

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28-12-2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24-11-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1724/25-11-2020 της εταιρίας με την επωνυμία « *** », νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία « *** », νόμιμα εκπροσωπούμενης και

Την από 10-12-2020 παρέμβαση του οικονομικού φορέα « *** ».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αρ. 1032/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του *** και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ρητή ή σιωπηρή, μεταγενέστερη ή προγενέστερη, ως και να απορριφθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα « *** » με την οποία αυτός αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος της σύμβασης έργου « *** *** ».

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ***), ποσού 3.225,81€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής 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

Αριθμός απόφασης: 91/2021

προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 17-11-2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 24-11-2020.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο συγκεκριμένο διαγωνισμό και κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, οπότε προσδοκεί με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή να αναδειχθεί αυτή ανάδοχος του έργου.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με ΑΔΑΜ *** 2020-05-21 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης έργου « *** *** », CPV *** , προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 645.161,29€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, διάρκειας οκτώ (8) μηνών και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό *** . Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε στις 25-6-2020. Στον ως άνω διαγωνισμό κατέθεσαν κατά σειρά μειοδοσίας προσφορά επτά (7) οικονομικοί φορείς και δη « *** » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 61,76%, « *** » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 50,38%, « *** » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 48,56%, « *** » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 46,69%, « *** » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 32,21%, « *** » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 26,06% και « *** » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 22,25%. Με τη με αρ. 768/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας ως έχων προσφέρει το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (61,76%). Στη συνέχεια, με τη με αρ.πρωτ. ΠΔΕ/ΔΤΕΑ/211/546/4460/24-8-2020 πρόσκληση κλήθηκε ο ως άνω προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει σε διάστημα 10 ημερών από τη λήψη της πρόσκλησης, σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/16, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 του Ν. 4497/2017 και το άρθρο 4 της διακήρυξης, τα δικαιολογητικά που καθορίζονται στο άρθρο 23.2 - 23.10 της

Αριθμός απόφασης: 91/2021

διακήρυξης. Η πρόσκληση αυτή αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 25-8-2020. Στις 3-9-2020 ο προσωρινός ανάδοχος ανήρτησε τα σχετικά δικαιολογητικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Ακολούθως, μετά τον έλεγχο τους από την Επιτροπή Διαγωνισμού, σύμφωνα με την οποία τα υποβληθέντα από τον προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικά κρίθηκαν πλήρη και επικαιροποιημένα, ως προκύπτει από το 2^ο Πρακτικό αυτής, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε το Πρακτικό αυτό και ανέδειξε οριστικό ανάδοχο της σχετικής σύμβασης τον οικονομικό φορέα « *** ».

7. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης, προβάλλουσα τα ακόλουθα: 1. ΥΠΟΓΡΑΦΗ Υ.Δ. ΜΕ ΛΗΓΜΕΝΗ ΨΗΦΙΑΚΗ ΥΠΟΓΡΑΦΗ: Ενόψει των προβλέψεων των άρθρων 25 και 27 του Κανονισμού ΕΕ 910/2014, των άρθρων 2 και 3 του π.δ. 150/2001 και του άρθρο 8§3 της ΥΑ 56902/215/29-05-2017 (Β1 1924/2017) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)», το οποίο αναφέρεται στο άρθρο 7.1 της διακήρυξης (σελίδα 13) ως εφαρμοστέα διάταξη στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, συνάγεται ότι: α) ως «ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται ένα σύνολο δεδομένων σε ηλεκτρονική μορφή, τα οποία χρησιμεύουν ως μέθοδος απόδειξης της γνησιότητας, ενώ ως «ψηφιακή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται εκείνη που συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα και είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητα του, έχει δημιουργηθεί με μέσα που ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο και συνδέεται με τα δεδομένα στα οποία αναφέρεται, με τρόπο ώστε να μπορεί να εντοπισθεί επακόλουθη αλλοίωση των δεδομένων, β) για τη δημιουργία ψηφιακής υπογραφής απαιτείται ο υπογράφων να κατέχει διατεταγμένο υλικό ή λογισμικό που χρησιμοποιείται για την εφαρμογή των «δεδομένων δημιουργίας της υπογραφής», για την επαλήθευση των οποίων απαιτείται η χρήση των «δεδομένων επαλήθευσης υπογραφής» (κώδικες ή δημόσια κρυπτογραφικά κλειδιά) και η έκδοση ηλεκτρονικής Βεβαίωσης, ήτοι ψηφιακού πιστοποιητικού που συνδέει μονοσήμαντα τα «δεδομένα επαλήθευσης μιας υπογραφής» (ή δημόσιο κλειδί) με ένα συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο και επιβεβαιώνει την ταυτότητα

