

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 18.07.2021 με ΓΑΚ 1435/19.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στην ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 29.07.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτ. .... απόφαση του ..... (με ανακοίνωση στο ΟΡΘΟ στις 9.7.2021) με θέμα: «.....», κατά το τμήμα που έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε οριστική ανάδοχο του έργου.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... και ποσού 1.623,54 ευρώ.

## Αριθμός απόφασης: 1479 /2021

2. Επειδή, με την από ..... Διακήρυξη, εγκριθείσα με την με αρ. πρωτ. 59706/16.2.2021 απόφαση (ΑΔΑ ..... ) της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου με τίτλο «.....» με ΑΔΑΜ: ....., ΑΔΑ: ..... και έλαβε συστημικό Αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: ..... Πρόκειται για την αρχιτεκτονική, μορφολογική, στερεωτική αποκατάσταση του περιβλήματος Διατηρητέου Μνημείου καθώς και εσωτερικές επεμβάσεις που συνδέονται με την προστασία του μνημείου. Το διατηρητέο κτήριο, ....., αναπτύσσεται σε 3 επίπεδα, υπόγειο, ισόγειο και όροφο σε σχήμα Γ με πρόσοψη επί των οδών ..... Το κτήριο στεγάζει τη ..... Κριτήριο για την ανάθεση της ανωτέρω σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει αποκλειστικά της τιμής (χαμηλότερη τιμή, άρθρο 14ο της διακήρυξης), η δε εκτιμώμενη αξία αυτής ανέρχεται στο ποσό των 324.707,26 € πλέον ΦΠΑ 24%.

3.Επειδή, με την υπ'αρ.πρωτ.: ..... απόφαση του ..... (ΑΔΑ: ..... ) εγκρίθηκε το από 22-03- 2021 Πρακτικό Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών της αρμόδιας Επιτροπής και δυνάμει αυτού αποκλείστηκε από το διαγωνισμό η προσφορά της εταιρείας «.....». Με την ίδια απόφαση αναδείχτηκε προσωρινή μειοδότηρια του έργου η παρεμβαίνουσα, η οποία είχε υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Εν συνεχεία, δυνάμει της υπ' αρ. πρωτ..... Πρόσκλησης της Αναθέτουσας Αρχής η παρεμβαίνουσα κλήθηκε να υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία και υπέβαλε στις 17-05-2021. Τα εν λόγω δικαιολογητικά κρίθηκαν νόμιμα από την αρμόδια Επιτροπή αξιολόγησης, η οποία συνέταξε το από 23-06-2021 Πρακτικό Ελέγχου. Το Πρακτικό αυτό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. πρωτ. .... απόφαση του .....(ΑΔΑ: .....).

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες στις 09.07.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 18.07.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του

## **Αριθμός απόφασης: 1479 /2021**

ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά και προσδοκά να της κατακυρωθεί το επίμαχο έργο.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 19.07.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 365264/30.07.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, με τις οποίες δεν την αντικρούει επί της ουσίας, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα και νόμιμα το από 03.08.2021 υπόμνημά της.

6. 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 παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 19.07.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 29.07.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος του έργου.

7. 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 αναζητείτο πραγματικό νόημα των

