

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Απριλίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 369/26-03-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, οδός αρ. Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ., με κωδικό αριθμό συστήματος, διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΙ ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΔΙΑΔΡΟΜΗΣ ΠΡΟΣ ΛΙΜΝΗ «.....» ΣΤΟ» της αναθέτουσας αρχής /, εκτιμώμενης αξίας 306.451,62 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.). Με την ως άνω προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της με αριθ. 476/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της με την οποία ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος η εργοληπτική επιχείρηση

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 1.550,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), το οποίο έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ποσού ύψους 306.451,62 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

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

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 13-03-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε στις 22-03-2019, ήτοι εντός δεκαημέρου από την πλήρη γνώση αυτής κατά τα ανωτέρω.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 306.451,62 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (έργο), της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., την 14-11-2018, ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116).

5. Επειδή, με την ανωτέρω προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ατομική επιχείρηση «.....» κατέθεσε, μεταξύ των υπολοίπων δικαιολογητικών, ένορκη βεβαίωση σε αντικατάσταση του πιστοποιητικού του ΣΩΜΑΤΟΣ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ – ΣΕΠΕ (περίπτωση γ΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016), η οποία δόθηκε την 25-10-2018 ενώπιον της συμβολαιογράφου Δεδομένου ότι η καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών ήταν η 7-12-2018, η ως άνω υποβληθείσα ένορκη βεβαίωση της 25-10-2018 δεν αποτελεί αποδεικτικό στοιχείο για τη μη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού όπως ορίζεται από τις κανονιστικού περιεχομένου διατάξεις του άρθρου 22 της διακήρυξης καθώς και της ισχύουσας νομοθεσίας (αρθ. 73 Ν. 4412/2016), αφού φέρεται να βεβαιώνει γεγονός μέλλον, ότι, δηλαδή, από την 25-10-2018 έως και την 7-12-2018 δεν (θα) έχουν επιβληθεί πράξεις προστίμου από το ΣΕΠΕ.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς αυτή συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό κι επιδιώκει ν' αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της προμήθειας σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή της. Ειδικότερα, σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, η προσφεύγουσα εταιρεία προσδοκά να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του εν λόγω έργου ως ο αμέσως επόμενος οικονομικός φορέας σε σειρά μειοδοσίας.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε με την υπ΄ αριθμ. διακήρυξη ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΙ ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΔΙΑΔΡΟΜΗΣ ΠΡΟΣ ΛΙΜΝΗ «.....» ΣΤΟ». Ο διαγωνισμός διεξήχθη ηλεκτρονικά μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α Συστήματος). Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, σύμφωνα με τη διακήρυξη, ήταν η 7.12.2018 ώρα 12:00 πμ και η ημερομηνία

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

ηλεκτρονικής αποσφράγισης ήταν η 13.12.2018 και ώρα 10:00 πμ. Η Επιτροπή Διαγωνισμού μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής που είχαν υποβληθεί ηλεκτρονικά στο σύστημα, κατά σειρά μειοδοσίας, καθώς και τον έλεγχο των έντυπων πρωτότυπων εγγυητικών επιστολών που όφειλαν υποχρεωτικά να προσκομίσουν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους (βλ. το άρθρο 24.2. της διακήρυξης), έκανε δεκτούς τους ακόλουθους δέκα (10) συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι οικονομικές προσφορές κρίθηκε ότι πληρούν τους όρους της Διακήρυξης του διαγωνισμού:

- (51,06%)
-(45,31%)
- (44,12%)
- (43,06%)
- (41,06%)
- (33,56%)
- (31,12%)
- (28,19%)
- (26,06%)
- (11%)

και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο την ατομική εργοληπτική επιχείρηση Τα ανωτέρω αποτυπώθηκαν στο από 18-12-2018 Πρακτικό Ι της επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 3892/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Την 18.1.2019 κοινοποιήθηκε σε όλους τους προσφέροντες, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. η ανωτέρω απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατά της οποίας δεν ασκήθηκαν προδικαστικές προσφυγές. Ακολούθως, με το υπ' αριθμ. ΤΕ

