

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23 Σεπτεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή (Εισηγήτρια) και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 1036/19-08-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που κατοικοεδρεύει στην ....., οδός ..... αριθμ. .... Η προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. .... (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ .....) διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα «..... (.....)» για το έργο «ΕΠΕΚΤΑΣΕΙΣ ΔΙΚΤΥΟΥ ΚΑΙ ΣΥΝΔΕΣΕΙΣ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΩΝ 2019», εκτιμώμενης αξίας χωρίς Φ.Π.Α. 450.000 Ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η προσφυγή στρέφεται κατά της με αριθ. 336/2019 απόφασης του Δ.Σ. της ....., για τους αναλυτικά αναφερόμενους στην προσφυγή λόγους.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 2.250,00 €, με κωδικό παραβόλου ....., που έχει

## **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (Προϋπολογισθείσα αξία χωρίς Φ.Π.Α. 450.000 X 0,50%).

2. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλομένη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 07-08-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η δε ανωτέρω προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 16-08-2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλομένης.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 450.000,00 €, πλέον Φ.Π.Α. 24%. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της διακήρυξης (έργο), της ημερομηνίας δημοσίευσης αυτής στις 06-05-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ, ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή με την προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας υπερέβη τα ακραία όρια της διακριτικής του ευχέρειας παραλείποντας να την καλέσει για συμπλήρωση των δικαιολογητικών που εμπροθέσμως υπέβαλε και συγκεκριμένα για την προσκόμιση του

## **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας που από σφάλμα και λόγω των προβλημάτων υγείας του φορέα της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης δεν προσκόμισε επικαιροποιημένο. Άλλωστε η αναθέτουσα αρχή γνώριζε την φορολογική του ενημερότητα λόγω κατακύρωσης σε αυτόν, κατά το ίδιο χρονικό διάστημα, άλλης, ομοειδούς, σύμβασης. Εξάλλου δυνάμει της κανονιστικής διάταξης του άρθρου 12 του Ν.4174/2013 και της σχετικά παρεχόμενης εξουσιοδότησης στο ΕΕΕΣ, ο αναθέτων φορέας μπορούσε ευχερώς να αναζητήσει και να ανεύρει από την αρμόδια Αρχή το σχετικό δικαιολογητικό. Σε κάθε περίπτωση ο αναθέτων φορέας μη νόμιμα παρέλειψε να απαντήσει στο αίτημα της προσφεύγουσας περί χορήγησης παράτασης προς προσκόμιση του σχετικού δικαιολογητικού. Εξάλλου ακυρωτέα είναι η απόφαση και κατά το σκέλος της που αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό, είχε η ίδια οριστεί προσωρινή ανάδοχος και με την προσβαλλομένη αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς της, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στο διαγωνισμό και η ανάδειξη νέου προσωρινού αναδόχου.

7. Επειδή, στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2019, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 12α και 12β του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α 52/1.4.2019) και το οποίο τυγχάνει εφαρμογής στον επίμαχο Διαγωνισμό κατ' άρθρο 315 του ίδιου νόμου ορίζονται τα εξής: [...] Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, "εντός δέκα (10) ημερών" από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80,

## **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.».

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. [...]

4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού

### **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται».

8. Επειδή, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω η παρ. 1 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 θεσπίζει αποκλειστική προθεσμία δέκα ημερών από την πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου, εντός της οποίας υποχρεούται αυτός να υποβάλλει τα σχετικά δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, και η παρ. 2 του εν λόγω άρθρου θεσπίζει τη δυνατότητα του προσωρινού αναδόχου, με μετάθεση του βάρους απόδειξης στον ίδιο, εάν δεν προσκομίσει τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά, να υποβάλλει εντός της ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας αίτημα παράτασης αυτής υπό τους όρους της εν λόγω διατάξεως. Η παρέλευση της ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας χωρίς να έχει υποβληθεί εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου αίτημα για παράτασή της υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, δημιουργεί αυτοδίκαια απώλεια του δικαιώματος του προσωρινού αναδόχου για υποβολή ελλειπόντων δικαιολογητικών. Από την γραμματική ερμηνεία της ως άνω διάταξης ουδεμία ευχέρεια φαίνεται να καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή να προσκαλεί τον προσωρινό ανάδοχο, χορηγώντας του παράταση της προθεσμίας προς υποβολή δικαιολογητικών που ελλείπουν ή προς διευκρίνιση και συμπλήρωση των υποβληθέντων, αλλά αντιθέτως από την εν λόγω διάταξη προκύπτει ότι το βάρος και την ευθύνη

### **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

προσκόμισης των ως άνω δικαιολογητικών εντός της οριζόμενης δεκαήμερης προθεσμίας καθώς επίσης και της υποβολής αιτήματος παράτασης (συνοδευόμενο με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών), της προθεσμίας αυτής σε περίπτωση που δεν προσκομίσει αυτά εντός της ως άνω προθεσμίας ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά, φέρει αποκλειστικά και μόνο ο ίδιος ο προσωρινός ανάδοχος και δεν μετακυλίεται το βάρος και η ευθύνη αυτή στην αναθέτουσα αρχή. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, ενεργώντας με δέσμια αρμοδιότητα, ν' απορρίψει την προσφορά του προσωρινού αναδόχου εάν αυτός δεν υποβάλλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός της οριζόμενης προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από της προσκλήσεώς του, άλλως εντός της χορηγούμενης παρατάσεώς της, κατόπιν σχετικού αιτήματός του, και ο προσωρινός ανάδοχος φέρει αποκλειστικά και μόνο αυτός τον κίνδυνο απόρριψης της προσφοράς του και συνακόλουθα κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής του συμμετοχής σε περίπτωση μη προσκόμισης των απαιτούμενων δικαιολογητικών εντός της ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας ή εντός της χορηγούμενης, κατόπιν αιτήματός του, παρατάσεώς της.

9. Επειδή, τα ίδια ως άνω με την διάταξη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2019 ορίζονται και στο άρθρο 4.2 περ. α, β, γ και δ (i) και (ii) της διακήρυξης του επίμαχου έργου. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» : «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός δέκα (10) ημερών 15 τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης<sup>16</sup>. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά

## **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 4.2(α) αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογήν της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α, 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. δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή [...]απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης

## **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

Δήλωσης (ΤΕΥΔ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας.

10. Επειδή, η παράγραφος 2 του άρθρου 103 του Ν.4412/2016 αντικαταστάθηκε ως άνω αναφέρθηκε (σκέψη 7) με το άρθρο 43 παρ. 12β Ν.4605/2019, ΦΕΚ Α 52/1.4.2019, τροποποίηση που καταλαμβάνει τον υπό κρίση διαγωνισμό (ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ 06-05-2019). Επομένως, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος σύμφωνα με τον οποίο το άρθρο 14.1.5 της ΚΥΑ 117//2017 (ΥΑ 117384 ΦΕΚ Β 3821 2017): Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων σχετικά με την ανάθεση Δημ.Συμβάσεων έργων κλπ με τη χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., σύμφωνα με το οποίο : «14.1.5. Ο Οικονομικός Φορέας - προσωρινός ανάδοχος δύναται, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας), να υποβάλλει ή να συμπληρώνει τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ.2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, έπειτα από σχετική ειδοποίηση από την Αναθέτουσα Αρχή», εξακολουθεί να ισχύει και δεν καταλαμβάνεται από την ανωτέρω τροποποίηση, τυγχάνει αβάσιμος καθώς, αφενός μεν ρητώς σε αυτό αναφέρεται η υποχρέωση υποβολής ή συμπλήρωσης των δικαιολογητικών μειοδότη σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ.2 του Ν.4412/2016, εννοείται ως ισχύει κάθε φορά κι, αφετέρου το εν λόγω άρθρο θα πρέπει να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται σύμφωνα με τις ισχύουσες κάθε φορά τροποποιήσεις που, αν όχι ρητώς, πάντως και σε κάθε περίπτωση, κατά περιεχόμενο το τροποποιούν.

11. Επειδή, περαιτέρω οι ανωτέρω διατάξεις που αφορούν τον τρόπο υποβολής και συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι ειδικές κατισχύουν κάθε άλλης διάταξης που αφορά την εν γένει δυνατότητα συμπληρώσεως εγγράφων ή πρόσκληση προς υποβολή διευκρινήσεων από



## **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

την αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, τα περί του αντιθέτου ισχυριζόμενα από τον προσφεύγοντα, ιδίως περί αναλογικής εφαρμογής του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 ή /και του άρθρου 79 παρ.5 στην υπό κρίση περίπτωση, τυγχάνουν αβάσιμα. Έτι περαιτέρω, τα επανορθωτικά μέτρα της παρ. 7 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 που αναφέρει ο προσφεύγων αφορούν σύμφωνα με τον Νόμο τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εν λόγω άρθρο και ειδικότερα στις παραγράφους 1, 2γ και 4 ([...]7. «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού.»), συνεπώς δεν έχουν εφαρμογή στην υπό κρίση υπόθεση.

12. Επειδή, ακόμη, σύμφωνα με το άρθρο 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 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[...]. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 23.2 «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα): «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α εως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας[...].».

### **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

13. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση ο προσφεύγων δεν προσκόμισε στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα της δεκαήμερης προθεσμίας από της προσκλήσεώς του όλα τα απαιτούμενα από την διακήρυξη και το νόμο δικαιολογητικά και συγκεκριμένα δεν προσκόμισε τη ζητούμενη φορολογική ενημερότητα σε ισχύ την ημέρα υποβολής των δικαιολογητικών (βλ. άρθρο 23.3(β) και 23.2 της διακήρυξης).

14. Επειδή, πλέον συγκεκριμένα, στις 26-06-2019 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού πρόσκληση προς τον τότε προσωρινό ανάδοχο και νυν προσφεύγοντα προκειμένου να υποβάλλει τα προβλεπόμενα από τον Νόμο και τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η πρόσκληση της συνοδευόταν από το κάτωθι μήνυμα: «Καλείστε εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών κατά τα οριζόμενα στην παρ. 4.2α της Διακήρυξης, να υποβάλετε τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης που καθορίζονται στο άρθρο 23 της Διακήρυξης (έχοντας υπόψη και τις διατάξεις του Ν. 4605/2019 όπως ειδικότερα διευκρινίζονται ζητήματα των δικαιολογητικών κατακύρωσης στο έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με ΑΔΑ: .....)». Στις 05-07-2019 ο προσφεύγων υπέβαλλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, στα οποία περιλαμβανόταν και το με αριθμ. .... Αποδεικτικό Ενημερότητας για Χρέη στο Δημόσιο, με ισχύ για έναν μήνα, ήτοι μέχρι την 07-06-2019, ήτοι το επίμαχο αποδεικτικό υποβλήθηκε μεν εμπροθέσμως, πλην, όμως, δεν ήταν σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής του. Στη συνέχεια, στις 12-07-2019 ο προσφεύγων υπέβαλλε μέσω της επικοινωνίας στο ΕΣΗΔΗΣ νεώτερο αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας εκδοθέν στις 10-07-2019, με ισχύ για έναν μήνα, με έγγραφο του ως ακολούθως: «Σας υποβάλλω συνημμένα το υπ' αριθμ. .... ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΟ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑΣ ΓΙΑ ΧΡΕΗ ΠΡΟΣ ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ για κάθε νόμιμη χρήση, που εκ παραδρομής δεν υποβλήθηκε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου που σας κατέθεσα ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ([www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr)) και χειρόγραφα στο πρωτόκολλο της υπηρεσίας σας».

