

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 17.02.2020 με ΓΑΚ 188/18.02.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «» με διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στην, οδός αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται,,

κατά του «», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «» με διακριτικό τίτλο «.....», η οποία εδρεύει στην, επί της οδού αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 28.02.2020 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αρ. 11/2020 και με ΑΔΑ: απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής 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 κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €14.100,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό και το από 17.02.2020 αποδεικτικό πληρωμής της).

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ.: Διακήρυξη με ΑΔΑΜ:, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτή διαδικασία μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «Κατασκευή και λειτουργία κέντρου διημέρευσης - ημερήσιας φροντίδας και στέγης υποστηριζόμενης διαβίωσης για άτομα με ειδικές ανάγκες», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Ο προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 2.814.516,13 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 19η Σεπτεμβρίου 2019, ημέρα Πέμπτη, και ώρα 10:00 π.μ.. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος

3. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με την με αρ. 312/2019 και με ΑΔΑ: απόφαση, ενέκρινε το από 24.09.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και αποφάσισε ομόφωνα την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου για τη εκτέλεση του ως άνω έργου, με την αιτιολογία ότι η προσφορά της είναι πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης (με ποσοστό έκπτωσης 45,99%). Ακολούθως η παρεμβαίνουσα προσκλήθηκε με την υπ' αρ. /26-11-2019 Πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής, όπως εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών, από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτή, υποβάλει τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης που καθορίζονται στο άρθρο 23.2-23.10 της οικείας διακήρυξης. Εν συνεχεία, με τη με αρ. 11/27-01-2020 και με ΑΔΑ: απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του, ενέκρινε το Πρακτικό Β Φάσης ανοιχτής δημοπρασίας - Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης Προσωρινού Αναδόχου της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Η εν λόγω απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 07.02.2020.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 17.02.2020, 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,

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

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, στις 07.02.2020, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 17.02.2020, 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 προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα του επίμαχου έργου, συμμετείχε στον Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της αλλά αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, υφίσταται βλάβη, όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 19.02.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. πρωτ./27.02.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ η προσφεύγουσα στις 17.03.2020 κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

8. 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 με την επωνυμία «.....» καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις

19.02.2020, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 28.02.2020 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 προσωρινή ανάδοχος.

9. Επειδή, το άρθρο 22 Α.2 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Λόγοι αποκλεισμού. Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων:[...] Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.». Περαιτέρω το άρθρο 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α ορίζει 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:[...] (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22...υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.». Επίσης, στην παρ. β του άρθρου 23.9. «Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων» της διακήρυξης, ορίζονται ειδικώς τα δικαιολογητικά από την υποβολή των οποίων απαλλάσσεται ο διαγωνιζόμενος, σε περίπτωση υποβολής ενημερότητας πτυχίου εν ισχύ, ήτοι, ορίζεται ότι «... (β) Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. εφόσον υποβάλλουν «Ενημερότητα Πτυχίου» εν ισχύ, απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών: -απόσπασμα ποινικού μητρώου

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

του άρθρου 23.3.(α) της παρούσας για τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο εργοληπτικής επιχείρησης. Για τα λοιπά μέλη του Δ.Σ της εταιρείας, θα πρέπει να υποβληθεί αυτοτελώς απόσπασμα ποινικού μητρώου, καθόσον τα πρόσωπα αυτά δεν καλύπτονται από την Ενημερότητα Πτυχίου. -φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του άρθρου 23.3.(β) της παρούσας. -τα πιστοποιητικά από το αρμόδιο Πρωτοδικείο και το ΓΕΜΗ του άρθρου 23.3.(γ) της παρούσας υπό την προϋπόθεση όμως ότι καλύπτονται πλήρως (όλες οι προβλεπόμενες περιπτώσεις) από την Ενημερότητα Πτυχίου. -το πιστοποιητικό από το αρμόδιο επιμελητήριο όσον αφορά το λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22. Α.4. (θ). -το πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής για την ονομαστικοποίηση των μετοχών του άρθρου 23.3. (στ). -τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης της εργοληπτικής επιχείρησης». Εν συνεχεία, το άρθρο 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης ορίζει ότι : «β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού 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 . 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) Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά,²⁶ εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού.». Τέλος το άρθρο 23.3. (στ) (δδ)δ' και 22.Α.9 ορίζει ότι: «(δ) Για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9. της παρούσας διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.».