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

28465/436/29-1-2019 έγγραφό της η Δ/ση Τεχνικών Έργων , απεύθυνε πρόσκληση προς τον προσωρινό Ανάδοχο, για την προσκόμιση των σχετικών δικαιολογητικών κατακύρωσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης. Στην πρόσκληση αυτή ανταποκρίθηκε εμπρόθεσμα ο προσωρινός Ανάδοχος και την 12.2.2019 ανήρτησε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τα δικαιολογητικά ελέγχθησαν από την επιτροπή του Διαγωνισμού, βρέθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 22 της Διακήρυξης, όπως διατυπώνεται στο Πρακτικό ΙΙ, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 476/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της με την οποία ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος η εργοληπτική επιχείρηση

8. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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) της διακήρυξης, 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 συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

9. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

10. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

11. Επειδή, στο άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν ίσχυε κατά το χρόνο έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης [τροποποιήθηκε από το άρθρο 22 του ν. 4441/2016 (Α' 227) και το άρθρο 107 παρ. 20-23 του ν. 4497/2017 (Α 171)] ορίζεται: *«Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί*

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες [...]. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

77, «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» της διακήρυξης: «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δεκαπέντε ημερών (15) τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή [...] δ) Αν κατά

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: [...]ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας[...].

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 104 του Ν.4412/2016: « Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές»: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ.3 του άρθρου 105[...]. Ίδια ρύθμιση περιέχεται και στο άρθρο 23.2 «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» της διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α εως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας[...].».

14. Επειδή, στο άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν.4412/2016 προστέθηκε, δυνάμει του άρθρου 39 παρ. 1 του Ν. 4488/2017, περίπτωση γ' που ορίζει τα εξής: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή:[...] «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

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

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.».

15. Επειδή, στο άρθρο 80 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 προστέθηκε δυνάμει του άρθρου 39 παρ. 2 του ν. 4488/2017 περίπτωση γ', που ορίζει τα εξής: «...γ) 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...».

16. Επειδή, από τις παραπάνω διατάξεις, οι οποίες εφαρμόζονται για διαδικασίες που εκκινούν μετά την 13/11/2017, όπως και η παρούσα (ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ των όρων του παρόντος διαγωνισμού:14-11-2018), προκύπτει σαφώς ότι η απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπο του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' έχει τεθεί από το νομοθέτη ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, ενώ το άρθρο 80 παρ. 2 περ. γ' προβλέπει και το σχετικό πιστοποιητικό που αποδεικνύει ότι ο εκάστοτε οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε αυτόν τον λόγο αποκλεισμού (βλ. και απόφαση 691/2018 ΑΕΠΠ).

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

17. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. έγγραφο του Ειδικού Γραμματέα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, είχαν ενημερωθεί όλοι οι οικονομικοί φορείς ότι δεν ήταν προσωρινά δυνατή η έκδοση του εν λόγω πιστοποιητικού. Συγκεκριμένα, το ως άνω έγγραφο ανέφερε επί λέξει τα εξής: «...Το γεγονός ότι η έκδοση πιστοποιητικού από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ΣΕΠΕ, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν από 13/11/2017 εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα και σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής, προς το παρόν δεν είναι δυνατό να υλοποιηθεί, καθώς είναι προς ολοκλήρωση η διαδικασία υλοποίησης σχετικής λειτουργικότητας του ΟΠΣ-ΣΕΠΕ...Για τους ως άνω λόγους, επί του παρόντος, εφαρμόζονται οι διατάξεις της παρ. 2 του αρ. 80 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, που προβλέπουν αντικατάσταση του πιστοποιητικού με ένορκη βεβαίωση...». Ήδη δε με νεότερη ανακοίνωση (με αριθ. πρωτ. ΕΞ184471- 2018/10001\31.5.2018) έχει ανακοινωθεί ότι από 25.5.2018 έχει ενεργοποιηθεί στη διαδικτυακή πύλη www.sepenet.gr ηλεκτρονική υπηρεσία υποβολής αίτησης και αυτοματοποιημένης απάντησης σχετικά με τη χορήγηση του πιστοποιητικού από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του ΣΕΠΕ (βλ. άρθρ. 80 παρ. 2 περ. γ. του Ν. 4412/2016) περί συνδρομής ή μη του προβλεπόμενου από το άρθρο 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 λόγο αποκλεισμού.

18. Επειδή, σε απόλυτη εναρμόνιση με τις ανωτέρω ρυθμίσεις του Ν.4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 22.Α. «Λόγοι αποκλεισμού» της διακήρυξης: «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:[...]22.Α.2α Η αναθέτουσα αρχή 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

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: 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».

19. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 22.Α.7. της διακήρυξης: «Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.Α.1, 22.Α.2α και 22.Α.465 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση».

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 23.3 «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» της διακήρυξης: «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:[...] (ββ) για την παράγραφο Α.2Α του

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

άρθρου 22: 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 [...]δ) Αν το κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τα υπό των περ. (α), (β), (ββ) και (γ) πιστοποιητικά ή όπου τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α., 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. Στην περίπτωση αυτή οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στα υπό 1 και 2 και 4 (β) του άρθρου 22 Α της παρούσας. Αν διαπιστωθεί με οποιονδήποτε τρόπο ότι, στην εν λόγω χώρα εκδίδονται τα υπόψη πιστοποιητικά, η προσφορά του διαγωνιζόμενου απορρίπτεται[...]».

21. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 4.2, 22 Α.2α, 23.3., και 23.2. της διακήρυξης προκύπτει ότι προς απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.2 α. της διακήρυξης θα πρέπει να προσκομίζεται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου το προβλεπόμενο στο άρθρο 23.3. πιστοποιητικό, άλλως και μόνο εφόσον δεν εκδίδεται τέτοιο πιστοποιητικό, ένορκη βεβαίωση, τα οποία κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας διακήρυξης.

22. Επειδή, ειδικότερα, η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) για το κρινόμενο ζήτημα σχετικά με τον χρόνο

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

έκδοσης της ένορκης βεβαίωσης που προσκομίζεται σε αντικατάσταση και μέχρι την έκδοση του πιστοποιητικού της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (πιστοποιητικού του ΣΕΠΕ) έχει γνωμοδοτήσει ως εξής: «*Εάν στη διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας, δεν προβλέπεται ρητά ορισμένος χρόνος έκδοσης της εν λόγω ένορκης βεβαίωσης, η τελευταία μπορεί να εκδίδεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο μετά την καταληκτική ημερομηνία της προθεσμίας υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και μέχρι την προσκόμισή της μαζί με τα λοιπά δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο (δηλαδή ακόμη και κατόπιν της πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή για την υποβολή των εν λόγω δικαιολογητικών), αρκεί στο περιεχόμενό της να βεβαιώνεται ότι δεν έχουν εκδοθεί πράξεις επιβολής προστίμου σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής*» (βλ. το υπ' αριθμ. 5035/28.9.2018 έγγραφο).

23. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 περ. α του άρθρου 91 του ν. 4412/2016 «*Λόγοι απόρριψης προσφορών*» ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) *Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης[...]*».

24. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και ειδικότερα των δικαιολογητικών κατακύρωσης προκύπτει ότι η ατομική επιχείρηση «.....», κατέθεσε μεταξύ των υπολοίπων δικαιολογητικών, την ένορκη βεβαίωση που, δυνάμει του υπ' αριθ. πρωτ. ΕΣ-..... εγγράφου του Ειδικού Γραμματέα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας και πριν την έκδοση νεώτερης ενημέρωσης του ΣΕΠΕ με το αριθ. πρωτ. έγγραφό του, προβλεπόταν σε αντικατάσταση του πιστοποιητικού της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

25. Επειδή, εν προκειμένω, η Δ/ση Τεχνικών Έργων απεύθυνε πρόσκληση προς τον προσωρινό Ανάδοχο, για την προσκόμιση των σχετικών δικαιολογητικών κατακύρωσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης, με το υπ' αριθμ. έγγραφό της, ήτοι σε χρόνο που σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν στη σκέψη 17 ο προσωρινός ανάδοχος έπρεπε να προσκομίσει το ζητούμενο από την διακήρυξη και τον Νόμο πιστοποιητικό και όχι ένορκη βεβαίωση, η οποία για περιορισμένο χρονικό διάστημα και μέχρι την ολοκλήρωση της λειτουργίας του σχετικού ηλεκτρονικού συστήματος της εκδούσας Αρχής προβλεπόταν σε αντικατάσταση του πιστοποιητικού (βλ. σκέψη 17). Εν τοιαύτη περιπτώσει η αναθέτουσα αρχή όφειλε εξαρχής δυνάμει του άρθρου 23.3. της διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο: «[...]Αν διαπιστωθεί με οποιονδήποτε τρόπο ότι, στην εν λόγω χώρα εκδίδονται τα υπόψη πιστοποιητικά, η προσφορά του διαγωνιζόμενου απορρίπτεται[...]» (βλ. ανωτ. σκέψη 20) καθώς και του 4.2 αυτής, ν' απορρίψει την σχετική προσφορά λόγω μη υποβολής του ζητούμενου πιστοποιητικού. Τούτο δε διότι το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας διέπεται από την οικεία Διακήρυξη και τα τεύχη της. Η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους, και για το λόγο ακριβώς αυτό επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σ' αυτή τα προσόντα που απαιτούνται για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της αίτησης συμμετοχής, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Με βάση την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους (τύπους) με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο (ΣΤΕ 1971. 1970, 1969/2013, ΕΑ ΣΤΕ 689/2011, ΕΣ Τμημ. VI 2495/2009, 1949/2009 κ.α.). Ο αποκλεισμός του υποψήφιου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού πρέπει να ερευνά τον φάκελο ενός εκάστου των διαγωνιζομένων και, αν από τον σχετικό έλεγχο διαπιστώσει ότι ελλείπει παντελώς δικαιολογητικό, που προβλέπεται από το νόμο ή από τους όρους της διακήρυξης, οφείλει να προβεί, άνευ ετέρου, στον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου.

26. Επειδή, ωστόσο, το ανωτέρω ζήτημα ουδόλως θίγεται από την προσφεύγουσα και η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να προβεί αυτεπαγγέλτως στον σχετικό έλεγχο, επομένως, το Κλιμάκιο που εξετάζει την παρούσα θα πρέπει να περιοριστεί στον έλεγχο των συγκεκριμένων λόγων της προσφυγής που καθορίζουν και την έκταση της ασκούμενης από την ΑΕΠΠ δικαιοδοσίας.

27. Επειδή, εν προκειμένω, η προσκομισθείσα από τον προσωρινό ανάδοχο φορέα ένορκη βεβαίωση, η οποία, έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή ως νόμιμο αποδεικτικό μέσο, φέρει ημερομηνία 25-10-2018, ήτοι προγενέστερη της 07-12-2018 που ήταν η καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών. Σε αυτήν δε βεβαιώνεται γεγονός μελλοντικό, ήτοι ότι δεν έχουν επιβληθεί στην ατομική επιχείρηση του οικονομικού φορέα «.....» κυρώσεις δύο χρόνια πριν την καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών».

28. Επειδή, ειδικότερα, η υπ' αριθμ. 9219/25.10.2018 ένορκη βεβαίωση ενώπιον της Συμβολαιογράφου, που υπέβαλε μαζί με τα υπόλοιπα δικαιολογητικά κατακύρωσης η ατομική επιχείρηση «.....», αναφέρει επί λέξει τα εξής: «ΔΕΝ έχουν επιβληθεί σε βάρος της ατομικής μου επιχείρησης, με την επωνυμία «.....» 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

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

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».

29. Επειδή, ωστόσο, η εν λόγω ένορκη βεβαίωση ακόμα και αν μπορούσε αυτή καθ' εαυτή να γίνει δεκτή ως νόμιμο αποδεικτικό μέσο (βλ. σκέψεις 17, 18 και 25), θα έπρεπε κατά την αξιολόγηση του περιεχομένου της ν' απορριφθεί ως απαράδεκτη δεδομένου ότι τα αναφερόμενα σε αυτήν δεν καλύπτουν το κρίσιμο χρονικό διάστημα των δύο ετών πριν την καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών (βλ. το άρθρο 73 παρ.2 του Ν.4412/2016, το άρθρο 22 Α.2 α. της διακήρυξης και το με αριθ. 5035/2018 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ), ήτοι εν προκειμένω το χρονικό διάστημα από 7.12.2016 έως 7.12.2018. Ούτως εχόντων των πραγμάτων, η ως άνω υποβληθείσα ένορκη βεβαίωση δεν αποτελεί έγκυρο αποδεικτικό στοιχείο για τη μη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού όπως ορίζεται από τις κανονιστικού περιεχομένου διατάξεις του άρθρου 22 της διακήρυξης καθώς και της ισχύουσας νομοθεσίας (βλ. το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016), αφού αφενός μεν το προς απόδειξη γεγονός δεν μπορεί να κριθεί κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών (βλ. το άρθρο 104 του Ν.4412/2016, το άρθρο 23.2 της διακήρυξης και το με αριθ. 5035/2018 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) και σε κάθε περίπτωση με αυτήν βεβαιώνεται γεγονός μέλλον, ότι, δηλαδή, από την 25-10-2018 έως και την 7-12-2018 δεν (θα) έχουν επιβληθεί πράξεις προστίμου από το ΣΕΠΕ. Όπως, όμως, έχει παγίως κριθεί, η κρίσιμη δήλωση που πρέπει να περιέχεται στην ένορκη βεβαίωση μπορεί να αφορά αποκλειστικώς και μόνον γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι όμως μέλλοντα (Ε.Α. ΣΤΕ 273/2012, 163/2010, 967/2009, ΔΕΦΑΘ 476/2014) και συνεπώς υποχρεωτικά οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα πρέπει να προβούν στη σχετική ένορκη βεβαίωση μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς (βλ. το με αριθ. 5035/2018 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Και τούτο διότι βεβαιώνοντας την ανυπαρξία προστίμων για μελλοντικό χρόνο, ήτοι σε

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

μελλοντική ημερομηνία, η εν λόγω βεβαίωση είναι αυτονοήτως ανακριβής. Συνεπώς η ένορκη βεβαίωση που φέρει ημερομηνία προγενέστερη της υποβολής της προσφοράς δεν πληροί τις προϋποθέσεις του παραδεκτού κατά τον Νόμο και τη διακήρυξη.

30. Επειδή, με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναφέρει επί λέξει τα κάτωθι: «Είναι γεγονός ότι η Ένορκη Βεβαίωση που κατέθεσε ο «.....» έγινε την 25-10-2018 και το διάστημα μέχρι την προθεσμία υποβολής προσφορών, δηλαδή την 7/12/2018, δεν καλύπτεται από την ανωτέρω ένορκη βεβαίωση. Το επίμαχο χρονικό διάστημα των 44 ημερών είναι εντός της νόμιμης προθεσμίας (60 ημέρες) που δικαιούται ο οικονομικός φορέας να προσφύγει σε ένδικο μέσα από την πιθανή πράξη επιβολής προστίμου από το Σ.Ε.Ε. προκειμένου να αντικρούσει την εν λόγω πράξη, και άρα δεν μπορεί εντός των 44 ημερών να έχει προκύψει τελεσίδικη και δεσμευτική κύρωση εναντίον του. Επιπροσθέτως, σύμφωνα με το άρθρο 93 του Ν4488/2017 το οποίο συμπληρώνει το άρθρο 73, παρ.2 του 4412/2016 σχετικά με τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από την διαδικασία του διαγωνισμού λόγω επιβολή προστίμων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας «..... Στην παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (Α΄ 147) μετά την περίπτωση β΄ προστίθεται περίπτωση γ΄ ως εξής: «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.....» η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί κυρώσεις στον Οικονομικό Φορέα για το επίμαχο διάστημα των 44 ημερών, ούτε κατατέθηκαν σε αυτή με οποιονδήποτε τρόπο τέτοια αποδεικτικά μέσα. Τέλος, κατά την διαδικασία πρόσκλησης του Προσωρινού Αναδόχου για υπογραφή της σύμβασης θα ζητηθούν και θα επανελεγχθούν επικαιροποιημένα όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά προκειμένου να ολοκληρωθεί η διαδικασία σύναψης σύμβασης».

31. Επειδή, ωστόσο τα αναφερόμενα από την αναθέτουσα αρχή θα πρέπει ν' απορριφθούν στο σύνολό τους δεδομένου ότι σε κάθε περίπτωση η

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να μην εφαρμόσει τους όρους της οικείας διακήρυξης στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε και οι οποίοι δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους, σύμφωνα με τις σκέψεις 8,9. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να κατακυρώσει, νομίμως, τη σύμβαση εφόσον τα κατατεθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπολείπονται ή δεν συνάδουν με τα απαιτούμενα στη διακήρυξη. Άλλωστε τυχόν αντίθετη εκδοχή θα ήταν αντίθετη με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων αφού η αποδοχή της συγκεκριμένης προσφοράς θα ήταν αποτέλεσμα ερμηνείας της αναθέτουσας αρχής επί των σχετικών όρων της διακήρυξης σε συνδυασμό με το περιεχόμενο του συγκεκριμένου εγγράφου προς τον σκοπό αποδοχής προσφοράς που, κατά τους ρητούς όρους της διακήρυξης έπρεπε ν' απορριφθεί. Πλην, όμως, όπως παγίως γίνεται δεκτό δεν χωρεί εφαρμογή της αρχής της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

32. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

33. 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 και ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 476/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού 1.550,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου) στην προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 493 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε στις 08 Μαΐου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη