

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30.03.2021 με την εξής σύνθεση:
Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή με
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ) 380/19.02.2021 του οικονομικού φορέα «...».

Κατά του Δήμου ... και της με αριθ. 320/2020 απόφασης του της
Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου περί εγκρίσεως του Πρακτικού II της
Επιτροπής Διαγωνισμού, όπως αυτό εκδόθηκε στο πλαίσιο του διενεργηθέντος
ηλεκτρονικού διαγωνισμού με α/α στο ΕΣΗΔΗΣ

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με
αυτήν, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, απορρίφθηκε η
προσφορά της και αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της.

2. Επειδή, ο Δήμος ... προκήρυξε με την με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη
δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής
του έργου με τίτλο : «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 152.868,07€ (χωρίς
Φ.Π.Α.), με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσα από οικονομική
άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και με σύστημα

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

υποβολής προσφορών αυτό του άρθρου 95 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ ... στις 28.07.2020 και αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 14/08/2020 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 18/08/2020. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά επτά (7) οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα, η εταιρία «...», ο «...», η εταιρία «...», ο «...», η εταιρία «...» και ο «...». Κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, η Επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας «...» λόγω τόσο της μη συμπλήρωσης στο ΤΕΥΔ στο Μέρος IV, το εδάφιο Β.6 που αφορά το ανεκτέλεστο όριο εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με το άρθρο 22.Γ της ανωτέρω Διακήρυξης, όσο και της μη προσκόμισης της ζητούμενης υπεύθυνης δήλωσης κατόπιν πρόσκλησης της Επιτροπής διαγωνισμού, ενώ οι υπόλοιπες προσφυγές έγιναν αποδεκτές, Ακολούθησε η υπ' αριθμ. 228/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με την οποία εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η προσφεύγουσα, η οποία προσέφερε το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης ύψους 53,14 %. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. πρωτ. 8024/03.11.2020 πρόσκληση κάλεσε την προσφεύγουσα ως προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερών τα προβλεπόμενα σύμφωνα με τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα δεν έχει προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση με την οποία αντικαθίσταται πλέον το πιστοποιητικό από τη Δ/ση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, σύμφωνα με το άρθρο 23.3 της Διακήρυξης παράγραφος, παρά μόνον έχει προσκομίσει τη με αριθμό 16.419/19-09-2019 ένορκη βεβαίωση, η οποία έχει λήξει ως περσινή. Όσον αφορά το άρθρο 23.3 της Διακήρυξης παράγραφος, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι ο οικονομικός φορέας έχει προσκομίσει ως ακριβές αντίγραφο το με αρ. πρωτ. 97/13-01-2020 Πιστοποιητικό από το Πρωτοδικείο ..., το οποίο έχει εκδοθεί εφτά (7) μήνες πριν την υποβολή της προσφοράς, που ήταν στις 14/08/20,

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Τέλος, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 320/20 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το Πρακτικό ΙΙ και αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου με την επωνυμία «...», διότι προσκόμισε ελλιπή δικαιολογητικά κατακύρωσης, η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής υπέρ της αναθέτουσας αρχής και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 765,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς ΦΠΑ) της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 152.868,07 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 10.02.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στις 19.02.2021, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στο γεγονός ότι, παρότι αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, εν τέλει η προσφορά της απορρίφθηκε και

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

ως εκ τούτου ματαιώθηκε η προσδοκία της να αναλάβει την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο προσφυγής ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της λόγω πλημμελειών στα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Σχετικά με τη μη προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης κατά τα απαιτούμενα στον όρο 23.3 (ββ) της Διακήρυξης, και ειδικότερα σε σχέση με την υπ'αριθ. 16.419/19-09 2019 Ένορκη Βεβαίωση, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εν λόγω ένορκη βεβαίωση αποτελεί περιεχόμενο της υποβληθείσας από 10.11.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης και άρα καλύπτεται και η μη συνδρομή του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Όσον αφορά το Πιστοποιητικό από το Πρωτοδικείο ..., η η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, προς απόδειξη της τασσόμενης με το άρθρο 22.Α.4. περ. β της διακήρυξης, ως αρνητικής προϋπόθεσης συμμετοχής στον διαγωνισμό, ήτοι της μη υπαγωγής σε πτώχευση ή διαδικασία εξυγίανσης ή αναγκαστικής διαχείρισης, υπέβαλε προσηκόντως το προβλεπόμενο στο άρθρο 23 παρ. 23.3. περ. γ της διακήρυξης πιστοποιητικό του αρμόδιου Πρωτοδικείου περί βεβαιώσεως μη συνδρομής της εν λόγω αρνητικής προϋπόθεσης. Συγκεκριμένα υπέβαλε με την υπεύθυνη δήλωσή του μέσω ΕΣΗΔΗΣ και ψηφιακά υπογεγραμμένη στις 10.11.2020, δύο ακριβή αντίγραφα επικυρωμένα από την αρμόδια γραμματεία του Πρωτοδικείου ... με ημερομηνίες 1-7-2020 και 13-10-2020 αντίστοιχα. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι τα ως άνω πιστοποιητικά αποδεικνύουν πλήρως τη μη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού διότι το Πρωτοδικείο δεν θα επικύρωνε ως ακριβή αντίγραφα τα υποβληθέντα από την προσωρινή ανάδοχο πιστοποιητικά, αν τα βεβαιούμενα στα πιο πάνω πιστοποιητικά γεγονότα περί μη συνδρομής των πιο πάνω αρνητικών προϋποθέσεων είχαν μεταβληθεί. Τούτο αποδεικνύεται και

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

από το υπ' αριθμ. 6219/2020 Πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου ... με ημερομηνία έκδοσης 08/12/2020. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλομένη απόφαση είναι νόμω αβάσιμη και όσον αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής πέραν του νόμω αβασίμου της απόφασης περί την απόρριψη της προσφοράς, διότι εν προκειμένω δεν στοιχειοθετούνται οι προϋποθέσεις κατάπτωσης εγγυητικής, ήτοι η προηγούμενη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση του άρθρου 15.4 της διακήρυξης και του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εν προκειμένω το Τεχνικό Συμβούλιο ουδέποτε προέβη σε σχετική γνωμοδότηση και ως εκ τούτου καθίσταται αδύνατη η εφαρμογή της εν λόγω διάταξης, οπότε και η προσβαλλόμενη για το λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί. Παρόλα αυτά, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε τις απόψεις της επί της Προσφυγής.

9. Επειδή, με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 73 παρ. 2 προβλέπεται ότι : «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) β) γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ» και στο άρθρο 73 παρ. 4 προβλέπεται ότι : «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) β) 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...». Εν συνεχεία, στο άρθρο 79 παρ. 2 προβλέπεται ότι : «2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων «πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328», οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση 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 των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεσης σύμβασης υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α' 30)». Στο άρθρο 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα» προβλέπεται ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82» και ότι : «12. Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 1 του άρθρου 73, την περίπτωση γ΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 73 και την περίπτωση β΄ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους». Εν συνεχεία, στο άρθρο 103 με τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» 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) 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. 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

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

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. {.....} 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....». Τέλος, στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105».

10. Επειδή, με τους όρους της Διακήρυξης, η οποία θέτει το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 22.Α. ορίζεται ότι : *«Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων: 22.Α.2α Η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού*

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπο αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. 22.Α.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α), (β) 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)». Στο άρθρο 23.2 «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» ορίζονται τα εξής : «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας». Στο άρθρο 23.3.

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

«Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» ορίζονται τα εξής : «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: (ββ) για την παράγραφο Α.2Α του άρθρου 22: πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού(γ) για την παράγραφο Α.4(β) του άρθρου 22: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Για τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκαταστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα το πιστοποιητικό ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, , πτωχευτικό συμβιβασμό, αναγκαστική διαχείριση, δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης εκδίδεται από το αρμόδιο πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα. Το πιστοποιητικό ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με δικαστική απόφαση εκδίδεται από το οικείο Πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα, το δε πιστοποιητικό ότι δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων εκδίδεται από το Γ.Ε.Μ.Η., σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ως κάθε φορά ισχύουν. (δ) Αν το κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τα υπό των περ. (α), (β), (ββ) και (γ) πιστοποιητικά ή όπου τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α., το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη – μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Στην περίπτωση αυτή οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στα υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α της παρούσας».

11. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 4412/2016, όπως υιοθετούνται και από το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη Διακήρυξης, το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων και οι επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενοι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, που προβλέπονται στα άρθρα 73 και 75, πρέπει να συντρέχουν, και ως εκ τούτου κρίνονται σωρευτικά, σε 3 χρονικά σημεία, ήτοι α) κατά την υποβολή της προσφοράς, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης. Ειδικότερα, κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, έχει καθιερωθεί ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και περί πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που τίθενται με τους όρους της Διακήρυξης μέσω της συμπλήρωσης και υποβολής του ΕΕΕΣ, το οποίο συνιστά υπεύθυνη δήλωση που υποβάλλουν οι συμμετέχοντες ως δικαιολογητικό συμμετοχής κατά την υποβολή της προσφοράς τους, και στην οποία δηλώνουν ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, δεν εμπίπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό. Σε δεύτερο στάδιο, το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων κρίνεται κατά το χρονικό σημείο που η αναθέτουσα αρχή καλεί το διαγωνιζόμενο που κατ' αρχήν ανέδειξε ως προσωρινό ανάδοχο της σύμβασης να προσκομίσει τα απαιτούμενα κατά τη διακήρυξη δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

κατακύρωσης, προκειμένου εκ των εν λόγω εγγράφων ο διαγωνιζόμενος να αποδείξει στο αυτό στάδιο της διαδικασίας ότι ικανοποιεί πλήρως όλες τις απαιτήσεις που συνδέονται με την κατοχύρωση του δικαιώματος συμμετοχής του στο διαγωνισμό, στοιχεία τα οποία προαποδεικτικά δήλωσε ότι πληροί με τη συμπλήρωση και υποβολή του ΕΕΕΣ. Συνεπώς, ειδικά κατά το στάδιο ελέγχου των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο έλεγχος που διενεργείται έχει διττό περιεχόμενο, αφενός μεν ελέγχεται η αλήθεια και ακρίβεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, ήτοι επαληθεύεται εάν κατ' αληθινή και ορθή δήλωση του διαγωνιζομένου, αυτός πληρούσε την εκάστοτε απορρέουσα από το σχετικό δικαιολογητικό απαίτηση κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αφετέρου δε ελέγχεται εάν εκ του περιεχομένου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκομίζονται αποδεικνύεται και κατά το στάδιο της κατακύρωσης (στάδιο στο οποίο τα εν λόγω δικαιολογητικά προσκομίζονται) η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και η πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών 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 υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

13. Επειδή, κατά πάγια επίσης νομολογία έχει κριθεί ότι, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ δε μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

14. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι από το περιεχόμενο της υπ' αριθ.16.419/19.09.2019 ένορκης βεβαίωσης, η οποία εμπεριέχεται στην από 10.11.2020 Υπεύθυνη Δήλωση, αποδεικνύεται ότι μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς δεν έχουν επιβληθεί στο πρόσωπό της πρόστιμα του ΣΕΠΕ, ως τούτο απαιτεί το άρθρο 22.Α.2.α της Διακήρυξης, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου προκύπτουν τα εξής : Κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 22.Α.2.α της Διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο 23.3.ββ) για την περίπτωση απόδειξης μη επιβολής προστίμων του ΣΕΠΕ στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου απαιτείται να προσκομίζεται πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Μέχρι δε να καταστεί εφικτή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού. Περαιτέρω δε στην παράγραφο 23.3.δ) της διακήρυξης προβλέπεται ότι, όταν το κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει το πιστοποιητικό που αφορά στην περίπτωση του άρθρου 22.Α.2.α, το πιστοποιητικό αυτό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ενώπιον της αρμόδιας αρχής.