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

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον λόγο Α2 της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «ως προς την ρητά προβλεπόμενη στη διακήρυξη 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, η «» με δ.τ., ως προσωρινός ανάδοχος ΔΕΝ υπέβαλε τη δήλωση αυτή, καίτοι απαιτείται ρητά από τη Διακήρυξη κατά παράβαση του σχετικού όρου».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω λόγο και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Ο ισχυρισμός της Προσφεύγουσας είναι εσφαλμένος για τους κάτωθι λόγους:

α) Διότι όπως προκύπτει από την υπεύθυνη δήλωση από 4-12-2019 που έχει υποβληθεί στο ΕΣΗΔΗΣ ο οικονομικός φορέας «» δηλώνει ότι «...δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της απόφαση αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016». Η δήλωση αυτή καλύπτει όλους τους λόγους αποκλεισμού του

άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 και κατά συνέπεια και τον επίμαχο.

β) Επιπλέον η προσκόμιση εν ισχύ Ενημερότητας Πτυχίου σε συνδυασμό με το προσκομισθέν ποινικό μητρώο υπερκαλύπτει την απαίτηση προσκόμισης της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης, δεδομένου ότι η προσκόμιση Ενημερότητας Πτυχίου απαλλάσσει τον διαγωνιζόμενο από όλα τα δικαιολογητικά σχετικά με την ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα. Τονίζεται ότι ούτως ή άλλως έχουν υποβληθεί εν ισχύ αποδεικτικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας που καλύπτουν τόσο την ημερομηνία του διαγωνισμού, όσο και την ημερομηνία της πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου.

γ) Κυρίως, όμως, η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση υπεβλήθη σφραγισμένη και νομίμως υπογεγραμμένη εντός της ταχθείσας με την υπ' αριθμ. πρωτ./26-11-2019 πρόσκλησή μας δεκαήμερης προθεσμίας, εντός του αποσταλέντος στην αναθέτουσα αρχή σφραγισμένου φακέλλου (εντός τριημέρου από την ανάρτηση των δικαιολογητικών στο ΕΣΗΔΗΣ (επίσης με ημερομηνία 04-12-2019) την 05-12-2019 (με αρ. πρωτ. εισερχόμενο του Δήμου)). Επομένως μόνο η μη ανάρτηση της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης στο ΕΣΗΔΗΣ, ενώ έχει ήδη υποβληθεί εμπροθέσμως στην Αναθέτουσα Αρχή σε πρωτότυπο, δεν δύναται επ' ουδενί να προκαλέσει λόγο αποκλεισμού. Συνεπώς ο οικονομικός φορέας «» καλύπτει σε κάθε περίπτωση τη ζητούμενη δήλωση.».

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης τον ως άνω λόγο και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Η ως άνω επίμαχη δήλωση υπεβλήθη με ημερομηνία 04-12-2019, την 05-12-2019 εντός του φακέλου των δικαιολογητικών που προσκομίσαμε εμπροθέσμως στην αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, με την υπ' αριθμ. πρωτ./26-11-2019 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής μας ετέθη δεκαήμερη προθεσμία να προσκομίσουμε τα εκεί αναφερόμενα δικαιολογητικά. Η προθεσμία αυτή εξέπνεε την 06-12-2019. Εμπροθέσμως υποβάλαμε τα επίμαχα δικαιολογητικά εντός του αποσταλέντος στην αναθέτουσα αρχή σφραγισμένου φακέλου (εντός τριημέρου από την ανάρτηση των δικαιολογητικών στο ΕΣΗΔΗΣ την 05-12-2019 α.π.). Μεταξύ των υποβληθέντων δικαιολογητικών ήταν και η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση με την οποία δηλώσαμε 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. Το ότι η εν

λόγω Υ.Δ. δεν ανηρτήθη στο ΕΣΗΔΗΣ, δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού, δοθέντος ότι αφενός υπεβλήθη εντός της ταχθείσας δεκαήμερης προθεσμίας και αφετέρου ότι πάντως, η ψηφιακή υπογραφή (η οποία, σύμφωνα με τα άρθρα 2 παρ. 2 και 3 παρ. 1 του π.δ. 150/2001, επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής), δεν τάσσεται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, και δη επί ποινή αποκλεισμού, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς, εφόσον στους σχετικούς όρους (άρθρα 3.1, 4.2.β, 4.2.γ σε συνδυασμό με το άρθρο 23.3. εδάφιο πρώτο και 23.3.στ υποπερίπτωση α) δεν περιέχεται τέτοια ρήτρα (Ε.Α. ΣτΕ 181/2019). Σε κάθε περίπτωση και επικουρικώς καλύψαμε την απαίτηση της διακήρυξης με τη γενική από 04-12-2019 υπεύθυνη δήλωση που υποβάλαμε (και) μέσω ΕΣΗΔΗΣ με την οποία δηλώσαμε επί λέξει ότι: «...δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μας απόφαση αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016.». Δεδομένου ότι ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού προβλέπεται στο εν λόγω άρθρο 74 του ν. 4412/2016, ικανοποιήθηκε εις διπλούν η απαίτηση της Διακήρυξης και δεν τίθεται ζήτημα αποκλεισμού της προσφοράς μας. Τέλος και επικουρικώς, η υποβολή ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας σε ισχύ και μάλιστα με ισχύ σε χρόνο πολύ απώτερο της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου καθώς και η υποβολή Ενημερότητας Πτυχίου εν ισχύ, καθιστά περιττή την προσκόμιση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης. Σύμφωνα με την ειδική διάταξη του άρθρου 23.9.β της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. εφόσον υποβάλλουν «Ενημερότητα Πτυχίου» εν ισχύ, απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών.. φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του άρθρου 23.3.(β). Στο άρθρο 23.3.β ακριβώς προβλέπεται και η εν λόγω Υ.Δ., η οποία συναρτάται άμεσα προς την φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα και καλύπτεται από την Ενημερότητα Πτυχίου.».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με το νομίμως κατατεθέν Υπόμνημά της αντικρούει τις ως άνω απόψεις της αναθέτουσας αρχής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Η Αναθέτουσα Αρχή, κρίνει τον Α.2 λόγο της προσφυγής μας ως τάχα εσφαλμένο, παραθέτει δε με τις απόψεις της τις κάτωθι συμπληρωματικές νέες αιτιολογίες, τις οποίες αποκρούουμε μια προς μία. Ειδικότερα : Πρώτη αιτιολογία: «α) Διότι όπως προκύπτει από την υπεύθυνη δήλωση από 4-12-2019 που έχει υποβληθεί στο ΕΣΗΔΗΣ ο οικονομικός φορέας «» δηλώνει ότι «...δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της απόφαση αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

4412/2016». Η δήλωση αυτή καλύπτει όλους τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 και κατά συνέπεια και τον επίμαχο.» Πλην όμως, η συμπληρωματική αυτή αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής δεν ευσταθεί και ως εσφαλμένη, μη νόμιμη και αντίθετη στη Δ/ξη, πρέπει να απορριφθεί, δεδομένου ότι η από 4-12-2019 υπεύθυνη δήλωση της «» καλύπτει μεν τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 όχι όμως και τον επίμαχο, όπως τούτο προκύπτει από το ίδιο το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο «1. Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73...», σε συνδυασμό με τους προβλεπόμενους στις παραγ. 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 του αυτού Νόμου, λόγους αποκλεισμού. Μάλιστα :

-στην παρ. 1 του άρθρου 73 ως λόγοι αποκλεισμού προβλέπονται : «α) συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, ..., β) δωροδοκία, ..., γ) απάτη, ..., δ) τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεόμενα με τρομοκρατικές δραστηριότητες, ..

ε) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, ...,

στ) παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων

«Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά:

αα) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές,

ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον διευθύνοντα σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου,

γγ) στις περιπτώσεις των συνεταιρισμών τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.».

- στην παρ. 2γ του άρθρου 73 γράφεται επί λέξει

«γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης

συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ.».

- και στη παρ. 4 του άρθρου 73 γράφεται επί λέξει

«4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18,

β) 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,

«γ) εάν, ..., η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,».

δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,

ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει

σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους

απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις,

ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, «με κατάλληλα μέσα» , ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του.... »

Επιπλέον, από την ίδια τη Διακήρυξη αποδεικνύεται ότι η από 4.12.2019 υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα «» καλύπτει την, στη σελίδα 31 της Διακήρυξης, απαίτηση 23.3. (στ).γ.(δ) της Διακήρυξης και δη την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9 αυτής, προς τούτο παραθέτουμε επί λέξει την απαίτηση: «(δ) Για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9. της παρούσας διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.»

ενώ η επίμαχη και μη υποβληθείσα από τον οικονομικό φορέα «» δήλωση ζητείται ρητά από τη Διακήρυξη για να καλύψει την, στη σελίδα 29 της Διακήρυξης, απαίτηση 23.3. (β) και δη την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22 αυτής, και προς τούτο παραθέτουμε επίσης την απαίτηση επί λέξει : «-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.».

Ήτοι για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9 απαιτείται άλλη υπεύθυνη δήλωση την οποία ο οικονομικός φορέας «» υπέβαλε, ενώ για την περίπτωση

της παρ. Α.2. του άρθρου 22 της Διακήρυξης απαιτείται άλλη υπεύθυνη δήλωση την οποία ο οικονομικός φορέας «» ΔΕΝ ΥΠΕΒΑΛΕ.

Στο σημείο αυτό, επαναλαμβάνουμε ότι η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους, και λαμβανομένων υπόψη των θεμελιωδών αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, η υποβολή των αξιούμενων από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία συνιστά ρητή επιταγή.

-Δεύτερη αιτιολογία: «β) Επιπλέον η προσκόμιση εν ισχύ Ενημερότητας Πτυχίου σε συνδυασμό με το προσκομισθέν ποινικό μητρώο υπερκαλύπτει την απαίτηση προσκόμισης της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης, δεδομένου ότι η προσκόμιση Ενημερότητας Πτυχίου απαλλάσσει τον διαγωνιζόμενο από όλα τα δικαιολογητικά σχετικά με την ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα»

Σε απόκρουση της ως άνω αβάσιμης, αναληθής και ανυποστήρικτης αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής, επικαλούμαστε την παρ. [β] του άρθρου 23.9. της Διακήρυξης, όπου προβλέπονται κατά τρόπο ορισμένο, ακριβή και σαφή τα δικαιολογητικά από την υποχρέωση υποβολής των οποίων απαλλάσσεται ο οικονομικός φορέας εφόσον υποβάλει Ενημερότητα Πτυχίου και τα οποία - αυτολεξεί- είναι τα εξής :

«-απόσπασμα ποινικού μητρώου του άρθρου 23.3.(α) της παρούσας για τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο εργοληπτικής επιχείρησης. Για τα λοιπά μέλη του Δ.Σ της εταιρείας, θα πρέπει να υποβληθεί αυτοτελώς απόσπασμα ποινικού μητρώου, καθόσον τα πρόσωπα αυτά δεν καλύπτονται από την Ενημερότητα Πτυχίου.

-φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του άρθρου 23.3.(β) της παρούσας.

-τα πιστοποιητικά από το αρμόδιο Πρωτοδικείο και το ΓΕΜΗ του άρθρου 23.3.(γ) της παρούσας υπό την προϋπόθεση όμως ότι καλύπτονται πλήρως (όλες οι προβλεπόμενες περιπτώσεις) από την Ενημερότητα Πτυχίου.

-το πιστοποιητικό από το αρμόδιο επιμελητήριο όσον αφορά το λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22. Α.4. (θ).

-το πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής για την ονομαστικοποίηση των μετοχών του άρθρου 23.3. (στ).

-τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης της εργοληπτικής επιχείρησης.»

και συνεπώς είναι προφανές ότι δεν προβλέπεται απαλλαγή από την υποχρέωση υποβολής της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης.

-Τρίτη αιτιολογία: «γ) Κυρίως, όμως, η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση υπεβλήθη σφραγισμένη και νομίμως υπογεγραμμένη εντός της ταχθείσας με την υπ' αριθμ. πρωτ. /26-11-2019 πρόσκλησή μας δεκαήμερης προθεσμίας, εντός του αποσταλέντος στην αναθέτουσα αρχή σφραγισμένου φακέλου (εντός τριημέρου από την ανάρτηση των δικαιολογητικών στο ΕΣΗΔΗΣ (επίσης με ημερομηνία 04-12-2019) την 05-12-2019 (με αρ. πρωτ. εισερχόμενο του Δήμου)). Επομένως μόνο η μη ανάρτηση της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης στο ΕΣΗΔΗΣ, ενώ έχει ήδη υποβληθεί εμπροθέσμως στην Αναθέτουσα Αρχή σε πρωτότυπο, δεν δύναται επ' ουδενί να προκαλέσει λόγο αποκλεισμού.»

Με την τρίτη αιτιολογία της, η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή ΟΜΟΛΟΓΕΙ ότι η επίμαχη δήλωση ΔΕΝ αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ από τον οικονομικό φορέα «», καίτοι όφειλε ο τελευταίος να πράξει τούτο σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στη Δ/ξη. Συγκεκριμένα, η ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ ΟΛΩΝ των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου καθίσταται υποχρεωτική από την ίδια τη Δ/ ξη και δη: (α) Από το άρθρο 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α., στο οποίο ορίζεται : «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:» (σελ. 29 Δ/ξης) (β) Από το άρθρο 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης στο οποίο ορίζεται : «β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή.

γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού 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 Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

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) Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, 26 εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού.» (σελ. 8 και 9 Δ/ξης). Παρά, λοιπόν, το γεγονός ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπέβαλλε το εν λόγω δικαιολογητικό, ούτε υπέβαλλε αίτημα για παράταση της προθεσμίας υποβολής του, η Επιτροπή του Διαγωνισμού κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών που υπέβαλλε ο προσωρινός ανάδοχος, δεν εισηγήθηκε τον αποκλεισμό του από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης του εν λόγω έργου, αντίθετα, παρανόμως, παρατύπως και εσφαλμένα εισηγήθηκε την ανάθεση του έργου στον προσωρινό ανάδοχο. Επιπλέον, η Αναθέτουσα Αρχή δεν διορθώνει την προσβαλλομένη υπ'αρ. 11/2020 απόφαση, αντιθέτως, επικυρώνει το σφάλμα της, παραβιάζοντας κατάφορα τις δεσμευτικές διατάξεις της Δ/ξης, το Νόμο (αρ.18 του Ν.4412/2016) και τις αρχές της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις. Αξιοσημείωτο είναι ότι ο οικονομικός φορέας « » με την ασκηθείσα παρέμβαση του, που επιβεβαιώνει « ότι η εν λόγω Υ.Δ. δεν ανηρτήθη στο ΕΣΗΔΗΣ», περαιτέρω επεξηγεί το «νομίμως υπογεγραμμένη» που επικαλείται στις απόψεις της η Αναθέτουσα Αρχή ως εξής « και αφετέρου ότι πάντως, η ψηφιακή υπογραφή (η οποία, σύμφωνα με τα άρθρα 2 παρ. 2 και 3 παρ. 1 του π.δ. 150/2001, επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής), δεν τάσσεται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, και δη επί ποινή αποκλεισμού, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς,», για το οποίο ζήτημα τη ψηφιακής επιγραφής που πρέπει να φέρουν οι Υ/Δ, επικαλούμαστε τα εξής σημεία της οικείας Δ/ξης :

- «Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι ενδιαφερόμενοι

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ-Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης με αρ. 117384/26-10-2017 (3821 Β') «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». (σελ 5, άρ. 3.1 εδ. β)

• «...και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ/26-10-2017» .)». (σελ. 6, άρ. 3.5.α)

Τέλος, επισημαίνουμε ότι στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού...». Ενόψει των ανωτέρω, ο υπό στοιχεία Α.2. λόγος της προσφυγής μας πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμιμος, βάσιμος, αληθής και πλήρως αποδεικνυόμενος.».

15. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι σύμφωνα με το άρθρο 22 Α.2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Λόγοι αποκλεισμού. Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων:[...] Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.». Περαιτέρω με το άρθρο 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α ορίζεται 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:[...] (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22...υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.». Εν συνεχεία με το άρθρο 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης ορίζεται ότι : «β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή.[...]. 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...

Η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ./26-11-2019 πρόσκληση προς την παρεμβαίνουσα την κάλεσε όπως εντός 10 ημερών και σε συμμόρφωση με το ως άνω άρθρο 4.2 της Διακήρυξης υποβάλλει μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τα απαραίτητα δικαιολογητικά και εν συνεχεία εντός 3 ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω δικαιολογητικών, να υποβάλει και σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Μεταξύ των απαιτούμενων εγγράφων και σύμφωνα με τα άρθρα 23.3 και 22 Α η παρεμβαίνουσα όφειλε να προσκομίσει και 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. Όμως, όπως συνομολογεί η ίδια αλλά και η

αναθέτουσα αρχή, δεν υπέβαλε την ως άνω υπεύθυνη δήλωση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Αντ' αυτού την προσκόμισε μόνο σε έντυπη μορφή, πλην όμως απαραδέκτως σύμφωνα με το άρθρο 4.2, διότι όφειλε σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Διακήρυξη να την υποβάλει μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και εν συνεχεία και σε έντυπη μορφή.

Επίσης, η αναθέτουσα αρχή αβάσιμα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα προσκομίζοντας την εν ισχύ Ενημερότητα Πτυχίου σε συνδυασμό με το προσκομισθέν ποινικό μητρώο υπερκαλύπτει την απαίτηση προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης και τούτο διότι το άρθρου 23.9. παρ. β' της Διακήρυξης αναφέρει ρητώς τα δικαιολογητικά από την υποχρέωση υποβολής των οποίων απαλλάσσεται ο οικονομικός φορέας και ανάμεσα σε αυτά δεν υπάρχει αναφορά για την ως άνω υπεύθυνη δήλωση.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 04.12.2019 υπεύθυνη δήλωση με το εξής περιεχόμενο: «...δεν έχει εκδοθεί σε βάρος μου απόφαση αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016», επομένως η δήλωση αυτή καλύπτει όλους τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 και κατά συνέπεια και τον επίμαχο. Όμως και αυτός ο ισχυρισμός κρίνεται ως αβάσιμος, διότι η από 04.12.2019 υπεύθυνη δήλωση της παρεμβαίνουσας υπεβλήθη προς συμμόρφωση με το άρθρο 23.3. (στ) (δδ) δ' και 22.Α.9 της Διακήρυξης: «(δ) Για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9. της παρούσας διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.». Επομένως η παρεμβαίνουσα σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στην παρούσα σκέψη ήταν υποχρεωμένη να υποβάλει ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και τις δύο υπεύθυνες δηλώσεις, γεγονός όμως το οποίο δεν έπραξε και ως εκ τούτου ο κρινόμενος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμιμος και βάσιμος και η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί.

16. Επειδή, η εξέταση των λοιπών λόγων της υπό κρίση προσφυγής κρίνεται αλυσιτελής (βλ. ΣΤΕ 308/2020), καθόσον σύμφωνα με την ως άνω σκέψη 15, η προσβαλλόμενη απόφαση που έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας κρίθηκε ακυρωτέα.

17. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει

Αριθμός απόφασης: 447 /2020

να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση

18. 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 κατά το μέρος που έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού €14.100,00 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στις 15 Απριλίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

α/α

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου