

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα- Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.12.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 2299/13.12.2021 του οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στ.. ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «η πρώτη προσφυγή»).

Και για να εξετάσει την από 13.12.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 2321/16.12.2021 της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα(εφεξής «η δεύτερη προσφυγή»).

Κατά της «...», που εδρεύει στ.. ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, (εφεξής «η αναθέτουσα αρχή»).

Κατά της εταιρείας με την επωνυμία «...»., που εδρεύει στ.. ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»).

Με τις προσφυγές οι προσφεύγουσες επιδιώκουν να γίνουν δεκτές οι προδικαστικές προσφυγές τους και να ακυρωθούν η υπ' αριθμό 30/17441/27-10-2021 (ΑΔΑ: ...) και η υπ' αριθμό 33/1909/26-11-2021 (ΑΔΑ: ...) αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής της ... (εφεξής «οι προσβαλλόμενες»). Περαιτέρω με την πρώτη προσφυγή ζητείται να απορριφθούν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...»., ενώ με την δεύτερη προδικαστική προσφυγή ζητείται να απορριφθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της δεύτερης προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός με αντικείμενο την «Προμήθεια υγρών καυσίμων κίνησης και θέρμανσης, για το χρονικό διάστημα από 01-01-2022 μέχρι την 31-12-2022, για τις ανάγκες της ..., συνολικού προϋπολογισμού 856.970,66€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής. Ο εν θέματι Διαγωνισμός υποδιαιρείτο σε δύο ομάδες. Οι οικονομικοί φορείς θα κατέθεταν προσφορά για μία ομάδα ή και για τις δύο ομάδες και για το σύνολο της ποσότητας όλων των ειδών της ομάδας και όχι για μέρος αυτών. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 03/09/2021. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 08/09/2021 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης πρώτης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ύψους 1.774,20 €, υπολογισμένο επί της ομάδας Α' του Διαγωνισμού επί της οποίας ασκείται η προσφυγή, προϋπολογισμού 354.839,97 € χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης δεύτερης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ύψους 2.510,66 €, υπολογισμένο επί της ομάδας Β' του Διαγωνισμού επί της οποίας ασκείται η προσφυγή, προϋπολογισμού 502.130,69 € χωρίς ΦΠΑ.

4. Επειδή, οι υπό εξέταση προσφυγές, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η πρώτη προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 01/12/2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 10/12/2021, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, με το με αρ. πρωτ. 203445/13312/21.12.2021 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αφενός στην ΑΕΠΠ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 23/12/2021.

7. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, έχοντας υποβάλλει σχετική προσφορά και προβάλλει ζημία της ερειδόμενη στην παράνομη προσφορά των συνδιαγωνιζόμενων και στο επιδιωκόμενο όφελος από την ανάδειξή της ως αναδόχου της σύμβασης.

8. Επειδή, η δεύτερη προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως, μετ' εννόμου συμφέροντος, και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού

στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 01/12/2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 13/12/2021 –δεδομένου ότι η τελευταία μέρα της δεκαήμερης προθεσμίας του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, ήτοι η 11.12.2021, ήταν Σάββατο, δηλαδή εξαιρετέα ημέρα-, κοινοποιήθηκε δε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

9. Επειδή στις 23.12.2021 –δεδομένου πως υπήρχε τεχνική αδυναμία λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ από την Τετάρτη 15.12.2021 έως και την Πέμπτη 23.12.2021, όπως προκύπτει από το 44994 ΕΞ έγγραφο του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης- η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 30.12.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την από 30/12/2021 παρέμβασή της επί της δεύτερης προσφυγής, ασκεί δε αυτή μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος της ομάδας Β' του εν θέματι διαγωνισμού και ως εκ τούτου επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

11. Επειδή, με το με αρ. πρωτ. 203432/13311/21.12.2021 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αφενός στην ΑΕΠΠ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 23/12/2021.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε

ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

13. Επειδή, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, ορίζει πως: *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης».*

14. Επειδή, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, ορίζεται: *«2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός 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, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία 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. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ'εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας».

