

Η

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

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 08.04.2020 με ΓΑΚ 443/13.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, όπως νομίμως εκπροσωπείται, κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 52/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €2.016,13 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και το από 11.04.2020 αποδεικτικό πληρωμής της).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοιχτός δημόσιος διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου «Συνδέσεις Αποχέτευσης (2019)», εκτιμώμενης αξίας 403.225,81 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης τιμή. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος και ΑΔΑΜ

Αριθμός απόφασης: 659/2020

3. Επειδή, στον διαγωνισμό που διενεργήθηκε υπέβαλαν προσφορά επτά (7) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Στις 09.12.2019 συνήλθε η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού και προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση και αξιολόγηση των προσφορών και βάσει των δεδομένων που προέκυψαν κατήρτισε τον πίνακα μειοδοσίας κατατάσσοντας στην πρώτη θέση μειοδοσίας την προσφορά της προσφεύγουσας με προσφερόμενο ποσοστό μέσης έκπτωσης 36,77% και στην δεύτερη θέση την προσφορά της εταιρίας «» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 32,23%. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όλων των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 1^ο πρακτικό της εισηγήθηκε την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου. Η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, στην οποία διαβιβάστηκε το 1^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, με την υπ' αριθμ. 243/2019 απόφασή της το ενέκρινε και ανέδειξε την προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχο του έργου με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 36,77%. Κατόπιν των ανωτέρω μέσω της λειτουργικότητας της «επικοινωνίας» η αναθέτουσα αρχή κάλεσε στις 14.1.2020 με το υπ' αριθμ. πρωτ./14.1.2020 έγγραφό της, την προσφεύγουσα, ως προσωρινή ανάδοχο, να υποβάλει εντός της ταχθείσης προθεσμίας τα προβλεπόμενα στο νόμο και τη διακήρυξη δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά στοιχεία νομιμοποίησης.

Η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 23.1.2020 μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικά τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και στις 24.1.2020 με το υπ' αριθμ. πρωτ./24.1.2020 έγγραφο σε σφραγισμένο φάκελο τα αυτά δικαιολογητικά, όπως προβλέπεται στο άρθρο 4.2.γ της διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών που είχε προσκομίσει η προσφεύγουσα και συνέταξε το από 10.2.2020 πρακτικό ΙΙ δημοπρασίας με το οποίο εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της γιατί δεν προσκόμισε την εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου» από την ΑΑΔΕ ώστε να τεκμαίρεται η μη αναστολή των επιχειρηματικών της δραστηριοτήτων και την ανακήρυξη ως νέου προσωρινού αναδόχου της εταιρίας «» και το δ.τ «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 32,23%.

Ακολουθώντας η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 659/2020

52/2020 προσβαλλόμενη απόφασή της ενέκρινε το από 10.2.2020 πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας και κατακύρωσε την εκτέλεση του έργου στην εταιρία «

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 12.04.2020, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 04.04.2020, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.04.2020, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί καταρχήν την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα του επίμαχου έργου, συμμετείχε στον Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία έγινε απορρίφθηκε η προσφορά της, υφίσταται βλάβη, όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 14.04.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. πρωτ./22.04.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις

Αριθμός απόφασης: 659/2020

κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 04.05.2020.

8. Επειδή, το άρθρο 22 Α.4 της διακήρυξης ορίζει ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: «(6) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή 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 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 παραπάνω 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)». Επίσης το άρθρο 23.3 της διακήρυξης αναφέρει τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος προκειμένου να αποδείξει ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού και ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής και ορίζει ότι: «γ) για την παράγραφο Α.4 (Β) του άρθρου «22: «Ειδικά η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα, για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς, αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων ¹⁰⁸». Η παραπομπή 108 στην οποία παραπέμπει το άνω άρθρο ορίζει «Με εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/επιχείρησης», όπως αυτά εμφανίζονται *taxisnet*».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις

Αριθμός απόφασης: 659/2020

υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά του αποκλεισμού της και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «*Η διακήρυξη της δημοπρασίας αποτελεί κανονιστική πράξη και δεσμεύει κατά τρόπο ισοδύναμο τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣΤΕ 2772/1986). Παράβαση των όρων της διακήρυξης από μεν την αναθέτουσα αρχή οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεών της, από δε τους διαγωνιζόμενους στην απόρριψη της προσφοράς τους (Ολ. ΣΤΕ 2137/1993, ΣΤΕ 3692/1989 κ.α.). Στο άρθρο 22 Α.4 της διακήρυξης ορίζεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:[...] Στο άρθρο 23.2 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά- (Αποδεικτικά μέσα) ορίζεται: «Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ). Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά.»*

Στο άρθρο 23.3 της διακήρυξης εξειδικεύονται τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος προκειμένου να αποδείξει ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού και ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής ορίζονται εκτός των άλλων τα εξής:[...]

Τέλος το άρθρο 79§6 του Ν. 4412/2016, που διέπει την διαδικασία του επίμαχου διαγωνισμού ορίζει τα εξής: «6. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να

Αριθμός απόφασης: 659/2020

λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση ή συνάψει τη συμφωνία- πλαίσιο, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά...».

Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης προκύπτει ότι κατά το στάδιο κατακύρωσης οι διαγωνιζόμενοι, και εν προκειμένω ο προσωρινός ανάδοχος, οφείλουν να υποβάλλουν όλα τα δικαιολογητικά (αποδεικτικά μέσα) που προβλέπονταν στο άρθρο 23.2 της διακήρυξης προκειμένου να τεκμηριώσουν το δικαίωμα συμμετοχής και τους όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της διακήρυξης, καθώς και αυτά που προβλέπονταν στο άρθρο 23.3 με τίτλο δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.

Περαιτέρω από το άρθρο 79§6 του Ν. 4412/2016 και τον όρο 23.2 της διακήρυξης προκύπτει ότι υιοθετούνται δύο (2) σαφείς εξαιρέσεις από την υποχρέωση προσκόμισης δικαιολογητικών ή πιστοποιητικών εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου.

Συγκεκριμένα οι εξαιρέσεις αυτές αφορούν:

α) στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δύναται να έχει απευθείας πρόσβαση σε βάση δεδομένων που διατίθενται δωρεάν και β) στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά.

Στην παρούσα περίπτωση με την προσβαλλόμενη απόφαση απερρίφθη η προσφορά της εταιρίας μας με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε σχετικό έγγραφο από την Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Εσόδων (ΑΑΔΕ), με το οποίο να αποδεικνύεται η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού που προβλέπεται στο άρθρο 22.Α.4 (β), ο οποίος αφορά στη μη αναστολή των επιχειρηματικών μας δραστηριοτήτων.

Ο λόγος αυτός απόρριψης της προσφοράς μας είναι μη νόμιμος και αντίθετος με τους όρους της διακήρυξης (άρθρο 23.2) και το άρθρο 79§6 του Ν. 4412/2016 δεδομένου ότι ο Δήμος ως αναθέτουσα αρχή είχε την δυνατότητα να επιβεβαιώσει την μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων της

Αριθμός απόφασης: 659/2020

εταιρίας μας, με μια απλή επίσκεψη στον διαδικτυακό τόπο της ΑΑΔΕ (www.aade.gr). Στην ηλεκτρονική πλατφόρμα της ΑΑΔΕ περιλαμβάνονται οι πληροφορίες που αφορούν στα στοιχεία κάθε επιχείρησης, τις δραστηριότητες της με ειδική αναφορά στο χρόνο έναρξης και το χρόνο διακοπής, την κατάσταση της (εάν είναι ενεργή ή όχι) και τα ειδικότερα στοιχεία των εγκαταστάσεων της στην ημεδαπή και είναι ελεύθερα προσβάσιμα σε όλους (περιλαμβανομένων και των λοιπών διαγωνιζομένων σε μια διαδικασία ανάθεσης), χωρίς να απαιτείται η χρήση οιοδήποτε ειδικού κωδικού.

Για την υπηρεσία αναζήτησης στον επίσημο διαδικτυακό τόπο της ΑΑΔΕ με τίτλο «Αναζήτηση βασικών στοιχείων μητρώου επιχειρήσεων» αναφέρονται τα εξής:

«Αναζήτηση Βασικών Στοιχείων Μητρώου Επιχειρήσεων

Με τη χρήση αυτής της υπηρεσίας, τα νομικά πρόσωπα, οι νομικές οντότητες, και τα φυσικά πρόσωπα με εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα μπορούν να αναζητήσουν βασικές πληροφορίες, προκειμένου να διακριβώσουν τη φορολογική ή την επαγγελματική υπόσταση άλλων νομικών προσώπων ή νομικών οντοτήτων ή φορολογουμένων/φυσικών προσώπων που ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα.

Η υπηρεσία στοχεύει στην καταπολέμηση της έκδοσης πλαστών και εικονικών στοιχείων από φορολογικά ανύπαρκτα πρόσωπα και παρέχεται κατόπιν γνωμοδότησης της Α.Π.Δ.Π.Χ. [με αριθ. 1/2011] και σύμφωνα με το άρθρο 20 του ν. 3842/2010 Αποκατάσταση φορολογικής δικαιοσύνης, αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής και άλλες διατάξεις και το εδάφιο (ι) του άρθρου 17 του ν. 4174/2013 περί Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας».

*Σημειωτέον ότι η εταιρία μας στο ΤΕΥΔ που συμπλήρωσε και υπέβαλε στο διαγωνισμό, στο μέρος VI υπό τον τίτλο «Τελικές Δηλώσεις», παρείχε στην αναθέτουσα αρχή τη συγκατάθεση της προκειμένου η τελευταία να αποκτήσει πρόσβαση σε δικαιολογητικά ή πληροφορίες για την επιβεβαίωση των δηλούμενων στο ΤΕΥΔ, μολονότι τέτοια συγκατάθεση δεν ήταν καν αναγκαία, αφού τον σχετικό έλεγχο μπορεί να πραγματοποιήσει οιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, όπως προκύπτει από τα αναφερόμενα στον επίσημο διαδικτυακό τόπο της ΑΑΔΕ κατά τα ανωτέρω. Συνεπώς από όσα ανωτέρω έχουν αναφερθεί εκτενώς προκύπτει ότι η απόρριψη της προσφοράς μας, με την προσβαλλόμενη 52/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, λόγω μη υποβολής της καρτέλας του *taxisnet* περί μη αναστολής των επιχειρηματικών μας δραστηριοτήτων,*

Αριθμός απόφασης: 659/2020

χωρίς προηγουμένως ο Δήμος, ως αναθέτουσα αρχή, νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου και ασκών επιχειρηματική δραστηριότητα, να επιβεβαιώσει ως όφειλε μέσω του διαδικτυακού τρόπου της ΑΑΔΕ την αναστολή ή μη των επιχειρηματικών μας δραστηριοτήτων είναι άκυρη ως ερχόμενη σε ευθεία αντίθεση με το άρθρο 79§6 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 23.2 της διακήρυξης. Τα ανωτέρω έχουν γίνει δεκτά από την ΑΕΠΠ που με την υπ' αριθμ. 824/2018 ad hoc απόφασή της δέχθηκε κατά λέξη τα εξής:

«18. Επειδή, ωστόσο, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των δημοσιευμένων όρων και κανονισμών σε σχέση με την επίμαχη ηλεκτρονική πλατφόρμα που ευρίσκονται αναρτημένοι στον επίσημο διαδικτυακό τόπο της ΑΑΔΕ (www.aade.gr), ο αναθέτων φορέας είχε την δυνατότητα να επιβεβαιώσει την μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων των εταιρειών που απαρτίζουν την προσωρινή ανάδοχο κοινοπραξία, ήδη παρεμβαίνουσα, μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της ΑΑΔΕ, όπου οι πληροφορίες που αφορούν στα στοιχεία εκάστης επιχειρήσεως, τις δραστηριότητές της με ειδική αναφορά στο χρόνο ενάρξεως και το χρόνο διακοπής, την κατάστασή της (εάν είναι ενεργή ή όχι) και τα ειδικότερα στοιχεία των εγκαταστάσεών της στην ημεδαπή είναι ελεύθερα και δωρεάν προσβάσιμα σε οιονδήποτε διαθέτει κωδικούς taxisnet, ώστε να δύναται να χρησιμοποιεί τις ηλεκτρονικές υπηρεσίες, πλατφόρμες και εφαρμογές της ΑΑΔΕ. Πράγματι, εισερχόμενος κανείς στον επίσημο διαδικτυακό τόπο της ΑΑΔΕ (www.aade.gr) και ακολουθώντας την διαδρομή, αρχική σελίδα // επιχειρήσεις // φορολογικές υπηρεσίες // μητρώο // αναζήτηση βασικών στοιχείων μητρώου επιχειρήσεων, διαπιστώνει ότι ανοίγει εφαρμογή, με τη χρήση της οποίας τα νομικά πρόσωπα, οι νομικές οντότητες, και τα φυσικά πρόσωπα με εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα μπορούν να αναζητήσουν βασικές πληροφορίες, προκειμένου να διακριβώσουν τη φορολογική ή την επαγγελματική υπόσταση άλλων νομικών προσώπων ή νομικών οντοτήτων ή φορολογουμένων/φυσικών προσώπων που ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα, και πιο συγκεκριμένα πληροφορίες που αφορούν 01. Α.Φ.Μ. 02. Κωδικό και Περιγραφή Δ.Ο.Υ. 03. Ένδειξη εάν πρόκειται για Φυσικό Πρόσωπο ή Μη Φυσικό Πρόσωπο 04. Ένδειξη εάν ο Α.Φ.Μ. είναι ενεργός ή απενεργοποιημένος 05. Ένδειξη εάν πρόκειται για επιτηδευματία, μη επιτηδευματία ή πρώην επιτηδευματία 06. Επωνυμία Επιχείρησης 07. Τίτλος Επιχείρησης 08. Περιγραφή μορφής Νομικού Προσώπου / Νομικής Οντότητας

Αριθμός απόφασης: 659/2020

09. Διεύθυνση Έδρας Επιχείρησης (Οδός, Αριθμός, Τ.Κ.- Περιοχή) 10. Ημερομηνία Έναρξης και Ημερομηνία Διακοπής Εργασιών της Επιχείρησης 11. Δραστηριότητες Επιχείρησης 12. Ένδειξη Κανονικού Καθεστώτος Φ.Π.Α.. Η πιο πάνω υπηρεσία στοχεύει στην καταπολέμηση της έκδοσης πλαστών και εικονικών στοιχείων από φορολογικά ανύπαρκτα πρόσωπα και παρέχεται κατόπιν γνωμοδότησης της Α.Π.Δ.Π.Χ. (με αριθ. 1/2011) και σύμφωνα με το άρθρο 20 του ν. 3842/2010 «Αποκατάσταση φορολογικής δικαιοσύνης, αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής και άλλες διατάξεις» και το εδάφιο (ι) του άρθρου 17 του ν. 4174/2013 περί Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας. Τόσο από τις αναρτημένες πληροφορίες στην αρχική σελίδα της υπηρεσίας όσο και από τις απαντήσεις της Υπηρεσίας στην επιλογή συχνές ερωτήσεις - απαντήσεις προκύπτει ότι η πιο πάνω Υπηρεσία δύναται να χρησιμοποιηθεί από Νομικά Πρόσωπα, Νομικές Οντότητες και Φυσικά Πρόσωπα με εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα, που διαθέτουν TAXISnet κωδικούς με τους οποίους αρκεί να κάνουν εγγραφή στην υπηρεσία, προκειμένου να κάνουν χρήση αυτής. Ο ισχυρισμός συνεπώς του προσφεύγοντος ότι για την άντληση των ζητούμενων πληροφοριών περί μη αναστολής δραστηριότητας του καθ' ου φορέα απαιτούνταν οι προσωπικοί του κωδικοί είναι αβάσιμος. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και δεδομένου, ότι ο αναθέτων φορέας είναι νομικό πρόσωπο που ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα, σύμφωνα α) με την εκτύπωση από την επίμαχη πλατφόρμα της ΑΑΔΕ βασικών στοιχείων μητρώου της... και διαθέτει και χρησιμοποιεί τις ηλεκτρονικές υπηρεσίες του taxis που είναι διαθέσιμες για τα νομικά πρόσωπα, σύμφωνα β) με την έγκριση της αίτησης με Α/Α 1 που είχε κατατεθεί στις 20/11/2010, έγγραφα που προσκομίστηκαν με το με αριθμό πρωτ. εξ...../18 από 17-09-2018 έγγραφο του διευθύνοντος συμβούλου του, σε απάντηση του από 14-09- 2018 εγγράφου του Εισηγητή του επιληφθέντος κλιμακίου ΑΕΠΠ περί διευκρινίσεων, κατά τις διατάξεις του αρ. 12 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, προκύπτει ότι σε σχέση με την ανυπαρξία του επίμαχου λόγου αποκλεισμού της παραγράφου Α.4(β) του άρθρου 22 της διακήρυξης, την σχετική πληροφορία ότι οι εταιρείες μέλη της προσωρινής αναδόχου κοινοπραξίας εμφανίζονται στην ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων ότι δεν έχουν διακόψει την επιχειρηματική τους δραστηριότητα, όπως προβλέπει το άρθρο 23.3 της διακήρυξης, ο αναθέτων φορέας είχε την δυνατότητα να την λάβει μόνος του

Αριθμός απόφασης: 659/2020

δωρεάν με απευθείας πρόσβασή του στην επίμαχη πλατφόρμα. Συνακόλουθα, ετύγχανε εφαρμογής η υποπαρ. ία) της παρ. 6 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και, συνεπώς, η προσωρινή ανάδοχος κοινοπραξία, ήδη παρεμβαίνουσα, δεν είχε υποχρέωση υποβολής σχετικού πιστοποιητικού ή άλλου αποδεικτικού μέσου. ούτε έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της, γιατί δεν προσκόμισε η ίδια την σχετική εκτύπωση από την επίμαχη ηλεκτρονική πλατφόρμα της ΑΑΔΕ, τ' αντίθετα δε υποστηριζόμενα από τον προσφεύγοντα είναι αβάσιμα.».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω πρώτο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Κατ' αντιστοιχία με το Νόμο 4412/2106 και συγκεκριμένα την παρ. 4β του άρθρου 73, στο άρθρο 22.Α.4.β της εγκεκριμένης διακήρυξης προβλέπεται ότι:[...] Για την απόδειξη της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού περί μη αναστολής της επιχειρηματικής δραστηριότητας στο άρθρο 23.3.γ της σχετικής Διακήρυξης προβλέπεται ρητά ότι:[...].

Με την διατύπωση του λεκτικού όρου «εκτύπωση καρτέλας» συνάγεται ότι ,στην προκειμένη περίπτωση ο νομοθέτης θέλησε η προσκόμιση του συγκεκριμένου αποδεικτικού μέσου να γίνεται με επιμέλεια του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα και για αυτό τον λόγο ομιλεί περί εκτυπώσεως. Σε αντίθετη περίπτωση θα αρκούσε η φράση «όπως προκύπτει από τον ιστότοπο της ΑΑΔΕ», γεγονός όμως που προφανώς δεν θέλησε ο νομοθέτης. Πρόκειται συνεπώς για αποδεικτικό μέσο που δεν ανάγεται στις δυνατότητες διερεύνησης από την αναθέτουσα αρχή. Από τον έλεγχο των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου διαπιστώθηκε ότι δεν υπεβλήθη η εκτύπωση καρτέλας με «Στοιχεία Μητρώου» από την ΑΑΔΕ. ώστε να τεκμαίρεται σύμφωνα με το εδάφιο 4β του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, η μη αναστολή των επιχειρηματικών του δραστηριοτήτων, στοιχείο που σαφώς ζητείται και στο άρθρο 23.3.(γ) της Διακήρυξης. Καθώς η εγκεκριμένη διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αναθέτουσα Αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, επιβάλλεται αφενός να προσδιορίζονται επακριβώς στη διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία και αφ' έτερου να υποβάλλονται από τους συμμετέχοντες όλα τα ρητώς αναφερόμενα σ αυτήν αποδεικτικά μέσα.

Με βάση τα αναφερόμενα και στις υπ'αριθμ.1241/2019 (εδ.40), 1058/2019

Αριθμός απόφασης: 659/2020

(εδ.32) αποφάσεις της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, με γνώμονα τις αρχές της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οι οποίες συνεπάγονται τη δέσμευση των διαγωνιζομένων, αλλά και της αναθέτουσας αρχής από τους όρους της διακήρυξης και την εφαρμογή αυτών με τον ίδιο τρόπο για όλους τους διαγωνιζομένους, από την στιγμή που στη διακήρυξη προβλέπεται ρητά στο άρθρο 23.3.γ ότι η ανυπαρξία του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού αποδεικνύεται με την προσκόμιση συγκεκριμένου αποδεικτικού μέσου, το οποίο δεν προσκομίστηκε από τον προσωρινό ανάδοχο ούτε έντυπα ούτε ψηφιακά κρίθηκε ότι η προσφορά του θα πρέπει να απορριφθεί.».

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί (ΔΕφΘεσ 47/2020 σκ. 9) «Ειδικότερα, ο περιλαμβανόμενος στο άρθρο ... όρος της διακήρυξης, ο οποίος καθιερώνει την απαλλαγή των οικονομικών φορέων από την υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών ή άλλων αποδεικτικών στοιχείων στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων που διατίθεται δωρεάν σε οποιοδήποτε κράτος μέλος, (φαίνεται να τελεί υπό την προϋπόθεση της γνωστοποίησης στην αναθέτουσα αρχή της δυνατότητας αυτής, μέσω ειδικής δήλωσης που περιέχεται στο Τ.Ε.Υ.Δ. και προσδιορίζει τη βάση δεδομένων στην οποία είναι δυνατή η αναζήτηση συγκεκριμένων πιστοποιητικών ή πληροφοριών. Αυτό, ενόψει της διατύπωσης του προαναφερόμενου όρου και ιδίως της παραπομπής σε σχετική δήλωση που εμπεριέχεται στο Τ.Ε.Υ.Δ., αλλά και του περιεχομένου του τελευταίου (Τ.Ε.Υ.Δ.), στο οποίο αφενός υφίσταται σχετικό πεδίο προς συμπλήρωση με σαφή υπόδειξη αναφοράς των στοιχείων πρόσβασης σε τεκμηρίωση που διατίθεται ηλεκτρονικά (Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, Α. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, Γενικές πληροφορίες, στοιχ. ε), αφετέρου επισημαίνεται (Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις) ότι η υποχρέωση προσκόμισης αποδεικτικών εγγράφων αίρεται σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν «υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις απαραίτητες πληροφορίες (διαδικτυακή διεύθυνση, αρχή ή φορέα έκδοσης, επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων) που παρέχουν τη δυνατότητα στην

Αριθμός απόφασης: 659/2020

αναθέτουσα αρχή να το πράξει.».

13. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται πως η αναθέτουσα αρχή όφειλε να διαπιστώσει την μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων της με μία απλή επίσκεψη στον διαδικτυακό τόπο της ΑΑΔΕ, αφού η ίδια στο κατατεθέν ΤΕΥΔ της παρείχε στην αναθέτουσα αρχή την γενική συγκατάθεση να αποκτήσει πρόσβαση σε πληροφορίες ή δικαιολογητικά για την επιβεβαίωση των δηλωθέντων. Όμως σύμφωνα με την ως άνω σκέψη 12 αλλά και την υποσημείωση 48 του ΤΕΥΔ (σελ. 23), η προσφεύγουσα όφειλε να δηλώσει στο ΤΕΥΔ της τις απαραίτητες πληροφορίες δηλαδή διαδικτυακή διεύθυνση, αρχή ή φορέα έκδοσης, επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων, γεγονός το οποίο δεν έπραξε, με αποτέλεσμα να μην καλύπτεται η συγκεκριμένη πλημμέλεια από την γενική εξουσιοδότηση που έδωσε (βλ. και 5^ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ απόφαση 605/2020). Κατόπιν των ανωτέρω ο πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει ότι *«Επικουρικά και για την αδόκητη περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή ορθώς δεν επιβεβαίωσε μέσω του ιστότοπου της ΑΑΔΕ την μη αναστολή των επιχειρηματικών μας δραστηριοτήτων η προσβαλλόμενη 52/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου και πάλι είναι ακυρωτέα γιατί η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε κατά παράβαση των άρθρων 106 παρ. 3 και 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 να μας καλέσει να «καλύψουμε» την δήθεν διαπιστωθείσα έλλειψη. Ως προς την οφειλόμενη ενέργεια της αναθέτουσας αρχής να μας καλέσει να συμπληρώσουμε την δήθεν έλλειψη επικαλούμεθα την υπ' αριθμ. 49/2020 ad hoc απόφαση της ΑΕΠΠ που στη σκέψη 16 δέχθηκε λέξη προς λέξη τα εξής: «16. Επειδή, κατά την αρχική μορφή της κρίσιμης διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε την ημερομηνία δημοσίευσής του Ν. στο ΦΕΚ ήτοι στις 08.08.2016, οριζόταν πως εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει αφενός «ότι δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» αφετέρου «πως υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν», τότε οφείλει αυτή να παράσχει στον προσωρινό ανάδοχο, δια σχετικής έγγραφης ειδοποίησής του, αρχικά 5ήμερη προθεσμία (δυνάμενη να παραταθεί μάλιστα κατ' ανώτατο όριο για 15 επιπλέον ημέρες εφόσον*

Αριθμός απόφασης: 659/2020

αιτιολογείται αυτό επαρκώς) «προκειμένου να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει». Κατά εκείνο το χρονικό διάστημα, η επίμαχη διάταξη συνιστούσε, κατά τις νομικές σταθμίσεις που κράτησαν στη σκέψη του νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων [ΑΕΠΠ 8ο Κλιμάκιο 1271/2019 με παραπομπή στη ΣτΕ ΕΑ 37/2019], κάμψη της αρχής της τυπικότητας κατά το στάδιο αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωση κατά νομοθετική θέληση, και στροφή στην αρχή της επιείκειας υπέρ του προσφέροντος εκείνου η (Τεχνική και η Οικονομική) Προσφορά του οποίου είχε -ήδη, να τονιστεί- κριθεί ως «η πλέον συμφέρουσα» κατά το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης του άρθρου 86 Ν. 4412/2016. Ανεξαρτήτως της κριτικής που θα μπορούσε να ασκηθεί για τη νομική επιλογή αυτή, αργότερα, κατά νέες σταθμίσεις, ο ίδιος νομοθέτης τροποποίησε εκτενώς την επίμαχη παρ. 2, με το άρθρο 43 παρ. 126 Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α" 52) με ισχύ από 01.04.2019 και εφεξής, ήτοι καταλαμβάνουσα (η διάταξη) υπό τη νέα μορφή της την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία λόγω του χρόνου ενάρξεως αυτής όπως αναφέρθηκε (βλ. σκέψη 5). Κατά την ορθή ερμηνεία της νέας διάταξης, ως έχει κριθεί [ΑΕΠΠ 8ο Κλιμάκιο 1428/2019], προκύπτει ρητά πλέον, υπό το φως και πάλι σταθμίσεων επιείκειας που υιοθετεί ο διοικητικός νομοθέτης των δημοσίων συμβάσεων επιλέγοντας κατά το διαγωνιστικό στάδιο αυτό την κάμψη της αρχής της τυπικότητας, ότι εφεξής εφόσον, αφενός υποβληθεί προς την Επιτροπή Διαγωνισμού «εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1», ήτοι εντός της 10ήμερης προθεσμίας περί υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αίτημα από τον προσωρινό ανάδοχο περί παράτασης της προθεσμίας αυτής, αφετέρου συνοδεύεται «με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί αυτός τη χορήγηση των δικαιολογητικών» τότε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να χορηγήσει την παράταση συνολικά για την υποβολή ολόκληρου του αντίστοιχου (υπο)φακέλου [έχει δε κριθεί από την ως άνω Απόφαση της ΑΕΠΠ ότι από τεχνικής άποψης το σύστημα ΕΣΗΔΗΣ αφενός μεν επιτρέπει σε ένα και μόνο στάδιο την οριστική υποβολή του (υπο)φακέλου των «Δικαιολογητικών Κατακύρωσης» με τα αναγκαία έγγραφα, για τα οποία έχει τη δυνατότητα ο προσωρινός ανάδοχος να τα προσθέτει/αφαιρεί/αποθηκεύει μέχρι την οριστική υποβολή του φακέλου, αφετέρου δε δεν επιτρέπει τμηματικό άνοιγμα-αποσφράγισή του αλλά μόνον συνολικά όταν ολοκληρωθεί η υποβολή τους, οπότε παρέχει και αυτόματη

Αριθμός απόφασης: 659/2020

ενημέρωση όλων των συμμετεχόντων], μάλιστα δε κατά θέληση του νομοθέτη «για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές». Και ναι μεν στην επόμενη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 103, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 παρ. 21 Ν. 4497/2017 (ΦΕΚ Α' 171), προβλέπεται ότι εφόσον «ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών» τότε «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και «καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72» (άρθρο 15 της Διακήρυξης) και «η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά», πλην όμως είναι σαφές ότι η εφαρμογή των νέων διατάξεων του άρθρου 103, το οποίο πράγματι υπέστη διαρκείς τροποποιήσεις με τους κατά σειρά Ν. 4441/2016 ΦΕΚ Α' 227, Ν.4497/2017 ΦΕΚ Α' 171 και Ν. 4605/2019 ΦΕΚ Α' 52, και συγκεκριμένα της επίμαχης παρ. 2, ναι μεν έχει υπόψη της τη διαγωνιστική υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει κατά το κατακυρωτικό στάδιο τα αναγκαία δικαιολογητικά με ενδεχόμενη υποβολή αντίστοιχου αιτήματος κατά τα ως άνω, δεν απαγορεύει όμως την προηγούμενη ειδοποίηση του προσωρινού αναδόχου από τη διεξάγουσα την επίμαχη διαδικασία ανάθεσης Επιτροπή πως «έχει διαπιστώσει τη μη προσκόμιση συγκεκριμένου εκ των απαιτούμενων από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» (ή «κάποια έλλειψη σε ήδη υποβληθέν αντίστοιχο δικαιολογητικά»), έτσι ώστε να ακολουθήσει -όπως κυριαρχικά αποφάσισε ο ως άνω νομοθέτης- η ενεργοποίηση «του δικαιώματος του προσωρινού αναδόχου να υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παρ. 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο (αίτημα) συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών», δικαίωμα που εφόσον αποφασίσει πως θα ασκήσει αυτός τότε η αναθέτουσα αρχή οφείλει «να παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών» μάλιστα «για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές». Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η ειδοποίηση αυτή δεν αποκλείεται να ακολουθεί την ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής, το πρώτον δια προδικαστικής προσφυγής που ασκεί ενώπιον της ΑΕΠΠ ο 2ος μειοδότης [ΑΕΠΠ 8ο Κλιμάκιο 1271/2019 με παραπομπή στη ΣτΕ ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 659/2020

37/2019], έτσι ώστε να γνωστοποιείται σε αυτή «η μη προσκόμιση συγκεκριμένου δικαιολογητικού κατακύρωσης», παρά το ότι έχει ήδη επικυρώσει προγενέστερα πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού το οποίο έχει αντίστοιχα κρίνει «ως πλήρη και επαρκή τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβάλλει ο προσωρινός ανάδοχος». Υπό τις περιστάσεις της εξεταζόμενης υπόθεσης κατασκευαστικού Διαγωνισμού, με την Προδικαστική Προσφυγή του ο αιτών «κατήγγειλε» ενώπιον της Αρχής, ότι από τη μελέτη του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Κατακύρωσης» της μοναδικής ανταγωνίστριας του που απέμεινε κατά τη διαδικασία ανάθεσης, η τελευταία δεν είχε φροντίσει να υποβάλλει το «δικαιολογητικά περί της απόδειξης της μη αναστολής της επιχειρηματικής δραστηριότητας του άρθρου 73.4.6 Ν. 4412/2016», σφάλμα της Επιτροπής Διαγωνισμού το οποίο παραδέχθηκε η αναθέτουσα αρχή με την ως άνω Έκθεση Απόψεων που απέστειλε, αντιτείνοντας όμως πως δύναται να καλυφθεί νομικά δια «χρησιμοποίησης έστω και εκ των υστέρων του άρθρου 106 παρ. 3 Ν. 4412/2016» έτσι ώστε να ζητήσει «την ανάκληση της προσβαλλόμενης Απόφασης ΔΣ σχετικά με την έγκριση του παραπάνω 2ου ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ και την επανάληψη του Διαγωνισμού από το στάδιο της έγκρισης του 1ου ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ με τη σχετική Απόφαση του ΔΣ». Λαμβανομένου υπόψη όλων όσων εκτέθηκαν στην παρούσα σκέψη περί επικράτησης, κατά τη νομοθετική διαμόρφωση της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, τόσο αρχικά όσο και υπό την τωρινή μορφή της, σταθμίσεων επιείκειας από τον νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων οι οποίες συνεπάγονται κάμψη της αρχής της τυπικότητας, συνάγεται, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να καλέσει, τον προσωρινό ανάδοχο -ο οποίος επιβεβαιώνεται από το κρίνον Κλιμάκιο, ότι είχε δηλώσει στο (περιλαμβανόμενο εντός του κατατεθέντος (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Προσφοράς») ΤΕΥΔ (σύμφωνα με τα άρθρα 2.1., 3.2. 24.1.- 24.2. της Διακήρυξης), κατά τη συμπλήρωση του Πεδίου Γ: «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο «ΤΕΥΔ_signed» σελ. 10 από 14) ότι «δε βρίσκεται σε αναστολή επιχειρηματικών δραστηριοτήτων»- να «καλύψει» τη διαπιστωθείσα έλλειψη, όπως προκύπτει συνδυαστικά και από τα άρθρα 106 παρ. 3 και 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Ωστε κατόπιν ηλεκτρονικής ενημέρωσης του τελευταίου να του παρασχεθεί η δυνατότητα ενεργοποίησης του δικαιώματός του «να υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παρ. 1 [του άρθρου

Αριθμός απόφασης: 659/2020

103] αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής», αντιθέτως δε εάν αποφασίσει τη μη ενεργοποίηση του δικαιώματος αυτού ή δεν καταφέρει να εξασφαλίσει τα απαραίτητα δικαιολογητικά μέσα στο χρονικό διάστημα της χορηγηθείσας παράτασης, τότε και μόνο εφαρμόζονται οι συνέπειες της παρ. 4 του ίδιου άρθρου.»

Εν προκειμένω η εταιρία μας στο νομίμως υπογεγραμμένο από 1.12.2019 ΤΕΥΔ που υπέβαλε με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής της και στην ερώτηση «βρίσκεται ο Οικονομικός Φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις α, β, γ, δ, ε, στ. αναστολή επιχειρηματικών δραστηριοτήτων» απάντησε «ΟΧΙ». Ήτοι η εταιρία μας δήλωσε υπεύθυνα ότι δεν βρίσκεται σε αναστολή των επιχειρηματικών της δραστηριοτήτων. Εν όψει των ανωτέρω η απόρριψη της προσφοράς μας χωρίς η αναθέτουσα αρχή, Δήμος Αχαρνών, να μας καλέσει με τον αναφερόμενο στην υπ' αριθμ. 49/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ τρόπο να «καλύψουμε» τη διαπιστωθείσα έλλειψη είναι άκυρη. Συνεπώς η υπ' αριθ. 52/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου είναι ακυρωτέα και για τον αμέσως ανωτέρω αναφερόμενο λόγο.».

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω δεύτερο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται ότι «Επειδή δε, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους συμμετέχοντες να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά κρίθηκε ότι δε θα ήταν σύννομη η εκ των υστέρων προσκόμιση του ανωτέρω ζητούμενου αποδεικτικού μέσου, γι' αυτό και δεν ζητήθηκαν από τον προσωρινό ανάδοχο σχετικές διευκρινήσεις.».

16. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο

Αριθμός απόφασης: 659/2020

επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣΤΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣΤΕ 4720/2012). Συναφώς στις διαγωνιστικές διαδικασίες την ευθύνη προσκόμισης των δικαιολογητικών φέρει αποκλειστικώς ο συμμετέχων ο οποίος οφείλει να δείχνει εύλογο ενδιαφέρον για την υπόθεσή του (ΔΕΦΑΘ 53/2010). Από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, στα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα οποία υπέβαλε, δεν περιλαμβάνονταν το πιστοποιητικό της μη αναστολής των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων της, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί. Σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το Ν.4605/2016 αλλά και το άρθρο 4.2 παράγραφος γ. της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε την υποχρέωση να χορηγήσει προθεσμία προσκόμισης των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης (ΔΕΦΘεσ 47/2020). Κατόπιν των ανωτέρω και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού €2.016,13 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στις 10 Ιουνίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου