

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 05 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:, Ιωάννης Κίτσος - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος – Εισηγητής, Ιωάννα Θεμελή, μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1210/07.10.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης «...», η οποία εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμό .../2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα οριστικός ανάδοχος του έργου.

Με την Παρέμβάση της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ..., ποσού €670,00 σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με τίτλο «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΧΩΡΟΥ ΣΤΗΝ Τ.Κ . ...», με τη με αρ. πρωτ. .../18-06-2019 Διακήρυξη με αντικείμενο της σύμβασης να είναι: α) Δημιουργία πλακόστρωτων χώρων κίνησης πεζών σε όλη την έκταση του οικοπέδου, β) Κατασκευή μικρού αμφιθεάτρου, γ) Πρόβλεψη κατάλληλου φωτισμού για την ανάδειξη του χώρου και του σχολείου και τοποθέτηση κατάλληλου εξοπλισμού (κάδοι απορριμμάτων, παγκάκια κλπ), δ) Κατασκευή ράμπας Α.Μ.Ε.Α. για την είσοδο στο σχολείο, ε) Κατασκευή χώρου για αθλοπαιδιές από συνθετικό χλοοτάπητα, στ) φύτευση που να χαρακτηρίζει και να αναδεικνύει φυσικό πλούτο της περιοχής. Ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... .

3. Επειδή, στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα με την παρεμβαίνουσα. Την 24-07-2019 ορίστηκε η αποσφράγιση των ηλεκτρονικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Ακολούθως, εκδόθηκε το 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού (ΕΔ) του υπόψη διαγωνισμού, το οποίο εγκρίθηκε με τη με αρ. .../2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος η παρεμβαίνουσα με ποσοστό έκπτωσης 42,00 %, ενώ η προσφεύγουσα κατετάγη δεύτερη με ποσοστό 41,13%. Μετά την πάροδο της προθεσμίας για την άσκηση προσφυγής, επί της ανωτέρω

απόφασης, η Διευθύντρια της ΔΤΥ της αναθέτουσας αρχής κάλεσε τον Προσωρινό Ανάδοχο, δηλαδή την παρεμβαίνουσα, με το με αρ. πρωτ. .../27-08-2019 έγγραφο, να προσκομίσει τα - προβλεπόμενα στα άρθρα 23.2 έως 23.8 της διακήρυξης - δικαιολογητικά κατακύρωσης της σύμβασης του έργου. Ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε το σχετικό φάκελο δικαιολογητικών, την 04-09-2019. Η ΕΔ, με το 2<sup>ο</sup> Πρακτικό της εισηγήθηκε την οριστική κατακύρωση του έργου στην παρεμβαίνουσα και η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας ενέκρινε το ως άνω 2<sup>ο</sup> Πρακτικό, με τη με αρ. .../2019 απόφασή της, ανακηρύσσοντας την παρεμβαίνουσα ως οριστική ανάδοχο.

4. Επειδή, κατά της ως άνω υπ' αριθμ. .../ 2019 απόφασης, με την οποία ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 04.10.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η προσφεύγουσα (σελ. 4 της Προσφυγής), την 25.09.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 04.10.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 08.10.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του

Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η ατομική επιχείρηση «...», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.10.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε την 18.10.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος.

8. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται επί λέξει ότι *«Στο άρθρο 23.2 της διακήρυξης, με τίτλο «Δικαιολογητικά (αποδεικτικά μέσα)» ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι γίνονται δεκτές οι υπεύθυνες δηλώσεις : «... εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών. Σημειώνεται ότι δεν απαιτείται θεώρηση του γνησίου της υπογραφής τους».* Στην προκειμένη περίπτωση, η ΔΤΥ του Δήμου ..., κάλεσε, με το από 27-08-2019 έγγραφό της, τον προσωρινό ανάδοχο, να υποβάλει τα

δικαιολογητικά κατακύρωσης που προβλέπονται στο άρθρο 23 της διακήρυξης. Ο οικονομικός φορέας, ωστόσο, μολονότι είχε εκ των ανωτέρω ρητά οριζομένων στη διακήρυξη, την υποχρέωση να προσκομίσει τις υπεύθυνες δηλώσεις με ημερομηνία μεταγενέστερη της πρόσκλησης για υποβολή των δικαιολογητικών (ήτοι, μετά την 27-08-2019), μόλα ταύτα προσκόμισε υπεύθυνες δηλώσεις με ημερομηνία 18-07-2019, ήτοι, προγενέστερες της ημερομηνίας της πρόσκλησης και, ως εκ τούτου, αντικείμενες στις επιταγές και τις απαιτήσεις της διακήρυξης (σχετ. αρ. 7). Συνεπώς, με βάση τα όσα ρητά όριζε η διακήρυξη και επιτάσσει ο νόμος 4412/2016, στο άρθρο 103, ο οικονομικός φορέας θα έπρεπε να αποκλειστεί και όχι να του ανατεθεί οριστικά η σύμβαση. Σύμφωνα με το άρθρο 23.3 της διακήρυξης (με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α»), περ. (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22, προβλέπεται ότι: «[...] Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: (α) ... (β) ... Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι - φορολογική ενημερότητα [...]. - ασφαλιστική ενημερότητα [...]. - 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». Όμοια ορίζει και η παράγραφος 2 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας ..., στο φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης που κατέθεσε, μετά τη σχετική πρόσκληση της ΔΤΥ της αναθέτουσας αρχής, περιέλαβε μεν τις απαιτούμενες ενημερότητες (φορολογική και ασφαλιστική), δεν έπραξε το ίδιο δε και με την επίσης ρητά και αναντίρρητα απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση περί μη

έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, για την αθέτηση των υποχρεώσεών του, όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Με δεδομένο δε ότι το υπόψη έγγραφο δεν εκδίδεται από κάποια δημόσια αρχή, κατόπιν υποβολής σχετικής αίτησης, ενώ ούτε ο προσωρινός ανάδοχος ζήτησε παράταση, για την προσκόμιση αυτού (ή άλλου) εγγράφου (βλ. παρ. 2 του άρθρου 103 όπως αυτό ισχύει και διέπει τον υπόψη διαγωνισμό), αλλά, αντίθετα, υπέβαλε ανεπιφύλακτα το φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης στην αναθέτουσα, χωρίς να περιλάβει την προαναφερθείσα υπεύθυνη δήλωση, έσφαλε και, για το λόγο αυτό, θα πρέπει να αποκλειστεί αυτός, καθόσον, εκ των προσκομισθέντων δικαιολογητικών δεν αποδεικνύονται όσα η διακήρυξη (άρθρο 23.3) και ο νόμος (άρθρο 73) απαιτούν, προκειμένου για τη νόμιμη ανάθεση δημόσιας σύμβασης. Ομοίως, στο άρθρο 23.3 της διακήρυξης (με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α»), περ. (γ) για την παράγραφο Α.4 του άρθρου 22, προβλέπεται ότι: «[...]Ειδικά η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα, για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς, αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων. [...] Αν διαπιστωθεί με οποιονδήποτε τρόπο ότι, στην εν λόγω χώρα εκδίδονται τα υπόψη πιστοποιητικά, η προσφορά του διαγωνιζόμενου απορρίπτεται». Και στην περίπτωση αυτή, ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπέβαλε το σχετικό δικαιολογητικά, στο φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, συνεπώς, και για το λόγο αυτό, θα πρέπει να αποκλειστεί, κατά τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016. Εξάλλου, σύμφωνα με την παρ. 17 του άρθρου 377 του Ν. 4412/2016 «Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του πιστοποιητικού που προβλέπεται στην περίπτωση ν' της παραγράφου 2 του άρθρου 80, αυτό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού». Ωστόσο, ο προσωρινός ανάδοχος, στο φάκελο

δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε, δεν περιέλαβε σχετική υπεύθυνη δήλωση, παρά ένορκη βεβαίωση (σχετ. αρ. 8), μη συμμορφούμενος, συνεπώς, με όσα ο νόμος ορίζει. Συνακόλουθα, η απαίτηση του νόμου για προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης με αυτό το περιεχόμενο, δεν πληρώθηκε, με συνέπεια να πρέπει ο οικονομικός φορέας να αποκλειστεί.».

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει την υπό κρίση προσφυγή και ισχυρίζεται επί λέξει ότι: «Σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης {...} 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 9 της διακήρυξης «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνίας" του υποσυστήματος να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, συμπεριλαμβανομένης και της οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α.». Από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται σε κάθε περίπτωση να καλεί τον υποψήφιο οικονομικό φορέα ή προσφέρων να παράσχει διευκρινίσεις ή να συμπληρώνει

τα υποβληθέντα εκ μέρους του δικαιολογητικά και δη με την προσκόμιση και νέων ακόμη εγγράφων, εφόσον αυτά φέρουν ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Η ευχέρεια δε αυτή της αναθέτουσας αρχής τρέπεται σε δέσμια αρμοδιότητα στην περίπτωση που επίκειται αποκλεισμός συμμετέχοντος από τη σχετική διαδικασία (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 952 επ.). Εν προκειμένω, από τις συνημμένες στην παρούσα παρέμβαση υπεύθυνες δηλώσεις, οι οποίες φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή από 02.09.2019, αποδεικνύεται περίτρανα ότι εκ πρόδηλης παραδρομής υπέβαλα στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης υπεύθυνες δηλώσεις με ημερομηνία προγενέστερη της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, λόγω σύγχυσης των σχετικών ηλεκτρονικών αρχείων. Σημειωτέον ότι, όπως προκύπτει και από τις διατάξεις της υπ' αριθ. 56902/215/17 (ΦΕΚ 1924 Β/02.06.2017) ΥΑ, η υπογραφή ενός αρχείου με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή, αρκεί προκειμένου να πιστοποιηθεί, αφενός ο υπογράφων το εν λόγω έγγραφο, αφετέρου ο χρόνος της υπογραφής αυτού. Δεδομένου, συνεπώς, ότι οι υπογεγραμμένες και συνημμένες στην παρούσα παρέμβαση υπεύθυνες δηλώσεις φέρουν εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή ήδη από τις 02.09.2019, δηλαδή μεταγενέστερη της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης αλλά και προγενέστερη της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί σε καμία περίπτωση ότι η υποβολή των προγενέστερων υπευθύνων δηλώσεων έλαβε χώρα προδήλως εκ παραδρομής. Συνεπώς, δεδομένου ότι πράγματι υπέβαλα υπεύθυνες δηλώσεις, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, πλην όμως αυτές είχαν εκ παραδρομής ημερομηνία προγενέστερη της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ είχα ήδη κατά το χρόνο εκείνο υπεύθυνες δηλώσεις με μεταγενέστερη της



πρόσκλησης ημερομηνία, η αναθέτουσα αρχή όφειλε εν πάση περιπτώσει να με καλέσει κατά δέσμια αρμοδιότητα προς παροχή διευκρινίσεων, ακόμη και με την προσκόμιση νέων δικαιολογητικών. Η απόρριψη, συνεπώς, της προσφοράς μου για το λόγο αυτό τυγχάνει μη νόμιμη και ο συγκεκριμένος λόγος της προδικαστικής προσφυγής απορριπτέος. Σε κάθε, τέλος, περίπτωση παραπέμπω στην ανάλυση που ακολουθεί, από την οποία αποδεικνύεται ότι η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη στη διάθεσή της αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία προκύπτουν όλες οι ζητούμενες από τις σχετικές υπεύθυνες δηλώσεις πληροφορίες, δεδομένου ότι μεταξύ ημών έχει υπογραφεί η υπ' αριθ. 6101/23-04-2019 σύμβαση για την κατασκευή του έργου «Επισκευή - Συντήρηση Σχολικών Κτιρίων και Αύλειων Χώρων Δήμου ...», για την υπογραφή της οποίας, αλλά και για την πληρωμή μου, προσκόμισα όλα τα ζητούμενα από την υπ' αριθ. 28/2018 διακήρυξη. από την παράγραφο 23.2. της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά». Η εν λόγω δε διάταξη αποτελεί αυτούσια επανάληψη της διάταξης του άρθρου 79 παρ. 6 του ν. 4412/2016. Από τη ρητή και αδιάστικτη διατύπωση του εν λόγω όρου προκύπτει ότι ο δικαιολογητικός του λόγος συνίσταται ακριβώς στην αποφυγή άτοπων και ανεπιεικών αποτελεσμάτων που δημιουργούνται στην περίπτωση που, ναι μεν ένας οικονομικός φορέας πληροί τις προβλεπόμενες προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, γεγονός το οποίο αποδεικνύεται από αποδεικτικά έγγραφα τα οποία έχει στη διάθεσή της η αναθέτουσα αρχή, πλην όμως η προσφορά του παρουσιάζει ως προς το εν λόγω σημείο ελλείψεις, γεγονός που χωρίς την εν λόγω πρόβλεψη θα οδηγούσε στον αποκλεισμό του. Εξάλλου, στην περίπτωση αυτή, η απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα αντιβαίνει και στη θεμελιώδη αρχή της αναλογικότητας, η οποία συγκαταλέγεται στις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου (ΔΕΚ απόφαση της 01.12.2011 στην υπόθεση C-145/2010 Eva Maria

*Rainer, Συλλογή 2011, I-12533). Εν προκειμένω, συνεπώς, η απόρριψη της προσφοράς μου με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισα υπεύθυνη δήλωση στην οποία να αναγράφεται ότι «δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη ή δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης» τυγχάνει μη νόμιμη για τους εξής λόγους: Πρώτον, διότι, όπως προκύπτει από το σύνολο των προσκομισθέντων υπεύθυνων δηλώσεων αλλά και των συνημμένων στην παρούσα υπευθύνων δηλώσεων, οι οποίες πρέπει να ληφθούν υπόψη κατά τα προαναφερθέντα, έχω ήδη δηλώσει υπεύθυνα και αποδεικνύεται αναμφίβολα ότι τηρώ τις υποχρεώσεις μου που απορρέουν από της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, γεγονός το οποίο καλύπτει σε κάθε περίπτωση και τη ζητούμενη δήλωση. Δεύτερον, διότι το γεγονός ότι δεν έχω καταδικαστεί με τελεσίδικη απόφαση για κάποιον από τους ανωτέρω αναφερόμενους λόγους προκύπτει ομοίως και από το ποινικό μητρώο σε συνδυασμό με το σύνολο των ασφαλιστικών και φορολογικών ενημεροτήτων που προσκόμισα, δεδομένου ότι αν πράγματι μου είχε υποβληθεί οιαδήποτε ποινή, δεν θα θεωρούμουν φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος. Τέλος, διότι, όπως προελέχθη, έχω προσκομίσει σχετικά αποδεικτικά, από τα οποία προκύπτει η πλήρης τήρηση των φορολογικών και ασφαλιστικών μου υποχρεώσεων που απορρέουν από την εθνική νομοθεσία, στο πλαίσιο της υπ' αριθ. 6101/23-04-2019 σύμβασης για την κατασκευή του έργου «Επισκευή - Συντήρηση Σχολικών Κτιρίων και Αύλειων Χώρων Δήμου ...», με αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να έχει ήδη στη διάθεσή της τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία. Προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων παραπέμπω στην ανάλυση που προηγήθηκε επί του προηγούμενου λόγου προδικαστικής προσφυγής, από την οποία προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να απορρίψει την προσφορά οικονομικού φορέα, λόγω μη υποβολής δικαιολογητικού όταν έχει ήδη στη διάθεσή της δικαιολογητικά από τα οποία αποδεικνύεται ότι πληροί τη συγκεκριμένη προϋπόθεση συμμετοχής,*

καθότι μία τέτοια ενέργεια παραβιάζει ρητές διατάξεις του οικείου νομικού πλαισίου, καθώς επίσης και τη θεμελιώδη αρχή της αναλογικότητας. Εν προκειμένω, συνεπώς, η απόρριψη της προσφοράς μου με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισα βεβαίωση μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων περί μη αναστολής των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων, τυγχάνει, ομοίως, μη νόμιμη για τους εξής λόγους: Πρώτον, διότι, όπως προκύπτει από το σύνολο των προσκομισθέντων αποδεικτικών μέσων (ιδίως τις ίδιες τις βεβαιώσεις της ΑΑΔΕ ότι τυγχάνω ενήμερος για χρέη προς το Δημόσιο), αποδεικνύεται αναμφίβολα ότι δεν έχω αναστείλει την επιχειρηματική μου δραστηριότητα (σημειώνεται ότι η νομική μορφή με την οποία λειτουργώ είναι αυτή της ατομικής επιχείρησης, τα στοιχεία της οποίας μνημονεύονται ρητώς στις εν λόγω βεβαιώσεις). Εξάλλου, το ίδιο προκύπτει και από τις βεβαιώσεις του επαγγελματικού επιμελητηρίου στο οποίο είμαι εγγεγραμμένος (ήτοι του ΤΕΕ). Δεύτερον, διότι το γεγονός ότι, όπως προελέχθη, έχω προσκομίσει σχετικά αποδεικτικά, από τα οποία προκύπτει αναμφίβολα ότι δεν έχω διακόψει την επιχειρηματική μου δραστηριότητα, στο πλαίσιο της υπ' αριθ. 6101/23-04-2019 σύμβασης για την κατασκευή του έργου «Επισκευή - Συντήρηση Σχολικών Κτιρίων και Αύλειων Χώρων Δήμου ...», με αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να έχει ήδη στη διάθεσή της τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία. Είναι δε αναμφίβολο ότι δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό ότι εκτελώ ήδη ένα έργο για το Δήμο ... και πληρώνομαι τμηματικά για αυτό, προσκομίζοντας όλα τα απαιτούμενα κατά νόμο στοιχεία, και ταυτόχρονα ότι η αναθέτουσα αρχή δεν γνωρίζει και δεν έχει στην κατοχή της στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται ότι δεν έχω αναστείλει την επιχειρηματική μου δραστηριότητα. Σύμφωνα με το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 «2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση

Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής. Αν το κράτος-μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1, στις περιπτώσεις α' και β' της παραγράφου 2 και στην περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας». Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 376 περ. (17) του ν. 4412/2016 «Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του πιστοποιητικού που προβλέπεται στην περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 80, αυτό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού». Από το συνδυασμό των ως άνω διατάξεων προκύπτει σαφώς και κατηγορηματικώς ότι και μετά την πρόβλεψη του άρθρου 376 περ. 17 του ως άνω νόμου οι οικονομικοί φορείς μπορούν προς απόδειξη της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 να προσκομίζουν ένορκη βεβαίωση, χωρίς αυτή να συνοδεύεται από επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ ότι δεν εκδίδεται το εν λόγω πιστοποιητικό. Πράγματι, αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή ότι μετά την πρόβλεψη του άρθρου 376 περ. 17 επιτρέπεται το έλασσον, ήτοι η υποβολή απλής υπεύθυνης δήλωσης (πρόβλεψη που εισήχθη προς διευκόλυνση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων), και δεν επιτρέπεται το μείζον, ήτοι η υποβολή ένορκης βεβαίωσης τυγχάνει

προδήλως μη νόμιμη, παράλογη και τυπολατρική. Εν προκειμένω, όμως, προς απόδειξη ότι δεν εμπίπτω στον λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 υπέβαλα στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης την από .../03.09.2019 ένορκη βεβαίωση. Ως εκ τούτου, η απόρριψη της προσφοράς μου με την αιτιολογία ότι δεν υπέβαλα υπεύθυνη δήλωση για το σκοπό αυτό τυγχάνει προδήλως μη νόμιμη.»

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. .../2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κατέθεσε τις απόψεις της σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή συνομολογώντας τους δύο λόγους αυτής και ζητώντας παράλληλα αυτή να γίνει δεκτή.

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την ως άνω υπ' αριθμ. .../2019 απόφασή της ανέφερε επί λέξει τα εξής: «*Η επιτροπή έχοντας υπόψη: 1) Τις διατάξεις του Ν.4412/2016. 2) Την αρ. 10/2019 διακήρυξη του έργου. 1. Την αρ. 200/19 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου ... με την οποία έγινε η κατακύρωση του διαγωνισμού στον ... με ποσοστό έκπτωσης 42,00 % και επειδή Παρόλο που στο άρθρο 23.2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι οι υπεύθυνες δηλώσεις γίνονται αποδεκτές «εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή δικαιολογητικών» , ο κ. ... κατέθεσε Υπεύθυνες Δηλώσεις (που ζητούνται από το άρθρο 23 της Διακήρυξης), με ημερομηνία 18-7-2019 και όχι μετά την 27-08-2019 που ήταν η ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών. 2.*

*Παρόλο που στο άρθρο 23.3 (β) της διακήρυξης ορίζεται ότι οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα, επιπλέον της Φορολογικής και Ασφαλιστικής ενημερότητας θα πρέπει να προσκομίσουν και Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία να αναγράφεται ότι «δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη ή δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης», ο κ. ... δεν προσκόμισε αυτή. 3. Παρόλο που στο άρθρο 23.3 (γ)*

της διακήρυξης ορίζεται ότι: «ειδικά η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα, για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς, αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων» και ο κ. ... δεν κατέθεσε το έγγραφο αυτό, σύμφωνα όμως με το άρθρο 22.Α.4(β) της διακήρυξης «εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας (παρ. 5 άρθρου 73 του ν. 4412/2016)», η οικονομική επιτροπή έχει το δικαίωμα να μην αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο εφόσον από τα υπόλοιπα προσκομισθέντα δικαιολογητικά του και το γεγονός ότι έχει υπό εκτέλεση στο Δήμο ... σύμβαση, προκύπτει ότι ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν βρίσκεται σε τέτοια κατάσταση.

4. Στο άρθρο 23.3(ββ) της Διακήρυξης ορίζεται ότι μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση της δήλωσης ΣΕΠΕ, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα. Ο όρος αυτός τέθηκε με την §46 άρθρου 43 του Ν.4605/2019 με την οποία προστέθηκε η §17στο άρθρο 376 του Ν.4412/2016 , ο οποίος όριζε ως αποδεικτικό στοιχείο την ένορκη βεβαίωση των ενδιαφερομένων. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4605/2019, οι τροποποιήσεις του Ν. 4412/16 κρίθηκαν αναγκαίες προκειμένου να επιταχυνθούν οι διαδικασίες ανάθεσης, να υπάρχει πιο ελαφρύ καθεστώς για κάποιες διαδικασίες. Ο κ. ... υπέβαλε την από

## Αριθμός απόφασης: 1312/2019

3/09/2019 ένορκη βεβαίωση αντί της οριζόμενης στη Διακήρυξη Υπεύθυνης Δήλωσης. γνωμοδοτεί ομόφωνα προς την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... ότι θα πρέπει: Α) να γίνει δεκτή η Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. της ... δ.τ. ... ως προς τις παραγράφους 2.1 (ημερομηνία Υπεύθυνης Δήλωσης), 2.2 (υπεύθυνη δήλωση ασφαλιστικής - φορολογικής ενημερότητας) και Β) να απορριφθεί ως προς την παράγραφο 2.3 (έγγραφο Α.Α.Δ.Ε) και 2.4 (δήλωση ΣΕΠΕ) διότι μπορεί μεν να μην καλύπτεται ο τύπος της Διακήρυξης παίρνοντας όμως υπόψη την αρχή της αναλογικότητας και τη αιτιολογική έκθεση του Ν.4605/2019 θα πρέπει να γίνει δεκτή η ένορκη βεβαίωση αντί της απαιτούμενης Υπεύθυνης Δήλωσης. Η οικονομική επιτροπή αφού έλαβε υπόψη της : • το άρθρο 72 του Ν. 3852/2010 όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 του Ν.4623/2019 • τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 όπως ισχύουν . • το αριθμ. .../10-10-2019 έγγραφο της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών με θέμα Διαβίβαση φακέλου για χορήγηση των απόψεων της Οικονομικής επιτροπής επί της προσφυγής της Εταιρείας "... " κατά της αριθμ. .../2019 της οικον. επιτροπής σχετικά με την κατακύρωση του ως άνω έργου Ανάπλαση δημοτικού χώρου στην Τ.Κ ...". • την από 9-10-2019 γνωμοδότηση της επιτροπής του διαγωνισμού του ως άνω έργου " και την διαλογική συζήτηση που ακολούθησε Συμφωνεί με την από 9-10-2019 γνωμοδότηση της επιτροπής του διαγωνισμού για το έργο «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΧΩΡΟΥ ΣΤΗΝ Τ.Κ. ...» με προϋπολογισμό 166.000.00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου του ποσού για ΦΠΑ) και το αριθμ.14737/10-10-2019 έγγραφο της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών , ήτοι Α) να γίνει δεκτή η Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. της ... δ.τ. ... ως προς τις παραγράφους 2.1 (ημερομηνία Υπεύθυνης Δήλωσης), 2.2 (υπεύθυνη δήλωση ασφαλιστικής - φορολογικής ενημερότητας) και Β) να απορριφθεί ως προς την παράγραφο 2.3 (έγγραφο Α.Α.Δ.Ε) και 2.4 (δήλωση ΣΕΠΕ) διότι μπορεί μεν να μην καλύπτεται ο τύπος της Διακήρυξης παίρνοντας όμως υπόψη την αρχή της αναλογικότητας και τη αιτιολογική έκθεση του Ν.4605/2019 θα πρέπει να γίνει

*δεκτή η ένορκη βεβαίωση αντί της απαιτούμενης Υπεύθυνης Δήλωσης.»*

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμω και ουσία βάσιμη ως προς τους δύο πρώτους λόγους της (δηλαδή τους λόγους 2.1 και 2.2 αυτής στις σελίδες 12-13), ήτοι ως προς την παραβίαση των όρων των άρθρων 23.2 και 23.3 της Διακήρυξης από την παρεμβαίνουσα.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω παρέλκει η εξέταση των υπόλοιπων δύο λόγων της προσφυγής (δηλαδή των λόγων 2.3 και 2.4 αυτής στις σελίδες 13-14).

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

17. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση σύμφωνα με τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσης

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 25 Νοεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.



**Ο Πρόεδρος**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Η Γραμματέας**

**Βασιλική Κωστή**