15. Επειδή, περαιτέρω σκοπός του νέου ως άνω άρθρου 103, είναι η αποφυγή αποκλεισμών για αποκλειστικώς τυπικούς λόγους, οικονομικών φορέων, που ήδη κατά το κριτήριο ανάθεσης κατέληξαν να έχουν αναδειχθεί προσωρινοί ανάδοχοι, λόγω του ότι η προσφορά τους κατά τη διαδικασία ανάθεσης αξιολογήθηκε ως η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, και να αποκλείονται πλέον και κατά το στάδιο αυτό, μόνο για ουσιαστικούς λόγους, ήτοι, εφόσον όντως δεν πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, δηλαδή συντρέχουν εις βάρος τους λόγοι αποκλεισμού ή δεν πληρούν κριτήρια επιλογής ή προέβησαν σε απατηλές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ τους ή υπέβαλαν πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, όπως και προφανώς αν είναι προδήλως αμελείς και δεν συμμορφώνονται στις κατ'άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016 πολλαπλώς σε αυτούς παρεχόμενες ευκαιρίες οριστικοποίησης της θέσης τους ως αναδόχων.

16. Επειδή, στο άρθρο 2.2.9 «Αποδεικτικά μέσα» της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ'άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4 και 2.2.6, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο...Β.1 Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν

αντίστοιχα τα δικαιολογητικά που αναφέρονται παρακάτω...iii) Για την παράγραφο 2.2.3.2 περίπτωση α', πλέον των ως άνω πιστοποιητικών, υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών τους όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή κοινωνικής ασφάλισης...στ) για την παράγραφο 2.2.3.9 υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα περί μη επιβολής σε βάρος του της κύρωσης του οριζόντιου αποκλεισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας...B4. Για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και εγγράφεται υποχρεωτικά ή προαιρετικά, κατά την κείμενη νομοθεσία, και δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της σε αρμόδια αρχή (π.χ ΓΕΜΗ), προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του, εκτός αν αυτό φέρει συγκεκριμένο χρόνο ισχύος...».

17. Επειδή στο άρθρο 3.2 της διακήρυξης τιτλοφορούμενο ως Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου-Δικαιολογητικά προσωρινά αναδόχου ορίζεται ότι: «..Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημέρων από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Ο προσωρινός ανάδοχος δύναται να υποβάλει αίτημα, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, προς την αναθέτουσα αρχή, για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα περί αίτησης χορήγησης δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Στην περίπτωση αυτή η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής αυτών, για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγησή τους από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα αυτή τόσο εντός της αρχικής προθεσμίας για την υποβολή

δικαιολογητικών όσο και εντός της προθεσμίας για την προσκόμιση ελλειπόντων ή τη συμπλήρωση ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών, κατά την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως ανωτέρω προβλέπεται...».

18. Επειδή περαιτέρω η πρώτη προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της επικαλείται πως η εταιρεία «...» «...υπέβαλε δύο δηλώσεις του ν. 1599/1986 από 18/11/2021, η μία περί επιβολής σε βάρος του οικονομικού φορέα κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού και η έτερη περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης..., πλην όμως, αντί το περιεχόμενο των δηλώσεων να αφορά και να δεσμεύει τον οικονομικό φορέα που εκπροσωπεί ο υπογράφων την υπεύθυνη δήλωση, ευθέως από το περιεχόμενό τους συνάγεται ότι οι υποβληθείσες δηλώσεις αφορούν και δεσμεύουν αυτόν τον ίδιο τον υπογράφοντα και όχι τον οικονομικό φορέα –Ο.Ε που εκπροσωπεί...».

19. Επειδή στο σώμα της από 18/11/2021 υπεύθυνης δήλωσης περί μη επιβολής κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού (αρχείο Υπ.Δηλ. αποκλεισμού 2_signed, ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ (προσωρινού αναδόχου) , που κατέθεσε ο οικονομικός φορέας «...» αναγράφονται μεταξύ άλλων επί λέξει τα εξής: «...ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ ...ΠΡΑΤΗΡΙΟ ΥΓΡΩΝ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ... ΑΦΜ ... ΔΟΥ ...».