## Αριθμός απόφασης: 1479 /2021

ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να ακυρωθεί διότι η εταιρεία ....., στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η παρεμβαίνουσα, υπέβαλε προς απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού εκ του άρθρου 22.Α.2 μόνο ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα της ίδιας και των στελεχών της, κατά τις απαιτήσεις της διακήρυξης, παρέλειψε, ωστόσο, να υποβάλλει την υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, παρά το γεγονός ότι αυτή προβλέπεται και απαιτείται σαφώς και ρητώς σωρευτικά προς τα πιστοποιητικά της ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας του άρθρου 23.2 της διακήρυξης. Περαιτέρω με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι στο πλαίσιο της απόδειξης μη συνδρομής του ίδιου ως άνω λόγου αποκλεισμού της περί εκπλήρωσης υποχρεώσεών της καταβολής εισφορών, η τρίτη εταιρεία ....., στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η παρεμβαίνουσα, προσκόμισε, ως όφειλε, ασφαλιστική ενημερότητα για τα στελέχη της που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ- ΤΣΜΕΔΕ, ήτοι για τα στελέχη αυτής: α) ..... και β) ....., όπως, άλλωστε, τα πρόσωπα αυτά δηλώνεται και στην άνω ΥΔ της εταιρείας, συνάγεται ακολούθως και από την βεβαίωση της εταιρείας εγγραφής της στο ΜΕΕΠ, ότι όντως στελεχώνουν το εργοληπτικό πτυχίο της εταιρείας και έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο πρώην ΕΤΑΑ - ΤΣΜΕΔΕ. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την μόνη υποβληθείσα ασφαλιστική ενημερότητα του στελέχους ....., με αριθμό πρωτ. .... ισχύουσα μέχρι 30.6.2021, αυτή δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη για την απόδειξη της απαίτησης της διακήρυξης ενόψει του ότι η αιτία έκδοσής της δεν συμπίπτει με την διαδικασία συμμετοχής στους διαγωνισμούς στην οποία (διαδικασία) και χρησιμοποιήθηκε. Αντίθετα, αποτελεί βεβαίωση εκδοθείσα αποκλειστικά και μόνο για είσπραξη απαιτήσεων και όχι για συμμετοχή σε διαγωνισμό. Με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η τρίτη στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται ....., υπέβαλαν ως δικαιολογητικά κατακύρωσης τις αντίστοιχες υπεύθυνες δηλώσεις τους, από

## Αριθμός απόφασης: 1479 /2021

14.5.2021 και από 12.5.2021 αντίστοιχα (περί μη συνδρομής στο πρόσωπό τους διαφόρων λόγων αποκλεισμού), οι οποίες, ωστόσο, δεν φέρουν προηγμένη ψηφιακή υπογραφή του προσώπου που τις συνέταξε και τις υπέβαλε, παρότι αποτελούν και οι δύο έγγραφα που προέρχονται από τον υποψήφιο, ο οποίος υποχρεούται να διαθέτει ψηφιακή υπογραφή για το παραδεκτό συμμετοχής του στο διαγωνισμό και το παραδεκτό υποβολής όλων των δικαιολογητικών, άρα και των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προέρχονται από τον ίδιο. Τέλος, με τον τέταρτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία ....., περιέλαβε τόσο στην από 12.5.2021 Υπεύθυνη Δήλωσή της όσο και στα αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας έργων που εκτελεί μόνη ή σε κοινοπραξία με άλλες επιχειρήσεις, ένα υπό εκτέλεση έργο στον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, ήτοι στις 16.3.2021: το έργο ....., με εργοδότη το ..... και ανεκτέλεστο υπόλοιπο 185.379,02€. Ωστόσο, η εν λόγω εταιρεία είχε υπογράψει στις 10.9.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό (ΑΔΑ ..... ) με εργοδότη την ..... και αντικείμενο την εκτέλεση του έργου «.....», ποσού 49.539,71 € (με ΦΠΑ 24%) και με προθεσμία εμπρόθεσμης εκτέλεσής του δώδεκα (12) μηνών από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης, που είναι και ημέρα εγκατάστασης του αναδόχου. Εκ του αντικειμένου αυτού, εντός του 2020, εκτελέστηκαν και αποπληρώθηκαν εργασίες ύψους 14.796 και 12.273 € (μαζί με ΦΠΑ), όπως αυτό προκύπτει από τα με αριθμούς ..... και ..... εντάλματα πληρωμής των 1ου και 2ου λογαριασμού αντίστοιχα του εν λόγω έργου, ήτοι υπολείπετο ήδη από το αρχικό συμβατικό προς εκτέλεση εντός του 2021 αντικείμενο αξίας 22.470,71 €. Σε αυτό μάλιστα προστίθεται νέο αντικείμενο ανατεθέν με την με αριθμό 1757/14.12.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ..... έγκρισης ....., συνολικής δαπάνης 57.120,46€ ο οποίος είναι υπερβατικός κατά 7.383,83 €, δηλαδή σε ποσοστό 14,90%, σε σχέση με το ποσό της αρχικής σύμβασης το οποίο είναι 49539,71 €. Για την αποπληρωμή του υπολειπόμενου ποσού (αρχικού και συμπληρωματικού) για την εκτέλεση του εν λόγω έργου, ήτοι για την αποπληρωμή ποσού 31.000 €, εγκρίθηκε δέσμευση πίστωσης, με την με αριθμό πρωτ. 160665/27.05.2021 απόφαση του ....., ήτοι δύο περρίπου μήνες μετά την υποβολή της προσφοράς της ....., ενώ, μόλις στις 3.6.2021 ορίστηκε, λόγω υπηρεσιακών μεταβολών, το 3ο μέλος της ορισθείσας με την

## **Αριθμός απόφασης: 1479 /2021**

218750/27464/16.9.2020 απόφαση της ..... Επιτροπής Παραλαβής Υλικών και Αφανών εργασιών του εν θέματι έργου, γεγονός που μαρτυρά ενεργή σύμβαση με ανάδοχο την ..... τουλάχιστον κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς, ήτοι στις 16.3.2021. Εκ του γεγονότος αυτού παρέπεται ότι η δήλωση εκ μέρους της ..... ενός μόνο έργου ως ανεκτέλεστου από αυτή στο χρόνο υποβολής της προσφοράς και η παράλειψη υποβολής ασφαλιστικής ενημερότητας του ως άνω συγκεκριμένου δεύτερου έργου της ..... επιφέρει σωρευτικά: α) παραβίαση της υποχρέωσής της υποβολής αληθών και ακριβών υπευθύνων δηλώσεων προς την αναθέτουσα αρχή [ανεξαρτήτως του αν το περιεχόμενο της ανακριβούς δήλωσης δημιουργεί ή όχι λόγο αποκλεισμού και β) σε κάθε περίπτωση, ήτοι ακόμα κι αν δεν υφίστατο υποχρέωση της ..... να δηλώσει ανεκτέλεστο ως δανείζουσα μόνο τεχνική ικανότητα και όχι και χρηματοοικονομική επάρκεια, ακόμα κι αν δεν υφίστατο ούτε υποχρέωσή της να υποβάλλει αληθείς και ακριβείς δηλώσεις επί πραγματικών περιστατικών που δηλώνει χωρίς να υπέχει σχετική υποχρέωση, αλλά επιλέγει η ίδια να συνοδεύσει τις δηλώσεις αυτές με τις συνέπειες της ψευδούς δήλωσης, σε κάθε περίπτωση, η παράλειψη προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας και για το έργο αυτό με εργοδότη την ..... συνιστά ευθεία παραβίαση του άρθρου 23.3 (β) της διακήρυξης περί υποχρέωσης προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας για όλα τα έργα που εκτελεί ο προσφέρων ή ο τρίτος (εν προκειμένω ο τρίτος), ενόψει του ότι η πλήρωση της απαίτησης του άρθρου αυτού συνδέεται με την μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσφέροντος, η οποία (μη συνδρομή) οφείλει να αναζητηθεί και να συντρέχει τόσο στο πρόσωπο του προσφέροντος όσο και στο πρόσωπο κάθε τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται για την πλήρωση οποιουδήποτε κριτηρίου επιλογής. Εν προκειμένω, η υποχρέωση προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας όλων των έργων που εκτελεί ο συμμετέχων, συνιστά, κατά το άρθρο 23.3 (β) της διακήρυξης, μέσο απόδειξης της απαίτησης του άρθρου 22.Α.2 της διακήρυξης, η οποία (απαίτηση) πρέπει να ικανοποιείται και από κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της ενώπιον του κρίνοντος Κλιμακίου ουδέν αντέκρουσε επί των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας αλλά απλώς ανέφερε ότι «δεν δυνάμεθα να εκφέρουμε

## **Αριθμός απόφασης: 1479 /2021**

απόψεις επί της Προδικαστικής Προσφυγής (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1435/19-7-2021) 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 Ν. 4412/2016, της ισχύουσας νομοθεσίας.».

10. Επειδή, το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1....2. . Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων...».

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων 8, 9, 10, η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αντίκρουσης των αιτιάσεων που προβάλλει η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, επιτρέπει την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, όπως οι λόγοι της εκτέθηκαν στην ως άνω σκέψη 8, πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της και να απορριφθεί η παρέμβαση.

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

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη ..... απόφαση με την οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

**Αριθμός απόφασης: 1479 /2021**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε στις 13 Σεπτεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**