

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 24.02.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 289/24.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμό απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με σκοπό να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. παράβολο με κωδικό ..., ύψους €2.200,00€, το οποίο και υπολογίζεται επί τη βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι 443.548,39 €).

2. Επειδή δυνάμει της με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης, ο Δήμος ... προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΒΕΛΤΙΩΣΗ-ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ-ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ

ΚΥΡΙΟΥ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΔΡΟΜΟΥ ... (...)), εκτιμώμενης αξίας 443.548,39 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 29.07.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ... Στον διεξαχθέντα διαγωνισμό συμμετείχαν και υπέβαλαν προσφορά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, η προσφορά της οποίας έλαβε α/α συστήματος 226175, και η εταιρία «...» με α/α προσφοράς 226484. Με την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος η εταιρία «...».

3. Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α., και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 14-2-2022, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24-2-2022, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, 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. α του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή με κατ' αρχάς έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά και έχοντας καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας. Περαιτέρω, απαραδέκτως αιτείται να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος καθόσον το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας

της ΑΕΠΠ, η οποία, επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 24/2018, ΑΕΠΠ 93-94/2020, 1224/2020).

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 25.02.2022 στην προβλεπόμενη κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με το από 10.03.2022 έγγραφό της υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αφενός στην ΑΕΠΠ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10.03.2022.

8. Επειδή με τον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η εταιρία «...» για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησής της δεν προσκόμισε το ζητούμενο από τη διακήρυξη δικαιολογητικό, ήτοι πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, αλλά διαφορετικό και ήσσονος αποδεικτικής δύναμης, έγγραφο, ήτοι υπεύθυνη δήλωση.

9. Επειδή το άρθρο 23.2 της οικείας Διακήρυξης τιτλοφορούμενο ως Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά Μέσα) ορίζει πως: *«Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται:*

*α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ,*

*β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και*

*γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας...».*

**10.** Επειδή το άρθρο 23.8.Α.α της οικείας Διακήρυξης ορίζει πως: «Α. Για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς υποβάλλονται:

1) στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και εγγράφεται υποχρεωτικά ή προαιρετικά στο ΓΕΜΗ και δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της στο ΓΕΜΗ:

α) για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, υποβάλλει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του.».

**11.** Επειδή από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η εταιρία «...» για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης της κατόπιν της υπ'αρ. πρωτ. ... πρόσκλησής της υπέβαλε: α) Τα υπ' αρ. πρωτ. ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΙΣΧΥΟΥΣΑΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ 14-01-2022.pdf») και ... πιστοποιητικά εκπροσώπησης ΓΕΜΗ (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΙΣΧΥΟΥΣΑΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ 16-12-2022.pdf»), β) Την από 18-12-2022 υπεύθυνη δήλωση του ... σύμφωνα με την οποία, από της συστάσεως της εταιρίας έως και την υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης, τυγχάνει νόμιμος εκπρόσωπός της και γ) Το με αρ. πρωτ. ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ (ΜΕΤΑΒΟΛΕΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ pdf). Στο εν λόγω έγγραφο αναγράφεται πως: «Πιστοποιούμε ότι, όπως προκύπτει από τα καταχωρισμένα και τηρούμενα στοιχεία στην Υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ. του Επιμελητηρίου μας για την Εταιρεία με την επωνυμία ... και το διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει στο Δήμο ... και ... και είναι καταχωρισμένη στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο με αριθμό Γ.Ε.ΜΗ. ..., ισχύουν τα παρακάτω, σύμφωνα με τις διατάξεις των ν. 4072/2012 και 4635/19 όπως ισχύουν, καθώς και των κατ' εξουσιοδότηση των νόμων αυτών εκδοθεισών υπουργικών αποφάσεων, ότι η διαχείριση και εκπροσώπηση της εταιρείας προκύπτει από τις κάτωθι καταχωρίσεις: Ημερομηνία καταχώρισης: 15/4/2014 και Κωδικός Αριθμός Καταχώρισης: ...». Περαιτέρω στο από 15/4/2014 ιδιωτικό τροποποίησης ΕΕ της «...» με διακριτικό τίτλο «...» με αριθμό ΓΕΜΗ ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΟ ΕΕ.pdf»), το οποίο είχε συνυποβληθεί με τα συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, αναγράφεται -και συγκεκριμένα στο άρθρο 7 αυτού- πως η εκπροσώπηση της εν λόγω εταιρίας ανήκει στον .... Επομένως συνδυαστικά από το με αρ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ΓΕΜΗ (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ

ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ (ΜΕΤΑΒΟΛΕΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ pdf) και από το ιδιωτικό τροποποίησης ΕΕ της «...» με διακριτικό τίτλο «...» με αριθμό ΓΕΜΗ ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΟ ΕΕ.pdf») προκύπτει ότι η εκπροσώπηση της «...» ασκείται αδιάλειπτα από τον ... από την ημερομηνία καταχώρησης, ήτοι την 14/5/2014, έως και την ημερομηνία έκδοσης του ως άνω με αρ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, ήτοι την 17.01.2022, και συνεπώς καλύπτεται και το επίμαχο χρονικό σημείο της υποβολής της προσφοράς της εταιρίας «...», ήτοι της 09.09.2021, κατά το οποίο η εκπροσώπηση ασκείτο από το ίδιο φυσικό πρόσωπο, τον .... Επομένως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη νόμιμης εκπροσώπησης της «...» κατά το χρόνο της υποβολής της προσφοράς της τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι και ως εκ τούτου απορριπτέος τυγχάνει ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

12.Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει πως σύμφωνα με το άρθρο 23.3.ε της οικείας Διακήρυξης ορίζεται ότι «για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22 υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού» και ότι η από 07.12.2021 υπεύθυνη δήλωση που προσκόμισε η εταιρία «...», σύμφωνα με τη οποία «δεν συντρέχουν οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22 της διακήρυξης του έργου» δε συνιστά νόμιμο δικαιολογητικό κατακύρωσης, καθώς στην υπεύθυνη δήλωση περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού που προβλέπονται στην παράγραφο Α.4 δεν αρκεί η αναφορά στο άρθρο 22 που την συμπεριλαμβάνει. Αντιθέτως, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η ως άνω εταιρία έπρεπε είτε να αναφέρει τα συγκεκριμένα εδάφια της εν λόγω παραγράφου, τα οποία καλύπτει η δήλωσή τους, είτε να παραθέσει τους κατ'ιδίαν λόγους αποκλεισμού, έστω και σε περίληψη.

13. Επειδή το άρθρο 23.3.ε της οικείας Διακήρυξης ορίζει πως «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: (ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του**

**άρθρου 22**, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού».

**14.** Επειδή στο άρθρο 22.Α4 της οικείας Διακήρυξης ορίζεται πως: **«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:**

**(α)** έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, περί αρχών που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων,

**(β)** εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης και δεν τηρεί τους όρους αυτής ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παρούσα περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας (παρ. 5 άρθρου 73 του ν. 4412/2016),

**(γ)** εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011(Α'93), περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,

**(δ)** εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,

**(ε)** εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 48 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,

**(στ)** εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις [...]».

**15.** Επειδή το άρθρο 9 της οικείας Διακήρυξης τιτλοφορούμενο ως «Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» ορίζει ότι: «*Η αναθέτουσα αρχή τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας « Επικοινωνία» του υποσυστήματος, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».*

**16.** Επειδή, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, ορίζεται: «2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για

παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία 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. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ'εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας».

**17.** Επειδή, περαιτέρω σκοπός του νέου ως άνω άρθρου 103, είναι η αποφυγή αποκλεισμών για αποκλειστικώς τυπικούς λόγους, οικονομικών φορέων, που ήδη κατά το κριτήριο ανάθεσης κατέληξαν να έχουν αναδειχθεί προσωρινοί ανάδοχοι, λόγω του ότι η προσφορά τους κατά τη διαδικασία ανάθεσης αξιολογήθηκε ως η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, και να αποκλείονται πλέον και κατά το στάδιο αυτό, μόνο για ουσιαστικούς λόγους, ήτοι, εφόσον όντως δεν πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, δηλαδή συντρέχουν εις βάρος τους λόγοι αποκλεισμού ή δεν πληρούν κριτήρια επιλογής ή προέβησαν σε απατηλές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ τους ή υπέβαλαν πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, όπως και προφανώς αν είναι προδήλως αμελείς και δεν συμμορφώνονται στις κατ'άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016 πολλαπλώς σε αυτούς παρεχόμενες ευκαιρίες οριστικοποίησης της θέσης τους ως αναδόχων

**18.** Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι στην από 07.12.2021 υπεύθυνη δήλωση που προσκόμισε η εταιρία «...» (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ 7.pdf»), αναγράφεται πως «...Δεν συντρέχουν στο πρόσωπό μου οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22...» χωρίς να αναφέρονται οι λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, κατά τα οριζόμενα στον ρητό όρο 23.3.ε της Διακήρυξης, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Πλην όμως, κατ'άρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως προαναφέρθηκε και καταλαμβάνει τη νυν διαδικασία, αλλά και κατά τον ειδικό όρο 9 της διακήρυξης, η μη υποβολή ζητούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν συνεπάγεται την απόρριψη



άνευ ετέρου του προσωρινού αναδόχου, αλλά την κλήση του προς νέα υποβολή και συμπλήρωση όσων ελλείπουν («Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η

αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.»). Άρα, κατ' εν μέρει αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής, είναι ακυρωτέα η αποδοχή της εταιρίας «...» , καθ' ο μέρος εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της, άνευ προηγούμενης κλήσης της προς συμπλήρωση των ελλείψεων περί της ως άνω υπεύθυνης δήλωσης, ήτοι περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 23.3.ε της διακήρυξης για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22. Οι δε λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22 αναφέρονται στη ανωτέρω σκέψη 14. Άλλωστε, σύμφωνα με τα νομολογιακά δεδομένα *«...δεν αρκεί μια γενικόλογη αναφορά περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού –και μάλιστα χωρίς αναφορά σε συγκεκριμένη διακήρυξη ή υπό ανάθεση έργο- αλλά, σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια ότι ο ανάδοχος δεσμεύεται ως προς τη συνδρομή ενός εκάστου λόγου αποκλεισμού της διακήρυξης είτε με αναφορά του οικείου όρου-άρθρου της διακήρυξης που προβλέπει τον λόγο αποκλεισμού για την απόδειξη της μη συνδρομής του οποίου απαιτείται η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης είτε με παράθεση (έστω και συνοπτικά) του περιεχομένου του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης...»* (Ν 57/2020 Διοικ. Εφ. Πατρών). Συνεπώς ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός.

**19.** Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται πως οι από 07.12.2021 υπεύθυνες δηλώσεις του ...: α) περί μη έκδοσης εις βάρος του απόφασης που να αφορά τη συμμετοχή του σε διαγωνισμούς του δημοσίου σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, β) περί μη έκδοσης εις βάρος του δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και γ) περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του των οριζόμενων λόγων αποκλεισμού που

αναφέρονται στο άρθρο 22 της διακήρυξης του έργου, άπασες αφορούν τον ... ατομικά, δεν αποδεικνύουν την έλλειψη των αντίστοιχων λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο της αναδόχου εταιρίας και ως εκ τούτου η προσφορά της εταιρίας έπρεπε να απορριφθεί για τον λόγο αυτό.

**20.** Επειδή στο άρθρο 23.3 παρ. (β3) και (ε) ορίζεται: *«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:*

*β3) υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.*

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

**21.** Επειδή από τα στοιχεία του φακέλου και ιδίως από α) την από 07.12.2021 υπεύθυνη δήλωση του ... περί μη έκδοσης εις βάρος του απόφασης που να αφορά τη συμμετοχή του σε διαγωνισμούς του δημοσίου σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ 6 pdf»), β) την από 07.12.2021 υπεύθυνη δήλωση του ... περί μη έκδοσης εις βάρος του δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ 10. Pdf») και γ) την από 07.12.2021 υπεύθυνη δήλωση του ... περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του των οριζόμενων λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22 της διακήρυξης του έργου (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ 7 pdf»), πράγματι προκύπτει ότι αυτές αφορούν ατομικά τον ... Επομένως, από κανένα στοιχείο δεν δύναται να συναχθεί και δη, με σαφήνεια ότι οι ως άνω δηλώσεις δεν αναφέρονταν στο πρόσωπο και μόνο, του υπογράφοντος φυσικού προσώπου, αλλά αναφέρονταν στον οικονομικό φορέα-εταιρεία, η

νομική προσωπικότητα του οποίου είναι διακριτή από τον νόμιμο εκπρόσωπο και ουδόλως η μη σύμπτωση των δηλούμενων συνθηκών στο πρόσωπο του τελευταίου, συνεπάγεται άνευ ετέρου και σύμπτωσή τους στο πρόσωπο της εταιρείας. Τα δε περί αμφισημίας του άρθρου 23.3 παρ. (β3) και (ε) διότι σε κάποιες περιπτώσεις του εν λόγω άρθρου αναφέρεται «*προσφέρων*», ενώ σε κάποιες άλλες αναφέρεται «*προσφέρων οικονομικός φορέας*», που προβάλλονται από τον αναθέτοντα φορέα, είναι απορριπτέα πρώτον ως αβάσιμα σύμφωνα καθώς σύμφωνα με το άρθρο 2 αριθ. 12 ν. 4412/2016, ως ισχύει, «*ως «προσφέρων» νοείται οικονομικός φορέας που έχει υποβάλει προσφορά*», και δεύτερον ως ανεπικαίρως προβαλλόμενα, καθώς από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι ο όρος αυτός είχε επικαίρως προσβληθεί από τους διαγωνιζόμενους με προδικαστική προσφυγή. Συνεπώς, ουδεμία ουσιώδης ασάφεια, δυνάμενη να δημιουργήσει σύγχυση ως προς την εφαρμογή ή όχι του Νόμου υφίσταται εν προκειμένω, οι, δε, όροι της διακήρυξης, εφόσον δεν προσεβλήθησαν επικαίρως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) έχουν γίνει δεκτοί από τους συμμετέχοντες – συμπεριλαμβανομένης της «...» - με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό. Άρα, όντως υφίσταται έλλειψη ως προς τις ανωτέρω τρεις δηλώσεις: (α) περί μη έκδοσης απόφασης που να αφορά τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς του δημοσίου σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 (β) περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και (γ) περί μη επιβολής κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού, όπως βάσιμα η προσφεύγουσα προβάλλει, καθώς οι ως άνω υποβληθείσες, ως μη αναφερόμενες και ως μη δυνάμενες ερμηνευτικά να συναχθεί ότι αφορούν την ως άνω εταιρία της «...», προκύπτει ότι δεν είναι οι ζητούμενες, οι οποίες ζητούμενες ελλείπουν και η απαίτηση περί υποβολής τους δεν πληρούται. Πλην όμως, κατ' άρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως προαναφέρθηκε και καταλαμβάνει τη νυν διαδικασία, αλλά και κατά τον ειδικό όρο 9 της διακήρυξης, η μη υποβολή ζητούμενων

δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν συνεπάγεται την απόρριψη άνευ ετέρου του προσωρινού αναδόχου, αλλά την κλήση του προς νέα υποβολή και συμπλήρωση όσων ελλείπουν («Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.»). Άρα, κατ' εν μέρει αποδοχή της προσφυγής, είναι ακυρωτέα η αποδοχή της ως άνω «...», καθ' ο μέρος εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της, άνευ προηγούμενης κλήσης της προς συμπλήρωση της έλλειψης περί των ως άνω τριών υπευθύνων δηλώσεων που δεν υποβλήθηκαν (δεδομένου ότι οι υποβληθείσες ως τέτοιες, δεν αφορούν την «...»). Συνεπώς ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός.

**22.** Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη καθ' ο μέρος έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της «...», άνευ προηγούμενης κλήσης της, κατ' άρ. 103 Ν. 4412/2016 και άρ. 9 της διακήρυξης, προς συμπλήρωση: πρώτον των ελλείψεων δήλωσης στην υπεύθυνη δήλωση της πλήρωσης της απαίτησης του άρθρου 23.3.ε της διακήρυξης περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού *«Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22»*, ήτοι των περιπτώσεων: (α) του αρ. 22.Α.4.α (β) του αρ. 22.Α.4.γ, (γ) του αρ.22.Α.4.δ, (δ) του αρ. 22.Α.4.ε, (ε) του αρ. 22.Α.4.στ και (στ) του αρ. 22.Α.4.ζ, και δεύτερον –προς συμπλήρωση- των κατά τη σκ. 21 ελλείψεων της, ήτοι ως προς τη μη υποβολή των υπευθύνων δηλώσεων (α) περί μη έκδοσης απόφασης που να αφορά τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς του δημοσίου σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 (β) περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και (γ) περί μη επιβολής κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού αντίστοιχα. Αναπέμπει στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου να προβεί σε κλήση του εν λόγω οικονομικού φορέα

Αριθμός Απόφασης: 575 /2022

προς οικεία συμπλήρωση και εκ νέου να επανέλθει, κατόπιν της συμπλήρωσης, σε κρίση περί των δικαιολογητικών κατακύρωσης της «...».

**23.** Επειδή σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας. (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 3-1/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., καθ'ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της «...» , άνευ κλήσης της προς συμπλήρωση των ελλείψεων που αναφέρονται στη σκ. 22 ανωτέρω και αναπέμπει στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου να προβεί σε όσα στη σκ. 22 αναφέρονται.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 15 Απριλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ**