

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 3-5-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Βύρρα και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει, κατόπιν της από 27-4-2022 κοινοποιηθείσας στην ΕΑΔΗΣΥ (ΕΙΣ 3021/27-4-2022) ΔΕφΘεσσ 169/2022 ακύρωσης της εκ της ΑΕΠΠ προηγηθείσας σιωπηρής απόρριψης, την από 4-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1870/4-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 22-9-2021 κοινοποιηθείσας με αρ. 331/2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος τον απέρριψε στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΑΓΩΓΩΝ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΓΙΑ ΤΗ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΤΗΣ ΥΔΡΕΥΤΙΚΗΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΤΟΥ ΟΙΚΙΣΜΟΥ ΣΤΙΒΟΥ ΤΗΣ ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΕΝΟΤΗΤΑΣ ... ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», συνολικής προϋπολογισμένης δαπάνης 390.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 4-1-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 19-10-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 25-10-2021 υπόμνημά του κατά παρέκταση στην επόμενη της 24-10-2021, εργάσιμη.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 1.950 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται, κατά παρέκταση στην επόμενη της 2-10-2021, εργάσιμης ημέρας, η από 4-10-2021 προσφυγή κατά της από 22-9-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, με τη με αρ. πρωτ. ... πρόσκληση κλήθηκε ως προσωρινός ανάδοχος ο προσφεύγων να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, που υπέβαλε στις 21-5-2021, περαιτέρω δε απεκλείσθη δια της προσβαλλομένης, με την αιτιολογία ότι δεν υπέβαλε την υπεύθυνη δήλωση του όρου 23.3.β της διακήρυξης («υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης»), σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού 22.Α2. Ο προσφεύγων προβάλλει πως υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση που αναφέρει ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στο άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016 (που ορίζει ότι «Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄.»), πλην όμως τούτο και η οικεία διατύπωση της δήλωσης αυτής δεν υποκαθιστά ούτε πληροί το ζητούμενο περιεχόμενο, αφού το άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δεν αφορά υποχρεώσεις καταβολής φόρων, ενώ άλλωστε δεν απαντά στο ακριβώς ζητούμενο θέμα, περί του αν συντρέχει η ειδική περίπτωση έκοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Αλυσιτελώς, ο προσφεύγων επικαλείται και την υποβολή των σωρευτικά κατά τον όρο 23.3.β και απαιτούμενων να υποβληθούν ομού και όχι αντί της ως άνω δηλώσεως, ζητούμενων φορολογικών και ασφαλιστικών

ενημεροτήτων, ενώ άλλωστε η ως άνω δήλωση που υπέβαλε καλύπτει και εκείνη διακριτή απαίτηση του όρου 23.3.ε περί δήλωσης μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 22.A4, μεταξύ των οποίων και αυτός του όρου 22.A4.α ακριβώς περί μη αθέτησης υποχρεώσεων του άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016. Σαφώς, αφού η ως άνω δήλωση μη έκδοσης απόφασης του όρου 23.3.β δεν δύναται να υποκατασταθεί από σωρευτικά απαιτούμενα είτε για τον ίδιο είτε για άλλους λόγους αποκλεισμού, διακριτά δικαιολογητικά και δηλώσεις, τούτο δε θα συνιστούσε επί της ουσίας αναίρεση της δεσμευτικότητας της απαίτησης περί αυτής της δήλωσης κατά τον όρο 23.3.β. Άρα, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, νομίμως κρίθηκε δια της προσβαλλομένης καταρχήν έλλειψη της ως άνω απαιτηθείσας υπεύθυνης δήλωσης. Πλην όμως, όπως βάσιμα ο προσφεύγων προβάλλει με τον υπό Β λόγο του, το άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά το άρ. 43 Ν. 4782/2021 ορίζει ότι «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 διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.» και άρα, σε περίπτωση έλλειψης οιοδήποτε δικαιολογητικού κατακύρωσης και μάλιστα ανεξαρτήτως και διακριτά της ομοίως αποδεκτής περίπτωσης, περί αιτήματος του προσωρινού αναδόχου περί παράτασης υποβολής του, η αναθέτουσα δεν δύναται να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο, αλλά υποχρεούται να τον καλέσει προς συμπλήρωση του δικαιολογητικού που ελλείπει και μόνο αν δεν συμμορφωθεί με τη νέα αυτή και δεύτερη κλήση, θα απορρίψει τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του και θα ορίσει την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής. Άλλωστε, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, η ως άνω διάταξη, καίτοι η έναρξη ισχύος της λαμβάνει χώρα από 1-6-2021, ήτοι μετά την εκκίνηση της νυν διαδικασίας και θεσπίζει άλλο και ευνοϊκότερο θεσμικό πλαίσιο για τον προσωρινό ανάδοχο και την αντιμετώπιση ελλείψεων και σφαλμάτων περί δικαιολογητικών κατακύρωσης, καταλαμβάνει αναδρομικά και τη νυν διαδικασία, όχι απλώς γιατί η νυν προσβαλλομένη

εκδόθηκε μετά την έναρξη ισχύος της ως άνω νέας διάταξης, αλλά και ιδίως διότι κατά το άρ. 22 παρ. 3 Ν. 4903/2022 (ΦΕΚ Α 46/5-3-2022), που ίσχυσε ήδη προ της συζήτησης της αίτησης αναστολής-ακύρωσης εφ' ης εκδόθηκε η δικαστική απόφαση προς συμμόρφωση στην οποία λαμβάνει χώρα η νυν εξέταση, ήδη καταλαμβάνει, ανεξαρτήτως επιμέρους όρων διακήρυξης, κάθε εκκρεμή κατά την 1-6-2021 διαδικασία, εφόσον, όπως εν προκειμένω δεν επήλθε νωρίτερα οριστικός αποκλεισμός ή αντίθετη δικαστική κρίση («Τα άρθρα 43 και 121 του ν. 4782/2021, με τα οποία τροποποιήθηκαν τα άρθρα 103 και 310, αντίστοιχα, του ν. 4412/2016, εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1η.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά»). Άρα, δεδομένου ότι ούτε κατά την 1-6-2021 ούτε την 5-3-2022 ούτε κατά την εξέταση έχει τυχόν επέλθει εισέτι οριστικός αποκλεισμός του προσφεύγοντα ούτε έχει λάβει χώρα ουσιαστική δικαστική κρίση επί της νυν προσφυγής του και του αποκλεισμού του, η ως άνω διάταξη του άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016 καταλαμβάνει τη νυν διαδικασία και άρα, η αναθέτουσα, ανεξαρτήτως του νυν όρου 4.2 και της διαδικασίας που ορίζει σε συμφωνία με το προϊσχύσαν άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, οφείλει να καλέσει τον προσφεύγοντα προς συμπλήρωση του ως άνω δικαιολογητικού, που όντως έλειπε, αντί να τον αποκλείσει και δη, ενώ ουδόλως πάντως προκύπτει έλλειψη του ίδιου του ουσιαστικού προσόντος συμμετοχής, ήτοι της έλλειψης του ως άνω λόγου αποκλεισμού, που αφορά το ελλείπον δικαιολογητικό. Επομένως, κατ' αποδοχή των ως άνω ισχυρισμών, η προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα, όπως βάσιμα δια του υπό Β' λόγου του προβάλλει ο προσφεύγων, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα κατά παράλειψη προηγούμενης εφαρμογής του άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, όπως ισχύει κατ' άρ. 43 Ν. 4782/2021.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέρριψε τον προσφεύγοντα κατά προηγούμενη παράνομη παράλειψη κλήσης του προς συμπλήρωση της ως άνω ελλείψεως και εφαρμογής του άρ. 103 παρ. 2 Ν.

4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε κατ' άρ. 43 Ν. 4782/2021, να αναπεμφθεί δε στην αναθέτουσα, προκειμένου να προβεί σε όσα ως άνω παρέλειψε προ νέας κρίσης περί των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσφεύγοντα.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. 331/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέρριψε τον προσφεύγοντα κατά προηγούμενη παράνομη παράλειψη κλήσης του προς συμπλήρωση της ως άνω ελλείψεως και εφαρμογής του άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε κατ' άρ. 43 Ν. 4782/2021 και αναπεμπεί στην αναθέτουσα, προκειμένου να προβεί σε όσα ως άνω παρέλειψε προ νέας κρίσης περί των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσφεύγοντα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3-5-2022 και και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