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

Τέλος, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 23.2 της Διακήρυξης, γίνονται αποδεκτές οι ένορκες βεβαιώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους. Εν προκειμένω, σε συνέχεια της από 03.11.2020 πρόσκλησης προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η προσφεύγουσα υπέβαλε εντός του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης την από 10.11.2020 Υπεύθυνη Δήλωση, όπου, μεταξύ άλλων, δηλώνει ότι : «Υποβάλλονται στην Αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού φωτοαντίγραφα όλων των πιστοποιητικών (κατά την ημερομηνία του διαγωνισμού καθώς και την τρέχουσα ημερομηνία) για τα οποία βεβαιώνεται υπ'εμού η ακρίβειά τους, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 3 του ν. 2690/99, ήτοιδ) Πιστοποιητικό Δ/σης Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων με αρ. πρωτ. 198189/11.06.2018 (συν/νη με αριθ. 16419 ένορκη βεβαίωση)....». Εκ της δηλώσεως τούτης προκύπτει ότι αναφορικά με την μη πλήρωση του επίμαχου λόγου αποκλεισμού για το κρίσιμο χρονικό διάστημα διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η προσφεύγουσα παραπέμπει στην πιο πρόσφατη (σε σχέση με το πιστοποιητικό της Δ/σης Προγραμματισμού του ΣΕΠΕ) υπ'αριθ. 16419/ 19.09.2019 ένορκη βεβαίωση, βεβαιώνοντας την ακρίβεια του περιεχομένου της σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 5 του ν. 2690/99. Κατά το περιεχόμενο της υπ'αριθ. 16419/19.09.2019 ένορκης βεβαίωσης, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι : «Δεν έχει επιβληθεί ποτέ εις βάρος της καμία πράξη επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β'266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας και 2) Δεν έχει επιβληθεί ποτέ εις βάρος της καμία πράξη επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία». Όμως, η εν λόγω ένορκη βεβαίωση έχει συνταχθεί στις 19.09.2019 και συνεπώς πέραν του τριμήνου πριν από την υποβολή της, το οποίο ορίζει η Διακήρυξη ως ανώτατο χρονικό σημείο για την σύνταξη αυτής, ώστε να υποβάλλεται παραδεκτώς προς απόδειξη του επίμαχου λόγου αποκλεισμού. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

ένορκη βεβαίωση αποτελεί περιεχόμενο της υποβληθείσας από 10.11.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης, η οποία υποβλήθηκε εντός του χρονικού ορίου του νόμου και της διακηρύξεως σχετικά με την έκδοσή της, και έτσι καλύπτει τις απαιτήσεις περί μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού δεν ευσταθεί. Και τούτο διότι με την από 10.11.2020 Υπεύθυνη Δήλωση η προσφεύγουσα παραπέμπει μόνον στην υπ'αριθ. 16419/19.09.2019 ένορκη βεβαίωση, χωρίς με την από 10.11.2020 Υπεύθυνη Δήλωση να επαναλαμβάνει το περιεχόμενο της ένορκης βεβαίωσης και συνεπώς να δηλώνει τα όσα στην τελευταία εμπεριέχονται σε σχέση με την μη επιβολή προστίμων του ΣΕΠΕ στο πρόσωπό της, ώστε να δεσμεύεται προς τούτο κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρόντος διαγωνισμού. Άλλωστε, το γεγονός ότι με την από 10.11.2020 Υπεύθυνη Δήλωση η προσφεύγουσα βεβαιώνει την ακρίβεια της υπ'αριθ. 16419 ένορκης βεβαίωσης εξυπηρετεί μόνον τον σκοπό της διάταξης του άρθρου 3 παρ. 5 του ν. 2690/99 σχετικά με το γνήσιο του εν λόγω εγγράφου, σε καμία δε περίπτωση εξ'αυτού δεν μπορεί να συναχθεί ότι το περιεχόμενο της 16419/19.09.2019 ένορκης βεβαίωσης συντρέχει και στο χρόνο της από 10.11.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης. Συνεπώς, κατά το σκέλος τούτο, απορρίπτεται ως αβάσιμος ο πρώτος λόγος προσφυγής.

15. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι από τα δύο ακριβή αντίγραφα επικυρωμένα από την αρμόδια γραμματεία του Πρωτοδικείου ... με ημερομηνίες 01.07.2020 και 13.10.2020 όπως και από το υπ'αριθ. 6219/2020 Πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου ... με ημερομηνία έκδοσης στις 08.12.2020, αποδεικνύεται η μη συνδρομή στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4.β) της Διακήρυξης, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου προκύπτουν τα εξής : Κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 22.Α.4.β) της Διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο 23.3.γ) για την απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας δεν τελεί υπό πτώχευση ή δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει δεν υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή δεν έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

του δραστηριότητες ή δεν εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου, προσκομίζεται πιστοποιητικό της αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα προς απόδειξη μη συνδρομή των ως άνω περιπτώσεων αποκλεισμού προσκόμισε το υπ' αριθ. πρωτ. 6219/2020 Πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου ... με ημερομηνία εκδόσεως στις 08.12.2020, από το περιεχόμενο του οποίου σαφώς συνάγεται ότι στο πρόσωπο της προσφεύγουσας δεν συντρέχει καμία από τις επίμαχες ως άνω περιπτώσεις αποκλεισμού. Το πιστοποιητικό αυτό ως εκδοθέν στις 08.12.2020, ήτοι εντός του τριμήνου πριν από την υποβολή του, αποδεικνύει την μη συνδρομή των επίμαχων περιστάσεων αποκλεισμού κατά το χρόνο κατακύρωσης, ανατρέχει δε εκ της φύσεως και του περιεχομένου του και στον χρόνο υποβολής της προσφοράς και συνεπώς αποδεικνύει πλήρως την μη συνδρομή του επίμαχου λόγου αποκλεισμού. Βεβαίως, αναφορικά με τα δύο έτερα πιστοποιητικά του Πρωτοδικείου ..., μόνον το γεγονός ότι επικυρώθηκαν στις 01.07.2020 και στις 13.10.2020 ως ακριβή αντίγραφα των προσκομισθέντων ενώπιον της αρμόδιας γραμματείας του Δικαστηρίου δεν σημαίνει ότι βεβαιώνεται ότι συντρέχουν όσα κατά το περιεχόμενό τους δηλώνονται και κατά τους ως άνω κρίσιμους χρόνους επικύρωσης των αντιγράφων, ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση, προς απόδειξη μη συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού νομίμως προσκομίστηκε κατά τα ανωτέρω το υπ' αριθ. πρωτ. 6219/2020 Πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου ..., γενόμενου δεκτού ως βάσιμου του πρώτου λόγου προσφυγής κατά το σκέλος τούτο.

16. Επειδή, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι, ακόμα κι αν ήθελε κριθεί νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της, δεν θα έπρεπε να διαταχθεί η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, χωρίς την προηγούμενη γνώμη του τεχνικού συμβουλίου, διατυπώνονται τα εξής : Κατά την ισχύουσα διάταξη του άρθρου 103 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «*Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα*

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και 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». Ακολουθως, στο άρθρο 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «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 αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως», στο άρθρο 15.4 της διακήρυξης 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 αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως» και τέλος στο άρθρο 4.2. περίπτωση δ) της διακήρυξης ορίζεται ότι : «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 ii) 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

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

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». Από τις προδιαληφθείσες ως άνω διατάξεις του Νόμου και της υπόψη Διακήρυξης, η οποία και αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, εναργώς προκύπτει ότι προϋπόθεση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συμμετέχοντος στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, όπως ορίζεται στο άρθρο 103 παρ. 3-4 του Ν. 4412/2016 αλλά και στους όρους 4.2 και 15.4 της παρούσας Διακήρυξης, αποτελεί η διαπίστωση ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79, στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ είναι ψευδή ή ανακριβή ή ότι δεν υποβλήθηκαν διόλου τα απαιτούμενα έγγραφα προς απόδειξη ενός ή περισσότερων εκ των στοιχείων που συνιστούν τους όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής ή ότι από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως εν τέλει δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής (πρώτη προϋπόθεση) καθώς και η θετική γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου (δεύτερη προϋπόθεση). Μάλιστα, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων αυτών, σαφώς συνάγεται ότι οι ανωτέρω δύο προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και δη, προγενεστερώς της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η οποία συνέχεια αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, όπως αυτή θα κριθεί και θα αξιολογηθεί κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), δηλαδή τον σε κάθε περίπτωση του αποκλεισμό από αυτήν. Στην κριθείσα περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου πράγματι διαπιστώνεται ότι κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, λόγω των αναφερόμενων ως άνω ελλείψεων στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε, και συνακόλουθα η κατάπτωση

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

της εγγύησης συμμετοχής της, δεν είχε ληφθεί η απαιτούμενη πρωθύστερη γνώμη του τεχνικού συμβουλίου για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής. Ο προβαλλόμενος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ισχυρισμός ότι η έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης περί εγκρίσεως του Πρακτικού 2 με το οποίο η αρμόδια Επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, ήταν αναγκαία προκειμένου να αιτηθεί η αναθέτουσα αρχή την παροχή γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, αφενός, σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω, η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αναφορικά με την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής αποτελεί πρωθύστερη προϋπόθεση της έκδοσης της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής αφετέρου, η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά ατομική εκτελεστή πράξη κατά το κεφάλαιο της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, και ουδόλως προκύπτει ότι προκειμένου να επέλθουν οι έννομες αυτής συνέπειες απαιτείται, μετά την κρίση του Τεχνικού Συμβουλίου, να ληφθεί εκ νέου απόφαση προς τούτο, αφού ήδη η προσβαλλόμενη διαθέτει και κατά το κεφάλαιο αυτό εκτελεστότητα. Παρόλα αυτά, δοθέντος ότι, στην κριθείσα περίπτωση, η προσφεύγουσα ουδόλως προβάλλει με την προσφυγή της λόγους για τους οποίους η εγγύηση συμμετοχής της δεν θα έπρεπε να καταπέσει, σε περίπτωση που ήθελε κριθεί νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της, ως εν προκειμένω, αλυσιτελώς προβάλλεται από αυτήν η τυπική πλημμέλεια της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής άνευ προηγούμενης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, καθώς η αναθέτουσα αρχή, ακόμα και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη ως άνω παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (ΑΕΠΠ 560/2020). Άλλωστε έχει κατά πάγια νομολογία κριθεί ότι όταν προσβάλλεται διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα και δεν αμφισβητούνται τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, τότε, και υπό την προϋπόθεση ότι δεν πρόκειται περί ανυποστάτου πράξεως, παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα τυπικών λόγων, καθώς και λόγων περί μη

Αριθμός απόφασης: 717 / 2021

τηρήσεως των τύπων που έχουν ταχθεί από τον νόμο για την έκδοσή της. Και τούτο διότι το αρμόδιο όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε κατά νόμον και κατά δέσμια αρμοδιότητα να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (βλ. ΣτΕ Ολ 530/2003, 2916/2007, 3813/2010, 667/2011, 671/2011, 949/2011, 4306/2011, 63/2012, 3953/2015, 1172/2016, 2111/2017, 2146/2017, 2018/2018 Ολ, ΔΕφΑθ 446/2015 σκ. 8, 58/2020 σκ.8, 749/2020 σκ. 3, βλ .και Δ. Ράικος, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, 3η εκδ, Σάκκουλας, 2019, παρ.892). Τέτοια περίπτωση περί μη τήρησης του τύπου που έχουν ταχθεί από τον νόμο για την έκδοσή της διοικητικής πράξης, αναγνωρίζεται από την νομολογία και όταν το αποφασιστικό όργανο εξέδωσε την απόφασή του χωρίς να προηγηθεί εισήγηση του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου (ΔΕφΑθ 534/2019 Ακυρ σκ.10). Ως εκ τούτου και αυτός ο λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

17. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί σύμφωνα με το σκεπτικό.

18. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 765,00, πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 765,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 19 Απριλίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Μιχαήλ Γ. Σοφιανός