

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 18-4-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 473/19-4-2019 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 9-4-2019 με αρ. ... Απόφασης ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού κρίθηκε δεκτή η συμμετοχή του οικονομικού φορέα «...», στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου για την ΕΠΕΚΤΑΣΗ ΞΥΛΙΝΟΥ ΠΕΖΟΔΡΟΜΙΟΥ ΕΠΙ ΤΗΣ ... – ΤΟΜΕΑΣ ΣΤ-Ζ ΤΗΣ ΜΕΛΕΤΗΣ «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΤΗΣ ΠΑΡΑΛΙΑΚΗΣ ΖΩΝΗΣ ΑΠΟ ΤΗ ...», εκτιμώμενης αξίας 1.008.064,52 Ευρώ, πλέον Φ.Π.Α. 24%, που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 21-12-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ με συστημικό α/α ... την 24-12-2018.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ..., ποσού 5.041,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 18-4-2019 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα πράξης έγκρισης δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού αναδόχου, που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 9-4-2019. Ο δε προσφεύγων συγκεκριμένα επικαλείται ότι κατά παράβαση του άρ. 23.3 και του άρ. 22.Α.2 της διακήρυξης, παρέλειψε όμως να υποβάλει αποδεικτικά φορολογικής ενημερότητας για την ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ Η/Μ ΕΡΓΩΝ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ... που έχει Α.Φ.Μ. ... με αναθέτουσα αρχή της Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης – Αποχέτευσης ..., στην οποία συμμετέχει ως μέλος της ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ σύμφωνα με τη βεβαίωση ανεκτέλεστου και εμπρόθεσμου εκτέλεσης των εργασιών, το οποίο επίσης κατέθεσε, όπου στη στήλη ΜΕΕΠ αναφέρεται ο αριθμός ΜΕΕΠ ... της εταιρείας ... και ο αριθμός ΜΕΕΠ ... της εταιρείας ... οι οποίες συστήνουν την ... κατασκευής του συγκεκριμένου έργου, παραβιάζοντας κατά τον τρόπο αυτό τον όρο που αναφέρεται στο άρθρο 23.3 β της διακήρυξης που αποτελεί ουσιώδη προϋπόθεση για το παραδεκτό της συμμετοχής, η δε παράβαση του αυτή συνιστά σοβαρότατη πλημμέλεια και καθιστά τη συμμετοχή του εν λόγω οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία άκυρη. Επίσης, ο εν λόγω οικονομικός φορέας που ανακηρύχθηκε από την προσβαλλόμενη προσωρινός μειοδότης, υπέβαλε ως όφειλε ηλεκτρονικά και σε έντυπη μορφή, όπως ορίζεται στο άρθρο 4.2 της διακήρυξης αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας τόσο για τον οικονομικό φορέα «...» με Α.Φ.Μ. ..., όσο και για την ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ Η/Μ ΕΡΓΩΝ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ... με Α.Φ.Μ. .. για το έργο που εκτελεί και στο οποίο ο οικονομικός φορέας που ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης συμμετέχει σε αυτή, τα οποία ήταν σε ισχύ τόσο κατά το χρονικό διάστημα υποβολής της προσφοράς του όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών,

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

παρέλειψε όμως να υποβάλει αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας για την έδρα της ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ Η/Μ ΕΡΓΩΝ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ... που έχει Α.Φ.Μ. ..., με αναθέτουσα αρχή της Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης – Αποχέτευσης ..., και στην οποία συμμετέχει ως μέλος παραβιάζοντας κατά τον τρόπο αυτό τον όρο που αναφέρεται στο άρθρο 23.3 β της διακήρυξης που αποτελεί ουσιώδη προϋπόθεση για το παραδεκτό της συμμετοχής, η δε παράβαση του συνιστά σοβαρότατη πλημμέλεια και καθιστά τη συμμετοχή του εν λόγω οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία άκυρη.

3. Επειδή, με τις με αρ. πρωτ. ... από 24-4-2019 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι λείπει η φορολογική ενημερότητα του προσωρινού αναδόχου ως συμμετέχοντος στην ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ..., ενώ όσον αφορά την έλλειψη ασφαλιστικής ενημερότητας της έδρας της κοινοπραξίας, αυτή αναπληρώνεται από τη μηχανογραφημένη ασφαλιστική ενημερότητα για το έργο της κοινοπραξίας, που εκδίδεται κατόπιν αυτοματοποιημένου ελέγχου όλων γενικά των ασφαλιστικών υποχρεώσεων της. Με τις από 30-4-2019 και με αρ. πρωτ. ... κοινοποιηθείσες στην ΑΕΠΠ την 2-5-2019 συμπληρωματικές της Απόψεις, η αναθέτουσα επικαλείται ότι η έλλειψη φορολογικής ενημερότητας για την παραπάνω κοινοπραξία, αναπληρώνεται από τη φορολογική ενημερότητα του προσωρινού αναδόχου ως εταιρία, καθώς αυτή εκδίδεται βάσει αυτοματοποιημένων ελέγχων και επί οφειλών που τυχόν βεβαιώθηκαν σε βάρος άλλων προσώπων για τις οποίες έχουν ευθύνη καταβολής. Περαιτέρω, εμπροθέσμως κατόπιν της από 23-4-2019 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής και μετ' εννόμου συμφέροντος, ασκεί ο παρεμβαίνων την από 2-5-2019 παρέμβασή του, επικαλούμενος ότι η προσφυγή είναι απορριπτή ως απαράδεκτη επειδή η ΑΕΠΠ δεν έχει αρμοδιότητα να τροποποιεί εκτελεστές πράξεις, παρά μόνο να τις ακυρώνει, ότι δεν τίθεται ζήτημα αρχής ενιαίου μέτρου κρίσης και ότι ακόμη και αν απορριφθεί η προσφορά του παρεμβαίνοντος, θα κληθεί ως προσωρινός ανάδοχος ο δεύτερος μειοδότης και δεν θα ματαιωθεί ο διαγωνισμός, αφού υφίστανται και άλλοι αποδεκτοί μειοδότες. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων ως

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής επικαλείται ότι δεν δύναται να αποκλειστεί βάσει του άρ. 22.Α.2 της διακήρυξης αφού δεν αποδεικνύεται η εκ μέρους του μη καταβολή φόρων ή εισφορών με τελεσίδικη δικαστική ή διοικητική απόφαση, επιπλέον ότι σε κάθε περίπτωση έπρεπε να έχει κληθεί προς συμπλήρωση της φορολογικής ενημερότητας της παραπάνω κοινοπραξίας αντί να αποκλεισθεί, προσκομίζει δε αυτήν, ενώ εξάλλου δυνατό με κάθε κατάλληλο μέσο να αποδείξει τη συμμόρφωση με τις φορολογικές του υποχρεώσεις, αφού η προσωπική του ως εταιρία φορολογική ενημερότητα περιλαμβάνει κατά την ... και έλεγχο των οφειλών και προσώπων για τις οφειλές των οποίων ευθύνεται ο υπέρ ου η βεβαίωση. Ως προς τον δε δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι ο όρος 23.3.β της διακήρυξης απαιτούσε υποβολή ασφαλιστικών ενημεροτήτων για τα υπό εκτέλεση από την ως άνω κοινοπραξία έργα και όχι για την έδρα της κοινοπραξίας.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία ανάθεσης έργου κάτω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (κοινοποίηση της προσβαλλομένης 9-4-2019 και άσκηση της προσφυγής την 18-4-2019), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως άνω Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται δια της ακύρωσης της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος ανέδειξε τον παράπανω οικονομικό φορέα ως ανάδοχο, αφού ως δεύτερος μειοδότης, η ακύρωση της αποδοχής του αναδόχου, θα επέφερε τη δική του υπεισέλευση στη θέση του. Η δε επίκληση εννόμου συμφέροντος επί τη βάσει ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, λαμβάνει χώρα προεχόντως αλυσιτελώς, αφού ο προσφεύγων ούτως ή άλλως θα κληθεί κατόπιν τυχόν ακύρωσης της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, ως προσωρινός ανάδοχος,

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

καθώς κατέστη αποδεκτός και δεν απεκλείσθη εκ της προσβαλλομένης. Περαιτέρω, αβάσιμα ο παρεμβαίνων επικαλείται απαράδεκτο της προσφυγής λόγω αιτήματος τροποποίησης της προσβαλλομένης, καθώς ο προσφεύγων αιτήθηκε σε κάθε περίπτωση την ακύρωση της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, η δε τροποποίηση έτυχε επίκλησης επικουρικώς και τούτο υπό την έννοια εν μέρει ακύρωσης, ήτοι κατά το σκέλος της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, ζήτημα περί του οποίου η ΑΕΠΠ είναι κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 όλως αρμόδια, χωρίς να χρειάζεται να ακυρωθεί ως προς κάθε κεφάλαιο, ήτοι και κατά τα μη προσβαλλόμενα σκέλη της η εκάστοτε προσβαλλομένη πράξη, ενώ εξάλλου η ΑΕΠΠ έχει και την αρμοδιότητα ακύρωσης της προσβαλλομένης και καθ' ο μέρος ενσωματώνει παραλείψεις, διατάσσοντας συγχρόνως και την οικεία αναπομπή στην αναθέτουσα, προς άρση αυτών. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 131/2019), κατά το άρ. 103 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της προκείμενης διακήρυξης, ορίζεται ότι *«1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) 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 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, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα*

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.». Επομένως, κατά την ως άνω διάταξη που είναι ειδική όσον αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και την υποβολή τους, η προθεσμία για την προσκόμισή τους ορίζεται κατ' ελάχιστον σε 10 ημέρες και κατά μέγιστο σε 20 ημέρες, το δε εντός των ορίων αυτών συγκεκριμένο ανά περίπτωση διάστημα καθορίζεται κατά ανέλεγκτη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας. Κατά τον δε όρο 4.2 της διακήρυξης ειδικότερα εν προκειμένω προβλέπονται τα ακόλουθα «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 δεκαπέντε (15) ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα ως άνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα υποβάλει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.». Σημειωτέον δε, ότι τα ανωτέρω μεταβλήθηκαν με το άρ. 42 παρ. 12^α Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α 52/1.4.2019), που κατήργησε την υποχρέωση της αναθέτουσας να καλεί σε δεύτερη προθεσμία σε όποια περίπτωση ανεύρεση από αυτήν ελλείψεων, αντικαθιστώντας τη με υποχρέωση χορήγησης παράτασης στη μόνη προθεσμία, πλέον, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατόπιν αιτήματος του προσωρινού αναδόχου εντός της καταρχήν προθεσμίας και μόνο εφόσον αποδείξει ότι έχει αιτηθεί τα δικαιολογητικά αυτά (χωρίς όμως εκ του νόμου περιορισμό της μέγιστης παράτασης, αλλά της διάρκειάς της επαφιομένης στην κρίση της αναθέτουσας με λήψη υπόψη του απαιτούμενου προς χορήγηση των δικαιολογητικών

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

χρόνου). Όμως, οι τροποποιημένες διατάξεις δεν είναι εφαρμοστέες, αφού κρίσιμο νομικό καθεστώς είναι αυτό βάσει του οποίου διενεργήθηκε ο διαγωνισμός, ενώ εξάλλου το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας ενσωμάτωσε ούτως ή άλλως τις διατάξεις νόμου ως τότε είχαν, δια της συμπεριλήψεώς τους στους ως άνω όρους της διακήρυξης. Οπότε, εν προκειμένω εκ της διακήρυξης η ως άνω πρώτη προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ορίζεται σε 15 ημέρες. Περαιτέρω κατά τον νόμο και τη διακήρυξη, σε κάθε περίπτωση ελλείψεων κάθε είδους των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ακόμη δε και εν όλω μη προσκόμισής τους («Αν δεν υποβληθούν τα ως άνω δικαιολογητικά...»), ήτοι κατά τη σαφή παρ. 2 του άρ. 103 Ν. 4412/2016 και του άρ. 4.2.γ της διακήρυξης, σε περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος παραλείπει εν γένει να τα υποβάλει, η αναθέτουσα κατά δεσμία αρμοδιότητά της και όχι διακριτική, απλώς, ευχέρεια αυτής, πρέπει να κληθεί να τα συμπληρώσει ή και εν όλω το πρώτον να τα προσκομίσει εντός πενθημέρου από τη νέα προς τούτο κοινοποίηση ειδοποίησης σε αυτόν. Άρα, ούτε καν αυτή η εν όλω μη προσκόμιση τέτοιων δικαιολογητικών, δύναται να οδηγήσει σε αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου, παρά μόνο αν κατόπιν νέας πενθήμερης προθεσμίας, αυτός και πάλι παραλείπει να τα υποβάλει ή τα υποβάλει ελλιπώς. Προς τούτο εξάλλου, η αναθέτουσα δεν δύναται να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο λόγω ελλείψεων των προσκομισθέντων δικαιολογητικών του, αν δεν του τάξει πενθήμερη προθεσμία συμπλήρωσης αυτών, αλλά και προς τούτο, δεν δύναται να τον αποκλείσει λόγω τυχόν εκπροθέσμου υποβολής κατά την πρώτη προθεσμία κατάθεσής τους, ήτοι αν δεν του τάξει προηγουμένως τη δεύτερη πενθήμερη προθεσμία. Μόνο δε η παράβαση της δεύτερης αυτής προθεσμίας επιφέρει αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου λόγω εκπροθέσμου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσής του και τούτο, πάλι μόνο αν δεν κρίνει η αναθέτουσα την παράτασή της, ρητώς ή σιωπηρώς, σε έως και 15 επιπλέον από τις 5 αρχικώς ορισθείσες για τη δεύτερη προθεσμία, συνολικά δε 20, από την κοινοποίηση της δεύτερης προθεσμίας, ημέρες. Συνεπώς, αφού η αναθέτουσα υποχρεούται, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπέβαλε κατά την πρώτη προθεσμία τα δικαιολογητικά αυτά, να επανέλθει με νέα ειδοποίησή της προς αυτόν και να τον καλέσει ξανά να τα υποβάλει εντός δεύτερης, οριστικής πλέον προθεσμίας πέντε ημερών, η

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

οποία και αυτή όμως δεν είναι καν αποκλειστική αλλά δύναται να παραταθεί έως και την 20η ημέρα από την κοινοποίηση της δεύτερης προθεσμίας, είναι σαφές ότι δεν δύναται να τον αποκλείσει αν αυτός υπέβαλε τα δικαιολογητικά αυτά κατόπιν της λήξης της πρώτης προθεσμίας, αλλά προ κοινοποιήσεώς σε αυτόν νέας ειδοποίησης όπου θα τάσσεται η δεύτερη αυτή προθεσμία (η δε τυχόν παράλειψη κοινοποίησης τέτοιας δεύτερης προθεσμίας, δύναται να ελεγχθεί δια προσφυγής από όποιον έχει έννομο συμφέρον, αν προκύπτει βλάβη του από την οικεία καθυστέρηση και εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις συγκρότησης παράλειψης νόμιμης οφειλόμενης ενέργειας). Και όλα τα ανωτέρω, επιπλέον του ότι ουδόλως η αναθέτουσα εμποδίζεται να παρατείνει ρητώς ή σιωπηρώς την αρχικώς ορισθείσα δεύτερη προθεσμία έως το απώτατο, βέβαια, όριο των 20 ημερών από την αρχική ειδοποίηση προσκόμισής τους (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 1012/2018). Κατ' αποτέλεσμα, η αναθέτουσα ορίζει πρώτη προθεσμία μεταξύ 10 και 20 ημερών, εν προκειμένω δε θέσπισε 15 ημερών κατά τη διακήρυξη. Κατόπιν δε άπρακτης παρέλευσης αυτής οφείλει να καλέσει εκ νέου τον προσωρινό ανάδοχο, τάσσοντας του νέα, καταρχήν πενθήμερη προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών, εκτός αν αυτός ενδιαμέσως ήδη υπέβαλε προ της δεύτερης κοινοποίησης τα δικαιολογητικά αυτά. Εν συνεχεία, οφείλει να αναμένει επί πέντε ημέρες και μόνο κατόπιν άπρακτης παρέλευσης και του δεύτερου αυτού διαστήματος δύναται να τον αποκλείσει, έχοντας όμως συγχρόνως και την ευχέρεια χορήγησης παράτασης στη δεύτερη αυτή προθεσμία για επιπλέον 15 ημέρες κατά μέγιστο, εφόσον αιτιολογείται. Μόνο αν παρέλθει, λοιπόν, η δεύτερη πενθήμερη προθεσμία άπρακτη και συγχρόνως αυτή δεν παρατάθηκε ή αν παρέλθει και η τυχόν χορηγηθείσα παράτασή της, η αναθέτουσα αποκλείει και δη δεσμίως τον προσωρινό ανάδοχο και προβαίνει στις λοιπές ενέργειες του άρ. 103 Ν. 4412/2016. Επομένως και σε κάθε περίπτωση, ελλείψεις δικαιολογητικών κατακύρωσης και μη προσκόμιση ορισμένων εξ αυτών κατά την πρώτη παραπάνω προθεσμία, ουδόλως μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου και σε περαιτέρω κλήση των επόμενων μειοδοτών κατά τη σειρά μειοδοσίας τους στη θέση του, αλλά έχουν ως μόνη συνέπεια την υποχρέωση της αναθέτουσας, όπως καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που δεν προσκομίστηκαν ή έφεραν επιμέρους ελλείψεις. Σε

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

κάθε πάντως περίπτωση, ουδόλως τούτο σημαίνει ότι μόνη της η μη κλήση για συμπλήρωση συνεπάγεται την άνευ ετέρου νομιμότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, αφού η αναθέτουσα δεν δύναται να μεταβάλει τους όρους της διακήρυξης καθιστώντας πλήρη τα ελλιπή δικαιολογητικά, δια μόνης της παραλείψεως κλήσης για συμπλήρωση. Αντίθετα, τέτοια παράλειψη καθιστά την πράξη αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ακυρωτέα κατά το σκέλος όμως κατά το οποίο ειδικά και αποκλειστικά έλαβε χώρα τέτοια παράλειψη και τούτο επί τω τέλει αναπομπής στην αναθέτουσα αρχή προς άρση αυτής και κλήσης του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση των ελλείψεων. Εξάλλου, ουδόλως αποκλείεται εν τέλει να αποδειχθεί ότι ο προσωρινός ανάδοχος ουδέποτε κατείχε τα οικεία απαραίτητα προσόντα, η έλλειψη προσκόμισης των δικαιολογητικών περί των οποίων κατέστησε αδύνατο τον έλεγχο περί συνδρομής τους ή μη. Αλυσιτελώς δε ο παρεμβαίνων επικαλείται την Απόφαση ΑΕΠΠ 123/2018 αφού ουδόλως είναι δυνατόν η αναθέτουσα να μεταβάλει δια των, παράνομων, παραλείψεών της, το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, μεσούσης μάλιστα της αξιολόγησης, καθιστώντας ούτως εκ πλαγίου αδρανείς υποχρεώσεις που εξαρχής είχε θεσπίσει και μη υποχρεωτικά τα ίδια τα εξαρχής ζητούμενα για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, προσόντα όπως έλλειψη λόγων αποκλεισμού και συνδρομή κριτηρίων επιλογής, ούτε οτιδήποτε τέτοιο είναι δυνατόν να δικαιολογηθεί επί τη βάσει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι οποίες αντίθετα και κατ' επιταγή της αρχής της τυπικότητας (που ακριβώς προστατεύει την ίση μεταχείριση και τη διαφάνεια) επιτάσσουν τη δέσμευση των μετεχόντων και πρωτίστως της ίδιας της αναθέτουσας από το εξαρχής κανονιστικό πλαίσιο που η ίδια είχε θεσπίσει. Εξάλλου προς τούτο, ακόμη και αν παρανόμως η αναθέτουσα παρέλειψε να ζητήσει συμπλήρωση ελλείψεων, η ακύρωση της κατ' αυτή την παράλειψη αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και τούτο όχι προς αποκλεισμό του αναδόχου, αλλά προς αναπομπή για να ταχθεί σε αυτόν προθεσμία συμπλήρωσης των ελλείψεών του, θα επιτρέψει αφενός στον προσφεύγοντα να ελέγξει την εν τέλει πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής εκ μέρους του (εκ νέου γενόμενου προσωρινού) αναδόχου, αφετέρου στον τελευταίο να διασώσει την προσφορά του δια της προσκόμισης των δικαιολογητικών που αρχικά έλειπαν.

6. Επειδή, κατά τον όρο 23.3 της διακήρυξης 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. 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. ... 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. ...». Επομένως, κατά τους παραπάνω όρους της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να υποβάλει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης μεταξύ άλλων και αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας για τις κοινοπραξίες στις οποίες μετέχει για εν εξελίξει δημόσια έργα, όπως και απόδειξη ασφαλιστικής ενημερότητας για υπό εκτέλεση σε κοινοπραξία έργα. Όσον αφορά δε την ασφαλιστική ενημερότητα, αυτή απαιτείται για τα υπό εκτέλεση ακόμη και σε κοινοπραξία έργα και όχι για την ίδια την κοινοπραξία ή ειδικώς για την έδρα

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

της, ουδόλως δε η υποχρέωση υποβολής επιμέρους ασφαλιστικής ενημερότητας για την έδρα της κοινοπραξίας που εκτελεί άλλο έργο, προκύπτει εκ της διακήρυξης ή έστω μπορεί να συναχθεί από το περιεχόμενό της με σαφήνεια, ώστε να αποτελεί λόγο αποκλεισμού της προσφοράς. Ο δε προσωρινός ανάδοχος σε κάθε περίπτωση προσκόμισε την από 4-1-2019 και με αρ. συστ. ... Βεβαίωση Ασφαλιστικής Ενημερότητας της ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ... με ΑΜΟΕ ... και ΑΦΜ ... κατά την οποία βεβαιώνεται ότι η παραπάνω Κοινοπραξία ως εργοδότης είναι ασφαλιστική ενήμερη και τούτο με ισχύ έως 3-7-2019. Περαιτέρω, κατά την ΕΓΚΥΚΛΙΟ 97/29-12-2011 με ΘΕΜΑ: Έναρξη εφαρμογής από 10/1/2012 συστήματος on line χορήγησης βεβαιώσεων ασφαλιστικής ενημερότητας, ορίζεται ότι *“Τα είδη Ασφαλιστικής Ενημερότητας που εκδίδονται είναι, για κοινές επιχειρήσεις: βεβαίωση μη οφειλής, ασφαλιστικής ενημερότητας, βεβαίωση για θεώρηση φορολογικών βιβλίων και στοιχείων, βεβαίωση οφειλής, Υπηρεσιακό Σημείωμα για επιστροφή εισφορών/πληρωμή προμηθευτών Ι.Κ.Α-Ε.Τ.Α.Μ., Υπηρεσιακό Σημείωμα για άλλη χρήση. για οικοδομοτεχνικά έργα: βεβαίωση για μεταβίβαση κτίσματος, βεβαίωση για συμμετοχή σε δημοπρασίες, βεβαίωση για είσπραξη λογαριασμού δημοσίου έργου, Υπηρεσιακό Σημείωμα για επιστροφή εισφορών/πληρωμή προμηθευτών Ι.Κ.Α-Ε.Τ.Α.Μ.. Ελέγχονται μηχανογραφικά οι ΑΜΕ/ΑΜΟΕ και ο ΑΦΜ του ενδιαφερόμενου, καθώς και οι ΑΜΕ/ΑΜΟΕ (ιδιωτικών οικοδομικών ή ιδιωτικών τεχνικών έργων)/ΑΜΑ, στους οποίους συμμετέχει ο εν λόγω ΑΦΜ είτε ως φυσικό, είτε ως νομικό πρόσωπο, εφόσον ευθύνεται λόγω της ιδιότητάς του και για την περίοδο υπευθυνότητάς του. Για την έκδοση Υπηρεσιακού Σημειώματος για επιστροφή εισφορών/πληρωμή προμηθευτών Ι.Κ.Α-Ε.Τ.Α.Μ., ελέγχονται όλοι οι ΑΜΕ/ΑΜΑ/ΑΜΟΕ ιδιωτικών οικοδομικών, ιδιωτικών τεχνικών και δημοσίων οικοδομοτεχνικών έργων του ΑΦΜ που αιτείται. Για την έκδοση Υπηρεσιακού Σημειώματος για άλλη χρήση, ελέγχονται όλοι οι ΑΜΕ/ΑΜΑ/ΑΜΟΕ ιδιωτικών οικοδομικών και ιδιωτικών τεχνικών έργων, του ΑΦΜ που αιτείται.”*. Επομένως, δια της προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας για την ως άνω κοινοπραξία του συγκεκριμένου έργου, καλύπτεται κάθε οφειλή του ΑΜΟΕ και του ΑΦΜ του ενδιαφερομένου, ενώ εξάλλου ουδόλως εκ της διακήρυξης απαιτήθηκε οτιδήποτε επιπλέον. Συνεπώς, ο οικείος ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί μη υποβολής

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

ασφαλιστικής ενημερότητας ως προς την έδρα της κοινοπραξίας είναι απορριπτέος.

7. Επειδή, όπως βάσιμα επικαλείται καταρχήν ο προσφεύγων και περαιτέρω συνομολογεί και η αναθέτουσα, αλλά και ο παρεμβαίνων, δεν προσκομίστηκε από τον ως άνω προσωρινό ανάδοχο φορολογική ενημερότητα για την ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ..., όπως απαιτείτο κατά τον ως άνω όρο 23.3.β της διακήρυξης, με αποτέλεσμα η έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η ανάδειξή του ως οριστικού αναδόχου να πάσχει, αφού η αναθέτουσα όφειλε να καλέσει τον ως άνω προσωρινό ανάδοχο σε συμπλήρωση της ως άνω έλλειψης και αφού αυτός εμπροθέσμως το υποβάλει, να ελέγξει το στοιχείο αυτό και να κρίνει περί της κατακυρώσεως. Αλυσιτελώς δε ο παρεμβαίνων επικαλείται τον όρο 22.Α και τα περί μη απόδειξης μη συμμόρφωσης με τις φορολογικές του υποχρεώσεις, αφού ο όρος 23.3.β με σαφήνεια απαίτησε από τον ίδιο να προσκομίσει το ως άνω δικαιολογητικό κατακύρωσης, ουδόλως δε η εξαρχής δυνατότητα της αναθέτουσας να τον αποκλείσει λόγω απόδειξης τέτοιας μη συμμόρφωσης, κατέστησε μη υποχρεωτική την παραπάνω απαίτηση. Περαιτέρω ομοίως αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι η δική του φορολογική ενημερότητα καλύπτει και τις εκ της κοινοπραξίας υποχρεώσεις του, αφού ρητά η διακήρυξη και ασχέτως αναγκαιότητας ή σκοπιμότητας του όρου αυτού, κατά του οποίου ουδέποτε ο παρεμβαίνων πάντως προσέφυγε, απαίτησε την υποβολή φορολογικής ενημερότητας και για τις κοινοπραξίες στις οποίες μετείχε και όχι απλώς για τον ίδιο, απορριπτέος δε τυγχάνει και ο περί ισοδυνάμων αποδεικτικών μέσων ισχυρισμός του, αφού η οικεία πρόβλεψη της διακήρυξης ήταν σαφής και ειδική. Εξάλλου, δεδομένου πως εν τέλει κατά τα εξ αυτού επικαλούμενα, κατέχει φορολογική ενημερότητα και για την κοινοπραξία, αντιστοίχως αλυσιτελώς επικαλείται τα ανωτέρω, αφού αν τελικά η αναθέτουσα τον είχε καλέσει για συμπλήρωση και είχε προσκομίσει όσα ενώπιον της ΑΕΠΠ επικαλέστηκε, θα τύγχανε αποδεκτός ούτως ή άλλως. Εξάλλου, ουδόλως όφειλε ή δυνατό η αναθέτουσα να τον αποκλείσει λόγω της ως άνω έλλειψης, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, βλ. και παραπάνω σκ. 5, αφού κατά ρητή πρόβλεψη του όρου 4.2.γ της διακήρυξης, σε περίπτωση μη υποβληθέντος δικαιολογητικού κατακύρωσης, η αναθέτουσα όφειλε να τον καλέσει προς συμπλήρωση αυτού εντός πέντε

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

ημερών από την κοινοποίηση της κλήσης αυτής, με δυνατότητα παράτασης κατ' ανώτατο όριο για 15 επιπλέον ημέρες και μόνο αν τυχόν και η δεύτερη προθεσμία μετά της τυχόν χορηγούμενης παρατάσεως της παρερχόταν άπρακτη, θα δύνατο και θα υποχρεούτο να τον αποκλείσει. Και ναι μεν, ο παρεμβαίνων προσκομίζει ενώπιον της ΑΕΠΠ το πρώτον την παραλειφθείσα φορολογική ενημερότητα της κοινοπραξίας, πλην όμως η ΑΕΠΠ δεν δύναται να αξιολογήσει το πρώτον προσκομιζόμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης, αφού ούτως θα υπεισερχόταν στην αποκλειστική προς τούτο αρμοδιότητα της αναθέτουσας, η οποία εξάλλου ήταν και υπόχρεη προς κλήση του παρεμβαίνοντος να προσκομίσει τα ανωτέρω και περαιτέρω να τα αξιολογήσει.

8. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι καθ' ο μέρος αφορά την ακύρωση της προσβαλλομένης, ως εκδοθείσας κατά παράλειψη κλήσης του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση της ελλείπουσας φορολογικής ενημερότητας για την ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ..., απορριπτομένης δε της προσφυγής, καθ' ο μέρος επικαλείται υποχρέωση απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου άνευ ετέρου. Να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να γίνει δε αντιστοίχως δεκτή εν μέρει η Παρέμβαση κατά το μέρος κατά το οποίο απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος προέβη σε κατακύρωση του διαγωνισμού και ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου και όρισε αυτόν οριστικό ανάδοχο, κατά παράλειψη προηγούμενης κλήσης του προς προσκόμιση του ως άνω ελλείποντος δικαιολογητικού. Να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση της ως άνω παράλειψης και μόνο κατόπιν αυτής, να κρίνει εκ νέου την πληρότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης του νυν επανερχόμενου σε θέση προσωρινού αναδόχου οικονομικού φορέα, ως και την τυχόν κατακύρωση σε αυτόν του αποτελέσματος του διαγωνισμού.

9. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 5.041,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αριθμός Απόφασης: 506/2019

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. 62/2019 Απόφαση ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του οικονομικού φορέα «...» και κατακύρωσε σε αυτόν το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, κατά παράλειψη όσων αναφέρονται στην ανωτέρω σκ. 8.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση της ως άνω παράλειψης, κατά τα οριζόμενα στην ανωτέρω σκ. 8.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 5.041,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 9 Μαΐου 2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