20. Επειδή περαιτέρω στο σώμα της από 18/11/2021 υπεύθυνης δήλωσης περί έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (αρχείο Υπ. Δηλ. φορ.Υποχρ._signed, ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ (προσωρινού αναδόχου) που κατέθεσε ο οικονομικός φορέας «...» αναγράφονται μεταξύ άλλων επί λέξει τα

εξής: «...ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ ... ΠΡΑΤΗΡΙΟ ΥΓΡΩΝ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ... ΑΦΜ ... ΔΟΥ ...». Άρα, είναι σαφές πως οι ως άνω δηλώσεις δεν υποβλήθηκαν όσον αφορά το πρόσωπο του υπογράφοντος, αλλά υπό την ιδιότητα του ως νομίμου εκπροσώπου της ως άνω διαγωνιζομένης εταιρείας και άρα, η δήλωση και το δηλούμενο δι' αυτής γεγονός και συνθήκη, αναφερόταν στην εταιρεία και όχι στον ίδιο. Επομένως, ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη και στη σκέψη 19, οι ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι

ως αβάσιμοι. Και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος.

21. Επειδή, περαιτέρω οι ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας πως: *«...Η υποβληθείσα προφορά, τόσο εκ μέρους της καθ ης όσο και από τον 2^ο οικονομικό φορέα ..., είναι ασυνήθιστα χαμηλή, πολύ περισσότερο μάλιστα εάν ληφθεί υπόψη ότι ο ..., δε διαθέτει ο ίδιος αποθηκευτικούς χώρους και προμηθεύεται καύσιμα μέσω τρίτων...»* χωρίς να αναφέρεται ουδέν άλλο στην προσφυγή της τυγχάνουν απορριπτέοι ως όλως αόριστοι και αναπόδεικτοι, ενώ άλλωστε ουδόλως η μη διάθεση ίδιων αποθηκών συνεπάγεται αυταπόδεικτα αδυναμία του προσφέροντος να προσφέρει τη συγκεκριμένη τιμή ούτε η προσφεύγουσα παραθέτει ή επικαλείται οιοδήποτε στοιχείο, κατά το οποίο προκύπτει ένδειξη ασυνήθους χαμηλού χαρακτήρα της τιμής του. Επομένως, και ο δεύτερος λόγος της πρώτης προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

22. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα με την προσφυγή της επικαλείται πως η εταιρεία *«...» «...υπέβαλε δύο δηλώσεις του ν. 1599/1986 από 18/11/2021, η μία περί επιβολής σε βάρος του οικονομικού φορέα κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού και η έτερη περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης..., πλην όμως, αντί το περιεχόμενο των δηλώσεων να αφορά και να δεσμεύει τον οικονομικό φορέα που εκπροσωπεί ο υπογράφων την υπεύθυνη δήλωση, ευθέως από το περιεχόμενό τους συνάγεται ότι οι υποβληθείσες δηλώσεις αφορούν και δεσμεύουν αυτόν τον ίδιο τον υπογράφοντα και όχι τον οικονομικό φορέα –Ο.Ε που εκπροσωπεί...»*.

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις της επί της δεύτερης προσφυγής επικαλείται πως: *«...Όσον αφορά τις υπεύθυνες δηλώσεις του ν. 1599/1986, που υπεβλήθησαν από τον προσωρινό μειοδότη, περί μη επιβολής σε βάρος του κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού και περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης, με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, για αθέτηση των υποχρεώσεων, αναφορικά με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, κρίνουμε ότι ο διαχειριστής της εταιρείας ... εκπροσωπεί την εταιρεία ... (όπως προκύπτει από το καταστατικό*

της) με την υπογραφή του και το περιεχόμενο αυτών των δηλώσεων αφορά τον οικονομικό φορέα που εκπροσωπεί ο υπογράφων και μετέχει ως νομικό πρόσωπο στη διαδικασία του διαγωνισμού και όχι τον ίδιο τον υπογράφοντα. Από το σώμα της υπεύθυνης δήλωσης προκύπτει ότι τα διαλαμβανόμενα αφορούν τον οικονομικό φορέα – Ι.Κ.Ε. και όχι τον υπογράφοντα, καθώς αυτός υπογράφει ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας, οπότε αφορά την εταιρία και όχι τον ίδιο. Άλλωστε, αυτός δεν είχε λόγο να υποβάλλει υπεύθυνη δήλωση για τον εαυτό του, καθώς, από τη διακήρυξη, δεν απαιτούνταν τέτοια υπεύθυνη δήλωση. Σε κάθε περίπτωση αυτή η αιτίαση δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού της Ι.Κ.Ε., αλλά λόγο κλήσης της για διευκρινίσεις, βάσει του άρθρου 102 του Ν.4412/2016».

24. Επειδή, η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της επικαλείται πως: «...Η εταιρεία μας προς εκπλήρωση των ως άνω όρων της υποπαραγράφου Β.1 της παραγράφου 2.2.9.2 της διακήρυξης νομίμως υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τις από 11.11.2021 και ψηφιακώς υπογεγραμμένες στις 13.11.2021 υπεύθυνες δηλώσεις τουδιαχειριστή και νομίμου εκπροσώπου της ομώνυμης εταιρείας μας, της ..., όπως η ιδιότητα αυτού προκύπτει τόσο από το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης (βλ. αρχείο ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΙΣΧΥΟΥΣΑΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ) (ΣΧΕΤ.10) όσο και από το άρθρο 7 του ισχύοντος καταστατικού της εταιρείας μας και αναρτημένου στο ΓΕΜΗ (βλ. αρχείο ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΟ ΚΑΙ ΜΕΤΑΒΟΛΕΣ) (σετ. 11), τα οποία επίσης συνυποβλήθηκαν με τα λοιπά δικαιολογητικά κατακύρωσης σε πλήρωση του ως άνω όρου της υποπαραγράφου Β.4 της αυτής παραγράφου της διακήρυξης και δεν αμφισβητούνται από την προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα αβασίμως παραπονείται ότι οι δεσμεύσεις που αναλαμβάνονται με τις άνω δηλώσεις..δεν αναλαμβάνονται, λόγω της γραμματικής διατύπωσης που αυτές φέρουν, με τη χρήση αντί της προσωπικής αντωνυμίας σε πρώτο πληθυντικό σε πρώτο ενικό (αντί «μας», «μου») για λογαριασμό μας, αλλά για λογαριασμό του υπογράφοντος αυτέςΚατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, στην αδόκητη περίπτωση που ήθελε κριθεί κατ' αρχάς αβάσιμος ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, αυτός παρίσταται εν τέλει αλυσιτελής. Τούτο, διότι η

αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής και ακύρωσης της δεύτερης χρονικώς προσβαλλομένης θα μας καλέσει, κατ'εφαρμογή του ως άνω όρου της διακήρυξης και του ανωτέρω άρθρου του ν. 4412/2016, προκειμένου να διευκρινίσουμε ότι οι επίδικες υπεύθυνες δηλώσεις αφορούν την εταιρεία μας, πράγμα που όμως έχει ήδη δεχθεί με τις ανωτέρω απόψεις της...».

25. Επειδή, στο «σώμα» της από 11.11.2021 υπεύθυνης δήλωσης και ψηφιακώς υπογεγραμμένης την 13/11/2021 του ... περί μη επιβολής κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού (αρχείο Υ Δ 2.2.3.9_signed) δεν αναγραφόταν ρητά ότι υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο αυτής. Ομοίως, ούτε στο σώμα της από 11.11.2021 υπεύθυνης δήλωσης και ψηφιακώς υπογεγραμμένης την 13/11/2021 του ... περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης του οικονομικού φορέα (αρχείο ... ΔΙΚΑΣΤ.ΑΠΟΦΑΣΗΣ_signed) αναγραφόταν ρητά ότι υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο αυτής. Επομένως, από κανένα στοιχείο δεν δύναται να συναχθεί και δη, με σαφήνεια ότι οι ως άνω δηλώσεις δεν αναφέρονταν στο πρόσωπο και μόνο, του υπογράφοντος φυσικού προσώπου, αλλά αναφέρονταν στον οικονομικό φορέα-εταιρεία, η νομική προσωπικότητα του οποίου είναι διακριτή από τον νόμιμο εκπρόσωπο και ουδόλως η μη σύμπτωση των δηλούμενων συνθηκών στο πρόσωπο του τελευταίου, συνεπάγεται άνευ ετέρου και σύμπτωσή τους στο πρόσωπο της εταιρείας. Άρα, όντως υφίσταται έλλειψη ως προς τις ανωτέρω δύο δηλώσεις περί μη επιβολής κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού και περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, όπως βάσιμα η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει, καθώς οι ως άνω υποβληθείσες, ως μη αναφερόμενες και ως μη δυνάμενες ερμηνευτικά να συναχθεί ότι αφορούν την ως άνω παρεμβαίνουσα, προκύπτει ότι δεν είναι οι ζητούμενες, οι οποίες ζητούμενες ελλείπουν και η απαίτηση περί υποβολής τους δεν πληρούται. Πλην όμως, κατ' άρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως

προαναφέρθηκε και καταλαμβάνει τη νυν διαδικασία, αλλά και κατά τον ειδικό όρο 3.2 της διακήρυξης, η μη υποβολή ζητούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν συνεπάγεται την απόρριψη άνευ ετέρου του προσωρινού αναδόχου, αλλά την κλήση του προς νέα υποβολή και συμπλήρωση όσων ελλείπουν («Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.»). Άρα, κατ' εν μέρει αποδοχή της δεύτερης προσφυγής, είναι ακυρωτέα η αποδοχή της ως άνω παρεμβαίνουσας, καθ' ο μέρος εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της, άνευ προηγούμενης κλήσης της προς συμπλήρωση της έλλειψης περί των ως άνω δύο υπευθύνων δηλώσεων που δεν υποβλήθηκαν (δεδομένου ότι οι υποβληθείσες ως τέτοιες, δεν αφορούν την παρεμβαίνουσα). Πάντως, εκ των δύο εκ της δεύτερης προσφυγής, προσβαλλομένων, ακυρωτέα είναι μόνο η δεύτερη (Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής 33/2021 της αναθέτουσας) περί έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι η πρώτη, περί δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών, αφού η ως άνω πλημμέλεια αφορά δικαιολογητικό προβλεπόμενο αποκλειστικά ως κατακύρωσης κατά τη διακήρυξη και άρα, το περί ακύρωσης της με αρ. 30/2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, αίτημα της δεύτερης προσφυγής είναι απορριπτέο.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Να γίνει εν μέρει δεκτή η δεύτερη προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της άνευ ετέρου αποδοχής της παρεμβαίνουσας όσον αφορά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να γίνει εν μέρει δεκτή η παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται αντίστοιχα η δεύτερη προσφυγή. Να ακυρωθεί η δεύτερη προσβαλλομένη πράξη έγκρισης δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την παρεμβαίνουσα, άνευ προηγούμενης, κατ'

άρ. 103 Ν. 4412/2016 και άρ. 3.2 της διακήρυξης, κλήσης της να συμπληρώσει τις κατά τη σκ. 25 ελλείψεις της, ήτοι ως προς τη μη υποβολή των κατά τους όρους 2.2.9.2.B1.β.iii και 2.2.9.2.B1.στ υπευθύνων δηλώσεων, περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών της όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και περί μη συνδρομής οριζοντίου αποκλεισμού αντίστοιχα, να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου να προβεί σε κλήση της παρεμβαίνουσας προς οικεία συμπλήρωση και εκ νέου να επανέλθει, κατόπιν της συμπλήρωσης, σε κρίση περί των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η πρώτη προσφεύγουσα και να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η δεύτερη προσφεύγουσας, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την κατά της δεύτερης προσφυγής, παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 33/1909/26-11-2021 (ΑΔΑ: ...) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..., καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, άνευ κλήσης της προς συμπλήρωση των ελλείψεων που αναφέρονται στη σκ. 26 ανωτέρω και αναπέμπει στην αναθέτουσα, προκειμένου να προβεί σε όσα στη σκ. 26 αναφέρονται.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της πρώτης προσφυγής και την επιστροφή του παραβόλου της δεύτερης προσφεύγουσας .

Αριθμός Αποφάσεων: 160 και 161 /2022

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 02 Φεβρουαρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Διαθεσόπουλος

Ευαγγελία Πέτρου