Αριθμός απόφασης: 91/2021

του, εξασφαλίζει τη γνησιότητα του υπογραφόμενου κατ' αυτόν τον τρόπο εγγράφου, την ακεραιότητά του, την εμπιστευτικότητα και τη μη αποποίηση της ευθύνης του υπογράφοντος, γ) η ψηφιακή υπογραφή που βασίζεται σε αναγνωρισμένο πιστοποιητικό, ήτοι ηλεκτρονική βεβαίωση που εκδίδεται από «πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης» και δημιουργείται από ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφής, ήτοι από διάταξη που διασφαλίζει, αφενός ότι τα δεδομένα δημιουργίας υπογραφής που χρησιμοποιήθηκαν είναι κατ' ουσίαν μοναδικά και απόρρητα και δεν μπορούν με εύλογη βεβαιότητα να αντληθούν από αλλού, ενώ προστατεύονται αποτελεσματικά από το νομίμως υπογράφοντα κατά της χρησιμοποίησής τους από τρίτους και αφετέρου ότι η υπογραφή προστατεύεται από πλαστογραφία με τα μέσα της σύγχρονης τεχνολογίας, επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής, τόσο κατά το ουσιαστικό όσο και κατά το δικονομικό δίκαιο, ενώ συνιστά μέθοδο απόδειξης της γνησιότητας του ηλεκτρονικού εγγράφου. Επομένως, τα ηλεκτρονικά έγγραφα που φέρουν ασφαλή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή εξομοιώνονται, από πλευράς έννομων συνεπειών, πλήρως, με τα ιδιοχείρως υπογεγραμμένα έγγραφα και αναπτύσσουν αυξημένη αποδεικτική δύναμη (άρθρο 445 ΚΠολΔ) και, εφόσον η γνησιότητα του περιεχομένου τους δεν αμφισβητείται, αποτελούν πλήρη απόδειξη ότι η δήλωση που περιέχουν προέρχεται από τον ψηφιακώς υπογράφοντα δ) τα πιστοποιητικά δημιουργίας ψηφιακής υπογραφής που έχουν εκδοθεί από φορέα παροχής υπηρεσιών πιστοποίησης εγκατεστημένο σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στους καλυπτόμενους από τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την ηλεκτρονική υπογραφή τομείς, συνεπάγονται τις ίδιες έννομες συνέπειες με τις αντίστοιχες υπηρεσίες πιστοποίησης, που παρέχονται από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος είναι εγκατεστημένος στην Ελλάδα, τα δε προϊόντα ψηφιακής υπογραφής, τα οποία συνάδουν με την κείμενη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, συνεπάγονται τις ίδιες έννομες συνέπειες με τα αντίστοιχα προϊόντα ψηφιακής υπογραφής, τα οποία προέρχονται από την Ελλάδα (ΕΛΣυν 1739/2016 Μείζων Σύνοψη, ΔΕφΘεσ 26/2020). Περαιτέρω, ενόψει των άρθρων 3.1 και 4.2 της διακήρυξης (σελίδες 5 και 8) γίνεται δεκτό ότι οι υπεύθυνες δηλώσεις που υποβάλλονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον υποψήφιο ανάδοχο θα πρέπει να υπογράφονται με τη χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής (μεταξύ πολλών ιδίως ΑΕΠΠ 323/2020 - σκέψη 31 και

Αριθμός απόφασης: 91/2021

ΑΕΠΠ 1118/2020 - σκέψη 66). Εξάλλου, πλήρης και ολοκληρωμένη καθίσταται η ηλεκτρονική υπογραφή μόνο εφόσον συνοδεύεται η πιστοποίηση αυτής από εγκεκριμένο πιστοποιητικό που βρίσκεται σε ισχύ, δεν είναι δε έγκυρη η υπογραφή αυτή όταν η διάρκεια ισχύος του πιστοποιητικού έχει λήξει (ΔΕφΘεσ 49/2020, καθώς και ΔΕφΑθ ΑΝ 265/2020 που επικύρωσε την ΑΕΠΠ 667/2020). Στην εξεταζόμενη περίπτωση, ο ανταγωνιστής προσκόμισε υπεύθυνες δηλώσεις προς απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και συγκεκριμένα δύο υπεύθυνες δηλώσεις με φερόμενη ημερομηνία υπογραφής την 02-09-2020 περί μη υπέρβασης του ανώτατου επιτρεπόμενου ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εκτελούμενων συμβάσεων, ιδιότητα που τίθεται επί ποινή αποκλεισμού βάσει του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης (σελίδα 26). Ωστόσο, οι υπεύθυνες αυτές δηλώσεις υπογράφηκαν με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή στις 02-09-2020 χωρίς η υπογραφή αυτή να υποστηρίζεται από εν ισχύ εγκεκριμένο πιστοποιητικό, η διάρκεια της ισχύος του οποίου είχε ήδη λήξει από τα τέλη του Απριλίου 2020, όπως μπορεί να διαπιστωθεί ευχερώς από την επιλογή της ψηφιακής υπογραφής και την αναζήτηση της ημερομηνίας λήξης της. Κατά τούτο, δεν προκύπτει η ταυτοποίηση του υπογράφοντος τις υπεύθυνες δηλώσεις και η πραγματική του δέσμευση έναντι της αναθέτουσας αρχής για την αλήθεια των δηλούμενων, άρα και τη μη συνδρομή των οικείων λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσωρινού μειοδότη. Ενόψει αυτού, τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης που κατέθεσε ο αναδειχθείς ανάδοχος είναι μη νόμιμα, καθώς ελήφθησαν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωτέα. **2. ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΤΗΣ ΥΔ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 23.3 (Β) ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ:** Στο άρθρο 23.3 περίπτωση β' της διακήρυξης (σελίδα 30) προβλέπεται η υποχρέωση του προσωρινού μειοδότη να προσκομίζει *«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»*. Η προσκόμιση της συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης είναι ουσιώδης, όχι μόνο γιατί προβλέπεται ρητά η προσκόμισή της στη διακήρυξη, αλλά και για τον λόγο ότι αποδεικνύει έννομες καταστάσεις διαφορετικές από αυτές που καλύπτουν οι φορολογικές και ασφαλιστικές ενημερότητες (ad hoc ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 91/2021

1006/2020 - σκέψη 14). Στην εξεταζόμενη περίπτωση, λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των κατατεθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, τέτοια υπεύθυνη δήλωση δεν έχει υποβληθεί. Ενόψει αυτού, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που κατέθεσε ο αναδειχθείς ανάδοχος είναι ελλιπή, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση μη νόμιμη. **3. ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΥΔ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 22.Α.4 ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ:** Σύμφωνα με το άρθρο 23.3ξστ' περίπτωση ε' της διακήρυξης (σελίδα 30) ο προσωρινός μειοδότης υποχρεούται να προσκομίσει «για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22». Στην εξεταζόμενη περίπτωση, ο ανταγωνιστής δεν υπέβαλε τη συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση με συνέπεια να μην εκπληρώσει την υποχρέωση που υπείχε ως προσωρινός μειοδότης. Επομένως, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε ο αναδειχθείς ανάδοχος είναι ελλιπή, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση μη νόμιμη. **4. ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΒΕΒΑΙΩΣΗΣ ΜΕΕΠ ΜΕ ΙΣΧΥ ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΧΡΟΝΟ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ:** Σύμφωνα με το άρθρο 23.4 της διακήρυξης (σελίδα 31) ο προσωρινός μειοδότης υποβάλλει βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ στην κατηγορία 1η τάξη και άνω για έργα κατηγορίας οδοποιίας. Εξάλλου, όπως προεκτέθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 23.2 της διακήρυξης (σελίδα 28), ο προσωρινός μειοδότης θα πρέπει να αποδεικνύει τη συνδρομή των κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπό του και κατά το χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Στην κρινόμενη περίπτωση, ο ανταγωνιστής προς απόδειξη της ανωτέρω ιδιότητας προσκόμισε την υπ' αριθμ. πρωτ. Δ15/16661/05-12-2017 βεβαίωση ΜΕΕΠ με ισχύ μέχρι 04-08-2020. Ωστόσο, δεν προσκόμισε αντίστοιχη βεβαίωση με ισχύ κατά το χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε ο αναδειχθείς ανάδοχος είναι ελλιπή και για τον λόγο αυτό, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση μη νόμιμη. **5. ΨΕΥΔΗΣ ΑΛΛΩΣ ΑΝΑΚΡΙΒΗΣ ΔΗΛΩΣΗ ΣΕ ΣΧΕΣΗ ΜΕ ΤΗΝ ΤΗΡΗΣΗ ΤΩΝ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ:** Όπως γίνεται πλέον παγίως δεκτό (μεταξύ πολλών ΑΕΠΠ 818/2019, υπ' αριθμ. ΣΥΜ 7/2018 απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ), εφόσον κατά το έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη διαπιστώνεται ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ήταν ανακριβή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να επιβάλει την έννομη συνέπεια της απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου

Αριθμός απόφασης: 91/2021

σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Ανάλογη ρύθμιση προβλέπεται εξάλλου και στο άρθρο 4.2ξδ' της διακήρυξης (σελίδα 9). Περαιτέρω, στο άρθρο 22.Α.2 της διακήρυξης (σελίδα 24) ορίζεται ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού «όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος». Από τις ανωτέρω διατάξεις του ν. 4412/2016 και τους όρους της διακήρυξης του επίμαχου έργου προκύπτει ότι με το άρθρο 103ξ3 του Ν. 4412/2016 και τον όρο 4.2.δ. της διακήρυξης θεσπίζεται αυτοτελής και ξεχωριστός λόγος απόρριψης της προσφοράς λόγω ψευδούς ή ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ από τον προσωρινό ανάδοχο που σχετίζεται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (σχετικές και οι ΑΕΠΠ 1151/2018, 549/2019). Περαιτέρω, στο άρθρο 12 του ν. 4174/2013 αναφέρεται ότι «4. Κατά παρέκκλιση των οριζόμενων στις παραγράφους 2 και 3, σε περίπτωση που ο φορολογούμενος έχει ενταχθεί σε πρόγραμμα ρύθμισης οφειλών ή έχει οφειλές μη ληξιπρόθεσμες ή σε αναστολή, δύναται να εκδοθεί αποδεικτικό ενημερότητας περιορισμένης ισχύος; η οποία δεν μπορεί να υπερβαίνει τον ένα μήνα». Περαιτέρω, στο άρθρο 4 της κατ' εξουσιοδότηση εκδοθείσας ΠΟΑ 1274/2013, όπως ισχύει σήμερα, προβλέπεται ότι «1. Η ισχύς του αποδεικτικού ενημερότητας ορίζεται σε δύο (2) μήνες; στην περίπτωση που δεν υφίστανται βεβαιωμένες οφειλές, ανεξαρτήτως της πράξης ή συναλλαγής για την οποία ζητείται. 2. Ο χρόνος ισχύος του αποδεικτικού ορίζεται σε ένα (1) μήνα, σε περίπτωση ύπαρξης μη ληξιπρόθεσμων οφειλών, οφειλών που τελούν σε αναστολή ή έχουν υπαχθεί σε πρόγραμμα ρύθμισης τμηματικής καταβολής». Επομένως, τα αποδεικτικά φορολογικής ενημερότητας που χορηγεί η φορολογική αρχή έχουν ισχύ δύο μηνών, μόνο εφόσον δεν υφίστανται βεβαιωμένες οφειλές του φορολογούμενου. Σε διαφορετική περίπτωση, δηλαδή σε περίπτωση παραβίασης των φορολογικών υποχρεώσεων του φορολογούμενου και υπαγωγής των οφειλών του σε διακανονισμό, εκδίδεται φορολογική ενημερότητα με μηνιαία ισχύ. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, ο ανταγωνιστής προς απόδειξη της φορολογικής του ενημερότητας κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του υπέβαλε το υπ' αριθμ. πρωτ. 68793656/22-06-2020