### **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

15. Επειδή, ωστόσο, το ανωτέρω από 10-07-2019 αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας αφενός μεν εκδόθηκε μετά την προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης κι, επομένως δεν ήταν σε ισχύ κατά τον κρίσιμο χρόνο (βλ. άρθρο 23.3(β) και 23.2 της διακήρυξης) κι, αφετέρου υποβλήθηκε εκπρόθεσμα στις 12-07-2019. Η αναθέτουσα αρχή νομίμως δεν έκανε δεκτό το παραπάνω δικαιολογητικό που υποβλήθηκε εκπρόθεσμα αφενός μεν ενόψει όσων εκτέθηκαν υπό σκέψεις 7-9 και 12, κι, αφετέρου διότι σύμφωνα με το άρθρο 9 της διακήρυξης «Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή δεν λαμβάνεται υπόψη». Έτσι, σύμφωνα με την παρ. 4.2(δ)ii της Διακήρυξης: «αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας». Σημειώνεται, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω υπό σκέψη 8 η αναθέτουσα αρχή, υπό τις ανωτέρω προϋποθέσεις, έχει δέσμια αρμοδιότητα ν'απορρίψει την προσφορά και δεν δικαιούται να ζητήσει διευκρινήσεις. Άλλωστε, υπό τις συνθήκες της παρούσας υπόθεσης η αναθέτουσα αρχή είχε ενώπιόν της να εξετάσει ένα δικαιολογητικό που είχε υποβληθεί εμπρόθεσμα και δεν ήταν σε ισχύ κατά τον κρίσιμο χρόνο, οπότε έπρεπε να το αξιολογήσει αναλόγως, ούτε τη μη υποβολή δικαιολογητικού διαπίστωσε ούτε άλλη έλλειψη, ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

16. Επειδή, σε ότι αφορά την υποβληθείσα στις 04-07-2019 αίτηση παράτασης της προθεσμίας υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσφεύγοντος, αυτή δεν αφορούσε την υποβολή νεώτερου/ εν ισχύ αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας αλλά τη βεβαίωση εκπλήρωσης οικονομικών εισφορών και συνοδευόταν από αίτηση χορήγησης βεβαίωσης εκπλήρωσης οικονομικών εισφορών για δημοπρασίες (προς πρώην ΕΤΑΑ-

### **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

ΤΠΕΔΕ). Σε ότι αφορά το διαβιβαστικό προς την αναθέτουσα αρχή, είχε ως εξής: «ΠΑΡΑΚΑΛΩ ΟΠΩΣ ΜΟΥ ΧΟΡΗΓΗΣΕΤΕ ΠΑΡΑΤΑΣΗ ΠΡΟΘΕΣΜΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΟΒΟΛΗ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ , ΛΟΓΟ ΑΔΥΝΑΜΙΑΣ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ ΜΟΥ ΜΕ ΤΟ Ε.Τ.Ε.Α.Ε.Π. ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΚΔΟΣΗ ΕΠΙΚΑΙΡΟΠΟΙΗΜΕΝΗΣ ΒΕΒΑΙΩΣΗΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΩΗΝ "Τ.Π.Ε.Δ.Ε." , ΧΩΡΙΣ ΔΙΚΗ ΜΟΥ ΥΠΑΙΤΙΟΤΗΤΑ». Εκ του περιεχομένου του διαβιβαστικού μηνύματος καθώς και την επισκόπηση της αιτήσεως που το συνοδεύει και η οποία απευθύνεται στο πρώην ΕΤΑΑ-ΤΠΕΔΕ προκύπτει ότι εν προκειμένω δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του Νόμου και της διακήρυξης για την υποβολή νομίμου αιτήματος περί χορήγησης παράτασης, ήτοι την υποβολή του εντός της νόμιμης προθεσμίας αλλά και την συνοδεία του αιτήματος από αποδεικτικό υποβολής αιτήματος στην αρμόδια υπηρεσία για την έκδοση του ελλείποντος πιστοποιητικού. Σύμφωνα, ακόμη, με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, η παραπάνω αίτηση παράτασης δεν απαντήθηκε καθώς διαπιστώθηκε κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν ότι η αναφερόμενη στο μήνυμα σχετική βεβαίωση είχε υποβληθεί εμπρόθεσμα (την 5-7-2019). Έτσι, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι θα έπρεπε να του χορηγηθεί παράταση για την έλλειψη οποιουδήποτε άλλου δικαιολογητικού πέρα από την βεβαίωση από το ΤΠΕΔΕ, δεν είναι βάσιμος σύμφωνα με το άρθρο 4.2(γ) της Διακήρυξης το οποίο αναφέρεται σε δυνατότητα χορήγησης παράτασης μετά από αίτηση του οικονομικού φορέα για συγκεκριμένο δικαιολογητικό για το οποίο απαιτείται και συνοδευτικό έγγραφο που να αποδεικνύει την αίτηση χορήγησής του από αρμόδια υπηρεσία.

17. Επειδή, ακόμη, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι «δεν απαιτείτο να προσκομίσω την επίμαχη φορολογική ενημερότητα σύμφωνα με το άρθρο 23.2 της Διακήρυξης που αναφέρει ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά όταν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά», επίσης, τυγχάνει απορριπτέος, καθώς, ως η αναθέτουσα αρχή βεβαιώνει με τις απόψεις της, οι φορολογικές ενημερότητες που διέθετε από άλλες διαδικασίες σύναψης σύμβασης με τον

### **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

οικονομικό φορέα δεν ήταν σε ισχύ για το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα υποβολής των δικαιολογητικών.

18. Επειδή, περαιτέρω, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι «η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων» δεν είναι βάσιμος σύμφωνα με την εγκύκλιο 1274/27-12-2013 άρθρο 1 παρ. 1 περίπτωση δ που αναφέρει: «Η προσκόμιση αποδεικτικού ενημερότητας καθίσταται υποχρεωτική στις εξής περιπτώσεις: δ. Για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς ανάληψης εκτέλεσης δημοσίων έργων ή προμηθειών από το Δημόσιο Τομέα, όπως αυτός καθορίζεται στην κείμενη νομοθεσία. Το αποδεικτικό ενημερότητας προσκομίζεται από τον υποβάλλοντα την προσφορά στην υπηρεσία που υποβάλλεται η προσφορά». Σημειώνεται ότι στο άρθρο 2 της ίδιας εγκυκλίου όπου περιλαμβάνονται οι εξαιρέσεις από το προηγούμενο άρθρο, ουδεμία σχετική εξαίρεση υπάρχει.

19. Επειδή, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι έχει σε κάθε περίπτωση αποδείξει την ύπαρξη της φορολογικής του ενημερότητας και επομένως ο αποκλεισμός του τυγχάνει μη νόμιμος και δυσανάλογος τυγχάνει απορριπτέος αφού το μεν εμπροθέσμως υποβληθέν πρώτο δικαιολογητικό δεν ήταν σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών, το δε το νεώτερο υποβληθέν δικαιολογητικό εκδόθηκε μετά την παρέλευση του κρίσιμου χρόνου υποβολής των δικαιολογητικών κι, επομένως από κανένα στοιχείο δεν αποδεικνύεται η φορολογική ενημερότητα του προσφεύγοντος στον κρίσιμο χρόνο (βλ. άρθρο 23.3(β) και 23.2 της διακήρυξης).

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, νομίμως αποφασίσθηκε με την προσβαλλόμενη η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και η κατάπτωση υπέρ της ..... της εγγυήσεως συμμετοχής του σύμφωνα με το άρθρο 4.2(δ)(ii) κ (iii) της Διακήρυξης και το αντίστοιχο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 (βλ. και υπ' αρ. 48/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ), αβάσιμοι δε τυγχάνουν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του προσφεύγοντα.

### **Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

21. Επειδή, ειδικότερα, η κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντος, επέρχεται παρακολουθηματικώς και αυτοδικαίως εκ του άρθρου 103 του Ν. 4412/2019 και του άρθρου 4.2 της διακηρύξεως συνεπεία της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, αφού συντρέχουν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις, ως ο Νόμος και η διακήρυξη ορίζουν, της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος λόγω της μη προσκόμισης εκ μέρους του της προαναφερθείσας φορολογικής ενημερότητας εντός της ορισθείσας προθεσμίας των δέκα ημερών από της προσκλήσεώς του.

22. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 ρητώς ορίζεται ότι η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει και αν ο προσφέρων δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ως εν προκειμένω που ο προσφεύγων δεν προσκόμισε την φορολογική ενημερότητα [...]Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης[...]. Επίσης κατ' άρθρο 15.4 της διακήρυξης του επίμαχου έργου «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως».

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή θα πρέπει ν'απορριφθεί.

24. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης θα πρέπει να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 2.250,00 €, με κωδικό παραβόλου .....

**Αριθμός απόφασης: 1172 / 2019**

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 2.250,00 €, με κωδικό παραβόλου .....

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 11.10.2019.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Μανδράκη**

**Ελένη Κασίκα**