

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 17 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος - Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 7/9/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1357/8-9-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία με την επωνυμία «***** ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» η οποία εδρεύει στην *****, οδός *****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ΔΗΜΟΥ ***** που εδρεύει στο *****, οδός ***** και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***/2023 που περιέχεται στο πρακτικό συνεδρίασης 23/2023 με θέμα 2ο: «Έγκριση του 2ου πρακτικού δημοπράτησης (αξιολόγησης δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) του έργου: Έργασίες αλλαγής χρήσης νομίμως υφιστάμενου κτιρίου από στέγαστρο σφαγής ζώων σε καταφύγιο αδέσποτων ζώων συντροφιάς και διαμόρφωση περιβάλλοντος χώρου οικοπέδου' προϋπολογισμού 220.000,00 (πλέον Φ.Π.Α. 24%)».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.100,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 200.000,00 ευρώ

Αριθμός απόφασης: 1616/2023

(κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: *****).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 29/12/2022 που εγκρίθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***/2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου «Εργασίες αλλαγής χρήσης νομίμως υφιστάμενου κτιρίου από στέγαστρο σφαγής ζώων σε καταφύγιο αδέσποτων ζώων συντροφιάς και διαμόρφωση περιβάλλοντος χώρου οικοπέδου» εκτιμώμενης αξίας 200.000,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29/12/2022 (ΑΔΑΜ: *****) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α *****. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 30/1/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα που υπέβαλε την προσφορά της στις 30/1/2023. Οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς κατετάγησαν κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής: 1) ***** ΕΕ με έκπτωση 31,58%, β) ***** Α.Τ.Ε. (προσφεύγουσα) με έκπτωση 22,88%, γ) ***** με έκπτωση 15,87%, δ) ***** με έκπτωση 13,36 % και ε) ***** Α.Τ.Ε. με έκπτωση 3,88%.

4. Με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***/2023 αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό η μειοδότρια και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η ήδη προσφεύγουσα που είχε καταταγεί δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας. Κατόπιν της κοινοποίησης της παραπάνω απόφασης σε όλους τους συμμετέχοντες στις 2/6/2023, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε στις 13/6/2023, με τη με αριθμό πρωτ. 5864/13-6-2023 πρόσκληση, την προσφεύγουσα να προσκομίσει δικαιολογητικά κατακύρωσης.

5. Στις 23/6/2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, στον οποίο περιέχονταν, μεταξύ άλλων, πιστοποιητικά φορολογικής ενημερότητας με αριθμούς 76031863 (χρόνος ισχύος από 28/12/2022 έως και 28/1/2023) και 77347549 (χρόνος ισχύος από 28/5/2023 μέχρι και 28/6/2023). Στον ίδιο φάκελο περιέχονταν, επίσης, μηνιαίες ενημερώσεις φορολογικού λογαριασμού, μεταξύ των οποίων και η ενημέρωση μηνός Ιανουαρίου 2023, σύμφωνα με την οποία, κατόπιν διαδοχικών

καταβολών που έλαβαν χώρα στις 30/1/2023 και 31/1/2023, η προσφεύγουσα δεν είχε ληξιπρόθεσμες φορολογικές οφειλές στο τέλος του μήνα (31/1/2023).

6. Στις 26/6/2023 η αναθέτουσα αρχή, αφού διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα δεν είχε υποβάλει πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (30/1/2023), την κάλεσε να το συμπληρώσει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4.2.γ' της Διακήρυξης που αντιστοιχούν σε αυτές του άρθρου 103 ν. 4412/2016. Στις 6/7/2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εκ νέου τα υποβληθέντα με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης στοιχεία σχετικά με την καταβολή φόρων, χωρίς, όμως, να υποβάλει φορολογική ενημερότητα με διάρκεια ισχύος που να καταλαμβάνει την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της.

7. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας και αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι δεν είχε υποβληθεί πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας για τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (30/1/2023), ενώ *«οι μηνιαίες κινήσεις ενημερώσεων φορολογικού λογαριασμού, δεν αποτελούν και δεν αντιστοιχούν σε αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας (σύμφωνα με τα οριζόμενα του άρθρου 23 της Διακήρυξης)»*. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 28/8/2023.

8. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

9. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγο κατά του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

10. Με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης αποκλεισμού της από τον

διαγωνισμό ισχυριζόμενη ότι, όπως προκύπτει από τα προσκομισθέντα στοιχεία, ήτοι τις μηνιαίες ενημερώσεις του φορολογικού λογαριασμού της, τα σημειώματα και τα αποδεικτικά πληρωμής βεβαιωμένων οφειλών, έχει υπαχθεί σε δεσμευτικό διακανονισμό των φορολογικών της οφειλών, τον οποίο τηρεί απαρέγκλιτα. Κατά τους ισχυρισμούς της, ήταν φορολογικά ενήμερη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, πράγμα που αποδεικνύεται από τα έγγραφα που προσκόμισε. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αποκλεισμός για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας είναι αντίθετος προς τη Διακήρυξη, η οποία δεν αποκλείει την απόδειξη της τήρησης των φορολογικών υποχρεώσεων του διαγωνιζόμενου με οποιοδήποτε πρόσφορο αποδεικτικό μέσο, ούτε επιβάλλει την απόδειξή της αποκλειστικά με πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας.

11. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει με τις κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς διατάξεις τα εξής: «4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης. ... γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά ή σε έντυπη μορφή, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις, κατά την έννοια του άρθρου 102 ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, 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 δημόσιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως 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 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. δ) Αν, κατά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι εκ προθέσεως απατηλά ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) 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 συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσωςεπόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. ...

22.A. Λόγοι αποκλεισμού. Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα 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: ... 2.A.2.α) 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 ή την εθνική νομοθεσία ...

23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα). Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας. 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α. Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας¹⁴³: 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: β1) πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας, που εκδίδεται από την Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Εσόδων (Α.Α.Δ.Ε.), για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη ...».

12. Από τον συνδυασμό των προπαρατεθεισών διατάξεων της Διακήρυξης προκύπτει ότι, για την παραδεκτή συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να εκπληρώνουν τις φορολογικές τους υποχρεώσεις και να αποδεικνύουν της εκπλήρωσή τους κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύναψης της σύμβασης. Έτσι, κατά το στάδιο της κατακύρωσης υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο, μεταξύ άλλων, πιστοποιητικά ότι είναι φορολογικά ενήμερος σε δύο χρόνους, αυτόν της υποβολής της προσφοράς και αυτόν της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. ΣτΕ 1939/2022). Τέλος, από τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 23.3 της Διακήρυξης, προκύπτει ότι οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδεικνύουν τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.Α.2.α, ήτοι την τήρηση των φορολογικών τους υποχρεώσεων, με την προσκόμιση πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας εκδιδόμενου από την ΑΑΔΕ, χωρίς να επιτρέπεται η υποκατάσταση αυτού του δικαιολογητικού με οποιοδήποτε άλλο αποδεικτικό μέσο.

13. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη και με δεδομένο ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε, ούτε κατόπιν κλήσης της από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 ν. 4412/2016,

πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της – πράγμα το οποίο δεν αμφισβητείται με την προδικαστική προσφυγή - νόμιμα και σύμφωνα με τη Διακήρυξη αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Ενόψει δε της προπαρατεθείσας διάταξης του άρθρου 23.3.β1 της Διακήρυξης, το επίμαχο πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας δεν μπορούσε να υποκατασταθεί από κανένα άλλο αποδεικτικό μέσο (πρβλ. ΔΕΦΘεσ/νίκης 166/2019), και δη από τις μηνιαίες ενημερώσεις φορολογικού λογαριασμού και τα αποδεικτικά πληρωμής φορολογικών υποχρεώσεων, απορριπτόμενων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Νοεμβρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