

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.05.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 598/18.05.2020 της Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον Δήμο, αρ., Τ.Θ., Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 94/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό 10/04.05.2020 της Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.04.2020 Πρακτικού ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και κατέπεσε υπέρ του Δήμου η εγγύηση συμμετοχής της στη διαδικασία.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό, με Αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης οικ. και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών

(Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 22.11.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, για την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου «ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΑ ΕΡΓΑ ΕΞΩΤΕΡΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ Τ.Κ.» (CPV), εκτιμώμενης αξίας τριακοσίων εβδομήντα πέντε χιλιάδων οκτακοσίων έξι ευρώ και σαράντα πέντε λεπτών (375.806,45 €) (το έργο δεν έχει Φ.Π.Α.), συνολικής προθεσμίας εκτέλεσης του έργου διακοσίων σαράντα (240) ημερολογιακών ημερών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 9^η Δεκεμβρίου 2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 13^η Δεκεμβρίου 2019 και ώρα 09:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 09.12.2019 και ώρα 10:19:00 π.μ. την υπ' αριθμ. προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 94/2020 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό 10/04.05.2020 της Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ:), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.05.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 17.05.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και κατέπεσε υπέρ του Δήμου η εγγύηση συμμετοχής της στη διαδικασία, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει καθολικά δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 94/2020 Απόφαση (Απόσπασμα

Αριθμός Απόφασης: 798/2020

από το Πρακτικό 10/04.05.2020 της Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.04.2020 Πρακτικού ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και κατέπεσε υπέρ του Δήμου η εγγύηση συμμετοχής της στη διαδικασία, με σκοπό να εγκριθεί η οικονομική της προσφορά και ως οριστική ανάδοχος, δεδομένης της θέσης της προσφοράς της στην πρώτη θέση μειοδοσίας, να κληθεί να υπογράψει τη σύμβαση του ως άνω έργου και γ) να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο ποσού χιλίων οκτακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ και τεσσάρων λεπτών (1.879,04 €).

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 15.05.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας, ποσού χιλίων οκτακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ και τεσσάρων λεπτών (1.879,04 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 798/2020

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 18.05.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 740/18.05.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής & Εισηγητή – Κλήση περί Απόψεων επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 18.05.2020 και υπέβαλε στις 27.05.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κατ' αρχήν κρίθηκε αποδεκτή και σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 39/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό 03/11.02.2020 της Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 28.01.2020 Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναδείχθηκε αυτή προσωρινή μειοδότης, όπως εμφανίζεται στον συνημμένο στο Πρακτικό, προσωρινό πίνακα μειοδοσίας, με ποσό προσφοράς προ Φ.Π.Α. εκατόν πενήντα οκτώ χιλιάδες οκτακόσια είκοσι εννέα ευρώ και οκτώ λεπτά (158.829,08 €) και έκπτωση 57,74%, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 94/2020 Απόφασης

Αριθμός Απόφασης: 798/2020

(Απόσπασμα από το Πρακτικό 10/04.05.2020 της Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.04.2020 Πρακτικού ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και κατέπεσε υπέρ του Δήμου η εγγύηση συμμετοχής της στη διαδικασία.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού» (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 74 «Αποκλεισμός οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις» (άρθρο 57 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο Α της Διακήρυξης, άρθρο 4 με τίτλο «Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/Κατακύρωση/Σύναψη σύμβασης/Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία», παρ. 4.2 με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» (σελ. 8), ορίζεται ότι: «[...]. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή.

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

δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές.

Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παραογραφος 5 εδαφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014. [...].».

15. Επειδή, στο Κεφάλαιο Β της Διακήρυξης, άρθρο 22 με τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής», παρ. 22.Α με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», υποπαρ. 22.Α.2α (σελ. 23), 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:

[...].

Η αναθέτουσα αρχή 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:

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.», ενώ στην υποπαρ. 22.Α.4 ορίζεται ότι: **«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:**

(η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, [...]» και στην παρ. 22.Γ με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» (σελ. 25), ορίζεται ότι: «Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει.», στην παρ. 23.3 με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α» (σελ. 27), ορίζεται ότι: «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:

[...].

(β) **για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22:** πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, περί του ότι έχουν εκπληρωθεί οι υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, όσον αφορά στην

καταβολή φόρων (φορολογική ενημερότητα) και στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ασφαλιστική ενημερότητα) σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης ή την ελληνική νομοθεσία αντίστοιχα, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του.

Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι

- φορολογική ενημερότητα που εκδίδεται από το Υπουργείο Οικονομικών (αρμόδια Δ.Ο.Υ) για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη. Οι αλλοδαποί προσφέροντες θα υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν έχουν υποχρέωση καταβολής φόρων στην Ελλάδα. Σε περίπτωση που έχουν τέτοια υποχρέωση θα υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό της οικείας Δ.Ο.Υ.

- ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους – μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι. Οι αλλοδαποί προσφέροντες (φυσικά και νομικά πρόσωπα), που δεν υποβάλουν τα άνω αποδεικτικά, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν απασχολούν προσωπικό, για το οποίο υπάρχει υποχρέωση ασφάλισης σε ημεδαπούς ασφαλιστικούς οργανισμούς. Αν απασχολούν τέτοιο προσωπικό, πρέπει να υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας.

Αριθμός Απόφασης: 798/2020

- 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. [...]» και στην παρ. 23.5 με τίτλο «Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ» (σελ. 30), ορίζεται ότι: «*Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:*

(α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π:

- είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει
- είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.

Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ, ενώ για την απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016, ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Γ απαίτηση.

Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων:

- με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει ή
- με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονομένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημέροτητα πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις».

16. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 1616/2008, ΕΑ ΣΤΕ 254/2008 κλπ).

17. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η 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 (Ολομ. ΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005

Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007).

18.Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 9-11, υπό «Β. Λόγοι προσφυγής», υπό 1.α)-β), η

προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής εσφαλμένα απέρριψε την προσφορά της και άρα τυγχάνει κατά τούτο ακυρωτέα, καθώς η προσφορά της είναι πλήρης, δεδομένου ότι υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή τόσο σε ηλεκτρονική όσο και σε έντυπη μορφή, το με αριθμό πρωτοκόλλου Αποδεικτικό Φορολογικής Ενημερότητας σε ισχύ μέχρι και τις 09.04.2020, όπως αναλυτικά εκθέτει στον οικείο λόγο προσφυγής της. Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 3210/27.05.2020 σχετικού εγγράφου της, με θέμα: «Διαβίβαση απόψεων σχετικά με την από 17-5-2020 προσφυγή του οικονομικού φορέα «».», διαβίβασε στην Α.Ε.Π.Π. την υπ' αριθμ. 99/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό 11/19.05.2020 της Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ:), με την οποία υπέβαλε στο οικείο Κλιμάκιο, τις Απόψεις της. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι: **«Με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπέβαλε αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας (αλλά παραδέχεται δε ότι το υπέβαλλε σε μη αναγνώσιμη μορφή htm και όχι σε pdf), πλην όμως η έλλειψη αυτή καλύπτεται από την έντυπη μορφή.**

Ο παραπάνω λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί και τούτο διότι:

Όπως προανέφερα οι διατάξεις της διακήρυξης έχουν τυπικό χαρακτήρα και η παραβίαση αυτών συνιστά μη νόμιμη την διαδικασία.

Στο άρθρο 4 παρ. 4.2 περ. α η διακήρυξη ορίζει α) «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και **μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας»** και στην περ. β του ορίζει: β) «Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της Επικοινωνίας στην αναθέτουσα αρχή.

Η προσφεύγουσα **παραδέχεται-ομολογεί ότι υπέβαλε σε μη αναγνώσιμη ηλεκτρονική μορφή το αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας.** Η υποβολή όμως του δικαιολογητικού αυτού σε μη αναγνώσιμη μορφή **συνιστά έλλειψη υποβολής** και δεν μπορεί να συμπληρωθεί με παραπομπή σε άλλα έγγραφα. Τα δικαιολογητικά κατακύρωσης θεωρούνται υποβληθέντα μόνο εφόσον

αναρτηθούν νομότυπα ηλεκτρονικά (και προδήλως σε αναγνώσιμη ηλεκτρονική μορφή) στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

Όλα τα παραπάνω προβλέπονται και στην με αριθμ. 56902/215/2-6-2017 Απόφαση (ΦΕΚ Β 1924/17) όπου στο 17 παρ. 1.2 ορίζει «1.2 Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου».

Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 14 της αριθμ. 117384/31-10-2017 απόφαση (ΦΕΚ Β 3821/17): «1.2 Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου».

Επίσης επειδή τα δικαιολογητικά μετά το άνοιγμα αναρτώνται ηλεκτρονικά και είναι προσιτά και στους λοιπούς συμμετέχοντες, οι οποίοι έχουν δικαίωμα να ελέγξουν την ορθότητα αυτών, με την μη ανάρτηση της φορολογικής ενημερότητα, θίγεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία και τίθεται ζήτημα διαφορετικής μεταχείρισής τους, αφού η ελεγκσιμότητα των δικαιολογητικών αυτών από τους λοιπούς οικονομικούς φορείς, που έχουν έννομο συμφέρον δεν είναι δυνατή.

Επομένως ορθά η επιτροπή διαγωνισμού με το πρακτικό ΙΙ και συνακόλουθα η προσβαλλόμενη με αριθμό 94/2020 απόφαση της οικονομικής μου επιτροπής απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας και πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.».

19. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, εφαρμοστέα στην επίμαχη διαδικασία είναι η υπ' αριθμ. 56902/215 Υ.Α. (ΦΕΚ Β' 1924/02.06.2017), η οποία στο άρθρο 17 αυτής, παρ. 1 με τίτλο «Υποβολή-Αποσφράγιση-Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου-Κατακύρωση-Σύναψη Σύμβασης» ορίζει ότι: «1. Υποβολή - Αποσφράγιση - Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου

1.1 Μετά την αξιολόγηση των προσφορών η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας ειδοποιεί εγγράφως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος τον «προσωρινό ανάδοχο» να υποβάλλει εντός της προθεσμίας που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου.

1.2 Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου».

1.3 Η αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου πραγματοποιείται εφαρμοζόμενων αναλόγως των οριζόμενων στο άρθρο 16 της παρούσης.», ενώ στην παρ. 1 του άρθρου 16 αντίστοιχα ορίζεται ότι: «1. Ηλεκτρονική Αποσφράγιση.

Το πιστοποιημένο στο Σύστημα, για την αποσφράγιση των αιτήσεων συμμετοχής και προσφορών συμμετοχής, αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής/ αναθέτοντα φορέα, προβαίνει στην ηλεκτρονική αποσφράγιση αυτών, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης ή την σχετική πρόσκληση, ακολουθώντας κατά περίπτωση τα εξής στάδια:

- Ηλεκτρονική Αποσφράγιση των προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής
- Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά»
- Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά».

2. Ηλεκτρονική Αξιολόγηση

Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων, των εγγράφων της σύμβασης και της παρούσης.», γεγονός που σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρο 15 της ίδιας ως άνω Υ.Α. και συγκεκριμένα στις παρ. 1.2.1 («1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από

αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής.») και 1.2.2 («1.2.2. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*.»), οδηγεί αναπόδραστα στο συμπέρασμα ότι η νομότυπη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, οφείλει να γίνει σε μορφή *Portable Document Format (.pdf)* και όχι σε άλλη μορφή, όπως εν προκειμένω σε *htm*. Η υποβολή του επίμαχου δικαιολογητικού σε μορφή *htm*, η οποία κατέστησε αδύνατη την ανάγνωσή του και αντίστοιχα τον έλεγχο του περιεχομένου του όχι μόνο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, αλλά και από την πλευρά των λοιπών συνδιαγωνιζομένων της προσφεύγουσας, οι οποίοι μάλιστα, δεν είχαν τη δυνατότητα, κάνοντας χρήση οποιασδήποτε διάταξης του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, να αιτηθούν από την προσφεύγουσα ή την αναθέτουσα αρχή, να άρει αυτή την τεχνική ανωμαλία και να καταστήσει γνωστό το περιεχόμενο της με αριθμό πρωτοκόλλου Αποδεικτικό Φορολογικής Ενημερότητας σε ισχύ μέχρι και τις 09.04.2020 και σε αυτούς, προκειμένου να ασκήσουν τα νόμιμα δικαιώματά τους, καθιστά την υποβολή του επίμαχου αρχείου παράνομη και εξισώνει την υποβολή του σε μορφή *.htm* με παράλειψη υποβολής του. Η ανωτέρω παραδοχή επιρρωνύεται άλλωστε και από το γεγονός ότι η προσφεύγουσα προφανώς και γνώριζε την ανωτέρω υποχρέωσή της, δοθέντος ότι όλα τα υπόλοιπα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα υπέβαλε ακριβώς σε μορφή *Portable Document Format (.pdf)*. Εξάλλου, η σαφής διατύπωση του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 παρ. 1 και 2, άγει στο αυτό συμπέρασμα, καθώς δεν δύναται σε καμία περίπτωση η αναθέτουσα αρχή με δική της πρωτοβουλία να αιτηθεί τη διόρθωση, συμπλήρωση ή εκ νέου υποβολή εγγράφου, το οποίο

δεν υποβλήθηκε προσηκόντως ως δικαιολογητικό κατακύρωσης εντός του σχετικού φακέλου του προσωρινού αναδόχου. Αντιθέτως, η εν λόγω πρωτοβουλία καταλείπεται αποκλειστικά στον προσωρινό ανάδοχο, ο οποίος αιτείται την παράταση προθεσμίας υποβολής τους, παρέχοντας και τις σχετικές διευκρινίσεις προς την αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

20. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως αναπτύσσεται στις σελ. 11-12, υπό «Β. Λόγοι προσφυγής», υπό 2., η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής εσφαλμένα απέρριψε την προσφορά της και άρα τυγχάνει κατά τούτο ακυρωτέα, καθώς η προσφορά της είναι πλήρης, δεδομένου ότι η τελευταία, καίτοι δεν υπέβαλε, όπως και η ίδια ομολογεί, την απαιτούμενη από τη διακήρυξη υπεύθυνη δήλωση της παρ. 23.3 περίπτωση (β) (βλ. ανωτέρω σκέψη 15 της παρούσας), εντούτοις υποστηρίζει ότι υπέβαλε υπέρτερης τυπικής ισχύος έγγραφα (πχ. αντίγραφο ποινικού μητρώου, βεβαιώσεις ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας κλπ.), τα οποία καλύπτουν την παράλειψη υποβολής εκ μέρους της της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, όπως αναλυτικά εκθέτει στον οικείο λόγο προσφυγής της. Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι: **«Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα παραδέχεται μεν ότι δεν προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση, πλην όμως ισχυρίζεται ότι η προσκόμιση ποινικού μητρώου, ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, καλύπτει την μη προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης.**

Στο άρθρο 23 3 β της διακήρυξης ορίζεται ότι: του «-Υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ ...»

*Το απόσπασμα του ποινικού μητρώου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 569 Κώδικα Ποινικής Δικονομίας περιλαμβάνει και καταγράφει **μόνο τις αμετάκλητες** και όχι τις τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις και ο*

προσωρινός ανάδοχος όφειλε να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση στην οποία να βεβαιώνεται **ότι δεν έχει καταδικαστεί τελεσίδικα**. Επίσης η φορολογική ενημερότητα υποβλήθηκε σε μη αναγνώσιμη μορφή και είναι σαν να μην κατατέθηκε, όπως προεκτέθηκε. Τα όσα δε υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσκόμιση ποινικού μητρώου και φορολογικής ενημερότητας (μη αναγνώσιμης) καλύπτουν την μη προσκόμιση της υπεύθυνης δήλωσης, είναι προδήλως αβάσιμα, διότι από το περιεχόμενο του επίμαχου πιστοποιητικού ποινικού μητρώου δεν καθίσταται σαφές αν υπάρχουν ή όχι, τελεσίδικες καταδικαστικές αποφάσεις και η φορολογική ενημερότητα ήταν μη αναγνώσιμη. Άλλωστε, ούτε η διακήρυξη (την οποία η προσφεύγουσα αποδέχτηκε ανεπιφύλακτα με την συμμετοχή της στον διαγωνισμό) αναφέρει ότι μπορεί η έλλειψη υπεύθυνης δήλωσης να καλυφθεί από άλλα δικαιολογητικά.

