

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20.01.2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια (δυνάμει της υπ' αριθμ. 9/2021 Πράξης Αναπλήρωσης της Αναπληρώτριας του Προέδρου ΑΕΠΠ σε συνδυασμό με την με υπ' αριθ. 181/2021 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου) και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1878/14.12.2020 της εταιρίας με την επωνυμία «*****»

Κατά του ***** περί εγκρίσεως του 2^{ου} Πρακτικού για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, στο πλαίσιο του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ***** Διακήρυξη για την ανάθεση του έργου «Δράσεις για τη ****».

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «*****».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος που με αυτήν κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών που προσκόμισε, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της, η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της και η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της εταιρίας «*****».

Αριθμός απόφασης: 254/2021

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

3. Επειδή, ο ***** προκήρυξε με την με ΑΔΑΜ ***** Διακήρυξη ηλεκτρονικό, ανοικτό διαγωνισμό, για την ανάθεση του έργου με τίτλο «Δράσεις για τη βελτίωση της *****», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας € 1.335.285,73 πλέον Φ.Π.Α. 24%, με κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 09.06.2020 με ΑΔΑΜ ***** και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 09.06.2020 όπου έλαβε α/α στο Σύστημα ****. Στον διαγωνισμό έλαβαν μέρος και υπέβαλαν προσφορά οκτώ (8) οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα εταιρεία, που προσέφερε το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (30,49%), η εταιρεία «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 26,36%, η εταιρεία «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 25,72%, η εταιρεία «*****» με προσφερόμενο ποσοστό 21,17%, ο ***** με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 18,02%, η εταιρεία «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 17,83%, η εταιρεία «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 17,00% και η εταιρεία «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 15,82%. Κατόπιν ελέγχου των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, με την υπ' αριθ. ***** εγκρίθηκε το 1^ο/15.07.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού για την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της προσφεύγουσας εταιρίας «*****». Εν συνεχεία, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε η προσφεύγουσα «*****», συντάθηκε το 2^ο/25.09.2020 Πρακτικό όπου η Επιτροπή εισηγήθηκε εν τέλει την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας προσωρινής αναδόχου, λόγω διαπιστωθέντων ελλείψεων στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της, την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της και την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της εταιρίας «*****». Ειδικότερα, διαπιστώθηκαν τα εξής: «Α) Σύμφωνα με το άρθρο 23.3.(β) της Διακήρυξης, απαιτείται η υποβολή

Αριθμός απόφασης: 254/2021

υπεύθυνης δήλωσης 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, όπως απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 23.3.(β) της Διακήρυξης. Διαπιστώθηκε ότι η αναφερόμενη υπεύθυνη δήλωση δεν υποβλήθηκε. Β) Σύμφωνα με το άρθρο 23.3.(ββ) της Διακήρυξης, απαιτείται η υποβολή πιστοποιητικού ή υπεύθυνης δήλωσης, 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. Σύμφωνα με το άρθρο 23.2, το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Επίσης, στο άρθρο 23.2 αναφέρεται ότι γίνονται αποδεκτές οι ένορκες βεβαιώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους. Διαπιστώθηκε ότι κατά την υποβολή της προσφοράς υποβλήθηκε ένορκη βεβαίωση με ημερομηνία 17/01/2020, ήτοι πλέον των τριών τελευταίων μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς (η οποία ήταν στις 09/07/2020) και κατά συνέπεια δεν γίνεται αποδεκτή. Γ) Σύμφωνα με το άρθρο 23.3.(γ) της Διακήρυξης, απαιτείται η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα, η οποία για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς, αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της ***** . Διαπιστώθηκε ότι η αναφερόμενη απόδειξη δεν υποβλήθηκε. Δ) Σύμφωνα με το άρθρο 3.5.α της Διακήρυξης, τα ηλεκτρονικά υποβαλλόμενα στοιχεία και δικαιολογητικά από τον οικονομικό φορέα, εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν ψηφιακή υπογραφή. Διαπιστώθηκε ότι, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων του άρθρου 23.5 της Διακήρυξης, υποβλήθηκε υπεύθυνη δήλωση και πίνακας έργων σε εξέλιξη (που αφορούν στην ημερομηνία υποβολής προσφοράς), τα οποία δεν φέρουν ψηφιακή υπογραφή».

Αριθμός απόφασης: 254/2021

Η εν λόγω εισήγηση εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθ. *****.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ***** ποσού 6.676,43 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 05,% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 1.335.285,73, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 01.12.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και η υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στις 11.12.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στο γεγονός ότι λόγω απορρίψεως της προσφοράς της ματαιώνεται η προσδοκία της να αναλάβει την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης, παρότι έχει προσφέρει το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης και ως εκ τούτου αρχικώς αναδείχθηκε η ίδια προσωρινή ανάδοχος αυτής.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της

Αριθμός απόφασης: 254/2021

ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, με την Προσφυγή της, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της υπ' αριθ. ***** με την οποία, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, απορρίφθηκε η προσφορά της, υποστηρίζοντας τα εξής : Αναφορικά με την αιτίαση ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε την υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 23.3.β) της Διακήρυξης ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων που αφορούν στην καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι προς απόδειξη του ότι είναι φορολογικά ενήμερη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (9.7.2020) προσκόμισε α) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο, από το οποίο προκύπτει ότι ήταν φορολογικά ενήμερη από 21.5.2020 έως και 21.7.2020, β) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο της Κοινοπραξίας «*****» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα), από το οποίο προκύπτει ότι ήταν φορολογικά ενήμερη από 28.5.2020 έως και 28.7.2020 και γ) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο της Κοινοπραξίας «*****» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα), από το οποίο προκύπτει ότι ήταν φορολογικά ενήμερη από 28.5.2020 έως και 28.7.2020. Περαιτέρω, προς απόδειξη ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη προσκόμισε: α) το υπ' αριθ. ***** Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο, από το οποίο προκύπτει ότι ήταν φορολογικά ενήμερη από 11.9.2020 έως και 11.10.2020, β) το υπ' αριθ. Πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο της Κοινοπραξίας «*****» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα), από το οποίο προκύπτει ότι ήταν φορολογικά ενήμερη από 26.8.2020 έως και 26.10.2020, γ) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο της Κοινοπραξίας «*****» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα), από το οποίο προκύπτει ότι ήταν φορολογικά ενήμερη από 26.8.2020 έως και 26.9.2020. Εν συνεχεία, σε ό,τι έχει να κάνει με τη μη αθέτηση της υποχρέωσης

Αριθμός απόφασης: 254/2021

καταβολής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της προσκόμισε : α) την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Βεβαίωση Ασφαλιστικής Ενημερότητας από την οποία προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 1.4.2020 έως και 30.9.2020, β) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας της Κοινοπραξίας «*****» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα), από το οποίο προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 30.6.2020 έως και 29.12.2020, γ) το υπ' αριθ. **** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας της Κοινοπραξίας «*****.» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα) από το οποίο προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 2.7.2020 έως και 1.1.2021, δ) την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Βεβαίωση Ασφαλιστικής Ενημερότητας της Κοινοπραξίας «*****» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα) για το έργο «ΜΕΤΑΤΟΠΙΣΗ ΣΥΛΛΕΚΤΗΡΑ *****», από την οποία προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 28.4.2020 έως και 27.10.2020, ε) την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Βεβαίωση Ασφαλιστικής Ενημερότητας της εταιρείας για το έργο «*****» από την οποία προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 1.4.2020 έως και 30.9.2020, στ) την υπ' αριθ. πρωτ. **** Βεβαίωση Ασφαλιστικής Ενημερότητας της Κοινοπραξίας «*****» (μέλος της οποίας είναι η προσφεύγουσα) για το έργο «*****», από την οποία προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 28.4.2020 έως και 27.10.2020, ζ) την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Βεβαίωση Ασφαλιστικής Ενημερότητας της προσφεύγουσας για το έργο «*****» από την οποία προκύπτει ότι ήταν ασφαλιστικά ενήμερη από 27.1.2020 έως και 26.7.2020, η) την υπ' αριθ. πρωτ. **** Βεβαίωση Ασφαλιστικής Ενημερότητας της Κοινοπραξίας «*****», από την οποία προκύπτει ότι ήταν ασφαλιστικά ενήμερη από 28.4.2020 έως και 27.10.2020, θ) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας της εταιρείας μας για το έργο «*****», από την οποία προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 4.7.2020 έως και 3.1.2021, ι) το υπ' αριθ. πρωτ. **** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας του ***** (που στελεχώνει την εταιρεία) με ισχύ από 27.5.2020 έως και 27.11.2020, ια) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας του ***** (που στελεχώνει την εταιρεία) με ισχύ από 27.5.2020 έως και 27.11.2020, ιβ) την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Βεβαίωση

Αριθμός απόφασης: 254/2021

Ασφαλιστικής Ενημερότητας του ***** (που στελεχώνει την εταιρεία) με ισχύ από 23.4.2020 και για έξι μήνες και ιγ) την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Βεβαίωση του ***** περί εκπλήρωσης όλων των υποχρεώσεων καταβολής εισφορών επικουρικής ασφάλισης εκ μέρους των στελεχών της εταιρείας, με ισχύ από τις 29.5.2020 μέχρι και τις 31.7.2020. Τέλος, αναφορικά με τη μη αθέτηση της υποχρέωσης καταβολής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκόμισε: α) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας της προσφεύγουσας, από την οποία προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 11.9.2020 έως και 10.3.2021, β) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας της προσφεύγουσας για το έργο «*****», από το οποίο προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 11.9.2020 έως και 10.3.2021, γ) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας της προσφεύγουσας για το έργο «*****» από το οποίο προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 11.9.2020 έως και 10.3.2021, δ) το υπ' αριθ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας της προσφεύγουσας για το έργο «*****», από το οποίο προκύπτει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη από 11.9.2020 έως και 10.3.2021, ε) την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Βεβαίωση του ***** περί εκπλήρωσης όλων των υποχρεώσεων καταβολής εισφορών επικουρικής ασφάλισης εκ μέρους των στελεχών της εταιρείας, με ισχύ από τις 31.8.2020 μέχρι και τις 30.9.2020. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, παρότι η διακήρυξη αρκείται σε μια απλή υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, η ίδια προσκόμισε το μείζον, ήτοι τα επίσημα πιστοποιητικά που βεβαιώνουν τούτο και καταλαμβάνουν χρόνο μέχρι και την υποβολή των οικείων δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου. Επομένως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι όχι απλά απέδειξε τη μη συνδρομή των κρίσιμων εν προκειμένω ουσιαστικών λόγων αποκλεισμού δια του ελάσσονος δικαιολογητικού (υπεύθυνης δήλωσης), αλλά δια του μείζονος (πιστοποιητικών ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας). Αναφορικά με την αιτίαση ότι

Αριθμός απόφασης: 254/2021

προς απόδειξη μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παραγράφου 22.Α.2 Α για την μη επιβολή προστίμων του ΣΕΠΕ προσκομίστηκε η μη αποδεκτή, κατά τους όρους της διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση η οποία εκδόθηκε στις 17.01.2020, ήτοι πλέον των τριών τελευταίων μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εντός του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης υπέβαλε την από 16-09-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της *****, δυνάμει της οποίας βεβαιώθηκαν τα εξής: «Ως νόμιμος εκπρόσωπος και διαχειριστής της Τεχνικής Εταιρείας με την επωνυμία *****, που εδρεύει στην *****, δηλώνω ότι: 1.- Δεν έχουν επιβληθεί ούτε στην ανωτέρω εταιρεία ούτε σε εμένα προσωπικά, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών προ της σημερινής ημερομηνίας: 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 ισχύει σήμερα, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, β) 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 ανωτέρω υπό αα και β κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη & δεσμευτική ισχύ. 2.- Δεν έχει επιβληθεί ούτε στην ανωτέρω εταιρεία ούτε σε εμένα με κοινή Υπουργική Απόφαση του άρθρου 74 του Ν.4412/2016, όπως ισχύει σήμερα, η ποινή του αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις». Εφόσον κατά την 16-09-2020 βεβαιώθηκε με υπεύθυνη δήλωση ότι δεν είχαν εκδοθεί έως και την ημερομηνία αυτή οι ως άνω πράξεις του ΣΕΠΕ, η υπεύθυνη αυτή δήλωση καταλαμβάνει προδήλως ΚΑΙ ΤΗΝ ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ (09-07-2020), κάτι που διέλαθε τελείως της προσοχής της αναθέτουσας αρχής. Σημειωτέον ότι αρκεί η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης και όχι ένορκης βεβαίωσης, η δε υποβληθείσα ένορκη βεβαίωση υπεβλήθη ως εκ περισσού. Όφειλε, όμως, η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει ότι η εν λόγω από 16-9-2020 υπεύθυνη δήλωση κάλυπτε

Αριθμός απόφασης: 254/2021

και το χρόνο υποβολής της προσφοράς και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου. Εν συνεχεία, αναφορικά με την αιτίαση ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε την απαιτούμενη εκτύπωση μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της ****προς απόδειξη του ότι δεν έχει αναστείλει την επιχειρηματική της δραστηριότητα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δια του συνόλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε και συγκεκριμένα από τα δικαιολογητικά εκείνα που αφορούν στην απόδειξη του ότι είναι φορολογική ενήμερη, στην απόδειξη του ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη και στην απόδειξη του ότι υφίστανται εν εξελίξει έργα στην εκτέλεση των οποίων συμμετέχει, αποδεικνύεται πέραν πάσης αμφιβολίας ότι δεν έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές της δραστηριότητες καθ'όλο το διάστημα από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της μέχρι και την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Αναφορικά με την αιτίαση ότι η υπεύθυνη δήλωση που προσκόμισε η προσφεύγουσα προς απόδειξη μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων δεν φέρει την απαιτούμενη ψηφιακή υπογραφή, η ίδια προβάλλει ότι σχετικώς με την μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση με την φυσική υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της, σύμφωνα δε με σχετική νομολογία, την οποία παραθέτει, για το παραδεκτό της συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης δεν απαιτείται η ηλεκτρονική υπογραφή της. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, ακόμη κι αν ήθελε θεωρηθεί νόμιμος ο αποκλεισμός της, η εν λόγω απόφαση είναι μη νόμιμη κατά το μέρος που διατάσσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της χωρίς να έχει προς τούτο προηγηθεί η απαιτούμενη κατά τον νόμο γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, εξαιτίας δε της ελλείψεως αυτής η προσβαλλόμενη πάσχει λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ. 217/2020 έγγραφό της απέστειλε τις απόψεις της επί της Προσφυγής με τις οποίες υποστηρίζει τα εξής : Επί του πρώτου λόγου αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 254/2021

εκθέτει με τις απόψεις της ότι στη Διακήρυξη και συγκεκριμένα στο άρθρο 23.3.(β) αναφέρονται με απόλυτη σαφήνεια τα απαιτούμενα δικαιολογητικά που απαιτείται να υποβάλει ο ανάδοχος για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α. και η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση είναι ένα από αυτά. Οι βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας που κατατέθηκαν από τον οικονομικό φορέα αποτελούν δικαιολογητικά που επίσης απαιτούνται σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη Διακήρυξη και δεν υποκαθιστούν την υπεύθυνη δήλωση. Δεν αναφέρεται σε κάποιο σημείο της Διακήρυξης ότι εάν υποβληθούν τα δύο πρώτα δικαιολογητικά δεν είναι απαραίτητο να υποβληθεί το τρίτο, ούτε ότι η υποβολή της συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης είναι προαιρετική. Στην συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση ζητείται να δηλώνεται αν έχει ή όχι εκδοθεί εις βάρος του κάθε υποψήφιου, δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αυτή η πληροφορία (ύπαρξη ή μη δικαστικής ή διοικητικής απόφασης) είναι διαφορετική από αυτήν της ύπαρξης ασφαλιστικής-φορολογικής ενημερότητας, καθώς πρόκειται για διαφορετικά δεδομένα, που η ύπαρξη του ενός δεν αποκλείει την ύπαρξη ή όχι του άλλου. Επίσης, τα στοιχεία της υπεύθυνης δήλωσης δεν μπορούν να αντληθούν από κάποιο άλλο κατατεθειμένο στοιχείο και επομένως το στοιχείο αυτό, δηλαδή η υπεύθυνη δήλωση, απαιτείται σύμφωνα με την Διακήρυξη. Εφόσον δεν έχει κατατεθεί, η Επιτροπή Διαγωνισμού όφειλε να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο. Ακόμη, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν έχει την αρμοδιότητα να κρίνει αν κάποιο από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, όπως αυτά ορίζονται με απόλυτη σαφήνεια στη Διακήρυξη, είναι μείζονος ή ελάσσονος σημασίας. Η παράβλεψη της διαπίστωσης μη ύπαρξης ενός από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, θα παραβίαζε τους όρους του άρθρου 23.3.(β) της Διακήρυξης και θα προκαλούσε άνιση μεταχείριση μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται και την υπ' αριθ. 1312/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ. Επί του δεύτερου λόγου αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η συγκεκριμένη ένορκη βεβαίωση αφορά τυχόν πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του

Αριθμός απόφασης: 254/2021

οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Η ένορκη βεβαίωση έχει εκδοθεί στις 17/1/2020 και επομένως καλύπτει το χρονικό διάστημα δύο ετών πριν τις 17/1/2020. Δεδομένου ότι η λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ήταν στις 9/7/2020 και βάσει του άρθρου 23.2 γίνεται αποδεκτή ένορκη βεβαίωση μέχρι τρεις μήνες πριν, δηλαδή 9/4/2020, σημαίνει ότι με την κατατεθείσα ένορκη βεβαίωση δεν καλύπτεται το χρονικό διάστημα από 17/1/2020 έως τουλάχιστον τις 9/4/2020. Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 23.2, το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Η αναφερόμενη στην προσφυγή σχετική υπεύθυνη δήλωση αφορά τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και όχι τα δικαιολογητικά κατά την υποβολή της προσφοράς, ανάμεσα στα οποία συγκαταλέγεται και η υπόψη μη αποδεκτή ένορκη βεβαίωση. Κατά συνέπεια, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού απέκλεισε τον διαγωνιζόμενο ως προς τον δεύτερο λόγο. Επί του τρίτου λόγου αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι, σύμφωνα με το άρθρο 23.3.(γ) της Διακήρυξης, για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 παρ. Α.4.(β), η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα, για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της *****. Η Διακήρυξη ορίζει με απόλυτη σαφήνεια ποια είναι τα δικαιολογητικά με τα οποία αποδεικνύεται η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα. Τα λοιπά δικαιολογητικά που αναφέρονται στην Προσφυγή ότι κατατέθηκαν, αφορούν στην απόδειξη άλλων στοιχείων σχετικά με τον οικονομικό φορέα και είναι επίσης απαιτούμενα από τη Διακήρυξη, ωστόσο δεν υποκαθιστούν την απαίτηση για εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου από την ΑΑΔΕ». Σχετικά με την υποχρέωση της Επιτροπής να κάνει τον αυτεπάγγελτο έλεγχο για τα ανωτέρω, ισχύουν όλα τα αναφερόμενα στην Απόφαση 659/2020 της ΑΕΠΠ και συγκεκριμένα τα αναφερόμενα στις παρ. 11, 12, 13, 16. Το σκεπτικό για αυτό το σημείο της

Αριθμός απόφασης: 254/2021

Προσφυγής αναφέρεται αναλυτικά στην συγκεκριμένη Απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία έχει κρίνει ότι σωστά απορρίφθηκε οικονομικός φορέας που δεν είχε προσκομίσει την εκτύπωση της καρτέλας “Στοιχεία Μητρώου” από την ΑΑΔΕ. Κατά συνέπεια, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού απέκλεισε τον διαγωνιζόμενο ως προς τον τρίτο λόγο. Επί του τέταρτου λόγου αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι τα αναφερόμενα στο άρθρο 3.5.α της Διακήρυξης, ότι τα ηλεκτρονικά υποβαλλόμενα στοιχεία και δικαιολογητικά από τον οικονομικό φορέα, εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν ψηφιακή υπογραφή, αποτελούν την υφιστάμενη τυπική διαδικασία του διαγωνισμού. Μη συμμόρφωση με αυτήν την διαδικασία επιφέρει τις ανάλογες κυρώσεις, που στην προκειμένη περίπτωση είναι η μη αποδοχή ως έγκυρης της υποβληθείσας υπεύθυνης δήλωσης και κατά συνέπεια την έλλειψη απόδειξης της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων του άρθρου 23.5 της Διακήρυξης. Σχετική είναι η απόφαση ΑΕΠΠ 579/2019, όπου στο σημείο 9 αποδέχεται ότι σωστά απέρριψαν φορέα του οποίου οι υπεύθυνες δηλώσεις ανεκτέλεστου, δεν είχαν ψηφιακή υπογραφή. Κατά συνέπεια, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού απέκλεισε τον διαγωνιζόμενο ως προς τον τέταρτο λόγο. Επί της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη ***** ενέκρινε το 2ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία εισηγήθηκε μεταξύ άλλων και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας. Η έγκριση ή η απόρριψη του πρακτικού είναι απαραίτητη προκειμένου να εκκινήσουν οι προθεσμίες, οι δυνατότητες προσφυγής και άλλων μετέπειτα διαδικασιών του διαγωνισμού. Η απόφαση αυτή ήταν επομένως απαραίτητη, προκειμένου να αιτηθεί η αναθέτουσα αρχή την παροχή της γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, όπως προβλέπεται στο άρθρο 15.4 της Διακήρυξης. Χωρίς απόφαση της αναθέτουσας αρχής, δεν θα ήταν εφικτή η παροχή της γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου με μόνο το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο αποτελεί βάσει της Διακήρυξης εισήγηση προς την Αναθέτουσα Αρχή και όχι προς άλλο φορέα. *****, σε συνέχεια της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (*****) αιτήθηκε την

Αριθμός απόφασης: 254/2021

παροχή γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου (αριθμ. πρωτ. 13279/07-12-2020) και προφανώς δεν προέβη σε ενέργειες κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής πριν την παροχή σύμφωνης γνώμης. Η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου όπως και η απόφαση της ΑΕΠΠ σχετικά με την παρούσα προσφυγή θα ληφθούν υπόψη της αναθέτουσας αρχής σε νεότερη απόφασή της. Αναφορικά δε με την προσφυγή εν συνόλω, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι εν προκειμένω δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 σχετικά με την δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

11. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει η εταιρία «*****» με την από 18.12.2020 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 14.12.2020 και η Παρέμβαση ασκήθηκε εντός της δεκαήμερης προς τούτο προθεσμίας. Η δε παρεμβαίνουσα, με προφανές έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, ζητώντας την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και ως εκ τούτου αναδείχθηκε η ίδια προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης. Ειδικότερα, αναφορικά με τον πρώτο λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι από τη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης, συνάγεται με σαφήνεια ότι στον επίμαχο διαγωνισμό προσφέρων οικονομικός φορέας δεν πρέπει να έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό δεν πρέπει να έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Προς προκαταρκτική απόδειξη, μεταξύ άλλων, ότι δεν βρίσκεται στην πιο πάνω κατάσταση ο φορέας υποβάλλει με την προσφορά του το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), στο οποίο, εκτός των λοιπών δηλώσεών

Αριθμός απόφασης: 254/2021

του, επιβεβαιώνει ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του και η πιο πάνω κατάσταση. Ακολούθως, εφόσον ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος, για την απόδειξη ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό δεν έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ο φορέας, εάν πρόκειται για ημεδαπή επιχείρηση ή εκτελεί έργα στην Ελλάδα, εκτός της φορολογικής ενημερότητας του ίδιου και των κοινοπραξιών των έργων που είναι σε εξέλιξη και της ασφαλιστικής ενημερότητας που να καλύπτει τις ασφαλιστικές του υποχρεώσεις του για το προσωπικό του με σχέση εξαρτημένης εργασίας, για τα έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία, καθώς και για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ - ΤΣΜΕΔΕ, οφείλει να προσκομίσει και υπεύθυνη δήλωση 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. Αν ο προσφέρων φορέας δεν προσκομίσει κάποιο ή κάποια από τα παραπάνω δικαιολογητικά ή την παραπάνω αναφερόμενη υπεύθυνη δήλωση, η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να απορρίψει την προσφορά του. Και τούτο, διότι, σύμφωνα με τις ρητές και σαφείς διατάξεις της διακήρυξης, που δεσμεύουν τόσο την Αρχή που διενεργεί τον διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους, αλλά και ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ (ΕΑ)19/11, ΣτΕ 1329/08, ΔΕφΑθ (Ασφ) 318/2013, ΔΕφΛαρ 7/2013, ΑΕΠΠ 114/2020). Αν δεν τα προσκομίσει τότε ο διαγωνιζόμενος πρέπει να αποκλειστεί, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 194/2011), άλλως καθίσταται μη νόμιμη η σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε την δυνατότητα να

Αριθμός απόφασης: 254/2021

προσκαλέσει την προσφεύγουσα να συμπληρώσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά και τούτο διότι ενόψει της ρητής διατύπωσης του άρθρου 4.2 γ) της διακήρυξης τέτοια υποχρέωση έχει αναθέτουσα αρχή, μόνον εφόσον ο ίδιος ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλει εντός της αρχικά τεθείσας προθεσμίας για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης αίτημα για την παράταση της, το οποίο μάλιστα να συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση του ή των μη υποβληθέντων δικαιολογητικών, περίπτωση που εν προκειμένω δεν συντρέχει. Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι εν προκειμένω, πράγματι και δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, ότι η επίμαχη ένορκη βεβαίωση που υπέβαλε σχετικά με πράξεις επιβολής προστίμου του **** που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, φέρει ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, η οποία ήταν έληγε στις 9.7.2020. Κατά συνέπεια ορθώς απερρίφθη το έγγραφο αυτό. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι υπέβαλε την 16.9.20 υπεύθυνη δήλωση, είναι αλυσιτελής, προσκρούει στη διακήρυξη και προφανώς δεν καλύπτει την παράλειψή της, διότι η διάταξη του άρθ. 23.3 (ββ) της διακήρυξης αναφέρεται σε πιστοποιητικό ή ένορκη βεβαίωση ή υπεύθυνη δήλωση που να έχει εκδοθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, όχι των 3 μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Πλην όμως, με την υποβολή της υπευθύνου δηλώσεως της 16.9.20 μετατίθεται ανεπίτρεπτα το υπό της διάταξης του άρθ. 23.3 (ββ) της διακήρυξης ορόσημο της ημερομηνίας λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς που είναι η 9.7.20 και αντίστοιχα το διάστημα της διετίας από αυτήν. Κατά συνέπεια είναι αλυσιτελής ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας αφού υπέβαλε ένορκη βεβαίωση που είχε εκδοθεί σε διάστημα απώτερο των 3 μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ενώ η από 16.9.20 υπεύθυνη δήλωση δεν καλύπτει την παράλειψη. Αναφορικά με τον τρίτο λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι παρότι δεν το αμφισβητεί η

Αριθμός απόφασης: 254/2021

προσφεύγουσα, εντούτοις ισχυρίζεται ότι η απόδειξη αυτή προκύπτει εμμέσως από άλλα έγγραφα όπως ασφαλιστικές ενημερότητες κλπ. Ωστόσο, ο ισχυρισμός της είναι αβάσιμος διότι η δεν επιδέχεται άλλης ερμηνείας πλην από της προφανούς γραμματικής τοιαύτης: *«Ειδικά η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα, για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς, αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της *****»*. Τέλος, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι και πάλι παραπειστικώς η προσφεύγουσα επιχειρεί να αντλήσει ωφέλεια από την απόφαση 29/2019 της Ε.Α. ΣτΕ. Ωστόσο και πάλι η απόφαση αυτή έκρινε επί διαφορετικού πραγματικού και κατέληξε στο συμπέρασμα της ειδικώς: *«ενόψει και του ότι η ψηφιακή υπογραφή του συγκεκριμένου δικαιολογητικού με την προαναφερόμενη χρονική απαίτηση δεν τάσσεται από τη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, και δη επί ποινή αποκλεισμού, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς, εφόσον στους σχετικούς όρους (άρθρα 3 παρ. 3.1., 4 παρ. 4.2. περ. β, γ σε συνδυασμό με άρθρο 23.3. εδ. πρώτο και περ. στ υποπερ. α) δεν περιέχεται τέτοια ρήτρα»*. Κάτι τέτοιο δεν συντρέχει στην ώδε κρινόμενη υπόθεση όπου η επίδικη διακήρυξη σαφώς προβλέπει στο άρθ. 3.5 α) ότι: *«α) Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» είναι τα οριζόμενα στο άρθρο 24.2 της παρούσας και υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου Portable Document Format (PDF) και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ. *****»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως αβάσιμη.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν

Αριθμός απόφασης: 254/2021

(ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

13. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

14. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

15. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που

Αριθμός απόφασης: 254/2021

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

16. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Επομένως και βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίστηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

Αριθμός απόφασης: 254/2021

17. Επειδή οι αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν να καθορίζονται σαφώς στην διακήρυξη οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό καθώς και τα κριτήρια ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης (βλ. ΕΣ 133/2008, Πράξη, Τμ. VI) με στόχο την επίτευξη πλήρους διαφάνειας και προστασίας του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2263/2011, 2016/2010, Τμ. VI).

18. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pippo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, είχε κριθεί κατά το προγενέστερο θεσμικό καθεστώς ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008,

Αριθμός απόφασης: 254/2021

222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

19. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

20. Επειδή, με τους όρους της επίμαχης Διακήρυξης, οι οποίοι θέτουν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, διατυπώνονται τα εξής : Στο άρθρο 4.2. ορίζεται ότι : *«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. {...} δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: I) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, 24 απορρίπτεται η*

Αριθμός απόφασης: 254/2021

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». Περαιτέρω, στο άρθρο 22.Α.2. ορίζεται ότι : «22.Α. Λόγοι αποκλεισμού Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων: {...} 22.Α.2 Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης». Τέλος, στο άρθρο 23.3 «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» ορίζεται ότι : «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: (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, περί του ότι έχουν εκπληρωθεί οι υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, όσον αφορά στην καταβολή φόρων (φορολογική ενημερότητα) και στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ασφαλιστική ενημερότητα) σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης ή την ελληνική νομοθεσία αντίστοιχα, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην

Αριθμός απόφασης: 254/2021

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 ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους – μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι. 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». Εκ των οριζομένων ως άνω σαφώς προκύπτει ότι προς απόδειξη μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού που αφορά στην καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, ο προσωρινός ανάδοχος απαιτείται να προσκομίσει την ζητούμενη φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα καθώς και την ρητώς προβλεπόμενη στον οικείο όρο υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική

Αριθμός απόφασης: 254/2021

ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.

21. Επειδή, στην κριθείσα περίπτωση, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα «****» έχει προσκομίσει εντός του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, στα οποία αναλυτικώς αναφέρεται στην προσφυγή της, ωστόσο, όπως και η ίδια παραδέχεται, δεν έχει συμπεριλάβει στα δικαιολογητικά κατακύρωσης την ρητώς απαιτούμενη κατά τον όρο 23.3 της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.

22. Επειδή, παρόλα αυτά, ως σαφώς προκύπτει από τα διαλαμβανόμενα ως άνω, προς απόδειξη μη πλήρωσης του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.2 περί αθετήσεως των υποχρεώσεων του προσφέροντος όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης απαιτείται, εκτός της φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, η υποβολή από τον προσφέροντα υπεύθυνης δήλωσης στην οποία θα δηλώνει υπευθύνως ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Ήτοι εναργώς συναγεται ότι το περιεχόμενο της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης αφορά στην βεβαίωση όλως διαφορετικού αποδεικτέου γεγονότος από αυτά που αποδεικνύονται με μόνη την προσκόμιση των πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας που υπέβαλε η προσφεύγουσα, ουδώς δε θα μπορούσε να συναχθεί ότι εξ αυτών των πιστοποιητικών προκύπτει καθ'οιονδήποτε τρόπο ότι παρέχεται και βεβαίωση περί του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της προσφεύγουσας δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των σχετικών με την καταβολή φόρων ή εισφορών

Αριθμός απόφασης: 254/2021

κοινωνικής ασφάλισης υποχρεώσεών της. Η παράλειψη αυτή δεν θα εδύνατο να συμπληρωθεί εκ των υστέρων με διευκρινίσεις καθώς το άρθρο 4.2 της Διακήρυξης προβλέπει ρητώς και σαφώς ότι αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως εν προκειμένω η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου απορρίπτεται. Επομένως, ορθώς και κατά δέσμια αρμοδιότητα, η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε τον προσφεύγοντα σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας για τη μη προσκόμιση δικαιολογητικού κατακύρωσης που απαιτούσε η Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Περαιτέρω, απορριπτέος ως αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αποκλείστηκε παρόλο που απέδειξε πλήρως ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό της καθώς για την απόδειξη της μη συνδρομής του εν θέματι λόγου αποκλεισμού απαιτούνταν ρητώς και σαφώς και η μη προσκομισθείσα υπεύθυνη δήλωση.

23. Επειδή, η διαλαμβανόμενη πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της. Κατά συνέπεια, η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής σε βάρος της νομιμότητας της προσφοράς της προσφεύγουσας -ανεξαρτήτως της βασιμότητάς των ή μη - παρέλκει ως αλυσιτελής (ΕΑ ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

24. Επειδή, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι, ακόμα κι αν ήθελε κριθεί νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της, δεν θα έπρεπε να διαταχθεί η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, χωρίς την προηγούμενη γνώμη του τεχνικού συμβουλίου, διατυπώνονται τα εξής : Κατά την ισχύουσα διάταξη του άρθρου 103 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «*Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών,*

Αριθμός απόφασης: 254/2021

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». Ακολούθως, στο άρθρο 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «*Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως*», στο άρθρο 15.4 της διακήρυξης ορίζεται ότι : «*Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως*» και τέλος στο άρθρο 4.2. περίπτωση δ) της διακήρυξης ορίζεται ότι : «*Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του*

Αριθμός απόφασης: 254/2021

και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας». Από τις προδιαληφθείσες ως άνω διατάξεις του Νόμου και της υπόψη Διακήρυξης, η οποία και αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, εναργώς προκύπτει ότι, προϋπόθεση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συμμετέχοντος στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, όπως ορίζεται στο άρθρο 103 παρ. 3-4 του Ν. 4412/2016 αλλά και στους όρους 4.2 και 15.4 της παρούσας Διακήρυξης, αποτελεί η διαπίστωση ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79, στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ είναι ψευδή ή ανακριβή ή ότι δεν υποβλήθηκαν διόλου τα απαιτούμενα έγγραφα προς απόδειξη ενός ή περισσότερων εκ των στοιχείων που συνιστούν τους όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής ή ότι από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως εν τέλει δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής (πρώτη προϋπόθεση) καθώς και η θετική γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου (δεύτερη προϋπόθεση). Μάλιστα, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων αυτών, σαφώς συνάγεται ότι οι ανωτέρω δύο προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και δη, προγενεστερώς της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η οποία συνέχεια αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, όπως αυτή θα κριθεί και θα αξιολογηθεί κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), δηλαδή τον σε κάθε περίπτωση του αποκλεισμό από αυτήν. Στην κριθείσα περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου πράγματι διαπιστώνεται ότι κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, λόγω των αναφερόμενων ως άνω ελλείψεων στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε, και συνακόλουθα η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, δεν είχε ληφθεί η απαιτούμενη πρωθύστερη

Αριθμός απόφασης: 254/2021

γνώμη του τεχνικού συμβουλίου για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής. Ο προβαλλόμενος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ισχυρισμός ότι η έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης περί εγκρίσεως του Πρακτικού 2 με το οποίο η αρμόδια Επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, ήταν αναγκαία προκειμένου να αιτηθεί η αναθέτουσα αρχή την παροχή γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, αφενός, σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω, η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αναφορικά με την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής αποτελεί πρωθύστερη προϋπόθεση της έκδοσης της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής αφετέρου, η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά ατομική εκτελεστή πράξη κατά το κεφάλαιο της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, και ουδόλως προκύπτει ότι προκειμένου να επέλθουν οι έννομες αυτής συνέπειες απαιτείται, μετά την κρίση του Τεχνικού Συμβουλίου, να ληφθεί εκ νέου απόφαση προς τούτο, αφού ήδη η προσβαλλόμενη διαθέτει και κατά το κεφάλαιο αυτό εκτελεστότητα. Παρόλα αυτά, δοθέντος ότι, στην κριθείσα περίπτωση, η προσφεύγουσα ουδόλως προβάλλει με την προσφυγή της λόγους για τους οποίους η εγγύηση συμμετοχής της δεν θα έπρεπε να καταπέσει, σε περίπτωση που ήθελε κριθεί νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της, ως εν προκειμένω, αλυσιτελώς προβάλλεται από αυτήν η τυπική πλημμέλεια της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής άνευ προηγούμενης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, καθώς η αναθέτουσα αρχή, ακόμα και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη ως άνω παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (ΑΕΠΠ 560/2020). Άλλωστε έχει κατά πάγια νομολογία κριθεί ότι όταν προσβάλλεται διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα και δεν αμφισβητούνται τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, τότε, και υπό την προϋπόθεση ότι δεν πρόκειται περί ανυποστάτου πράξεως, παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα τυπικών λόγων, καθώς και λόγων περί μη τηρήσεως των τύπων που έχουν ταχθεί από τον νόμο για την έκδοσή της. Και

Αριθμός απόφασης: 254/2021

τούτο διότι το αρμόδιο όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε κατά νόμον και κατά δέσμια αρμοδιότητα να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (βλ. ΣΤΕ Ολ 530/2003, 2916/2007, 3813/2010, 667/2011, 671/2011, 949/2011, 4306/2011, 63/2012, 3953/2015, 1172/2016, 2111/2017, 2146/2017, 2018/2018 Ολ, ΔΕφΑθ 446/2015 σκ. 8, 58/2020 σκ.8, 749/2020 σκ. 3, βλ .και Δ. Ράικος, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων,3η εκδ, Σάκκουλας, 2019, παρ.892). Τέτοια περίπτωση περί μη τήρησης του τύπου που έχουν ταχθεί από τον νόμο για την έκδοσή της διοικητικής πράξης, αναγνωρίζεται από την νομολογία και όταν το αποφασιστικό όργανο εξέδωσε την απόφασή του χωρίς να προηγηθεί εισήγηση του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου (ΔΕφΑθ 534/2019 Ακυρ σκ.10). Ως εκ τούτου και αυτός ο λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

25. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα επί αυτής Παρέμβαση.

26. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 6.676,43 ευρώ πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 6.676,43 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 254/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 8 Φεβρουαρίου 2021.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ειρήνη Αψοκάρδου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νικόλαος Δεμιρτζήογλου

α/α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