

Η

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

-----

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Πουλοπούλου Αγγελική και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6-8-2020 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1068/7-8-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 27-7-2020, με αρ. Φ.916.8/06/46342 Απόφαση της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού απέκλεισε τον προσφεύγοντα Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος τον απέκλεισε στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου για την ....., εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 524.193,55 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ .....την 3-7-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ με συστημικό α/α .....

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...., ποσού 2.620,97 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 6-8-2020 εμβάσματος .....

2. Επειδή, η από 6-8-2020 προσφυγή εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της από 27-8-2020 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης νέου προσωρινού αναδόχου αναδόχου, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης έργου, εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, καθ' ο μέρος δι' αυτής απεκλείσθη ο προσφεύγων, πρώτον, διότι η εγγυητική συμμετοχής του δεν απευθύνεται προς το ....., αλλά προς το .....και δεύτερον, διότι δεν συμπλήρωσε στο ΤΕΥΔ του ή σε αυτοτελή υπευθυνη δήλωση τους λόγους μη αποκλεισμού περί επιβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ. Η δε αναθέτουσα με τις από 12-8-2020 Απόψεις της αιτείται την απόρριψη της προσφυγής. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά την πρώτη βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος, η αναθέτουσα αρχή συνιστά οργανική μονάδα υπαγόμενη στο .....που με τη σειρά του συνιστά υπηρεσία υπαγόμενη στο .....και άρα, στο νομικό πρόσωπο του κράτους. Κατά τον δε επικαλούμενο από την αναθέτουσα προς στήριξη του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, όρο 15.2 της διακήρυξης, οι εγγυητικές συμμετοχής, κατ' άρ. 72 παρ. 4 Ν. 4412/20106 πρέπει να περιλαμβάνει και «τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής του έργου ... προς τον οποίο απευθύνονται». Ουδόλως δε προσδιορίστηκε και δη με σαφή τρόπο ότι πρέπει ειδικώς να αναγραφεί ως τέτοιο πρόσωπο το ....., παρά αορίστως η διακήρυξη αναφέρεται στον προς ον η εγγυητική, ως αυτόν «προς τον οποίο απευθύνεται», επανειλημμένα στον όρο 15.2 της διακήρυξης, ενώ στο ως άνω σημ. γ' του παραπάνω όρου μάλιστα, κατέλειψε ασυμπλήρωτα

