

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ιωάννα Θεμελή, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18-03-2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 337/19-03-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην, οδός, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται: 1) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 30/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμό πρωτοκόλλου/24-01-2020 Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το σκέλος που α) απέρριψε την προσφορά της ως προσωρινής αναδόχου, β) απεφάνθη υπέρ της κατάπτωσης της με αριθμό/25-07-2019 εγγύησης συμμετοχής της και γ) κήρυξε ως νέο προσωρινό ανάδοχο την εταιρεία «.....» και 2) Να γίνει αποδεκτή η προσφορά της με σκοπό να κατακυρωθεί σ'αυτήν ο διαγωνισμός.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.104,84 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 18.03.2020 πληρωμή στην και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών

Αριθμός απόφασης: 560/2020

Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 620.967,74 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμόν πρωτ. διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή διακήρυξε ανοιχτή ανοιχτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΒΕΛΤΙΩΣΗΣ ΤΟΥ ΑΓΡΟΤΙΚΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, εκτιμώμενης αξίας 620.967,74 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) στις 19-06-2019 (Α.Δ.Α.Μ.) καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 18.03.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.03.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της και της κατάπτωσης της εγγυητικής της επιστολής, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Αριθμός απόφασης: 560/2020

7. Επειδή στις 20-03-2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους δια μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την με αριθμό/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή στις 3-04-2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα.

10. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης» ενώ βάσει του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ52/Α/1-4-2019): «Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στις 17.04.2020 υπέβαλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού Υπόμνημά της αντικρούοντας τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα στις 3.04.2020 μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, και δοθέντος ότι η συζήτηση της προσφυγής ορίσθηκε στις 24.04.2020, το ανωτέρω Υπόμνημα υποβλήθηκε εμπροθέσμως και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360, του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 560/2020

12. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν μέρος έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων, και η προσφεύγουσα με την υπ' αριθμ. συστήματος προσφορά της.

Με την υπ' αριθμ. 112/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (Πρακτικό .../21-08-2019 της συνεδρίασης) εγκρίθηκε το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού το οποίο εισηγήθηκε την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής μειοδότης με μέσο ποσοστό έκπτωσης 46,00% και ποσό προσφοράς 415.800,00 ευρώ.

Κατόπιν της πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου, η προσφεύγουσα υπέβαλε τα οικεία δικαιολογητικά και με το με αριθμ. / 24-1-2020 Πρακτικό ΙΙ η Επιτροπή διαγωνισμού, μετά από τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών, διαπίστωσε τα ακόλουθα: «1. Δεν έχει υποβληθεί από τον «προσωρινό ανάδοχο», σύμφωνα με την παρ. 23.3 περ. (β) της Διακήρυξης ούτε σε έντυπη ούτε σε ηλεκτρονική μορφή μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», υπεύθυνη δήλωσή του 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.

2. Δεν έχει υποβληθεί από τον «προσωρινό ανάδοχο», σύμφωνα με την παρ. 23.3 περ. (στ) υποπερ. (δ) της Διακήρυξης ούτε σε έντυπη ούτε σε ηλεκτρονική μορφή μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», υπεύθυνη δήλωσή του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

3. Οι λοιπές υπεύθυνες δηλώσεις που υποβλήθηκαν από τον «προσωρινό ανάδοχο» ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην Αναθέτουσα Αρχή, (υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 22.Α.2α και υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 23.3 περ. (ε) της Διακήρυξης), δεν έφεραν την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του, όπως προβλέπεται στο άρθρο 8 παρ. 3 της με αρ./26-10-2017 Κ.Υ.Α.». Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε τα κάτωθι: «1. Την απόρριψη της προσφοράς του «προσωρινού αναδόχου» « (δ.τ.)»,

2. Την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του «προσωρινού αναδόχου» « (δ.τ.)» υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής Δήμου

Αριθμός απόφασης: 560/2020

....., με αριθ./25-07-2019, ποσού 12.419,36 € που εκδόθηκε από το ΤΜΕΔΕ και

3. Την κήρυξη ως νέου «προσωρινού αναδόχου» κατασκευής του έργου του θέματος στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, δηλαδή στην «, η οποία προσέφερε μέσο ποσοστό έκπτωσης σαράντα πέντε και σαράντα τοις εκατό (45,40%), δηλαδή συνολική προσφερόμενη τιμή τριακόσιες τριάντα εννέα χιλιάδες σαράντα τρία ευρώ και εξήντα δύο λεπτά (339.043,62 €) χωρίς Φ.Π.Α.».

Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

13. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: « [...] Όσον αφορά στις υπό στοιχεία 1 και 2 ελλείψεις που εντόπισε η εκδούσα την προσβαλλόμενη απόφαση Οικονομική Επιτροπή και τις αντίστοιχες αιτιάσεις αυτής, για τις οποίες και απορρίφθηκε η προσφορά μας:

Το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την 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 β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Η παρούσα παράγραφος παύει να εφαρμόζεται όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους. [...] 3· Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης παρέκκλιση :α) από τον

Αριθμός απόφασης: 560/2020

υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στις παραγράφους 1 και 2 κατ' εξαίρεση, για επιτακτικούς λόγους δημόσιου συμφέροντος, όπως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος ή/και β) από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στην παρ. 2, όταν ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς δυσανάλογος, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων ή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν έχουν καταβληθεί ή όταν ο οικονομικός φορέας ενημερώθηκε σχετικά με το ακριβές ποσό που οφείλεται λόγω αθέτησης των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σε χρόνο κατά τον οποίο δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει μέτρα, σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2, πριν από την εκπνοή της προθεσμίας αίτησης συμμετοχής ή σε ανοικτές διαδικασίες της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. [...]».

Στο άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από

Αριθμός απόφασης: 560/2020

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

Αναφορικά με την υποχρεωτικότητα, ή μη, εφαρμογής της ανωτέρω νομοθετικής πρόβλεψης, χρήζουν οι εξής επισημάνσεις: Σε μια πρώτη ανάγνωση, φαίνεται να υφίσταται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να κάνει χρήση αυτής της δυνατότητας κατά τις παρ. 1-4 του επίμαχου άρθρου. Ωστόσο, η παρ. 5 αυτού, δημιουργεί απερίφραστα, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, υπό την έννοια της δέσμιας αρμοδιότητας αυτής, για παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, κατά τις παρ. 1-4 του οικείου άρθρου, εφόσον επίκειται αποκλεισμός του, όπως εν προκειμένω. Οποιαδήποτε αντίθετη ερμηνεία, ερειδόμενη στην παραδοχή ότι η χρήση της δυνατότητας παροχής διευκρινίσεων ή

Αριθμός απόφασης: 560/2020

συμπληρώσεων, εναπόκειται αποκλειστικά στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, λαμβάνοντας υπόψη και τα αναφερόμενα στη σχετική Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., θα προσέκρουσε στο πνεύμα του νόμου, και το κυριότερο στην αδιάσπικτη διατύπωση της παραγράφου 5. Άλλωστε, σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 111§6 του προϊσχύοντος Δημοσιονομικού Κανονισμού (Κανονισμός ΕΕ -Ευρατόμ- 2015/1929 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 28ης Οκτωβρίου 2015) «Οι αιτήσεις συμμετοχής και οι προσφορές που δεν πληρούν όλες τις ελάχιστες απαιτήσεις που καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης απορρίπτονται. Εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, η επιτροπή αξιολόγησης ή η αναθέτουσα αρχή ζητεί από τον υποψήφιο ή τον προσφέροντα να προσκομίσει πρόσθετα στοιχεία ή έγγραφα που λείπουν, να διευκρινίσει τα δικαιολογητικά έγγραφα σχετικά με τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ή να εξηγήσει μια ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, εντός της προθεσμίας που η ίδια καθορίζει».

Συνδυαστικά εξεταζόμενων και ερμηνευόμενων των ανωτέρω νομοθετικών προβλέψεων, θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Όπως προκύπτει από το νομίμως υποβληθέν από την εταιρεία μας Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), έχουν συμπληρωθεί στα πεδία Β.1. («Λόγοι αποκλεισμού που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης») και Γ. (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) οι ενδείξεις- απαντήσεις «ΝΑΙ» και «ΟΧΙ», αντίστοιχα. Κατά συνέπεια, κατά το χρόνο υποβολής του ΤΕΥΔ είχαμε ήδη δηλώσει, μέσω του ΤΕΥΔ (που συνιστά επί της ουσίας υπεύθυνη δήλωση), αφενός μεν, ότι έχουμε εκπληρώσει τις υποχρεώσεις μας ως εταιρεία όσον αφορά στην καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, δήλωση απ' την οποία συνάγεται ευχερώς ότι, δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ σε βάρος της εταιρείας μας για την αθέτηση των υποχρεώσεων της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και σε κάθε περίπτωση ότι ακόμη κι αν έχει εκδοθεί, δεν υφίσταται στον παρόντα χρόνο στον νομικό κόσμο, λόγω της εξόφλησης, αφετέρου δε, ότι η εταιρεία μας δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις της στο πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 560/2020

σύμβασης, δήλωση απ' την οποία προκύπτει ευχερώς ότι, δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μας απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Επιπροσθέτως, προς απόδειξη της συνδρομής φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας υποβάλαμε α) την υπ' αριθ. πρωτ./04-02-2019 ενημερότητα πτυχίου με ημερομηνίας λήξεως την 03-02-2020 (καλύπτουσα τόσο το χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών), β) φορολογική ενημερότητα σε ισχύ τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών και γ) τις απαιτούμενες ασφαλιστικές ενημερότητες της εταιρείας και των στελεχών της που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ.

Περαιτέρω, ως προελέχθη, με την παράγραφο 2 του άρθρου 73 ορίζεται, επίσης, ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, τον οποίο η αναθέτουσα αρχή οφείλει να περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, η αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Ειδικά για την περίπτωση που ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις που αφορούν στις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης, καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Ωστόσο, με την υπ' αριθ. 20/2017 Κατευθυντήρια οδηγία της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Απόφαση 42/30-5-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) δόθηκαν σαφείς οδηγίες προς τις Αναθέτουσες Αρχές, σύμφωνα με τις οποίες: Ο υπό εξέταση λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται και επομένως ο οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται, όταν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους. Και τούτο, διότι, για την επιβολή του υπό κρίση λόγου αποκλεισμού ενδιαφέρει η τρέχουσα συμμόρφωση, δεδομένου ότι αυτός αφορά σε συνεχιζόμενη παραβίαση που λαμβάνει χώρα στο παρόν και δεν επεκτείνεται σε παραβιάσεις του παρελθόντος. Σε κάθε περίπτωση, στην υπ' αριθ. 20 κατευθυντήρια οδηγία επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω περιπτώσεις άρσης του

Αριθμός απόφασης: 560/2020

λόγου αποκλεισμού προβλέπονται στην ίδια την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, χωρίς να εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ή της εθνικής νομοθεσίας για αντίθετη πρόβλεψη.

Από τη γραμματική ερμηνεία της διατάξεως του άρθρου 72 §2 του ν. 4412/2016, και πάντοτε υπό το πρίσμα της προρρηθείσας κατευθυντήριας οδηγίας, καθίσταται σαφές ότι, η ύπαρξη ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών, συνιστά δικαιοκωλυτικό γεγονός αποκλεισμού του οικονομικού φορέα λόγω αθέτησης των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης κατά το παρελθόν, ακόμη κι αν αυτή (η αθέτηση) στοιχειοθετείτο. Εν ολίγοις, αφ' ης στιγμής, η εταιρεία μας προσκόμισε τα απαιτούμενα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, αποδεικνύεται ότι, δεν οφείλονται φόροι ή εισφορές κοινωνικής ασφάλισης, και σε κάθε περίπτωση, ακόμη κι αν ήθελε υποτεθεί (σε μία υποθετική εκδοχή που δεν ισχύει εν προκειμένω) ότι κατά το παρελθόν υπήρξε αθέτηση των υποχρεώσεων της εταιρείας μας όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, μετά τη χορήγηση ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, δεν θα αποτελούσε το υποτιθέμενο αυτό γεγονός (της αθέτησης), λόγο αποκλεισμού μας.

Εκ περισσού, λοιπόν, ζητήθηκε και μάλιστα ως ουσιώδες δικαιολογητικό έγγραφο η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης, σχετικά με το ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της εταιρείας μας δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εν όψει του γεγονότος ότι, μια τέτοια υπεύθυνη δήλωση δεν θα επηρέαζε την υφιστάμενη φορολογική και ασφαλιστική εικόνα της εταιρείας και όποιο κι αν ήταν το περιεχόμενό της δεν θα δημιουργούσε λόγω αποκλεισμού, σύμφωνα και με τα προεκτεθέντα.

Συνοψίζοντας δέον να αναφερθεί ότι:

Α. Όσον αφορά στην υπεύθυνη δήλωση της παρ. 23.3 περ. (στ) υποπερ. (δ) της Διακήρυξης, η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού όφειλε να ανατρέξει στην διαδικτυακή πύλη της Εθνικής Βάσης Δεδομένων Δημοσίων

Αριθμός απόφασης: 560/2020

Συμβάσεων (Ε.Β.Δ.ΔΗ.ΣΥ.), όπου τηρείται ειδικός κατάλογος Αποκλεισθέντων Οικονομικών Φορέων (και η οποία έχει τεθεί σε λειτουργία από την 01-06-2018) προκειμένου να διασταυρώσει υπηρεσιακώς αν έχει επιβληθεί, ή όχι, σε βάρος του προσωρινού αναδόχου, διοικητικός αποκλεισμός από δημόσιες συμβάσεις, κατά το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Σε κάθε δε περίπτωση, από τη σχετική δήλωση που υπέβαλε η εταιρεία μας στο ΤΕΥΔ (έντυπο υπεύθυνης δήλωσης) αναφορικά με το ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις της στο πλαίσιο σύμβασης, προκύπτει ευχερώς ότι, δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μας απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

Β. Όσον αφορά στην υπεύθυνη δήλωση της παρ. 23.3 περ. (β) της Διακήρυξης 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, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με τον όρο 23.9 περ. β' της οικείας διακήρυξης «Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ εφόσον υποβάλλουν Ενημερότητα Πτυχίου εν ισχύ, απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών... - φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του άρθρου 23.3.(β) της παρούσας». Εν προκειμένω, η εταιρεία μας υπέβαλε α) την υπ' αριθ. πρωτ./04-02-2019 ενημερότητα πτυχίου με ημερομηνίας λήξεως την 03-02-2020, β) φορολογική ενημερότητα σε ισχύ και γ) τις σχετικές εκ του νόμου απαιτούμενες ασφαλιστικές ενημερότητες της εταιρείας και των στελεχών της που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ. Κι ενώ η Επιτροπή Διαγωνισμού και η Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής είχαν στη διάθεσή τους τα προσκομισθέντα από πλευράς μας έγγραφα από τα οποία προέκυπτε και προκύπτει το αληθές και αδιαμφισβήτητο γεγονός της συνδρομής φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου (ήτοι της εταιρείας μας), εν τούτοις, ανήγαγαν την μη προσκόμιση της υπεύθυνης δήλωσης της παρ. 23.3 περ. (β) της Διακήρυξης σε ουσιώδη παράλειψη, απορρίπτοντας την προσφορά μας. Και το κυριότερο, υποκατέστησαν ανεπίτρεπτα, όσον αφορά στο αποδεικτικό τους βάρος, τα νόμιμα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας από μία απλή υπεύθυνη δήλωση.

Αριθμός απόφασης: 560/2020

Σε κάθε περίπτωση, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η παράλειψη υποβολής από πλευράς της εταιρείας μας σχετικής υπεύθυνης δήλωσης αναφορικά με το ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών μας όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, καθώς επίσης και της υπεύθυνης δήλωσης περί μη έκδοσης σε βάρος μας απόφασης αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, δεν συνιστά αθεράπευτη πλημμέλεια της προσφοράς μας, σύμφωνα και με τα αναλυτικώς εκτεθέντα στη μείζονα σκέψη, αλλά θα έπρεπε να θεωρηθεί ως έλλειψη επιδεχόμενη συμπλήρωσης, κατά την έννοια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016/ δοθέντος ότι, όπως προεκτέθηκε, είχαμε ήδη συμπληρώσει στο νομοτύπως υποβληθέν Τ.Ε.Υ.Δ. (το οποίο συνιστά επί της ουσίας υπεύθυνη δήλωση) και είχαμε «μαρκάρει» τα σχετικά πεδία (βλ. πεδίο Β.1. και Γ. υποβληθέντος ΤΕΥΔ), δηλώνοντας ότι, αφενός μεν, δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της εταιρείας μας δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, αφετέρου δε, ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της εταιρείας απόφαση αποκλεισμού από δημόσιο διαγωνισμό. Η σχετική μάλιστα δυνατότητα καθίστατο κατά ρητή νομοθετική επιταγή υποχρεωτική, σύμφωνα με την αδιάσπικτη διατύπωση της παρ. 5 του ίδιου άρθρου.

Τα ανωτέρω ενισχύονται από τη γραμματική ερμηνεία του άρθρου 23.1. της διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης του άρθρου 79 αρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Ενισχυτικό των ισχυρισμών και των θέσεων της εταιρείας μας στοιχείο τυγχάνει το γεγονός ότι, τόσο η υπεύθυνη δήλωση

Αριθμός απόφασης: 560/2020

αναφορικά με το ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του προσωρινού αναδόχου όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, όσο και η υπεύθυνη δήλωση περί μη έκδοσης σε βάρος του απόφασης αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, δεν αποτελούν πρόσθετα αποδεικτικά έγγραφα (πιστοποιητικό, βεβαίωση, ποινικό μητρώο κ.λπ.) προς απόδειξη μιας δήλωσης που συμπεριλήφθηκε στο υποβληθέν στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης, αλλά επί της ουσίας επανάληψη (επαναδιατύπωση) ήδη υποβληθείσας μέσω του Τ.Ε.Υ.Δ. δήλωσης, σύμφωνα και με τα προεκτεθέντα.

Υπ' αυτά τα δεδομένα, προκύπτει ευχερώς ότι, η παράλειψη συμπλήρωσης των δύο επίμαχων υπεύθυνων δηλώσεων, δεν συνιστά ουσιώδη παράλειψη και θα μπορούσε να θεραπευθεί με την ενεργοποίηση της διάταξης του άρθρου 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, προκειμένου η εταιρεία μας ως προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά έγγραφα, ενώ περαιτέρω, όσον αφορά ειδικά στην, σύμφωνα με την παρ. 23.3 περ. (στ) υποπερ. (δ) της Διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση, με τη χρήση της διαδικτυακής πύλης της Εθνικής Βάσης Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Β.Δ.ΔΗ.ΣΥ.), δοθέντος μάλιστα, ότι η Αναθέτουσα Αρχή και τα αρμόδια όργανα αυτής είχαν στη διάθεσή τους όλα εκείνα τα στοιχεία, από τα οποία θα μπορούσαν να διαμορφώσουν ασφαλή κρίση περί της μη συνδρομής οιοδήποτε λόγου αποκλεισμού από εκείνα που απαριθμούνται στο άρθρο 22.Α. της οικείας διακήρυξης.

Μη τήρηση της διαδικασίας λήψης γνώμης από το αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο προ κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής

Κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 72§1 του ν. 4412/2016 «Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης «μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης», εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη

Αριθμός απόφασης: 560/2020

στρογγυλοποίηση.... 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 απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως...».

Περαιτέρω, στον όρο 15.4 της οικείας διακήρυξης, ο οποίος εναρμονίζεται με το άρθρο 72§1 περ. α' του Ν. 4412/2016, 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 απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως». Επομένως, σε κάθε περίπτωση συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 103 παρ. 3-5 Ν. 4412/2016 περί απόρριψης προσφοράς αναδόχου, λόγω μη έγκαιρης προσκόμισης των προβλεπόμενων στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικών, σε περίπτωση μη προσέλευσης για υπογραφή σύμβασης και απόσυρσης προσφοράς, η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει. Πλην όμως, ειδικώς στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, όπως εν προκειμένω, ιδρύεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, η λήψη απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, η οποία ούτως προηγείται της απόφασης περί αυτής της κατάπτωσης. Προφανώς δε, προς κίνηση της διαδικασίας κατάπτωσης κατά τα ανωτέρω και άρα προ της λήψεως της ως άνω γνώμης, απαιτείται η έκδοση εκτελεστής πράξης αποκλεισμού του μετέχοντος. Άρα, η πράξη αυτή, ως η προκειμένη προσβαλλομένη συνιστά αναγκαία προϋπόθεση και πρώτο βήμα για την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής. Εν προκειμένω, η προσβαλλομένη αποφασίζει, κατά το λεκτικό της, αυτή καθαυτή την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής,

Αριθμός απόφασης: 560/2020

συνεπεία της απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας μας, η κατάπτωση όμως, αυτή, σύμφωνα και με τα προεκτεθέντα, προϋποθέτει για να επέλθει και εν τέλει να αποφασιστεί την πρότερη γνωμοδότηση του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου.

Επομένως, η αναθέτουσα μη νομίμως παρέλειψε την τήρηση του ανωτέρω ουσιώδους τύπου διαβίβασης της προσβαλλόμενης στο Τεχνικό Συμβούλιο προς λήψη εξ αυτού γνώμης περί της τύχης της εγγυητικής συμμετοχής της εταιρείας μας, δοθέντος μάλιστα ότι, η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής έκρινε κατά τρόπο με σαφήνεια επαγόμενο άμεσες έννομες συνέπειες το ζήτημα της κατάπτωσης της εγγυητικής και γι' αυτό το λόγο πρέπει, προς διασφάλιση της διαδικασίας και των συμφερόντων της εταιρείας μας και δεδομένου ότι δεν έλαβε χώρα διαβίβαση στο Τεχνικό Συμβούλιο προς λήψη γνώμης, να γίνει δεκτό ότι η προσβαλλόμενη παράλειψη τήρησης του ως άνω τύπου και διαδικασίας, ως ουσιώδης προϋπόθεση της κατάπτωσης της εγγύησης, είναι ακυρωτέα [...].

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, επικαλούμενη τις εφαρμοστέες διατάξεις, ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι : «[...] ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ

1. Δεν έχει υποβληθεί από τον «προσωρινό ανάδοχο», σύμφωνα με την παρ. 23.3 περ. (β) της Διακήρυξης ούτε σε έντυπη ούτε σε ηλεκτρονική μορφή μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», υπεύθυνη δήλωσή του 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.

2. Δεν έχει υποβληθεί από τον «προσωρινό ανάδοχο», σύμφωνα με την παρ. 23.3 περ. (στ) υποπερ. (δ) της Διακήρυξης ούτε σε έντυπη ούτε σε ηλεκτρονική μορφή μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», υπεύθυνη δήλωσή του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

[.....] Σκεπτικό

Και οι δύο λόγοι αποκλεισμού αφορούν την μη υποβολή υπεύθυνων δηλώσεων. Η μεν πρώτη δήλωση είναι το τρίτο στοιχείο για την απόδειξη ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή

Αριθμός απόφασης: 560/2020

εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, και η δεύτερη συμπληρώνει τις υπεύθυνη δήλωση του όπως αρχικώς πήρε μέσου το ΤΕΥΔ σχετικά με το ότι δεν έχει παρθεί απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

Οι δηλώσεις αυτές αφορούν συμπληρωματικές δεσμεύσεις και συμπληρώνουν τις δεσμεύσεις που πήρε μέσου της αρχικής υπεύθυνης δήλωση του που πραγματοποιήθηκε με το ΤΕΥΔ.

Σύμφωνα με τα παραπάνω

Θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τις δεσμεύσεις του και να καταθέσει τις δυο υπεύθυνες δηλώσεις και να μην προχωρήσει άμεσα στον αποκλεισμό του [.....]».

15. . Επειδή στο υπόμνημά της η προσφεύγουσα αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: «[...] Όπως μνημονεύουμε και στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή μας, από το νομίμως υποβληθέν από την εταιρεία μας Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), προκύπτει ότι, έχουν συμπληρωθεί στα πεδία Β.1. («Λόγοι αποκλεισμού που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης») και Γ. (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) οι ενδείξεις- απαντήσεις «ΝΑΙ» και «ΟΧΙ», αντίστοιχα. Κατά συνέπεια, κατά το χρόνο υποβολής του ΤΕΥΔ είχαμε ήδη δηλώσει, μέσω του ΤΕΥΔ (που συνιστά επί της ουσίας υπεύθυνη δήλωση), αφενός μεν, ότι έχουμε εκπληρώσει τις υποχρεώσεις μας ως εταιρεία όσον αφορά στην καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, δήλωση απ' την οποία συνάγεται ευχερώς ότι, δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ σε βάρος της εταιρείας μας για την αθέτηση των υποχρεώσεων της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και σε κάθε περίπτωση ότι ακόμη κι αν έχει εκδοθεί, δεν υφίσταται στον παρόντα χρόνο στον νομικό κόσμο, λόγω της εξόφλησης, αφετέρου δε, ότι η εταιρεία μας δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις της στο πλαίσιο σύμβασης, δήλωση απ' την οποία προκύπτει ευχερώς ότι, δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μας απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Επιπροσθέτως, προς απόδειξη της συνδρομής φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας υποβάλαμε α) την υπ' αριθ. πρωτ./04-02-

Αριθμός απόφασης: 560/2020

2019 ενημερότητα πτυχίου με ημερομηνίας λήξεως την 03-02-2020 (καλύπτουσα τόσο το χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών), β) φορολογική ενημερότητα σε ισχύ τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών και γ) τις απαιτούμενες ασφαλιστικές ενημερότητες της εταιρείας και των στελεχών της που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ.

Περαιτέρω, ως προελέχθη, με την παράγραφο 2 του άρθρου 73 ορίζεται, επίσης, ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, τον οποίο η αναθέτουσα αρχή οφείλει να περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, η αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Ειδικά για την περίπτωση που ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις που αφορούν στις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης, καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Ωστόσο, με την υπ' αριθ. 20/2017 Κατευθυντήρια οδηγία της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Απόφαση 42/30-5-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) δόθηκαν σαφείς οδηγίες προς τις Αναθέτουσες Αρχές, σύμφωνα με τις οποίες: Ο υπό εξέταση λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται και επομένως ο οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται, όταν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους. Και τούτο, διότι, για την επιβολή του υπό κρίση λόγου αποκλεισμού ενδιαφέρει η τρέχουσα συμμόρφωση, δεδομένου ότι αυτός αφορά σε συνεχιζόμενη παραβίαση που λαμβάνει χώρα στο παρόν και δεν επεκτείνεται σε παραβιάσεις του παρελθόντος. Σε κάθε περίπτωση, στην υπ' αριθ. 20 κατευθυντήρια οδηγία επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω περιπτώσεις άρσης του λόγου αποκλεισμού προβλέπονται στην ίδια την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, χωρίς να εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ή της εθνικής νομοθεσίας για αντίθετη πρόβλεψη.

Αριθμός απόφασης: 560/2020

Από τη γραμματική ερμηνεία της διατάξεως του άρθρου 73 §2 του ν. 4412/2016, και πάντοτε υπό το πρίσμα της προρρηθείσας κατευθυντήριας οδηγίας, καθίσταται σαφές ότι, η ύπαρξη ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών, συνιστά δικαιοκωλυτικό γεγονός αποκλεισμού του οικονομικού φορέα λόγω αθέτησης των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης κατά το παρελθόν, ακόμη κι αν αυτή (η αθέτηση) στοιχειοθετείτο. Εν ολίγοις, αφ' ης στιγμής, η εταιρεία μας προσκόμισε τα απαιτούμενα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, αποδεικνύεται ότι, δεν οφείλονται φόροι ή εισφορές κοινωνικής ασφάλισης, και σε κάθε περίπτωση, ακόμη κι αν ήθελε υποτεθεί (σε μία υποθετική εκδοχή που δεν ισχύει εν προκειμένω) ότι κατά το παρελθόν υπήρξε αθέτηση των υποχρεώσεων της εταιρείας μας όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, μετά τη χορήγηση ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, δεν θα αποτελούσε το υποτιθέμενο αυτό γεγονός (της αθέτησης), λόγο αποκλεισμού μας.

Εκ περισσού, λοιπόν, ζητήθηκε και μάλιστα ως ουσιώδες δικαιολογητικό έγγραφο η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης, σχετικά με το ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της εταιρείας μας δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εν όψει του γεγονότος ότι, μια τέτοια υπεύθυνη δήλωση δεν θα επηρέαζε την υφιστάμενη φορολογική και ασφαλιστική εικόνα της εταιρείας και όποιο κι αν ήταν το περιεχόμενό της δεν θα δημιουργούσε λόγω αποκλεισμού, σύμφωνα και με τα προεκτεθέντα.

Όσον αφορά δηλαδή, στην υπεύθυνη δήλωση της παρ. 23.3 περ. (στ) υποπερ. (δ) της Διακήρυξης, από τη σχετική δήλωση που υπέβαλε η εταιρεία μας στο ΤΕΥΔ (έντυπο υπεύθυνης δήλωσης) αναφορικά με το ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις της στο πλαίσιο σύμβασης, προκύπτει ευχερώς ότι, δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μας απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Ενώ, όσον αφορά στην υπεύθυνη δήλωση της παρ. 23.3 περ. (β) της Διακήρυξης, πέραν της δήλωσής μας περί συνδρομής τέτοιου

Αριθμός απόφασης: 560/2020

λόγου αποκλεισμού, η οποία υποβλήθηκε νομίμως στο ΤΕΥΔ, η εταιρεία μας υπέβαλε επιπρόσθετα α) την υπ' αριθ. πρωτ./04-02-2019 ενημερότητα πτυχίου με ημερομηνίας λήξεως την 03-02-2020, β) φορολογική ενημερότητα σε ισχύ και γ) τις σχετικές εκ του νόμου απαιτούμενες ασφαλιστικές ενημερότητες της εταιρείας και των στελεχών της που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ. Κι ενώ η Επιτροπή Διαγωνισμού και η Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής είχαν στη διάθεσή τους τα προσκομισθέντα από πλευράς μας έγγραφα από τα οποία προέκυπτε και προκύπτει το αληθές και αδιαμφισβήτητο γεγονός της συνδρομής φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου (ήτοι της εταιρείας μας), εν τούτοις, ανήγαγαν την μη προσκόμιση της υπεύθυνης δήλωσης της παρ. 23.3 περ. (β) της Διακήρυξης σε ουσιώδη παράλειψη, απορρίπτοντας την προσφορά μας. Και το κυριότερο, υποκατέστησαν ανεπίτρεπτα, όσον αφορά στο αποδεικτικό τους βάρος, τα νόμιμα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας από μία απλή υπεύθυνη δήλωση.

Σε κάθε περίπτωση, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η παράλειψη υποβολής από πλευράς της εταιρείας μας σχετικής υπεύθυνης δήλωσης αναφορικά με το ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών μας όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, καθώς επίσης και της υπεύθυνης δήλωσης περί μη έκδοσης σε βάρος μας απόφασης αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, δεν συνιστά αθεράπευτη πλημμέλεια της προσφοράς μας, σύμφωνα και με τα αναλυτικώς εκτεθέντα στη μείζονα σκέψη, αλλά θα έπρεπε να θεωρηθεί ως έλλειψη επιδεχόμενη συμπλήρωσης, κατά την έννοια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι, όπως προεκτέθηκε, είχαμε ήδη συμπληρώσει στο νομοτύπως υποβληθέν Τ.Ε.Υ.Δ. (το οποίο συνιστά επί της ουσίας υπεύθυνη δήλωση) και είχαμε «μαρκάρει» τα σχετικά πεδία (βλ. πεδίο Β.1. και Γ. υποβληθέντος ΤΕΥΔ), δηλώνοντας ότι, αφενός μεν, δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της εταιρείας μας δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, αφετέρου δε, ότι δεν έχει εκδοθεί

Αριθμός απόφασης: 560/2020

σε βάρος της εταιρείας απόφαση αποκλεισμού από δημόσιο διαγωνισμό. Η σχετική μάλιστα δυνατότητα καθίστατο κατά ρητή νομοθετική επιταγή υποχρεωτική, σύμφωνα με την αδιάσπικτη διατύπωση της παρ. 5 του ίδιου άρθρου.

Τα ανωτέρω ενισχύονται από τη γραμματική ερμηνεία του άρθρου 23.1. της διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης του άρθρου 79 αρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α1 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Ενισχυτικό των ισχυρισμών και των θέσεων της εταιρείας μας στοιχείο τυγχάνει το γεγονός ότι, τόσο η υπεύθυνη δήλωση αναφορικά με το ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του προσωρινού αναδόχου όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, όσο και η υπεύθυνη δήλωση περί μη έκδοσης σε βάρος του απόφασης αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, δεν αποτελούν πρόσθετα αποδεικτικά έγγραφα (πιστοποιητικό, βεβαίωση, ποινικό μητρώο κ.λπ.) προς απόδειξη μιας δήλωσης που συμπεριλήφθηκε στο υποβληθέν στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης, αλλά επί της ουσίας επανάληψη (επαναδιατύπωση) ήδη υποβληθείσας μέσω του Τ.Ε.Υ.Δ. δήλωσης και εκ νέου λήψη ήδη ληφθείσας μέσω του Τ.Ε.Υ.Δ. δέσμευσης, σύμφωνα και με τα προεκτεθέντα.

Υπ' αυτά τα δεδομένα, προκύπτει ευχερώς ότι, η παράλειψη συμπλήρωσης των δύο επίμαχων υπεύθυνων δηλώσεων, δεν συνιστά ουσιώδη παράλειψη και θα έπρεπε να θεραπευθεί με την ενεργοποίηση της διάταξης του άρθρου 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, προκειμένου η εταιρεία μας ως

Αριθμός απόφασης: 560/2020

προσωρινός ανάδοχος να συμπληρώσει τις δεσμεύσεις που είχε λάβει μέσω του ΤΕΥΔ.

Προς την κατεύθυνση αυτή, κινείται και η Αναθέτουσα Αρχή (Διευθύνουσα το έργο Τεχνική Υπηρεσία), η οποία στις απόψεις της, λαμβάνοντας υπόψη τις προβλέψεις του νόμου 4412/2016 περί δημοσίων συμβάσεων, καθώς και τα πραγματικά περιστατικά της διερευνώμενης υποθέσεως, παραθέτει τα εξής «Και οι δύο λόγοι αποκλεισμού αφορούν την μη υποβολή υπεύθυνων δηλώσεων. Η μεν πρώτη δήλωση είναι το τρίτο στοιχείο για την απόδειξη ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, και η δεύτερη συμπληρώνει τις υπεύθυνη δήλωση του όπως αρχικώς πήρε μέσω του ΤΕΥΔ σχετικά με το ότι δεν έχει παρθεί απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Οι δηλώσεις αυτές αφορούν συμπληρωματικές δεσμεύσεις και συμπληρώνουν τις δεσμεύσεις που πήρε μέσω της αρχικής υπεύθυνης δήλωση του που πραγματοποιήθηκε με το ΤΕΥΔ. Σύμφωνα με τα παραπάνω θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τις δεσμεύσεις του και να καταθέσει τις δυο υπεύθυνες δηλώσεις και να μην προχωρήσει άμεσα στον αποκλεισμό του», καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να μας καλέσει στο πλαίσιο των προβλέψεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 να συμπληρώσουμε τις δεσμεύσεις που είχαμε λάβει μέσω του ΤΕΥΔ, υποβάλλοντας τις επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις [.....]».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : [...] ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ι) τις απαιτούμενες εγγυήσεις τον τύπο, τα ποσοστά, το νόμισμα, το χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαραίτους όρους,

Αριθμός απόφασης: 560/2020

απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [...].»

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: « 1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων:

α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση.

Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων [...]

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 απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως [...].»

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «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)

Αριθμός απόφασης: 560/2020

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 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

Αριθμός απόφασης: 560/2020

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 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 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.

Αριθμός απόφασης: 560/2020

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».

19. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

20. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

21. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται 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 21 από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης νομιμοποίησης

Αριθμός απόφασης: 560/2020

β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή.

γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές.

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 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 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

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

Αριθμός απόφασης: 560/2020

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.

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 (ΤΕΥΔ) 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».[...] Άρθρο 15: Εγγύηση συμμετοχής

15.1 Για την συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1 α) του άρθρου 72 του ν.4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται

Αριθμός απόφασης: 560/2020

στο ποσό των 12.419,36 ευρώ [...] 15.4 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 [...].».

22. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

23. 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 επιτυχανόταν 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).

24. Επειδή όταν οι διατάξεις προβλέπουν ότι για την έκδοση μιας διοικητικής πράξης χρειάζεται γνώμη ή πρόταση άλλου οργάνου, κατά κανόνα, το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα οφείλει, πριν την έκδοση της πράξης να τις λάβει υπόψη του και στην περίπτωση που απαιτείται απλή γνώμη, δύναται να αποφασίσει διαφορετικά με ειδική αιτιολογία (βλ. . Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 134, σελ. 131 και ΣΤΕ 3897/2004, 3075/2007, 698/2017).

Αριθμός απόφασης: 560/2020

25. Επειδή συνιστά λόγο ακύρωσης κάθε παράβαση των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας, δηλαδή, οι τύποι τους οποίους πρέπει να ακολουθούν τα διοικητικά όργανα οι οποίοι χαρακτηρίζονται ως «ουσιώδεις». Ως κριτήρια για τον σχηματισμό της κρίσης περί του «ουσιώδους» ή μη λαμβάνονται υπόψη: α) η σημασία που έχει η διαδικαστική ενέργεια: i) για την προστασία του διοικουμένου, διότι του παρέχει τη δυνατότητα διαφώτισης της Διοίκησης για την υπόθεσή που τον ενδιαφέρει ή δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης, καθώς και εγγυήσεις για την αμερόληπτη κρίση της υποθέσεώς του, ii) για την καλή λειτουργία της Διοίκησης, με σκοπό την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, iii) για τον δικαστικό έλεγχο της πράξης και β) η επιρροή της παράλειψης του τύπου στη ρύθμιση που θεσπίζεται με την πράξη. Κατ' αυτόν τον τρόπο, έχει κριθεί ότι αποτελεί ουσιώδης τύπος η λήψη υπόψη της προηγούμενης γνώμης ή πρότασης του προβλεπόμενου από τις σχετικές διατάξεις συλλογικού ή μονομελούς οργάνου που έχει γνωμοδοτική αρμοδιότητα (ΣτΕ 1803/1986, 2970/1983, 1803/1986), και, γενικότερα, η διενέργεια των προβλεπόμενων από τη νομοθεσία προπαρασκευαστικών πράξεων (Ε. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 2, εκδ. 2010, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 124 έως 126).

26. Επειδή, όταν προσβάλλεται διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα και δεν αμφισβητούνται τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, εφόσον κρίνεται ότι από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, τότε παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα τυπικών, όπως είναι, ενδεικτικά, οι λόγοι περί αναρμοδιότητας του συλλογικού οργάνου που εξέδωσε την πράξη. Και τούτο διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προσβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (ΕΑ ΣτΕ 671/2011, 1169/2010, ΣτΕ 530/2003 ΟΛ., 2916/2007, 3984/2004 και ΔεφΑθ 451/2012).

27. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της

Αριθμός απόφασης: 560/2020

σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος.

28. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον προσφεύγοντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006).

29. Επειδή, επομένως, έχει κριθεί ότι η ακύρωση πράξεως, παρίσταται αλυσιτελής, εφόσον δεν μπορεί να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο από τον αιτούντα αποτέλεσμα, ήτοι η κατακύρωση της σύμβασης (πρβ. ΣΤΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣΤΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν συμβ, 3, 3561/2011, 1193/2009).

30. Επειδή ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται, επομένως, η αίτηση ακυρώσεως- επομένως και η προσφυγή κατ' αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης.

31. Επειδή, ωστόσο, η λυσιτέλεια, ως στοιχείο του παραδεκτού, ελέγχεται αυτεπαγγέλτως και σε επίπεδο συγκεκριμένου προβαλλόμενου λόγου (πρβ. ΣΤΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣΤΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν Συμβ).

32. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε για τρεις λόγους, ήτοι η προσβαλλόμενη στηρίζεται σε τρεις επάλληλες αιτιολογίες καθεμιά από τις οποίες στηρίζει αυτοτελώς την παραπάνω κρίση της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη, ως αυτή ενσωματώνει το Πρακτικό ΙΙ και τους λόγους απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, δεν υποβλήθηκε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ούτε σε έντυπη ούτε σε ηλεκτρονική μορφή, υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή

Αριθμός απόφασης: 560/2020

διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων της προσφεύγουσας όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (άρθρο 23.3 β της Διακήρυξης), δεν υπεβλήθηκε ούτε σε έντυπη ούτε σε ηλεκτρονική μορφή, υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 23.3 περ. (στ) υποπερ. (δ) της Διακήρυξης ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 καθώς και ότι οι λοιπές υπεύθυνες δηλώσεις που υποβλήθηκαν από την προσφεύγουσα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην Αναθέτουσα Αρχή, (υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 22.Α.2α και υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 23.3 περ. (ε) της Διακήρυξης), δεν έφεραν την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του, όπως προβλέπεται στο άρθρο 8 παρ. 3 της με αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α.

33. Επειδή με την υπό εξέταση προσφυγή προβάλλονται ισχυρισμοί στο πλαίσιο του πρώτου λόγου που αφορούν στους δυο από τους τρεις λόγους απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας και, συγκεκριμένα, στη μη υποβολή των ως άνω υπευθύνων δηλώσεων. Αντίθετα, δεν πλήττονται η έτερη κατά τα ανωτέρω επάλληλη αιτιολογία της προσβαλλόμενης που συνιστά και ξεχωριστό λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, όπως η έλλειψη προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής των υποβληθεισών υπευθύνων δηλώσεων. Επομένως, καθίσταται αλυσιτελής η έρευνα των προβαλλομένων ισχυρισμών της υπό εξέταση προσφυγής σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας δοθέντος ότι ακόμα και στην περίπτωση που γίνονταν δεκτοί ως βάσιμοι, ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας δεν θα ακυρωθεί καθώς ερείδεται σε μία επιπλέον αιτίαση που στηρίζει αυτοτελώς τον αποκλεισμό της και η προσφεύγουσα δεν θα έχει την ωφέλεια που επιδιώκει από την αποδοχή της προσφυγής της, ήτοι την κατακύρωση του διαγωνισμού σ' αυτήν. Κατόπιν αυτών, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τους λόγους απόρριψης της προσφοράς της πρέπει να απορριφθούν ως αλυσιτελείς (πρβλ. Ε.Α. *ad hoc* ΣτΕ 87/2019 και 641/2004 και ΑΕΠΠ 923/2019). Περαιτέρω, τυγχάνουν απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί κλήσης της προσφεύγουσας προκειμένου να προσκομίσει τις μη υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις.

Αριθμός απόφασης: 560/2020

34. Επειδή ο δεύτερος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής δεν αφορά στον αποκλεισμό της προσφεύγουσας αλλά στην κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής κατόπιν του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης όπου διαπιστώθηκε ότι δεν υποβλήθηκαν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των ως άνω υπευθύνων δηλώσεων και ότι οι υπεύθυνες δηλώσεις που προσκομίσθηκαν δεν υποβλήθηκαν παραδεκτως καθώς δεν διέθεταν ηλεκτρονική υπογραφή. Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι σε περίπτωση συνδρομής των προϋποθέσεων των παρ.3-5 του άρθρου 103 του Ν.4412/2016, η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, ωστόσο, στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, ως εν προκειμένω, ιδρύεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας η λήψη απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, η οποία προηγείται της αποφάσεως περί κατάπτωσης αφού προηγουμένως όμως εκδοθεί η πράξη αποκλεισμού του προσωρινού αναδόχου. Επομένως, για να αποφασιστεί η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της θα έπρεπε να προηγηθεί η ως άνω γνώμη και όχι η κατάπτωση να επέλθει ταυτόχρονα με τον αποκλεισμό της από την προσβαλλόμενη, κατά παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

35. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 4.2 παρ. δ προβλέπεται ρητώς και σαφώς ότι αν κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή 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 Διακήρυξης, 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. Στο δε άρθρο 15.4 ρητώς και σαφώς προβλέπεται 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

Αριθμός απόφασης: 560/2020

καθώς και ότι η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.

36. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, από την προσβαλλόμενη απόφαση, το Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού καθώς και την υπ' αριθμ. /18-02-2020 γνωμοδότηση της Νομικού Συμβούλου που ενσωματώνονται στην προσβαλλόμενη και αποτελούν το αιτιολογικό της έρευνας, δεν συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή ζήτησε και έλαβε την απαιτούμενη εκ του νόμου γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου πριν αποφανθεί περί της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, ως αυτή βασίμως υποστηρίζει.

37. Επειδή η λήψη υπόψη της προηγούμενης γνώμης του προβλεπόμενου από τις σχετικές διατάξεις συλλογικού οργάνου που έχει γνωμοδοτική αρμοδιότητα, και γενικότερα, η διενέργεια των προβλεπόμενων από το κανονιστικό πλαίσιο προπαρασκευαστικών πράξεων έχει κριθεί ότι αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας η οποία μπορεί να καλυφθεί κατά τη διάρκεια της διαδικασίας και πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 2, εκδ. 2010, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 126-127, αρ. 501-502). Ωστόσο, εν προκειμένω, η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας έχει καταστεί οριστική καθώς, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, λόγω υποβολής υπευθύνων δηλώσεων χωρίς ηλεκτρονική υπογραφή δοθέντος ότι με την υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα δεν προέβαλε ισχυρισμούς ως προς τον οικείο λόγο αποκλεισμού. Ως εκ τούτου, δεν αμφισβητείται η νομιμότητα της προσβαλλόμενης ως προς τη μη προσήκουσα υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 4.2 της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο, στην περίπτωση αυτή, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής.

38. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, εάν η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, ως εν προκειμένω, και ενόψει και του μη αμφισβητούμενου πραγματικού της συγκεκριμένης υποθέσεως, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως και παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση τυπικών λόγων όπως είναι οι λόγοι περί αναρμοδιότητας, μη νομίμου συγκροτήσεως ή κακής συνθέσεως

Αριθμός απόφασης: 560/2020

του συλλογικού οργάνου που εξέδωσε την πράξη, ή οργάνου που γνωμοδότησε κατά την διαδικασία εκδόσεώς της, καθώς και οι λόγοι περί μη τηρήσεως των τύπων που έχουν ταχθεί από το νόμο για την έκδοσή της. (ΣΤΕ (ΑΣΦ) 63/2012, 82/2014, 671/2011, 44/2014, βλ. *ad hoc* απόφαση ΑΕΠΠ 1350/2019 Εισηγ. Ι. Θεμελή, με εκτενείς αναφορές στην νομολογία και την θεωρία). Και τούτο διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (Ε.Α. ΣΤΕ 44/2014, 259/2012, Σ.Τ.Ε. 530/2003 Ολομ., 2916/2007, Ε.Α. 63/2012, 949, 671/2011, ΔΕφΑθ 511/2014 κ.ά.). Εν προκειμένω ασφαλώς η προσβαλλόμενη απόφαση περί κατάπτωσης της εγγύησης, εκδόθηκε κατά ρητή και σαφή δέσμια αρμοδιότητα σύμφωνα με τα άρθρ. 72, 103 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 17, 18) και τα άρθρ. 4.2 δ) της διακήρυξης (σκέψη 21), τα οποία προβλέπουν την άνευ ετέρου και άνευ περιθωρίων εκτίμησης κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής μη καταλειπομένου ουδενός περιθωρίου διάκρισης της αναθέτουσας αρχής περί την κατάπτωση ή μη της εγγύησης, αφ'ής στιγμής ληφθεί απόφαση απόρριψης της προσφοράς κατά της οποίας δεν ασκήθηκε παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή. Ειδικότερα, από την ρητή και σαφή ως άνω διατύπωση των όρων του νόμου και της διακήρυξης προκύπτει ότι ακόμη και σε περίπτωση λήψης αντίθετης απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου - η οποία πάντως δεν δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή ως εκ του νόμου απλή και όχι σύμφωνη γνώμη- όμως και πάλι συντρέχει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής όπως αποφασίσει την κατάπτωση της εγγύησης. Επομένως, αλυσιτελώς προβάλλονται αιτιάσεις περί παραβάσεως ουσιωδών τύπων του διαγωνισμού, διότι η κατάπτωση της εγγύησης εκ του νόμου και της διακήρυξης προβλέπεται, εν προκειμένω, υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, ακόμη και σε περίπτωση αντίθετης πρότερης απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου. Ως εκ τούτου, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος και, άρα, απαράδεκτος.

39. Επειδή γίνεται δεκτή εν όλω η εισήγηση.

40. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: 560/2020

41.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στις 14 Μαΐου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΑ ΘΕΜΕΛΗ

ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ

α/α ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ ΓΡΥΠΑΡΗΣ