς της ανταγωνίστριας πρέπει να γίνει δεκτός.

Β. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΣΗΜΕΙΟ Β.2. ΤΗΣ ΚΡΙΝΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Αρχικά τονίζουμε ότι συνομολογείται η έλλειψη του συγκεκριμένου δικαιολογητικού κατακύρωσης, άρα η προσφορά του προσωρινού μειοδότη θα πρέπει να απορριφθεί έστω και για τον λόγο αυτό. Υπενθυμίζουμε ότι οικονομικούς φορείς έχουν κατ' επανάληψη αποκλειστεί με την επίκληση της ίδιας ακριβώς έλλειψης (μεταξύ πολλών ΔΕφΘεσ ΑΝ 47/2020 που επικύρωσε την ΑΕΠΠ 113/2020, ΑΕΠΠ 1006/2020, ΑΕΠΠ 447/2020).

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Κατά τα λοιπά, αβάσιμα η αναθέτουσα αρχή επιχειρεί να δικαιολογήσει την έλλειψη της συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης εκ μέρους και των δύο μελών της ανταγωνίστριας ένωσης δια της παραπομπής στο περιεχόμενο άλλων υπεύθυνων δηλώσεων. Και τούτο, διότι από τη συστηματική και τη γραμματική ερμηνεία της διακήρυξη προκύπτει σαφώς ότι η κατάθεση της συγκεκριμένης υπεύθυνης προβλέπεται στην διακήρυξη ως χωριστή και κατ' αρχήν πρόσθετη υποχρέωση (πέραν της κατάθεσης των υπολοίπων υπεύθυνων δηλώσεων). Αν όντως ίσχυε αυτό που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, η διακήρυξη δεν θα ζητούσε ξεχωριστά την υποβολή και της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 23.3ξστ/ περίπτωση δ' της διακήρυξης με συγκεκριμένο περιεχόμενο, αλλά θα αρκείτο στην υποβολή των υπεύθυνων δηλώσεων που επικαλείται η αναθέτουσα αργή. Αντίθετη παραδοχή θα παραβίαζε τον επιβεβλημένο τρόπο σύνταξης και υποβολής προσφορών κατά τα ανωτέρω αναλυτικά αναφερόμενα.

Περαιτέρω, τονίζουμε ότι η ελλείπουσα υπεύθυνη δήλωση αφορά σε λόγο αποκλεισμού που είναι άλως διαφορετικός σε σχέση με τους αντίστοιχους που καλύπτουν οι υπεύθυνες δηλώσεις που αναφέρει η αναθέτουσα αργή στις απόψεις της. Συγκεκριμένα, με την υποβολή της ελλείπουσας υπεύθυνης δήλωσης επιδιώκεται να διαγνωστεί κατά πόσο υπάρχει απόφαση αποκλεισμού που έχει εκδοθεί εις βάρος της και όχι αν ο ίδιος ο οικονομικός φορέας δηλώνει αν συντρέχουν ή όχι στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού. Οι δηλώσεις του οικονομικού φορέα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του δεν συνεπάγονται κατ' ανάγκη (όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή) ότι δεν θα έχει εκδοθεί απόφαση αποκλεισμού εις βάρος του, αφού θα μπορούσε παραδείγματος χάριν ο οικονομικός φορέας να αποκρύπτει ορισμένα κρίσιμα γεγονότα ή να μην τα αναφέρει από την ειλικρινή πεποίθησή του ότι δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού (εντελώς ενδεικτικά έχει κατ' επανάληψη παρατηρηθεί ότι οι οικονομικοί φορείς που έχουν κηρυχθεί έκπτωτοι από την εκτέλεση σύμβασης δεν κάνουν καμμία αναφορά στα ***** που υποβάλλουν σε μεταγενέστερες διαγωνιστικές διαδικασίες είτε λόγω άγνοιας είτε λόγω του ότι έχουν ασκήσει ένδικα βοηθήματα κατά των αποφάσεων που τους κηρύσσουν έκπτωτους και θεωρούν ότι η εις βάρος τους έκπτωση είναι ακόμη εκκρεμής, γεγονός όμως

Αριθμός απόφασης:1689/2020

που δεν αρκεί για τη μη αναφορά του σχετικού γεγονότος στο ***** αντίστοιχα, παρατηρείται ότι δεν αναφέρεται ως σοβαρό πειθαρχικό παράπτωμα η επιβολή προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού με την αιτιολογία ότι αυτό έχει εξοφληθεί, γεγονός όμως που επίσης δεν αρκεί και δεν δικαιολογεί την μη αναφορά στο *****- εντελώς ενδεικτικά ΔΕΦΑΘ ΑΝ 245/2020 και 257/2020 που αφορούν στις ΑΕΠΠ 639/2020, 672,673/2020). Επομένως, η ελλείπουσα υπεύθυνη δήλωση προορίζεται να βεβαιώσει πολύ συγκεκριμένα πραγματικά και νομικά περιστατικά ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, τα οποία δεν καλύπτονται κατ' ανάγκη από τα όσα που βεβαιώνουν οι υπεύθυνες δηλώσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αργή με τις απόψεις της.

Τονίζουμε ακόμη ότι δια της πρόσφατης υπ' αριθμ. Ν57/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών ανεστάλη η εκτέλεση της υπ' αριθμ. 1034/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, με το σκεπτικό ότι «σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια ότι ο ανάδοχος δεσμεύεται ως προς τη μη συνδρομή ενός εκάστου λόγου αποκλεισμού της διακήρυξης είτε με αναφορά του οικείου όρου-άρθρου της διακήρυξης που προβλέπει τον λόγο αποκλεισμού για την απόδειξη της μη συνδρομής του οποίου απαιτείται η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης είτε με παράθεση (έστω και συνοπτικά) του περιεχομένου του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης». Έτσι, κρίθηκε ότι στην εκεί υπόθεση ότι «δεν γίνεται σαφής δήλωση περί μη συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, η προσφορά της ανωτέρω πιθανολογείται σοβαρώς ότι ήταν αναγκαστικά απορριπτέα, κατ' εφαρμογή του όρου 4.2 περ. δ' II της Διακήρυξης, λόγω μη προσκόμισης του προβλεπόμενου δικαιολογητικού για την απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό της του οικείου κωλύματος συμμετοχής στον διαγωνισμό». Η απόφαση αυτή έχει αξία στην εδώ κρινόμενη υπόθεση, διότι και στη δική μας περίπτωση ο προσωρινός μειοδότης δεν προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση που να περιλαμβάνει ρητή παραπομπή είτε στο άρθρο 23.3§ στ' περίπτωση δ' της διακήρυξης είτε στο άρθρο 22.Α.9 της διακήρυξης είτε να αναφέρει έστω συνοπτικά ότι δεν έχει εκδοθεί εις βάρος του απόφαση αποκλεισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Κατά τούτο, η έλλειψη αυτή θα έπρεπε να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς του.

Άρα, η προσπάθεια της αναθέτουσας αρχής να εξάγει εμμέσως από άλλες υπεύθυνες δηλώσεις τη μη συνδρομή στο πρόσωπο της ανταγωνίστριας του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.9 της διακήρυξης δεν έχει νόμιμο έρεισμα».

13. Επειδή το άρθρο 18 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει : «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...[.].». Το, δε, άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 και 2 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.

2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως:

α) την επωνυμία της αναθέτουσας αρχής, [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους, ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης,[..] ιγ) τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 59,[..] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής,[..]κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις,

Αριθμός απόφασης:1689/2020

δικαιολογητικά κ.λπ.), κα) τον κατάλογο και τη σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης, κβ) όλες τις αναγκαίες πληροφορίες σχετικά με τον τρόπο διάθεσης των εγγράφων της σύμβασης, κγ) τη διαδικασία πρόσβασης των υποψηφίων και προσφερόντων στα δικαιολογητικά, στις τεχνικές και οικονομικές προσφορές, υπό την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 70 και στην κείμενη νομοθεσία,[...].».

14. Επειδή, το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 12 του Ν.4605/2019 (Φ.Ε.Κ. Α' 52/01.04.2019), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 12 του Ν.4605/2019 (Φ.Ε.Κ. Α' 52/01.04.2019), αναφέρει αυτολεξεί τα εξής «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των

Αριθμός απόφασης:1689/2020

προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η

Αριθμός απόφασης:1689/2020

κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.

6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο ,στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2,

και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης [είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου] είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105.

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

15. Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης προβλέπουν τα κάτωθι «i) 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.

Αριθμός απόφασης:1689/2020

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.

Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014.

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

- i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το *****, 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, 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.

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (****) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας.

Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται.

Η διαδικασία ελέγχου των ως άνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο (γ) του παρόντος άρθρου. Η Επιτροπή, στη συνέχεια, το κοινοποιεί, μέσω της «λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή για τη λήψη απόφασης.

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

ε) Η σύναψη της σύμβασης επέρχεται με την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 105 ως ακολούθως :

Μετά την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή, σε περίπτωση άσκησής της, όταν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και,

Αριθμός απόφασης:1689/2020

σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., όταν εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 και, μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, ο προσωρινός ανάδοχος, υποβάλλει, εφόσον απαιτείται, υπεύθυνη δήλωση, μετά από σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος. Στην υπεύθυνη δήλωση, η οποία υπογράφεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οπιγενείς μεταβολές, κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 21, ότι εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 και ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του ίδιου άρθρου. Η υπεύθυνη δήλωση ελέγχεται από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία συντάσσει πρακτικό που συνοδεύει τη σύμβαση.

Μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος κοινοποιείται η απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο²⁸. Με την ίδια απόφαση καλείται ο ανάδοχος όπως προσέλθει σε ορισμένο τόπο και χρόνο για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του η αναθέτουσα αρχή προθεσμία που δεν μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση ειδικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος, προσκομίζοντας, και την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Η εν λόγω κοινοποίηση επιφέρει τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης, σύμφωνα με οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/2016.

Εάν ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα στην προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόκληση, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και ακολουθείται η διαδικασία του άρθρου 4.2.γ της παρούσας για τον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Αν κανένας από τους

Αριθμός απόφασης:1689/2020

προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται, σύμφωνα με την περίπτωση β της παραγράφου 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, ii) 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

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22 Α της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρου 22 Β - Ε).

Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2, 2α και 4 του άρθρου 22 Α.

Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (****).

Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά.

Όλα τα αποδεικτικά έγγραφα του άρθρου 23.3 έως 23.10 της παρούσας, υποβάλλονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4250/2014 (Α' 94).

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Ειδικά τα αποδεικτικά τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους.

Επισημαίνεται ότι γίνονται αποδεκτές:

- οι ένορκες βεβαιώσεις που αναφέρονται στην παρούσα Διακήρυξη, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους,
- οι υπεύθυνες δηλώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών. Σημειώνεται ότι δεν απαιτείται θεώρηση του γνησίου της υπογραφής τους.

23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.

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

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

(α) για την παράγραφο Α.1 του άρθρου 22 της παρούσας:

απόσπασμα του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο εν λόγω οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και τα πρόσωπα των τελευταίων τεσσάρων εδαφίων της παραγράφου Α.1 του άρθρου 22.

(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,

Αριθμός απόφασης:1689/2020

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.

Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι

- φορολογική ενημερότητα που εκδίδεται από το Υπουργείο Οικονομικών (αρμόδια Δ.Ο.Υ) για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη. Οι αλλοδαποί προσφέροντες θα υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν έχουν υποχρέωση καταβολής φόρων στην Ελλάδα. Σε περίπτωση που έχουν τέτοια υποχρέωση θα υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό της οικείας Δ.Ο.Υ.

- 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 *****. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (**** 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. Οι αλλοδαποί προσφέροντες (φυσικά και νομικά πρόσωπα), που δεν υποβάλουν τα άνω αποδεικτικά, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν απασχολούν προσωπικό, για το οποίο υπάρχει υποχρέωση ασφάλισης σε ημεδαπούς ασφαλιστικούς οργανισμούς. Αν απασχολούν τέτοιο προσωπικό, πρέπει να υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας.

- υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.

Αριθμός απόφασης:1689/2020

(ββ) για την παράγραφο Α.2Α του άρθρου 22: πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς.

Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού.

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

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

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Στην περίπτωση αυτή οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στα υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α της παρούσας.

Οι επίσημες δηλώσεις καθίστανται διαθέσιμες μέσω του επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis) του άρθρου 81 του ν. 4412/2016.

Αν διαπιστωθεί με οποιονδήποτε τρόπο ότι, στην εν λόγω χώρα εκδίδονται τα υπόψη πιστοποιητικά, η προσφορά του διαγωνιζόμενου απορρίπτεται.

(ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού.

Ειδικά για την περίπτωση θ της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο**** . υποβάλλονται πιστοποιητικά χορηγούμενα από τα αρμόδια επιμελητήρια και φορείς (****) από τα οποία αποδεικνύεται ότι τα πρόσωπα με βεβαίωση του Μ.Ε.Κ. που στελεχώνουν την εργοληπτική επιχείρηση, δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

(στ) Δικαιολογητικά της παρ. Α.5 του Άρθρου 22

Για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παραγράφου Α.5 του άρθρου 22 υποβάλλονται, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία: [...]

(δ) Για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9. της παρούσας διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016».

16. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003,

Αριθμός απόφασης:1689/2020

294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα πιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05,

ΕΥ:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

17. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

18. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης

Αριθμός απόφασης:1689/2020

δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

19. Επειδή, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

20. 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 (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό

Αριθμός απόφασης:1689/2020

διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

21. Επειδή, 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). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

22. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4.2. της διακήρυξης του επίδικου διαγωνισμού, οι οποίες εναρμονίζονται με τις αντίστοιχες, ισχύουσες πλέον, ρυθμίσεις του άρθρου 103 παρ. 2 του ν.4412/2016, όπως η τελευταία παράγραφος τροποποιήθηκε με την παρ. 12 του άρθρου 43 του ν.4605/2019, μετά την πρόσκληση προς τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εντός της οριζόμενης προθεσμίας (βλ. αντίστοιχα παρ. 1 του άρθρου 103), εφόσον κατά τον έλεγχο αυτών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομιστεί στο σύνολό τους τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα βλ. συνδυαστικά άρθρα 4.2. και 22, 23 της διακήρυξης), δεν οφείλει ο καθ' ου Δήμος ως αναθέτουσα αρχή να ζητήσει από τον προσωρινό μειοδότη τη συμπλήρωση αυτών. Μόνο κατ' εξαίρεση, στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και έχει αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των μνημονευόμενων δικαιολογητικών, υποβάλλοντας παράλληλα προς την αναθέτουσα αρχή εντός της οριζόμενης προθεσμίας σχετικώς αίτημα παράτασης προθεσμίας υποβολής τους, ο Δήμος υποχρεούται να του χορηγήσει την αιτούμενη παράταση για όσο χρόνο απαιτηθεί για την χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές. Η εν λόγω δε ρύθμιση της διακήρυξης, καθώς και η αντίστοιχη του ν.4605/2019, εναρμονίζονται με την υποχρέωση διαφάνειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, καθόσον διαμέσου της διακήρυξης οι συμμετέχοντες

Αριθμός απόφασης:1689/2020

στον διαγωνισμό έχουν λάβει έγκαιρα γνώση ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των ανωτέρω απαιτούμενων δικαιολογητικών κατά την κατακύρωση ο Δήμος δεν έχει την υποχρέωση να τους καλέσει να τα συμπληρώσουν, η εν λόγω δε έλλειψη συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς τους, κατά τα άρθρα 4.2. και 22 και 23 της διακήρυξης (βλ. σχετικά και Αιτιολογική Έκθεση του ν.4605/2019).

23. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει, ως άλλωστε συνομολογεί και η ίδια η παρεμβαίνουσα, ότι δεν έχει υποβληθεί από αμφότερα τα μέλη της ένωσης η υπό 23.3. παρ. στ περ. δ υπεύθυνη δήλωση περί μη έκδοσης σε βάρος τους απόφασης αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016.

24. Επειδή, βάσει της αρχής της τυπικότητας, η οποία συνιστά έκφανση της αρχής της νομιμότητας, ανεξαρτήτως κατ' ουσίαν πλήρωσης της προϋπόθεσης περί της μη ύπαρξης απόφασης αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016, στο πρόσωπο του υποψηφίου, συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού η μη προσκόμιση του απαιτούμενου δικαιολογητικού περί απόδειξης της ανωτέρω προϋπόθεσης.

25. Επειδή, αλυσιτελώς προβάλλει η παρεμβαίνουσα την αρχή της αναλογικότητας ως γνώμονα άρσης του αυτόματου αποκλεισμού προσφοράς σε περίπτωση συνδρομής των λόγων 22.A1, 22A2α και 22 A.4. της διακήρυξης με την αξιολόγηση μέτρων αυτοκάθαρσης (βλ. 22 A7 και 22 A8 της διακήρυξης), καθώς η εν λόγω ρύθμιση εφαρμόζεται σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, στις οποίες δεν συγκαταλέγεται η υπό κρίση (22 A.9), και ελέγχεται εφόσον έχουν δηλωθεί στο προσκομισθέν **** συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης του υποψηφίου, προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι εξαίρεση από τη δυνατότητα επίκλησης των μέτρων αυτοκάθαρσης προβλέπεται στην περίπτωση κατά την οποία έχει επιβληθεί σε βάρος οικονομικού φορέα η κύρωση του αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης σύμβασης δημοσίων συμβάσεων, η οποία ισχύει σε συγκεκριμένο κράτος μέλος για ορισμένο χρονικό διάστημα, κατ' εφαρμογή της προβλεπόμενης από το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 διαδικασίας (ΣΤΕ 204/2019). Ομοίως, αλυσιτελώς προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή η κατ' ουσίαν κάλυψη του περιεχομένου της επίμαχης

Αριθμός απόφασης:1689/2020

υπεύθυνης δήλωσης από έτερες προσκομισθείσες, καθώς ακόμη και εάν υφίστατο εννοιολογική κάλυψη (quod non), σε κάθε περίπτωση η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση από την οικεία διακήρυξη προσκόμισης ξεχωριστών υπεύθυνων δηλώσεων με συγκεκριμένο περιεχόμενο, επιφέρει τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου σε περίπτωση μη προσκόμισης μιας εξ αυτών κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔεφΘεσ 47/2020, Δεφ Πατ57/2020, ΔεφΚομ25/2020).

Συνεπώς, ο προβαλλόμενος με την προσφυγή λόγος κρίνεται βάσιμος.

26. Επειδή, η αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής, ο οποίος συνεπάγεται την απόρριψη της οικείας προσφοράς παρεμβαίνουσας, καθιστά αλυσιτελή την εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής, καθόσον η τυχόν απόρριψή του ουδόλως δύναται να μεταβάλει τις έννομες συνέπειες της αποδοχής του ως άνω κριθέντος λόγου (ΣΤΕ 308/2020).

27. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η παρέμβαση να απορριφθεί.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύσσει την παρεμβαίνουσα ανάδοχο.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 600 ευρώ με κωδικό ***** στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε 1^η Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 21^η Δεκεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης:1689/2020

Ο Πρόεδρος

Μιχαήλ Οικονόμου

Η Γραμματέας

Α/Α

ΑΛΕΞΑΝΔΡΑ ΠΑΠΑΧΡΗΣΤΟΥ