Αριθμός απόφασης: 91/2021

αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας, στο οποίο αναγράφεται ότι έχει διάρκεια μόλις ενός μήνα. Επομένως, εμμέσως αλλά σαφώς προκύπτει ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του ο ανταγωνιστής είχε παραβιάσει τις φορολογικές του υποχρεώσεις, δημιουργώντας βεβαιωμένες οφειλές προς τη φορολογική, τις οποίες προφανώς υπήγαγε σε διακανονισμό. Αρα, ο ανταγωνιστής είχε μετά βεβαιότητας παραβιάσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων, παρά το γεγονός ότι είχε λάβει επανορθωτικά μέτρα. Ενόψει των ανωτέρω, ο ανταγωνιστής όφειλε να είχε απαντήσει αρνητικά στο υποερώτημα 1 της ερώτησης Β του Μέρους ΙΙΙ του ΤΕΥΔ που υπέβαλε σχετικά με την εκ μέρους του εκπλήρωση των φορολογικών του υποχρεώσεων «1) Ο οικονομικός φορέας έχει εκπληρώσει όλες τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την πληρωμή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, στην Ελλάδα και στη χώρα στην οποία είναι τυχόν εγκατεστημένος;» και θετικά στο υποερώτημα δ της ίδιας ερώτησης «δ) Ο οικονομικός φορέας έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει συμπεριλαμβανομένων κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους;». Ωστόσο, αυτό δεν συνέβη με συνέπεια το υποβληθέν από τον ανταγωνιστή ΤΕΥΔ να είναι ψευδές, άλλως ανακριβές. Εξ αυτού του λόγου, η προσφορά του καθίσταται απορριπτή. Σημειωτέον ότι οι τροποποιήσεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 με το πρόσφατο άρθρο 267 του ν.4738/2020 είναι νομικά αδιάφορες εν προκειμένω, αφού κρίσιμο είναι το κείμενο της διακήρυξης ΚΟΛ το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού. Σύμφωνα με το άρθρο 4.2 περίπτωση δ' της διακήρυξης (σελίδα 9) «δ) Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: ι) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή Η) 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 αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση

Αριθμός απόφασης: 91/2021

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». Επομένως, η προσφορά του ανταγωνιστή θα πρέπει, κατά την προσφεύγουσα, να απορριφθεί εξαιτίας των ελλείψεων που υπάρχουν στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε ο αναδειχθείς οριστικός ανάδοχος.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το από υπ' αρ.πρωτ. ΠΔΕ/ΔΤΕΑ/316751/6760/4-12-2020 έγγραφο διαβίβασε προς την ΑΕΠΠ τις απόψεις της, με τις οποίες δήλωσε ότι *«δεν δυνάμεθα να εκφέρουμε απόψεις επί της Γ.Α.Κ. 1724/25-11-2020 Προδικαστικής Προσφυγής καθώς θεωρούμε ότι απαιτείται νομική θεώρηση επί των αιτιάσεων αυτής, διότι ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του Ν4412/2016, της ισχύουσας νομοθεσίας»*.

9. Επειδή, ο οικονομικός φορέας « *** » με την από 10-12-2020 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 30-11-2020 κοινοποίησης της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας 'ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ' του ΕΣΗΔΗΣ, παρέμβασή του υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί αυτήν, αφού έχει αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος, προβάλλοντας τα ακόλουθα: Ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής περί υπογραφής με «ληγμένη» ηλεκτρονική υπογραφή: Αφενός η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε ακυρότητα του εγγράφου/των εγγράφων που έφεραν την επίμαχη ηλεκτρονική υπογραφή (μόνο ακυρότητα της υπογραφής), ούτε ότι υπήρξε αλλοίωση του περιεχομένου των εγγράφων. Ένα ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει ψηφιακή υπογραφή, όταν κατά άνοιγμα του εγγράφου στην οθόνη ενός ηλεκτρονικού μέσου, ανοίγει και η δυνατότητα, μέσω της διαλειτουργικότητας είτε της ορατής απεικόνισης της ψηφιακής υπογραφής (του σχηματισμού αυτής) επί του εγγράφου είτε του ίδιου του ψηφιακά υπογεγραμμένου εγγράφου, οιοσδήποτε να προβεί στον έλεγχο της επαλήθευσης της υπογραφής, κατά τις οδηγίες της ΑΠΕΔ, δηλαδή να διερευνήσει τις «ιδιότητες υπογραφής», το όνομα και τα στοιχεία του «υπογράφοντος», αν το έγγραφο φέρει ενσωματωμένη χρονική σήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών ασφαλούς χρονοσήμανσης, και αν το έγγραφο έχει τροποποιηθεί από την θέση της ψηφιακής υπογραφής και μετά.

Αριθμός απόφασης: 91/2021

Συνεπώς, η προσφεύγουσα η οποία επικαλείται μόνο ακυρότητα της υπογραφής και όχι των επίμαχων εγγράφων αλυσιτελώς προτείνει το λόγο αυτό διότι θα έπρεπε να επικαλείται και να αποδεικνύει ότι τα εν λόγω έγγραφα είναι άκυρα (ΑΕΠΠ 504/2018). Εξάλλου εφόσον, κατά τον έλεγχο διαπιστωθεί ότι στο έγγραφο έχει τεθεί προηγμένη ηλεκτρονική (ψηφιακή) υπογραφή που πληροί τις απαιτήσεις της Οδηγίας 99/93/ΕΚ, το έγγραφο θεωρείται νομίμως υπογεγραμμένο, έχει δε την ίδια νομική και αποδεικτική ισχύ με το έγγραφο που φέρει ιδιόχειρη υπογραφή και έχει ισχύ πρωτοτύπου με την έκδοση του και μόνο, χωρίς να απαιτείται οποιαδήποτε επικύρωσή του. Σε κάθε περίπτωση η επιτροπή, αν διαπίστωσε την οποιαδήποτε τυπική έλλειψη, όπως είναι η λήξη του πιστοποιητικού ασφαλείας της ψηφιακής υπογραφής μου ευχερώς μπορούσε να με καλέσει για κάλυψη της επουσιώδους αυτής έλλειψης σε καμία ωστόσο περίπτωση δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί ο αποκλεισμός μου από την διαδικασία. Ως προς το δεύτερο και τρίτο λόγο, περί μη υποβολής Υπεύθυνης Δήλωσης που προβλέπεται στα αρθ. 22.Α.4 και 23.3 της διακήρυξης, αυτοί τυγχάνουν απορριπτέοι: Α) Διότι το περιεχόμενο των Υπευθύνων Δηλώσεων καλύπτεται από τα λοιπά προσκομισθέντα έγγραφα και δη τις προσκομισθείσες φορολογικές και ασφαλιστικές ενημερότητες, την βεβαίωση του ΜΕΕΠ, τις βεβαιώσεις περί του ανεκτέλεστου υπολοίπου που είχαν ήδη εκδοθεί και τις σχετικές βεβαιώσεις του επαγγελματικού φορέα καθώς και το υποβληθέν Ποινικό Μητρώο και τα σχετικά πιστοποιητικά από το οικείο Πρωτοδικείο. Εξ όλων των ανωτέρω εγγράφων υπερκαλύπτετο το περιεχόμενο και η αποδεικτική αξία των δύο Υπευθύνων Δηλώσεων. Β) Διότι αμφότερες τις δύο αυτές Δηλώσεις υπέβαλε ο παρεμβαίνων σε φυσική μορφή στον φάκελο που παρέδωσα στην Επιτροπή την ίδια ημέρα. Επομένως οι δηλώσεις υπεβλήθησαν νομοτύπως και το γεγονός ότι δεν ανηρτήθησαν ηλεκτρονικά συνιστά τυπική παράλειψη, η οποία ευχερώς μπορεί να καλυφθεί με πρόσκληση για συμπλήρωση της ελλείψεως, σε καμία δε περίπτωση δεν αρκεί για να οδηγήσει στον αποκλεισμό του. Η διάταξη του άρθρου 103 Ν 4412/2016, και το αντίστοιχο άρθρο 4.2. των διακηρύξεων, όπως ισχύουν πλέον μετά το ν. 4605/2019, σε αντίθεση με την αρχική ερμηνεία που τους αποδόθηκε ότι αποκλείουν την δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πλέον ερμηνεύονται ευρύτερα και ορθότερα. Σχετικώς απεφάνθη η υπ' αριθ.

Αριθμός απόφασης: 91/2021

56/2019 απόφαση του ΔΕφ Πατρών και μάλιστα για φορολογική ενημερότητα, ήτοι για αποδεικτικό έγγραφο πολύ μεγαλύτερης σημασίας από τις υπεύθυνες δηλώσεις. Κρίθηκε λοιπόν ότι κακώς και παρανόμως η αναθέτουσα αρχή (σε εκείνη την περίπτωση η ΔΕΥΑΠ) δεν είχε καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει νέα φορολογική ενημερότητα εν ισχύ (ενώ είχε υποβάλει, εκ παραδρομής, φορολογική ενημερότητα που είχε λήξει). Ομοίως και οι υπ' αριθ. 117/2020 και 49/2020 αποφάσεις της ΑΕΠΠ, δια των οποίων κρίθηκε ότι εξακολουθεί να επιβάλλεται η παροχή δυνατότητας συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ιδίως όταν, ως και εν προκειμένω, οι ελλείψεις αφορούν σε ήσσονος σημασίας δικαιολογητικά, όπως υπεύθυνες δηλώσεις του ίδιου του προσωρινού αναδόχου. Επομένως, η όποια πλημμέλεια ως προς την μη ηλεκτρονική υποβολή των δύο δηλώσεων ευχερώς καλύπτεται με πρόσκληση από την αναθέτουσα και σε καμία περίπτωση δεν δικαιολογείται απόφαση περί αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος για το λόγο αυτό. Γ) Διότι τα όσα δηλώνονται στις εν λόγω δηλώσεις έχουν ήδη δηλωθεί από τον παρεμβαίνοντα κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ, στο περιεχόμενο του οποίου αναφέρονται και οι δηλώσεις αυτές. Άρα ήταν περιττή επανάληψη η εκ νέου υποβολή τους. Εξάλλου συμπληρωματικά προς τα παραπάνω ήδη αναφερθέντα έγγραφα έχει υποβάλλει και σχετική ένορκη βεβαίωση που λειτουργεί συμπληρωματικά προς αυτά και αναπληρώνει το περιεχόμενο των υπευθύνων δηλώσεων. Επομένως ο λόγος αυτός τυγχάνει απορριπτέος. Ως προς τον τέταρτο λόγο, περί μη υποβολής βεβαίωσης ΜΕΕΠ εν ισχύ, ομοίως τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος: Όπως προκύπτει από το υποβληθέν ΤΕΥΔ, μαζί με τα δικαιολογητικά συμμετοχής ο παρεμβαίνων υπέβαλε και βεβαίωση ΜΕΕΠ με α.π. Δ15/16661/5-12-2017 του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών. Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ.5 του άρθ. 188 του ν.4635/2019 και της εγκυκλίου Δ24/οικ/598/16-1-2020, οι εργοληπτικές βεβαιώσεις των εγγεγραμμένων επιχειρήσεων στο Μ.Ε.ΕΠ., καθώς και τα πτυχία των εργοληπτών Δημοσίων Δασοτεχνικών Έργων, που είναι σε ισχύ κατά την 3η Ιουλίου 2019, εξακολουθούν να ισχύουν έως την 31η Δεκεμβρίου 2020, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του νομοθετικού πλαισίου που ίσχυε ως και την 2α Ιουλίου 2019, ήτοι οι διατάξεις των άρθρων 92-104 του ν. 3669/2008, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν. Για λόγους διευκόλυνσης των Εργοληπτικών Επιχειρήσεων και των Αναθετουσών Αρχών διευκρινίζεται ότι

Αριθμός απόφασης: 91/2021

εργοληπτικές βεβαιώσεις σε ισχύ κατά την 3η Ιουλίου 2019 θεωρούνται όσες, μεταξύ άλλων περιπτώσεων, αφορούν εργοληπτικές επιχειρήσεις με αναγραφόμενη ημερομηνία λήξης επί της βεβαίωσης εγγραφής τους μετά την 3η Ιουλίου 2019. Επομένως και στην προκειμένη περίπτωση η βεβαίωση ΜΕΕΠ που υπέβαλε ο παρεμβαίνων μαζί με το ΤΕΥΔ ήδη κατά τον υποβολή των δικαιολογητικών συμμετοχής, δεν έληγε στην πραγματικότητα στις 4-8-2020, όπως αναγραφόταν επί του σώματος αυτής, αλλ' η διάρκειά της είχε παραταθεί αυτοδικαίως κατά τα ανωτέρω ως τις 31-12-2020. Εξάλλου το γεγονός ότι είχε ήδη υποβάλλει προς την Επιτροπή Διαγωνισμού μαζί με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και βεβαίωση ΜΕΕΠ λήγουσα αυτοδικαίως, όπως ήδη αναφέρθηκε στις 31-12-2020, καθιστούσε την εκ νέου υποβολή της περιπτή, καθώς υπήρχε ήδη διαθέσιμη και εν ισχύ βεβαίωση ΜΕΕΠ εις χείρας της Υπηρεσίας άρα δεν απαιτείτο εκ νέου υποβολή της. Άρα και ο λόγος αυτός τυγχάνει απορριπτέος. Ως προς τον πέμπτο λόγο προσφυγής, περί ψευδούς, άλλως ανακριβούς δηλώσεως σε σχέση με την τήρηση των φορολογικών υποχρεώσεων του αναδόχου: Ο λόγος αυτός, καθώς και άπαντες οι επ' αυτού ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι προδήλως αβάσιμοι, αναληθείς και αυθαίρετοι. Όπως συνομολογείται από την προσφεύγουσα, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκόμισε ισχύουσα φορολογική ενημερότητα. Αυτό το πραγματικό και συνομολογούμενο από την προσφεύγουσα γεγονός αρκεί για να απορριφθεί ο λόγος προσφυγής ως αναληθής και αβάσιμος. Ωστόσο, προκειμένου να καταδειχθεί το έωλο των επιχειρημάτων της προσφεύγουσας και προς διάλυση πάσης αμφιβολίας ως προς το αβάσιμο του λόγου αυτού υπογραμμίζει ο παρεμβαίνων ότι κατά τα νομοθετικά κείμενα που επικαλείται η προσφεύγουσα και δη το αρθ. 12 ν. 4174/2013 και την κατ' εξουσιοδότηση εκδοθείσα ΠΟΛ 1274/2013 το αποδεικτικό ενημερότητας έχει χρόνο ισχύος 1 μηνός σε περίπτωση οφειλών 1) μη ληξιπροθέσμων, 2) οφειλών σε αναστολή ή 3) οφειλών που τελούν σε πρόγραμμα ρύθμισης τμηματικής καταβολής. Εξάλλου στο αρθ. 22.Α.2 καθιερώνεται λόγος αποκλεισμού όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις φορολογικές του υποχρεώσεις και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Επομένως για να τεθεί θέμα αποκλεισμού απαιτείται αφενός ληξιπρόθεσμη οφειλή προς το Δημόσιο αφετέρου διαπίστωση της ύπαρξης

Αριθμός απόφασης: 91/2021

της με τελεσίδικη δικαστική ή διοικητική πράξη. Αντιθέτως το αποδεικτικό ενημερότητας μπορεί να χορηγηθεί αν υπάρχει οφειλή η οποία δεν έχει καταστεί ακόμα ληξιπρόθεσμη ώστε να τεθεί ζήτημα αθέτησης υποχρεώσεων ή οφειλή που τελεί σε αναστολή κλπ. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις χορηγείται κανονικά αποδεικτικό ενημερότητας και δεν υπάρχει ζήτημα αθέτησης υποχρεώσεων. Σε κάθε περίπτωση για την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου θα πρέπει η διαφορά που διαπιστώνεται να είναι ουσιώδης και τέτοια που να διαφοροποιεί σημαντικά τον τρόπο εκτέλεσης του έργου ή τα στοιχεία του αναδόχου (πχ τα προσόντα του). Τέτοια περίπτωση δεν συντρέχει εν προκειμένω. Επομένως και με βάση τα παραπάνω, κατά τον παρεμβαίνοντα, δεν υπάρχει κανένα ζήτημα αναλήθειας ή ανακρίβειας των όσων υπέβαλλα ή ελλείψεως των αντίστοιχων αποδεικτικών εγγράφων.

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

11. 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. 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).

12. Επειδή, επί του πρώτου λόγου προσφυγής, που αφορά στην υποβολή δύο (2) Υπευθύνων Δηλώσεων με ληγμένη ψηφιακή υπογραφή κρίνονται τα ακόλουθα: Κατά τα άρθρα 25 και 27 του Κανονισμού ΕΕ

Αριθμός απόφασης: 91/2021

910/2014, τα άρθρα 2 και 3 του π.δ. 150/2001 και το άρθρο 8 παρ.3 της ΥΑ 56902/215/29-05-2017 (Β1 1924/2017) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)», το οποίο αναφέρεται στο άρθρο 7.1 της διακήρυξης ως εφαρμοστέα διάταξη στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως «ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται ένα σύνολο δεδομένων σε ηλεκτρονική μορφή, τα οποία χρησιμεύουν ως μέθοδος απόδειξης της γνησιότητας, ενώ ως «ψηφιακή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται εκείνη που συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα και είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητα του, έχει δημιουργηθεί με μέσα που ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο και συνδέεται με τα δεδομένα στα οποία αναφέρεται, με τρόπο ώστε να μπορεί να εντοπισθεί επακόλουθη αλλοίωση των δεδομένων. Για τη δημιουργία ψηφιακής υπογραφής απαιτείται ο υπογράφων να κατέχει διατεταγμένο υλικό ή λογισμικό που χρησιμοποιείται για την εφαρμογή των «δεδομένων δημιουργίας της υπογραφής», για την επαλήθευση των οποίων απαιτείται η χρήση των «δεδομένων επαλήθευσης υπογραφής» (κώδικες ή δημόσια κρυπτογραφικά κλειδιά) και η έκδοση ηλεκτρονικής Βεβαίωσης, ήτοι ψηφιακού πιστοποιητικού που συνδέει μονοσήμαντα τα «δεδομένα επαλήθευσης μιας υπογραφής» (ή δημόσιο κλειδί) με ένα συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο και επιβεβαιώνει την ταυτότητα του, εξασφαλίζει τη γνησιότητα του υπογραφόμενου κατ' αυτόν τον τρόπο εγγράφου, την ακεραιότητά του, την εμπιστευτικότητα και τη μη αποποίηση της ευθύνης του υπογράφοντος. Η ψηφιακή υπογραφή που βασίζεται σε αναγνωρισμένο πιστοποιητικό, ήτοι ηλεκτρονική βεβαίωση που εκδίδεται από «πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης» και δημιουργείται από ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφής, ήτοι από διάταξη που διασφαλίζει αφενός ότι τα δεδομένα δημιουργίας υπογραφής που χρησιμοποιήθηκαν είναι κατ' ουσίαν μοναδικά και απόρρητα και δεν μπορούν με εύλογη βεβαιότητα να αντληθούν από αλλού, ενώ προστατεύονται αποτελεσματικά από το νομίμως υπογράφοντα κατά της χρησιμοποίησής τους από τρίτους και αφετέρου ότι η υπογραφή προστατεύεται από πλαστογραφία με τα μέσα της σύγχρονης τεχνολογίας, επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής, τόσο κατά το ουσιαστικό όσο και κατά το δικονομικό δίκαιο, ενώ συνιστά μέθοδο απόδειξης της γνησιότητας του

Αριθμός απόφασης: 91/2021

ηλεκτρονικού εγγράφου. Επομένως, τα ηλεκτρονικά έγγραφα που φέρουν ασφαλή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή εξομοιώνονται, από πλευράς έννομων συνεπειών, πλήρως, με τα ιδιοχείρως υπογεγραμμένα έγγραφα και αναπτύσσουν αυξημένη αποδεικτική δύναμη και, εφόσον η γνησιότητα του περιεχομένου τους δεν αμφισβητείται, αποτελούν πλήρη απόδειξη ότι η δήλωση που περιέχουν προέρχεται από τον ψηφιακώς υπογράφοντα. Τα πιστοποιητικά δημιουργίας ψηφιακής υπογραφής που έχουν εκδοθεί από φορέα παροχής υπηρεσιών πιστοποίησης εγκατεστημένο σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στους καλυπτόμενους από τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την ηλεκτρονική υπογραφή τομείς, συνεπάγονται τις ίδιες έννομες συνέπειες με τις αντίστοιχες υπηρεσίες πιστοποίησης, που παρέχονται από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος είναι εγκατεστημένος στην Ελλάδα, τα δε προϊόντα ψηφιακής υπογραφής, τα οποία συνάδουν με την κείμενη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, συνεπάγονται τις ίδιες έννομες συνέπειες με τα αντίστοιχα προϊόντα ψηφιακής υπογραφής, τα οποία προέρχονται από την Ελλάδα (ΕΛΣυν 1739/2016 Μείζων Σύνοψη, ΔΕφΘεσ 26/2020). Περαιτέρω, ενόψει των άρθρων 3.1 και 4.2 της διακήρυξης γίνεται δεκτό ότι οι υπεύθυνες δηλώσεις που υποβάλλονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον υποψήφιο ανάδοχο θα πρέπει να υπογράφονται με τη χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής, στοιχείο ουσιώδες ώστε η δήλωση να είναι έγκυρη. Εξάλλου, πλήρης και ολοκληρωμένη καθίσταται η ηλεκτρονική υπογραφή μόνο εφόσον συνοδεύεται η πιστοποίηση αυτής από εγκεκριμένο πιστοποιητικό που βρίσκεται σε ισχύ, δεν είναι δε έγκυρη η υπογραφή αυτή όταν η διάρκεια ισχύος του πιστοποιητικού έχει λήξει (ΔΕφΘεσ 49/2020, καθώς και ΔΕφΑθ ΑΝ 265/2020 που επικύρωσε την ΑΕΠΠ 667/2020). Στην εξεταζόμενη περίπτωση, ο αναδειχθείς οριστικός ανάδοχος προσκόμισε δύο (2) υπεύθυνες δηλώσεις προς απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και συγκεκριμένα δύο υπεύθυνες δηλώσεις με φερόμενη ημερομηνία υπογραφής την 02-09-2020 περί μη υπέρβασης του ανώτατου επιτρεπόμενου ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εκτελούμενων συμβάσεων, ιδιότητα που τίθεται επί ποινή αποκλεισμού βάσει του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης. Ωστόσο, οι υπεύθυνες αυτές δηλώσεις υπογράφηκαν με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή στις 02-09-2020, χωρίς, όμως, η υπογραφή αυτή να υποστηρίζεται από εν ισχύ

Αριθμός απόφασης: 91/2021

εγκεκριμένο πιστοποιητικό. Κατά τούτο, δεν προκύπτει η ταυτοποίηση του υπογράφοντος τις υπεύθυνες δηλώσεις και η πραγματική του δέσμευση έναντι της αναθέτουσας αρχής για την αλήθεια των δηλούμενων, η έλλειψη δε αυτή είναι ουσιώδης και συνεπώς η προσφορά του αναδειχθέντος οριστικού αναδόχου είναι απορριπτέα, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 της διακήρυξης και το άρθρο 103 του ν.4412/2016. Ως εκ τούτου δεκτός ως βάσιμος τυγχάνει ο πρώτος λόγος προσφυγής, απορριπτέος ως αβάσιμος ο σχετικός λόγος παρέμβασης και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί εξ αυτού του λόγου.

13. Επειδή, όσον αφορά την παράλειψη υποβολής της Υ.Δ. του άρθρου 23.3 περ. β και 23.3 περ. ε της διακήρυξης, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 23.3 περ. β της διακήρυξης «Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσα: 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)⁶⁷ 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.

Αριθμός απόφασης: 91/2021

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. - υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.». Επίσης, κατά τον όρο 23.3 περ. ε της διακήρυξης προβλέπεται ότι «(ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού.». Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης ο προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης στις 3-9-2020 υπέβαλε τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (κατακύρωσης), στα οποία, όμως, δεν περιλαμβάνονταν οι προβλεπόμενες στο άρθρο 23.3 β) και ε) υπεύθυνες δηλώσεις του ότι αφενός δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, προς απόδειξη ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο αναφερόμενος στο άρθρο 22.Α2 της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού, και αφετέρου ότι για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22 της διακήρυξης δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ωστόσο, ο

Αριθμός απόφασης: 91/2021

διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό (πρβλ. ΣΤΕ (ΕΑ)19/11, ΣΤΕ 1329/08, ΔΕφΑθ (Ασφ) 318/2013, ΔΕφ/Λαρ 7/2013), διαφορετικά εφόσον η προσκόμιση των δικαιολογητικών έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, τότε ο διαγωνιζόμενος πρέπει να αποκλειστεί, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011), άλλως καθίσταται μη νόμιμη η σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ειδικώς, σε σχέση με την υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 23.3 β) και ε) της διακήρυξης, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι ήταν αρκετή η υποβολή των προβλεπόμενων ασφαλιστικών και φορολογικών ενημεροτήτων, η βεβαίωση του ΜΕΕΠ, οι βεβαιώσεις περί ανεκτέλεστου υπολοίπου, οι βεβαιώσεις του επαγγελματικού φορέα και τα πιστοποιητικά του οικείου Πρωτοδικείου, ώστε η παράλειψη υποβολής των ως άνω προβλεπόμενων υπεύθυνων δηλώσεων δεν άγει υποχρεωτικώς σε απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Ο ως άνω ισχυρισμός όμως είναι αβάσιμος. Τούτο δε, διότι, όπως ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 23.3. της διακήρυξης, για την απόδειξη ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και ότι αυτό δεν έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, οφείλει, επιπλέον των φορολογικών και ασφαλιστικών ενημεροτήτων, να υποβάλει και υπεύθυνη δήλωση με το ως άνω περιεχόμενο, ότι δηλαδή δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και ότι αυτό δεν έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Διαφορετικά, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η αναθέτουσα αρχή κατά δεσμία αρμοδιότητα οφείλει να απορρίψει την προσφορά του. Η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα, εξάλλου, αποδεικνύει ότι ο φορέας για τον οποίο εκδίδεται δεν οφείλει ή έχει ρυθμίσει τυχόν οφειλές του, κατά τον χρόνο κατά τον οποίο εκδίδεται και όχι ότι δεν έχει αθετήσει τις σχετικές του υποχρεώσεις κατά το παρελθόν. Τα ανάλογα δε προσήκουν και όσον αφορά στην υπεύθυνη δήλωση του όρου

Αριθμός απόφασης: 91/2021

23.3 περ. ε). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα εκ του λόγου παράλειψης προσκόμισης από τον αναδειχθέντα ανάδοχο των ως άνω δύο υπεύθυνων δηλώσεων. Απορριπτέος ως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι μπορούσαν να ζητηθούν πρόσθετα δικαιολογητικά ή διευκρινήσεις σχετικά με τις ως άνω ελλείψεις. Και τούτο, διότι από τις διατυπώσεις του άρθρου 4.2 της διακήρυξης δεν καθιερώνεται καμία δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή μετά την παρέλευση της ταχθείσας προθεσμίας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο να τάξει νέα, μετά παράταση, προθεσμία για την υποβολή τους, για οποιοδήποτε λόγο. Αντιθέτως, αν τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά δεν υποβληθούν στον προκαθορισμένο χρόνο και κατά τις προβλεπόμενες απαιτήσεις ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει εμπρόθεσμα αίτημα για παράταση μέχρι να του χορηγηθούν τα ελλείποντα δικαιολογητικά, των οποίων την έκδοση να έχει αποδεδειγμένα αιτηθεί ή 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 διακήρυξης, απορρίπτεται η προσφορά του. Κατά συνέπεια, λόγω των ως άνω ελλείψεων στα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (κατακύρωσης) που υπέβαλε ο παρεμβαίνων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά του, η δε προσβαλλόμενη με την οποία αποφασίζεται η οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα. Τούτων δοθέντων, έπεται ότι πρέπει να γίνουν δεκτοί οι δεύτερος και τρίτος λόγοι της κρινόμενης προσφυγής και αντίθετα να απορριφθούν οι σχετικοί λόγοι παρέμβασης, η δε προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί εκ των λόγων αυτών.

14. Επειδή, κατόπιν όσων κρίθηκαν στις σκέψεις 12 και 13 της παρούσας, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί για τους λόγους που αναλύονται σε αυτές και ως εκ τούτου παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων προσφυγής ως αλυσιτελώς προβαλλόμενων.

15. Επειδή, ύστερα από τις ανωτέρω σκέψεις, το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ******* , ποσού 3.225,81€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 91/2021

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. 1032/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του *** , κατά τα αναλυθέντα στις σκέψεις 12 και 13 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του με κωδικό *** ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 3.225,81€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Αγ.Ιωάννη Ρέντη στις 28-12-2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 18-1-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