Επομένως όφειλε η προσφεύγουσα να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση στην οποία να δηλώνει ότι δεν έχει καταδικαστεί τελεσίδικα για την αθέτηση των υποχρεώσεων της όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εφόσον αυτή αποτελεί απαιτούμενο δικαιολογητικό της διακήρυξης και ισάξιο με τα λοιπά δικαιολογητικά.

Επομένως πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος προσφυγής».

21. Επειδή, με βάση τα όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες επισημάνσεις. Όπως βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και έχει κριθεί σχετικά (βλ. και ΑΕΠΠ 472/2020 σκ. 40), στην παρ. 23.3 της διακήρυξης, υπό στοιχείο (β) απαιτείται μεταξύ άλλων η προσκόμιση εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου, υπεύθυνης δήλωσης ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του, όσον αφορά στην καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Εντούτοις, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα ομολογεί, η τελευταία παρέλειψε εκ παραδρομής, να υποβάλλει σχετική δήλωση, επιδιώκοντας με τους περιλαμβανόμενους στον δεύτερο λόγο προσφυγής της, ισχυρισμούς, να καλύψει εκ των υστέρων αυτή της την παράλειψη, επικαλούμενη τα υπέρτερης δεσμευτικής ισχύος έγγραφα που

προσκόμισε και δη το αντίγραφο ποινικού μητρώου και τις βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας. Ωστόσο, αυτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν μπορούν να γίνουν δεκτοί, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων, ενώ θα κάμπτετο η αρχή της τυπικότητας των όρων της διακήρυξης, δημιουργώντας άνιση μεταχείριση της προσφεύγουσας εν σχέσει προς τους λοιπούς υποψηφίους και καταληκτικά θα τύγγανε αυτή αθέμιτης ευνοϊκής μεταχείρισης, αν γινόταν δεκτή η προσφορά της, παρά τη διαπιστωμένη αποτυχία της να συμμορφωθεί προς απαραβάτους και επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Ως εκ περισσού επισημαίνεται ότι, η υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, περιέχει αυτοτελείς δεσμεύσεις για τον δηλούντα, η παραβίαση των οποίων επισύρει ποινικές κυρώσεις και ως εκ τούτου, το περιεχόμενό της δεν δύναται σε καμία περίπτωση να αντικατασταθεί ή υποκατασταθεί από παραπομπή σε έτερα έγγραφα, ακόμη και υπέρτερης δεσμευτικότητας. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

22.Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως εκτίθεται στις σελ. 12-15, υπό «Β. Λόγοι προσφυγής», υπό 3.α)-β), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής εσφαλμένα απέρριψε την προσφορά της και άρα τυγχάνει κατά τούτο ακυρωτέα, καθώς η προσφορά της είναι πλήρης, δεδομένου ότι η τελευταία, καίτοι δεν έλαβε υπόψη της την από 10.03.2020 3^η υπεύθυνη δήλωσή της και συνακόλουθα, έκρινε εσφαλμένα επί του περιεχομένου της 1^{ης} και 2^{ης} υπεύθυνης δήλωσης, όπως αναλυτικά εκθέτει στον οικείο λόγο προσφυγής της. Επί του ανωτέρω τρίτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι: **«Με τον τρίτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπέβαλλε στην αναθέτουσα Αρχή τις από 10-3-2020 τρεις υπεύθυνες δηλώσεις και από την 3η υπεύθυνη δήλωση καλύπτεται πλήρως τυχόν ελλείψεις των της 1ης και 2ης υπεύθυνης δήλωσης.**

Και ο λόγος αυτός είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί εφόσον η υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης περί μη έκδοσης σε βάρος της εταιρείας απόφασης αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 αναφέρεται στο άρθρο 23.3 (στ) της διακήρυξης «Δικαιολογητικά της παρ. Α5 του άρθρου 22» σχετικά με την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παραγράφου Α.5 του άρθρου 22 και αποτελεί απαιτούμενο δικαιολογητικό, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρεία και για συμβάσεις έργων προϋπολογισμού εκτιμώμενης αξίας ανώτερης του 1.000.000 ευρώ. Η προσφεύγουσα είναι Ετερόρρυθμη Εταιρεία (Ε.Ε), το έργο είναι προϋπολογισμού εκτιμώμενης αξίας κατώτερης του 1.000.000 ευρώ, το προσκομιζόμενο δικαιολογητικό δεν απαιτούνταν και η Επιτροπή Διαγωνισμού ορθά δεν το έλαβε υπόψη της.

Επί πλέον η στην 1η από 10-3-2020 υπεύθυνη δήλωση αναφέρει επί λέξει « Δεν έχει επιβληθεί στην εταιρεία μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την σημερινή ημερομηνία (ήτοι 10-3-2020)...» ενώ στην διακήρυξη οριζόταν χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς (ήτοι η προθεσμία έληγε την 9-12-2019). Επομένως η ανωτέρω υπεύθυνη δήλωση δεν κάλυπτε πλήρως την διετία που απαιτούσε η διακήρυξη.

Στην δεύτερη υπεύθυνη δήλωση δεν συμπεριέλαβε την περίπτωση (η) του άρθρου 22 παρ. Α4, όπως επίσης παραδέχεται στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα. Άλλωστε, ούτε η διακήρυξη (την οποία η προσφεύγουσα αποδέχτηκε ανεπιφύλακτα με την συμμετοχή της στον διαγωνισμό) αναφέρει ότι μπορεί η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση να καλυφθεί από άλλα δικαιολογητικά.

Επομένως πρέπει να απορριφθεί και ο τρίτος λόγος προσφυγής.».

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας αρχής, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, αλλά και σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 21, στην οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων και τα εκτεθέντα εκεί, ισχύουν *mutatis mutandis* και εν

προκειμένω, η υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, περιέχει αυτοτελείς δεσμεύσεις για τον δηλούντα, η παραβίαση των οποίων επισύρει ποινικές κυρώσεις και ως εκ τούτου, το περιεχόμενό της δεν δύναται σε καμία περίπτωση να αντικατασταθεί ή υποκατασταθεί από παραπομπή σε έτερα έγγραφα, ακόμη και υπέρτερης δεσμευτικότητας, πόσω μάλλον, από την παραπομπή στα δηλούμενα σε διαφορετικές υπεύθυνες δηλώσεις, στο περιεχόμενο των οποίων η προσφεύγουσα επιδιώκει αθροιστικά να στοιχειοθετήσει την κάλυψη των επίμαχων υποχρεώσεών της, όπως απορρέουν από το κείμενο της διακήρυξης. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τρίτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

24.Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως αναλυτικά εκτίθεται στις σελ. 15-18, υπό «Β. Λόγοι προσφυγής», υπό 4.α)-β), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής εσφαλμένα απέρριψε την προσφορά της και άρα τυγχάνει κατά τούτο ακυρωτέα, καθώς η προσφορά της είναι πλήρης, δεδομένου ότι από τον έλεγχο του περιεχομένου της από 10.03.2020 υπεύθυνης δήλωσής της, προκύπτει ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργασιών των πέντε (5) υπό εξέλιξη έργων που εκτελεί η προσφεύγουσα δεν υπερβαίνει το ανώτατο όριο των τεσσάρων εκατομμυρίων πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ (4.500.000,00 €), αφού ακόμα και το άθροισμα του συνολικού συμβατικού αντικειμένου εκάστου έργου υπολείπεται του εν λόγω ανώτατου ορίου. Επί του ανωτέρω τέταρτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι: **«Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπέβαλλε στην αναθέτουσα Αρχή υπεύθυνη δήλωση η οποία αφορούσε τα πέντε (5) υπό εξέλιξη έργα της με ρητή αναφορά της προϋπολογισθείσης δαπάνης εκάστου εξ' αυτών και του συμβατικού αντικειμένου καθενός από αυτά. Περαιτέρω ισχυρίζεται ότι πέραν της υπεύθυνης δήλωσης ζήτησε παράταση προθεσμίας για να προσκομίσει από τους φορείς βεβαιώσεις για το υπόλοιπο ανεκτέλεστο των εργασιών.**

Οι δύο παραπάνω ισχυρισμοί είναι αντιφατικοί και τούτο διότι: Αν η υπεύθυνη δήλωση της προσφεύγουσας ήταν νόμιμη, κανονική και κάλυπτε το περιεχόμενο της διακήρυξης, δεν υπήρχε λόγος να ζητήσει παράταση, επομένως η προσφεύγουσα έμμεσα συνομολογεί ότι η υπεύθυνη δήλωση που κατέθεσε δεν κάλυπτε το περιεχόμενο της διακήρυξης.», ενώ ακολούθως, αναθέτουσα αρχή προσθέτει ότι: **«Ως προς την παράταση.**

Η ίδια η προσφεύγουσα στον τέταρτο αυτό λόγο της προσφυγής της αναφέρει ότι ζήτησε παράταση για να προσκομίσει από τους φορείς των υπό εξέλιξη έργων τις βεβαιώσεις για το υπόλοιπο ανεκτέλεστο των έργων. Πλην όμως πουθενά στην διακήρυξη δεν απαιτούνταν η προσκόμιση τέτοιων βεβαιώσεων. Επομένως ορθά η αναθέτουσα αρχή (ήτοι ο Δήμος μου) δεν χορήγησε προθεσμία για προσκόμιση δικαιολογητικών που δεν απαιτούνταν και πρέπει να απορριφθεί και ο τέταρτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.»

25. Επειδή, ενόψει των όσων διεξοδικά αναπτύχθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 18-24 της παρούσας, η εξέταση του τέταρτου λόγου προσφυγής παρέλκει και ως εκ τούτου δεν εξετάζεται περαιτέρω στην ουσία του, καθώς έστω και αν υποτεθούν αληθείς οι προβαλλόμενοι με αυτόν ισχυρισμοί, η απόρριψη των τριών πρώτων λόγων προσφυγής, οδηγεί συνολικά σε απόρριψη του αιτήματος της προσφεύγουσας και κατ' επέκταση στην απόρριψη εν συνόλω της προσφυγής της.

26. Επειδή, τέλος, με τον πέμπτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως αναλυτικά εκτίθεται στις σελ. 18-19, υπό «Β. Λόγοι προσφυγής», υπό 5.α)-β), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει παράνομη και άρα ακυρωτέα, στον βαθμό που με αυτή αποφασίστηκε η κατάπτωση υπέρ του Δήμου της εγγύησης συμμετοχής της, δεδομένου ότι σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1 περίπτωση α) του Ν. 4412/2016, προβλέπεται ότι *«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.»* και ως

εκ τούτου, ιδρύεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, η προηγούμενη λήψη απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου. Επί του ανωτέρω πέμπτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι: **«Σχετικά με την κατάπτωση της εγγύησης. Η προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρει ρητά: «Αποφασίζει ομόφωνα ... την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του υπέρ του Δήμου μετά από θετική γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1α του ν. 4412/2016. Σε περίπτωση αρνητικής γνώμης θα αποφασίσει η Οικονομική Επιτροπή εκ νέου».**

Λόγω της μη συνεδρίασης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, εξαιτίας των μέτρων που πάρθηκαν για την αντιμετώπιση της πανδημίας, για την λήψη γνώμης σχετικά με την τύχη της εγγύησης, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν έκανε οριστική την κατάπτωση και ορίζει ότι με το που θα συνεδριάσει το Τεχνικό Συμβούλιο και την λήψη γνώμης θα αναπέμψει την τύχη της εγγύησης στην Οικονομική του Επιτροπή για να αποφασίσει εκ νέου. Επίσης επειδή πρόκειται για έργα ύδρευσης σε αρκετές Κοινότητες του Δήμου και ενόψει της θερινής περιόδου (λειψυδρία) θα έπρεπε να ξεκινήσουν οι εργασίες άμεσα.

Επομένως πρέπει να απορριφθεί και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας.».

27. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Σύμφωνα με τη ρητή διατύπωση του άρθρου 103 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, έχει ως αυτοδίκαιη συνέπεια και μάλιστα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, την κατάπτωση σε βάρος του προσωρινού αναδόχου της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής (πρβλ. και ΑΕΠΠ 614/2020 σκ. 26), την οποία αυτός είχε προσκομίσει με βάση το άρθρο 72 του νόμου. Επομένως, όπως έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 1351/2019 σκ. 3), σε κάθε περίπτωση συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 103 παρ. 3-5 του Ν. 4412/2016 σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, με την επιφύλαξη και μόνο των οριζόμενων στο άρθρο 104, η εκδοθείσα εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει. Ωστόσο, όπως ορίζεται στο άρθρο 72 παρ. 1 περίπτωση α) του Ν. 4412/2016,

όλως εξαιρετικώς στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, όπως εν προκειμένω, ιδρύεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, η προηγούμενη λήψη απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, η οποία κατά λογική αναγκαιότητα προηγείται της έκδοσης της απόφασης του αποφασίζοντος οργάνου της αναθέτουσας αρχής, σχετικά με την επιβολή της εν λόγω κύρωσης. Συναφώς, όπως προέκυψε από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης και άλλωστε, παραδέχεται και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, η οριστικοποίηση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, τελεί υπό την αίρεση της κατά το άρθρο 72 παρ. 1 περίπτωση α), θετικής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, οπότε και με τη χορήγησή της, θα οριστικοποιηθεί η κρίση της Οικονομικής Επιτροπής. Σε περίπτωση δε αρνητικής γνώμης, θα υπάρξει εκ νέου αναπομπή στην Οικονομική Επιτροπή προκειμένου να αποφανθεί, σε σχέση και με αρνητική αυτή γνώμη, η οποία σε κάθε περίπτωση είναι απλή και δεν δεσμεύει την Οικονομική Επιτροπή, αφού η τελευταία μπορεί να αποκλίνει από αυτήν αιτιολογώντας ειδικά αυτή την επιλογή της (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 1430/2019 σκ. 23, 710/2020 σκ. 32 και 514/2020). Σε κάθε πάντως περίπτωση, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα η λήψη της προηγούμενης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, οφείλει να ληφθεί προ της επιβολής της κύρωσης για την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας, η οποία, σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα, παραμένει εκκρεμής. Αντιθέτως, οριστική έχει καταστεί η κρίση περί της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας. Στην προκειμένη μάλιστα περίπτωση, η προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, έχει ήδη διαβιβαστεί στο αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο και η γνώμη του θα είχε ήδη διατυπωθεί, αν δεν μεσολαβούσαν λόγοι ανωτέρας βίας, που σχετίζονται με τη λήψη έκτακτων μέτρων, λόγω της πανδημίας. Ως εκ τούτου, ο ουσιώδης τύπος της διαδικασίας έχει ήδη τηρηθεί, σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα και σε κάθε περίπτωση, η κρίση της Οικονομικής Επιτροπής σχετικά με την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας, τελεί υπό αναβλητική αίρεση, δεν είναι οριστική και άρα, στερείται εκτελεστότητας, αφού ως μη οριστική, δεν

παράγει έννομες συνέπειες, μέχρι την οριστικοποίησή της, με την προηγούμενη διατύπωση της απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πέμπτος λόγος κρίνεται απορριπτός ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, καθώς στρέφεται κατά μη οριστικής και άρα μη εκτελεστής κρίσης της Οικονομικής Επιτροπής.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 25 Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε στις 15 Ιουλίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη

α.α. Αργυρώ Τσουλούφα