τα αποσιωπητικά («...») μετά τη φράση «κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής του έργου». Εξάλλου, δεν προκύπτει κάποιο τυχόν υπόδειγμα εγγυητικής συμμετοχής στα έγγραφα της διαδικασίας. Ο δε προσφεύγων απηύθυνε την εγγυητική συμμετοχής του, του ....., προς το «.....», δηλαδή ακριβώς προς την αρμόδια για τη διενέργεια του διαγωνισμού και ενεργούσα ως αναθέτουσα αρχή, υπηρεσία. Άλλωστε, το άρ. 1 της διακήρυξης αναφέρει ως αναθέτουσα αρχή, στο σημ. 1.1 αυτού το «.....» αυτολεξεί με τα περαιτέρω στοιχεία της οικείας υπηρεσίας, ορίζει αυτήν κατά το σημ. 1.4 ως Προϊσταμένη Αρχή και κατά τον όρο 1.6 ως αρμόδιο τεχνικό συμβούλιο αυτό της ίδιας υπηρεσίας. Και ναι μεν, τυπικά κύριος του έργου είναι το νομικό πρόσωπο του Κράτους, δηλαδή το ..... πλην όμως αφενός ούτως ή άλλως το .....και αυτό ανήκει στο νομικό πρόσωπο του Κράτους και δη, στο ....., αλλά και περαιτέρω και στο .....ως επιμέρους οργανική του μονάδα και άρα, δεν προκύπτει απεύθυνση της εγγυητικής προς άλλο νομικό πρόσωπο ή τυχόν σε άλλη ιεραρχική δομή του Ελληνικού Δημοσίου ή σε άλλη ιεραρχική δομή πέραν του ..... (επί παραδείγματι σε μονάδα άλλου Υπουργείου ή σε μονάδα εκτός .....) ούτε, εξάλλου, υφίσταται οιαδήποτε διαφορά ως προς τον εν τέλει δικαιούχο της εγγυητικής και των εξ αυτής δικαιωμάτων τα οποία αφορούν το νομικό πρόσωπο προς το οποίο απευθύνεται η εγγυητική, αφετέρου, ούτως ή άλλως είναι όλως εύλογο, σε περιπτώσεις διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με αναθέτουσα αρχή ανήκουσα σε οργανική μονάδα του Κράτους, λόγω της οικείας πολυπλοκότητας οργάνωσης του Κράτους και της συμπερίληψης στο νομικό πρόσωπο του Ελληνικού Δημοσίου πλήθος ετερόκλητου αντικειμένου και όλως διακριτού σκοπού, φορέων και υπηρεσιών, οι προσφέροντες να απευθύνουν την εγγυητική τους προς την επιμέρους υπηρεσία και όχι προς το Ελληνικό Δημόσιο αυτό καθαυτό ή την ανώτερη της διενεργούσας τον διαγωνισμό υπηρεσίας, έτερης υπηρεσίας, χωρίς εξάλλου τούτο να επάγεται οιαδήποτε διαφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει το πιστωτικό ίδρυμα εκ της εγγυητικής και ως προς τον δικαιούχο των οικείων αξιώσεων που ούτως ή άλλως είναι το Ελληνικό Δημόσιο, πολλώ δε μάλλον όταν η οικεία υπηρεσία ορίζεται ρητά ως αναθέτουσα αρχή και δεν υφίσταται

καν υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής, με αποτέλεσμα, όπως εν προκειμένω, εξάλλου, ακόμη και αν η αναθέτουσα ειδικώς σκοπούσε στην απαίτηση απεύθυνσης της εγγυητικής συμμετοχής προς το Ελληνικό Δημόσιο ή/και το ..... και όχι στην επιμέρους οργανική μονάδα του ..... και άρα και του Ελληνικού Δημοσίου, που διενεργεί τη διαδικασία και ορίζεται ως αναθέτουσα αρχή, να όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα, χωρίς να υφίσταται ελλείψει τούτου έρεισμα αποκλεισμού προσφέροντος εκ μόνου τούτου του λόγου. Αλυσιτελώς δε η αναθέτουσα μνημονεύει στις Απόψεις της, την παράλειψη του προσφεύγοντα να συμπεριλάβει στην εγγυητική συμμετοχής του και τον αρ. διακήρυξης, αφενός διότι ούτε δια των Απόψεων αυτών επικαλείται η αναθέτουσα τούτο ως σαφές έρεισμα συμπληρωματικής αιτιολογίας αποκλεισμού του, εξηγώντας μάλιστα η ίδια ότι σε κάθε περίπτωση η εγγυητική περιείχε τον αριθμό ΚΗΜΔΗΣ της διακήρυξης, αφετέρου, επειδή, κατά τον όρο 15.2.η της διακήρυξης, πρέπει να αναφερθεί «αριθμός, έτος, τίτλος έργου», ο δε αριθμός ΚΗΜΔΗΣ που αναγράφεται σε κάθε σελίδα της διακήρυξης και ευλόγως μπορεί να γίνει αντιληπτός από κάθε διαγωνιζόμενο ως αριθμός διακήρυξης, αλλά και συνιστά μοναδικό αριθμό της διακήρυξης που προσδιορίζει αποκλειστικά αυτήν, ενώ εξάλλου δεν καταλείπει καμία αμφιβολία περί της ταυτότητας της τελευταίας και άρα, ορθώς η αναθέτουσα δεν απέκλεισε τον προσφεύγοντα για αυτόν τον λόγο, ενώ και αν ακόμη τον είχε προς τούτο αποκλείσει, τούτο δεν θα ήταν νόμιμο. Επομένως, ο πρώτος λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η πρώτη οικεία βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος.

4. Επειδή, όσον αφορά τη δεύτερη βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος, προκύπτει ότι κατά τον όρο 22.Α.2.α της διακήρυξης, ορίζεται ως λόγος αποκλεισμού προσφέροντος η εις βάρος του επιλογή εντός 2 ετών πριν την ημερομηνία λήξης υποβολής προσφοράς, 3 πράξεων επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ (υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας) εκ 3 αυτοτελών ελέγχων ή 2 τέτοιων πράξεων για παραβάσεις περί αδήλωτης εργασίας εκ 2 αυτοτελών ελέγχων, σε κάθε δε περίπτωση, οι κυρώσεις θα πρέπει να έχουν

αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Η αναθέτουσα συμπεριέλαβε στα έγγραφα της διαδικασίας, δημοσιευμένο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, υπόδειγμα ΤΕΥΔ προς συμπλήρωση, στο ΜΕΡΟΣ II ΕΝΟΤΗΤΑ Β ΛΟΓΟΙ ΠΟΥ ΣΧΕΤΙΖΟΝΤΑΙ ΜΕ ΤΗΝ ΚΑΤΑΒΟΛΗ ΦΟΡΩΝ Ή ΕΙΣΦΟΡΩΝ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ του οποίου, τίθενται ερωτήματα περί εκπλήρωσης φορολογικών και ασφαλιστικών υποχρεώσεων, αλλά και περί διαπίστωσης αθέτησης υποχρεώσεων, με διακρίσεις επιμέρους περί διαπίστωσης αθέτησης των υποχρεώσεων μέσω δικαστικής ή διοικητικής απόφασης και δη, με δεσμευτική και τελεσίδικη ισχύ. Στη δε ΕΝΟΤΗΤΑ Γ του ίδιου ΜΕΡΟΥΣ III, τίθεται ερώτημα περί παράβασης υποχρεώσεων κοινωνικού ή εργατικού δικαίου. Ο δε προσφεύγων υπέβαλε συμπληρωμένο το ως άνω υπόδειγμα ΤΕΥΔ με αρνητικές απαντήσεις στα περί ερωτήματα, δηλώνοντας μάλιστα με επιμέλεις και την εκ μέρους του οφειλή ποσών ασφαλιστικών εισφορών, ως και την υπαγωγή του σε ρύθμιση με μνεία των οικείων αρ. πρωτοκόλλου ΚΕΑΟ των οικείων ρυθμίσεων πληρωμής. Η αναθέτουσα που δεν περιέλαβε στο υπόδειγμα ΤΕΥΔ, που κατά τον όρο 2.1.γ της διακήρυξης θεσπίσθηκε ως έγγραφο της σύμβασης και άρα, αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, απέκλεισε τον προσφεύγοντα επειδή δεν τροποποίησε ο ίδιος το ΤΕΥΔ, ώστε να συμπεριλάβει ερώτημα ειδικό περί του λόγου αποκλεισμού 22.Α2.α ή δεν υπέβαλε αυτοτελή περί τούτου υπεύθυνη δήλωση, επικαλούμενη δε, ότι δεν είναι δυνατόν να τροποποιήσει η ίδια το ΤΕΥΔ που αυτή όρισε ως αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης και διέθεσε προς συμπλήρωση στους διαγωνιζόμενους, εν τέλει αποκλείοντας τους 3 εκ των 5 συνολικά, για αυτόν ακριβώς τον λόγο. Οι ισχυρισμοί αυτοί της αναθέτουσας προβάλλονται αβασίμως, αφού φυσικά και δυνατό να μεταβάλει το προς συμπλήρωση ΤΕΥΔ αν έκρινε ότι έπρεπε να απαντηθούν επιπλέον ερωτήματα ή ακόμη και με σαφήνεια να προβλέπει την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης για τυχόν μη συμπεριλαμβανόμενα σε αυτό ζητήματα, πράγμα που ουδόλως έπραξε ενώ ο όρος 24.2 της διακήρυξης, όρισε το ΤΕΥΔ ως αποκλειστικό μαζί με την εγγυητική συμμετοχής, δικαιολογητικό συμμετοχής, αλλά και ο όρος 23.1 το προέβλεψε ως μόνο μέσο απόδειξης έλλειψης λόγων αποκλεισμού. Περαιτέρω,

ο όρος 23.3.ββ ρητά ορίζει την υπεύθυνη δήλωση του λόγου αποκλεισμού 22.2.α ως δικαιολογητικό κατακύρωσης και άρα, προφανώς δεν θα ήταν δυνατόν να γίνει αντιληπτό ότι ζητείται το ίδιο έγγραφο, που προβλέπεται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης και ως δικαιολογητικό συμμετοχής, πολλώ δε μάλλον χωρίς να προβλέπεται ως δικαιολογητικό συμμετοχής.

Ούτε είναι εύλογο και σύμφωνο με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του καλόπιστου διαγωνιζομένου από σφάλματα της αναθέτουσας αρχής, να αναμένεται από τους μετέχοντες, κατά δική τους προσωπική ερμηνεία να προσθέτουν ερωτήματα δικής τους συντάξεως στο ΤΕΥΔ τους ή να υποβάλλουν συμπληρωματικές μη προβλεπόμενες από τη διακήρυξη δηλώσεις. Δια της παράλειψης τέτοιου ειδικού ερωτήματος περί του συγκεκριμένου υπόπ 22.2.Α λόγου αποκλεισμού στο ΤΕΥΔ, ευλόγως ο καλόπιστος διαγωνιζόμενος θα συμπεραίνει ότι αρκεί να υποβάλει το οικείο δικαιολογητικό κατακύρωσης, ήτοι την κατ' άρ. 23.3.ββ υπεύθυνη δήλωση κατά τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τα ανωτέρω εξάλλου αναγνωρίστηκαν από την ίδια την αναθέτουσα, η οποία στις Απόψεις της αναφέρει ότι «Πράγματι υφίσταται ασάφεια μεταξύ διακήρυξης και ΤΕΥΔ, η οποία δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα της Αναθέτουσας Αρχής.». Πέραν του αν η παράλειψη ανάγεται σε έλλειψη των πρότυπων τευχών ΤΕΥΔ της ΕΑΑΔΗΣΥ, σε κάθε περίπτωση αυτή ανάγεται στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας και πάντως όχι των διαγωνιζομένων. Η δε αναθέτουσα όφειλε να μη χρησιμοποιήσει τη δική της παράλειψη εις βάρος των διαγωνιζομένων, ενώ σε κάθε περίπτωση, κατά τα ανωτέρω, ελλειπόντος του οικείου ερωτήματος στο ΕΕΕΣ της διακήρυξης, δεν υφίστατο εξ αρχής υποχρέωση των μετεχόντων να απαντήσουν μη τεθέν ερώτημα ούτε κατά την προσφορά τους να υποβάλουν κάτι άλλο, άρα δεν υφίσταται και πλημμέλεια των διαγωνιζομένων δικαιολογούσα τον προς τούτο αποκλεισμό τους. Τούτο, πολλώ δε μάλλον, αφού η αναθέτουσα είχε ούτως ή άλλως εξ αρχής την κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ευχέρεια όπως ζητήσει ήδη πριν την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, από το σύνολο των μετεχόντων, δικαιολογητικά οριστικής απόδειξης, όπως τα προβλεπόμενα του ως άνω λόγου

αποκλεισμού 22.2.Α, ευχέρεια που μάλιστα κατά νόμο τίθεται ακριβώς προς τη διασφάλιση της ορθής διεξαγωγής της διαδικασίας. Επιπλέον, ουδόλως η παραπάνω υπαγόμενη στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας έλλειψη στο ΤΕΥΔ, είναι δυνατόν να επάγεται υποχρέωση των μετεχόντων, επί ποινή αποκλεισμού τους είτε να υποβάλουν μη ζητούμενα δικαιολογητικά είτε να αλλάξουν το συνημμένο στη διακήρυξη ΤΕΥΔ και να επέμβουν ούτως αυτόβουλα και με δικό τους κίνδυνο στα έγγραφα της σύμβασης είτε να ζητήσουν διευκρίνιση προς υπόδειξη στην αναθέτουσα να διορθώσει σφάλμα για το οποίο η ίδια είναι υπεύθυνη, το οποίο σφάλμα μάλιστα οφείλουν και να το αντιληφθούν και να το ερμηνεύσουν ως ακούσια παράλειψη της αναθέτουσας. Οι δε προσφέροντες όφειλαν να συμμορφωθούν με όσα με σαφήνεια η αναθέτουσα όρισε, υποβάλλοντας όσα η ίδια ρητά ζήτησε και στα έντυπα που η ίδια διαμόρφωσε και όχι να ερμηνεύουν τα έγγραφα της σύμβασης, να ελέγχουν αυτά για σφάλματα, υπεισερχόμενοι στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας και να συμβουλεύουν την αναθέτουσα περί της ορθής διαμόρφωσης τους ή να τα διαμορφώνουν οι ίδιοι καθ' ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και πέραν όσων ρητά εξ αυτών ζητήθηκαν. Αντίθετη δε κρίση θα παραβίαζε την αρχή της χρηστής διοίκησης. (ad hoc κριθέντα επί αποκλεισμού προσφέροντος λόγω μη απάντησης στο ΤΕΥΔ του για λόγο αποκλεισμού για τον οποίο δεν υπήρχε ερώτημα στο προδιαμορφωμένο από την αναθέτουσα ΤΕΥΔ, σε Απόφαση ΑΕΠΠ 248/2020, επικυρωθείσα δια της ΔΕφΠειρ /2020). Επίσης, το γεγονός ότι η αναθέτουσα προς επίλυση του ως άνω ζητήματος που προκύπτει από έλλειψη των εγγράφων της σύμβασης, δέχεται μη προβλεπόμενη και μη απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση ή μεταβολή του ΤΕΥΔ από τους προσφέροντες είναι όλως διάφορο ζήτημα και τούτο διότι άλλο είναι το θέμα, πως συνεπεία της παραλείψεως της δεν δύνατο να αποκλείσει όποιον αποπειράθηκε με δικής του εμπνεύσεως τρόπους να το επιλύσει, από το ότι ουδείς διαγωνιζόμενος όφειλε να αναλάβει ο ίδιος αυτόβουλα τούτο τον κίνδυνο ή να συντάξει μη προβλεπόμενα δικαιολογητικά ή να υποβάλει δια της προσφοράς του δικαιολογητικά, προβλεφθέντα ως κατακύρωσης και ότι η αναθέτουσα δεν δύνατο νομίμως να αποκλείσει όποιον δεν έπραξε τούτο εκ περισσού, διότι

ακριβώς δεν νοείται αποκλεισμός λόγω μη υποβολής μη ζητούμενων κατά το οικείο στάδιο δικαιολογητικών ή μη υποβολής δικαιολογητικών με άλλο από το ζητούμενο και εκ της διακήρυξης ορισθέν περιεχόμενο. Επομένως, μη νομίμως ο προσφεύγων απεκλείσθη και κατά τη δεύτερη βάση αποκλεισμού του, κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου του και άρα, σε συνέχεια και της αμέσως προηγούμενης σκέψης, ο αποκλεισμός του είναι εν όλω ακυρωτέος, κατ' ακύρωση αμφοτέρων των βάσεων αυτού.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ...., ποσού 2.620,97 ευρώ.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. Φ.916.8/06/46342 Απόφαση της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ...., ποσού 2.620,97 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31-8-2020 και εκδόθηκε στις 4-9-2020.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ**