

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 529/04-05-2020 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «πρώτη προσφεύγουσα») με δ.τ. «.....», που εδρεύει στην επ. οδό, τκ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 531/04-05-2020 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «δεύτερη προσφεύγουσα») που εδρεύει στην, τκ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ'αριθμ. 85/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου κατά το μέρος που αφορά το ΤΜΗΜΑ 14 (ΜΑΣΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ) και το ΤΜΗΜΑ 25 (ΑΡΒΥΛΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ), με την οποία εγκρίθηκε το από 13-3-2020 Πρακτικό 3 της Επιτροπής, σύμφωνα με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της για τα ανωτέρω τμήματα, και κατέπεσε, η υπ' αριθμ. εγγυητική επιστολή συμμετοχής ύψους 2.200,00€ υπέρ του Δήμου, ενώ αναδείχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι για το τμήμα 14 η εταιρεία και για το τμήμα 25 η εταιρεία, να γίνει δεκτή η προσφορά της, και να καταστεί αυτή οριστική ανάδοχος για το ΤΜΗΜΑ 14 (ΜΑΣΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ) και το ΤΜΗΜΑ 25 (ΑΡΒΥΛΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ), να μην αναδειχθούν προσωρινοί ανάδοχοι για το τμήμα 14 η

εταιρεία και για το τμήμα 25 η εταιρείανα μην καταπέσει η υπ' αριθμ. εγγυητική επιστολή συμμετοχής και να διαταχθεί η επιστροφή του παράβολου.

Με την δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει ομοίως να ακυρωθεί η υπ' αριθμόν 85/2020 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου με την οποία απερρίφθη η προσφορά της, κατέπεσε η εγγυητική της επιστολή και ορίστηκαν προσωρινοί ανάδοχοι α) η εταιρεία με την επωνυμία «» για τα είδη 14 και 20 και β) η εταιρεία με την επωνυμία «» για τα είδη 16 και 25 και να καταστεί οριστική ανάδοχος της προμήθειας των ειδών με αριθμούς 12,13,20,22,24,31 και 37.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, δια της υπ' αριθμ. (α/α ΕΣΗΔΗΣ:) διακήρυξης, προκηρύχθηκε από τον Δήμο Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την προμήθεια των αναφερόμενων στην ΚΥΑ 43726/8-6-2019 (ΦΕΚ 22087/8-6-2019, τεύχος Β') μέσων ατομικής προστασίας για τους εργαζόμενους των Υπηρεσιών του Δήμου, συνολικού Προϋπολογισμού 242.515,36 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, με ΑΔΑΜ με διάρκεια της σύμβασης για 6 μήνες από την υπογραφή της και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής ανά είδος, η οποία διαδικασία διενεργήθηκε μέσω της διαδικτυακής πύλης του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ με καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών την 04/11/2019 και ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού την 08/11/2019. Η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε την υπ' αριθμ. ηλεκτρονική προσφορά για τα είδη με Α/Α 1,3,6,7,8,14,15,16,17,18,22,24,25,27,33. Εν συνεχεία και έπειτα από την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν προσφορά και έπειτα από το άνοιγμα των

οικονομικών προσφορών τους, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου εξέδωσε την υπ' αριθμ. 30/2020 απόφαση, σύμφωνα με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας για τα είδη 8, 14, 15, 16, 17, 22, 24, 25 και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα 14 και 25 με τιμές προσφοράς 217,00 ευρώ και 4.339,20 ευρώ αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. πρωτ. /26-2-2020 πρόσκληση εκλήθη η πρώτη προσφεύγουσα εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών, να προσκομίσει τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της με αριθμό πρωτ. διακήρυξης. Η πρώτη προσφεύγουσα την 5-3-2020 υπέβαλε τα δικαιολογητικά. . Την 22-4-2020 της κοινοποιήθηκε μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ η υπ' αριθμ. 85/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που αφορά το ΤΜΗΜΑ 14 (ΜΑΣΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ) και το ΤΜΗΜΑ 25 (ΑΡΒΥΛΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ), με την οποία εγκρίθηκε το από 13-3-2020 Πρακτικό 3 της Επιτροπής του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της για τα ανωτέρω τμήματα, στα οποία είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος, καθώς δεν κατέθεσε ασφαλιστική ενημερότητα που να καλύπτει την 4/11/2019 ήτοι την ημερομηνία κατάθεσης προσφορών, για τα μέλη του Δ.Σ., όπως αναλυτικά αναφέρεται στο Πρακτικό 3 και κατέπεσε, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 103 του Ν 4412/2016, η υπ' αριθμ. εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο διαγωνισμό ύψους 2.200,00 € υπέρ του Δήμου, ενώ αναδείχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι για το τμήμα 14 η εταιρεία «.....». και για το τμήμα 25 η εταιρεία «

2. Επειδή, ως προς την προσφυγή της δεύτερης προσφεύγουσας, την 8.11.2019 έλαβε χώρα η αποσφράγιση των υποβληθεισών προσφορών, οπότε και συνετάγη το πρακτικό 1 της επιτροπής του διαγωνισμού, η οποία μετά από έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών προσφορών και των δειγμάτων πρότεινε να γίνει δεκτή η προσφορά της ως προς τα είδη 5,12,13,15,16,19,20,21,22,24,25,27,28,31 και 37, όπως αυτά περιγράφονται

στη σχετική/2019 μελέτη που συνέταξε η διεύθυνση τεχνικών υπηρεσιών του Δήμου. Το εν λόγω πρακτικό, όπως και το πρακτικό υπ' αριθμόν 2 εγκρίθηκαν δυνάμει της υπ' αριθμόν 30/2020 απόφασης της οικονομικής επιτροπής του Δήμου, δυνάμει της οποίας η δεύτερη προσφεύγουσα κρίθηκε προσωρινή ανάδοχος για τα υπ' αριθμόν 12,13,20,22,24,31 και 37 είδη. Εν συνεχεία, κλήθηκε δυνάμει της υπ' αριθμόν πρωτ./26.2.2020 προσκλήσεως να προσκομίσει «...εντός προθεσμίας δέκα ημερώντα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφαόλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της διακήρυξης..». Η δεύτερη προσφεύγουσα υπέβαλε, με τον υπ' αριθμόν/4.3.2020 φάκελο, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης συμπεριλαμβανομένων τόσο του υπ' αριθμόν αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας, και είχε διάρκεια ισχύος μέχρι την 9.3.2020, όσο και της υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου βεβαίωσης ασφαλιστικής ενημερότητας του ΕΦΚΑ, με διάρκεια ισχύος 6 μηνών. Εν συνεχεία, η επιτροπή του διαγωνισμού, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συνέταξε το πρακτικό υπ' αριθμόν 3, δυνάμει του οποίου πρότεινε την απόρριψη της προσφοράς της με την αιτιολογία ότι δεν υπέβαλε ηλεκτρονικά φορολογική ενημερότητα, ούτε και ασφαλιστική ενημερότητα που να καλύπτει την 4.11.2019 ημερομηνία κατάθεσης προσφορών, όπως ζητείται από την υπ' αριθμόν διακήρυξη. Στη συνέχεια, εξεδόθη η προσβαλλόμενη υπ' αριθμόν 85/2020 απόφαση της Οικονομικής επιτροπής του Δήμου, η οποία απέρριψε την προσφορά της, καθώς, σύμφωνα με την απόφαση δεν κατέθεσε το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως αναφέρεται στο πρακτικό 3 και αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής.

3. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο (ελάχιστο) παράβολο δεδομένης της αξίας των τμημάτων του διαγωνισμού για τα οποία συμμετέχει (ΤΜΗΜΑ 14 και ΤΜΗΜΑ 25) (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό παράβολο ποσού 600,00 ΕΥΡΩ και σύμφωνα με το υπ' αριθμ. αποδεικτικό εξόφλησης της της

247/04/2020 και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με αναφορά «δεσμευμένο»).

4. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το παράβολο δεδομένης της αξίας των τμημάτων του διαγωνισμού για τα οποία συμμετέχει (ΤΜΗΜΑΤΑ 5,12,13,15,16,19,20,21,22,24,25,27,28,31 και 37) (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό παράβολο ποσού 977,90 ΕΥΡΩ και σύμφωνα με το οικείο αποδεικτικό εξόφλησης από την Τράπεζα της 29/04/2020 της και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με αναφορά «δεσμευμένο»). Δεδομένου όμως ότι η συνολική αξία των τμημάτων για τα οποία συμμετέχει ανέρχεται στο ποσό των 82.354,30 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, η δεύτερη προσφεύγουσα όφειλε να καταβάλει το ποσό των 600,00 ευρώ, συνεπώς το υπερβάλλον καταβληθέν ποσό των 377,90 ευρώ είναι επιστρεπτέο ως αχρεωστήτως καταβληθέν.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού και της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει 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.

6. Επειδή, συνακόλουθα, η πρώτη υπό εξέταση προσφυγή έχει ασκηθεί 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, όπως προαναφέρθηκε, οι διαγωνιζόμενοι, ήτοι η πρώτη και η δεύτερη προσφεύγουσα, έλαβαν πλήρη γνώση της υπ' αριθμ. 85/2020 απόφασης της αναθέτουσας αρχής την 22.04.2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και τόσο η πρώτη όσο και η δεύτερη προσφυγή κατατέθηκε μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 30.04.2020, κοινοποιήθηκαν, δε, στην Α.Ε.Π.Π. τόσο από την πρώτη όσο και από την δεύτερη προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 04/05/2020.

7. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ./2020 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της πρώτης προσφυγής. Τις ως

άνω απόψεις της η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε, αφενός στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 07/05/2020 και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 07.05.2020. Συναφώς κατά τον ίδιο τρόπο και στην ίδια ως άνω ημερομηνία υπέβαλε με το υπ' αριθμ. πρωτ./20020 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της δεύτερης προσφυγής.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια ...». Σύμφωνα με το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» του ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν ισχύει, ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76», και ότι «12. Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 1 του άρθρου 73, την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 και την περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους, β) τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 73 εφόσον είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος, να έχουν εκδοθεί κατά τα οριζόμενα στην προηγούμενη περίπτωση». Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 «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. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή

διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...».

9. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του

αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ ΚΛ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ΄, σελ. 776).

10. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή

αδικοιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι, δε, νοούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές.

11. Επειδή, συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή δε δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζόμενου από τη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (ΣτΕ 2723/2018, βλ. Ε.Α. ΣτΕ 382/2015, 53, 19/2011, πρβλ. ΣτΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008).

12. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον

ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (AEBTPI) σκ. 71].

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής,

λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

14. Επειδή, στο άρθρο 103 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/Ε και 2014/25/ΕΕ)», όπως ίσχυε πριν από τις τροποποιήσεις, που

επέφερε στις διατάξεις των δύο πρώτων παραγράφων του, το άρθρο 43 παρ. 12α και 12β του ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52/1.4.2019), ορίζετο ότι: «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών. 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 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 του 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. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, 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 υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 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 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....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 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου 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....7...». Ήδη, με το άρθρο 43 παρ. 12α και 12β του ν.4605/2019, οι παράγραφοι 1 και 2 του ως άνω άρθρου 103 του ν.4412/2016 διαμορφώθηκαν, από 1.4.2019, ως ακολούθως και ισχύουν εν προκειμένω: «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών.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

υποβάλλει εντός προθεσμίας, "εντός δέκα (10) 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 του 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. (Η φράση « που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης των είκοσι (20) ημερών» της παρ.1 αντικαταστάθηκε από την μέσα σε " " φράση, ως άνω, με το άρθρο 43 παρ. 12α του ν. 4605/2019). 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης 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. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο σ', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. (Η παρ. 2 αντικαταστάθηκε ως άνω από το άρθρο 43 παρ. 12β του νόμου 4605/2019)».

15. Επειδή, σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση του ν.4605/2019, μετά από δύο έτη εφαρμογής του νόμου 4412/2016 και ενόψει διαπίστωσης καθυστερήσεων στην σύναψη και εκτέλεση των συμβάσεων με δυσμενέστερες συνέπειες για την εθνική οικονομία, κατέστη επιτακτική η ανάγκη, μετά και την έξοδο της χώρας από τα μνημόνια, να ληφθούν μέτρα για την παροχή μέσων προς τις Αναθέτουσες Αρχές προκειμένου να

διευκολυνθούν, με επιτάχυνση των σχετικών διαδικασιών, στην άμεση δημοπράτηση συμβάσεων που θα τονώσουν την εθνική οικονομία και θα συμβάλουν στη μείωση της ανεργίας. Προς το σκοπό αυτόν, με την τροποποίηση που επέφερε το άρθρο 43 παρ. 12α και 12β του ν. 4605/2019, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, μειώνεται ο χρόνος εντός του οποίου υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, επιλύονται ερμηνευτικά ζητήματα που ανέκυψαν ως προς το ζήτημα των συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης και εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν για να λάβει χώρα η υποβολή συμπληρωματικών δικαιολογητικών. Συγκεκριμένα, εξορθολογίζεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών με τρόπο ώστε να μην αποτελεί υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωση, ει μη μόνον στις περιπτώσεις που δικαιολογείται αυτό, όταν δηλαδή ο προσωρινός ανάδοχος επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και αιτηθεί εγκαίρως την έκδοσή τους. Η δυνατότητα συμπλήρωσης και ο χρόνος παράτασης συνδέεται με το χρόνο έκδοσης των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές, για λόγους δε διαφάνειας ορίζεται ότι, σε περίπτωση τήρησης της διαδικασίας συμπλήρωσης, θα πρέπει τούτο να αναφέρεται στο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού. Ειδικότερα, η μεν παράγραφος 1 του άρθρου 103 του ν.4412/2016 - οι τροποποιημένες διατάξεις του οποίου περιλαμβάνονται στην Διακήρυξη του ένδικου διαγωνισμού - θεσπίζει αποκλειστική προθεσμία δέκα (10) ημερών από της προσκλήσεως του προσωρινού αναδόχου, εντός της οποίας υποχρεούται αυτός να υποβάλλει τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, η δε παράγραφος 2 θεσπίζει υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου, εάν δεν προσκομίσει τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις στα προσκομιζόμενα, να υποβάλει, εντός της ίδιας ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας, αίτημα παράτασης αυτής υπό τους συγκεκριμένους όρους της εν λόγω διατάξεως. Η παρέλευση της ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας και χωρίς να έχει υποβληθεί εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου αίτημα για παράταση αυτής υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 103 του ν.4412/2016, δημιουργεί αυτοδίκαια απώλεια του δικαιώματος του για

υποβολή ελλειπόντων δικαιολογητικών. Ο εξορθολογισμός αυτός της διαδικασίας συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με μετακύλιση του βάρους και της ευθύνης προσκόμισής τους από την αναθέτουσα αρχή στον προσωρινό ανάδοχο, όχι μόνον δεν καταλείπει στάδιο διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή για πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση των ως άνω δικαιολογητικών αλλά, αντιθέτως, δημιουργεί σ' αυτήν την υποχρέωση να απορρίψει άνευ ετέρου την προσφορά του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος δεν τηρεί τις υποχρεώσεις του από τη διάταξη αυτή - είτε εντός της αρχικής προθεσμίας είτε κατόπιν παρατάσεως αυτής για προσκόμιση των δικαιολογητικών - και με αυτόν τον τρόπο φέρει ο ίδιος τον κίνδυνο απόρριψης της προσφοράς του. Έτσι, αυστηροποιείται το σχετικό νομοθετικό πλαίσιο προς προστασία του δημοσίου συμφέροντος με σκοπό, όπως προαναφέρθηκε, την ενίσχυση της εθνικής οικονομίας και την καταπολέμηση της ανεργίας. Αντίθετη, άλλωστε, ερμηνευτική εκδοχή θα κατέλυε αυτόν τούτον το σκοπό της νέας διατάξεως (βλ. ΔΕφΠατρ. 58/2019, 7/2020).

16. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρθρου 102 και του άρθρου 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο

ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί υπό προϋποθέσεις η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ). Ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι η πλημμέλεια που αναφέρεται ανωτέρω, θα πρέπει να δημιουργεί αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως θα πρέπει να είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 876/2019, 393/2019).

17. Επειδή, η διαγραφόμενη με τη διάταξη του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ.

40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C-387/14, Esaprojektsp. z.o.o. κατά WojewództwoŁódzkie, σκ. 37-40). Ομοίως, καθίσταται σαφές ότι δεν χωρεί εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όταν από τις οικείες διατάξεις προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα να απορρίψει την οικεία προσφορά.

18. Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. ΣτΕ 179/2009 σκ.5).

19. Επειδή, 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. Ομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς (ΑΕΠΠ 1360/2019).

20. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις 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), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV

Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

21. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 2.2.3.2. της οικείας διακήρυξης αναφέρεται το εξής : *«Δεν αποκλείεται ο οικονομικός φορέας, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους»*. Επίσης, στην παρ. 2.2.9.2. της ίδιας ως άνω διακήρυξης αναφέρεται το εξής: *«Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016.[...] Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 ν. 4412/2016. Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα ως άνω δικαιολογητικά και αυτά εξακολουθούν να ισχύουν. Επισημαίνεται ότι γίνονται αποδεκτές: · οι ένορκες*

βεβαιώσεις που αναφέρονται στην παρούσα Διακήρυξη, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους,· οι υπεύθυνες δηλώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών. Σημειώνεται ότι δεν απαιτείται θεώρηση του γνησίου της υπογραφής τους. Β. 1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά. [...] β) για τις παραγράφους 2.2.3.2 και 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Ειδικότερα: βι) για την παράγραφο 2.2.3.2 πιστοποιητικό της αρμόδιας κατά περίπτωση αρχής του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, σε ισχύ, από το οποίο να προκύπτει ότι ο υποψήφιος Ανάδοχος είναι ενήμερος ως προς τις φορολογικές του υποχρεώσεις και ως προς τις υποχρεώσεις που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης. Διευκρινίζεται ότι το πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας: αφορά και τους φορείς επικουρικής ασφάλισης και όχι μόνο τους οργανισμούς κύριας ασφάλισης, αφορά όλους τους απασχολούμενους στην επιχείρηση, με οποιαδήποτε σχέση εργασίας, που είναι ασφαλισμένοι σε οποιονδήποτε ασφαλιστικό οργανισμό, σε περίπτωση ατομικών επιχειρήσεων, αφορά και όσους είναι ασφαλισμένοι ως εργοδότες ή ελεύθεροι επαγγελματίες σε ασφαλιστικούς οργανισμούς, σε περίπτωση εταιρειών (νομικών προσώπων), αφορά την ίδια την εταιρεία (το νομικό πρόσωπο) και τα φυσικά πρόσωπα που τη διοικούν ή την εκπροσωπούν. Για τον έλεγχο των ανωτέρω στοιχείων, οι ενδιαφερόμενοι οφείλουν να προσκομίσουν μαζί με το πιστοποιητικό ή τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας, υπεύθυνη δήλωση αναφορικά με τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης στους οποίους οφείλει να καταβάλει εισφορές. Ειδικά για τις περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.2 α., πέραν του ως άνω πιστοποιητικού, υποβάλλεται 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». Εξάλλου στην παράγραφο 3.2 της διακήρυξης αναφέρεται το εξής: «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) 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 του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής.».

22. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα προβάλλει με τον πρώτο λόγο προσφυγής ότι «Από τον συνδυασμό του ανωτέρω νομοθετικού πλαισίου και των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, προκύπτει ότι για να αναδειχθούμε οριστικοί ανάδοχοι των τμημάτων 14 και 25 έπρεπε να υποβάλλουμε τα αναγραφόμενα στην παράγραφο 2.2.9.2. της διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. Έτσι λοιπόν, την 5-3-2020 η εταιρεία μας υπέβαλλε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά που αναφέρονται στην παράγραφο 2.2.9.2. Ειδικότερα, για την παρ. Β1 περ. βί υποβάλλαμε την με αριθμό πρωτ. βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας της εταιρείας εκδοθείσα από τον ΕΦΚΑ, την με αριθμό πρωτ βεβαίωση εξόφλησης των ασφαλιστικών εισφορών της εκδοθείσα από τον ΕΦΚΑ, την με αριθμό πρωτοκ.0 βεβαίωση εξόφλησης των ασφαλιστικών εισφορών του εκδοθείσα από τον ΕΦΚΑ καθώς και την σχετική υπεύθυνη δήλωση ασφαλιστικών φορέων. Ήτοι, υποβάλλαμε όλα τα σχετικά έγγραφα ασφαλιστικής ενημερότητας που ρητώς αναφέρονται στην παρ. 2.2.9.2. της διακήρυξης, σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής τους. Επίσης,

υποβάλλαμε και όλα τα υπόλοιπα έγγραφα που αναφέρονται στην παρ. 2.2.9.2. της διακήρυξης, χωρίς καμμία έλλειψη. Συμπερασματικά καταθέσαμε ηλεκτρονικά πλήρη φάκελο των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Πλην όμως, με μεγάλη μας έκπληξη διαπιστώσαμε από την προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή μας απόφαση, ότι απορρίφθηκε η προσφορά μας διότι δεν καταθέσαμε ασφαλιστική ενημερότητα των μελών ΔΣ της εταιρείας μας (.....,,) κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μας, όπως ζητείται από την υπ' αριθ. διακήρυξη. Η απόφαση αυτή όμως είναι μη νόμιμη, αυθαίρετη και ουσία αβάσιμη για τους εξής αυτοτελείς λόγους: Δεν προβλέπεται σε κανένα σημείο και όρο της διακήρυξης ότι πρέπει να υποβληθεί από τους οικονομικούς φορείς ασφαλιστική ενημερότητα των μελών ΔΣ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Η διακήρυξη ρητά αναφέρει για αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής τους. Η απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου να ζητήσει έγγραφο που δεν προβλέπεται από την διακήρυξη κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης παραβιάζει τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, καθώς 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 διανωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των ενκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Υποβάλλαμε ασφαλιστική ενημερότητα της (μέλους ΔΣ της εταιρείας), κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μας, λειτουργώντας υπέρ του δέοντος και με διάθεση να αποδείξουμε ότι η εταιρεία εκπληρώνει τις ασφαλιστικές τις υποχρεώσεις, παρόλο που δεν το προέβλεπε η διακήρυξη ήτοι δεν αναφέρει πουθενά ότι πρέπει να υποβάλλουμε ασφαλιστική ενημερότητα (της εταιρείας και των μελών ΔΣ) κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μας ούτε κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς μας, ούτε κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συγκεκριμένα, κατά την υποβολή της

προσφοράς μας στις 31-10-2019, υποβάλλαμε την με αριθμό πρωτοκ. βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας εκδοθείσα από τον ΕΦΚΑ η οποία καλύπτει την και η οποία εργάζεται στην εταιρεία όπως προκύπτει από την υπεύθυνη δήλωση ασφαλιστικών φορέων και την κατάσταση προσωπικού που υποβάλλαμε κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Όσον αφορά τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις της και του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας ήταν εξοφλημένες όπως προκύπτει από τις βεβαιώσεις ΕΦΚΑ με ημερομηνία 30-4-2020 σε συνδυασμό με τις εκτυπώσεις από τις ηλεκτρονικές υπηρεσίες του ΕΦΚΑ τόσο για την όσο και για τον στις οποίες προκύπτει η αναλυτική και εμπρόθεσμη καταβολή των οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών τους. Η εταιρεία μας επομένως ήταν επιμελής ως προς την έκδοση ασφαλιστικής και Φορολογικής ενημερότητας κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τις οποίες και υποβάλλαμε με την προσφορά μας όπως αποδεικνύεται από τον ηλεκτρονικό μας φάκελο, και θα μπορούσαμε να τις προσκομίσουμε όποτε μας ζητείτο από την αναθέτουσα αρχή. Η αναθέτουσα αρχή έπρεπε πρώτα να ζητήσει με διευκρίνισή της από την εταιρεία μας καθώς και από τους άλλους προσωρινούς αναδόχους να αποδείξουμε ότι είχαμε εκπληρώσει τις ασφαλιστικές και Φορολογικές μας υποχρεώσεις κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 103 του ν.4412/2016 να μας καλέσει για την συμπλήρωση τυχόν ελλείψεων των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης υποχρεωτικά, σε περίπτωση κατά την οποία οι ελλείψεις αυτές οδηγούν στη ματαίωση της κατακύρωσεως σε μας του αποτελέσματος του διαγωνισμού (βλ. αποφ. 1/2020 ΣΤΕ-ΤΜΗΜΑ Δ), καθώς ον έχει το δικαίωμα αυτό και από το νόμο και από τους όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα, λειτουργώντας αυθαίρετα και χωρίς να στηρίζεται σε κάποιο όρο της διακήρυξης, απέρριψε κατευθείαν την προσφορά μας χωρίς να νομιμοποιείται προς τούτο. Και τούτο διότι δημιουργήθηκε προφανής ασάφεια της διακήρυξης, για την οποία είναι υπεύθυνη η αναθέτουσα αρχή και όχι οι οικονομικοί φορείς, ως προς την υποχρέωση να κατατεθούν με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης τα σχετικά έγγραφα ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας

που καλύπτουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως δε, έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, η όποια ασάφεια των εγγράφων της σύμβασης, δεν μπορεί να ερμηνευτεί εις βάρος των οικονομικών φορέων άνευ προγενέστερης κλήσης τους προς συμπλήρωση των οικείων δικαιολογητικών (βλ. απόφαση 1388/2019 ΑΕΠΠ). Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι τα επίμαχα έγγραφα που ανατρέχουν στο χρόνο κατάθεσης της προσφοράς μας δεν δύνανται να εκδοθούν αναδρομικά και για το λόγο αυτό θα έπρεπε να μας καλέσει να υποβάλλουμε τα σχετικά δικαιολογητικά σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ώστε να διαπιστώσει αν καλύπτουμε τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Η ασάφεια αυτή της διακήρυξης προκύπτει και από το γεγονός ότι η προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή μας απόφαση, όσον αφορά τους προσωρινούς αναδόχους άλλων τμημάτων, απέρριψε τις προσφορές τους για τον ίδιο λόγο όπως αναλυτικά αναφέρεται σε αυτή. Πιο συγκεκριμένα, απέρριψε τις προσφορές των οικονομικών φορέων,, και, για τον λόγο ότι δεν υπέβαλλαν φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους. Δηλαδή, σε σύνολο 7 προσωρινών αναδόχων που προκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. 30/2020 απόφαση απέρριψε τις προσφορές των 6 από αυτούς. Είναι πασιφανές λοιπόν, ότι η αναθέτουσα αρχή ενήργησε αυθαίρετα πατώντας σε ασάφεια της διακήρυξης, την οποία η ίδια προκήρυξε και έχει εξ ολοκλήρου την ευθύνη για τυχόν ασάφειες. Και αντί να αναλάβει την ευθύνη και να προχωρήσει στις απαραίτητες ενέργειες για να καλύψει την ασάφεια αυτή, αντιθέτως στην προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή απόφαση αναφέρει ότι «δεν υπέβαλε ηλεκτρονικά ασφαλιστική ενημερότητα που να καλύπτει την 4/11/2019 ημερομηνία κατάθεσης προσφορών, για τα μέλη του Δ.Σ. όπως ζητείται από την υπ' αριθμ. διακήρυξη», ενώ αυτό δεν ζητείται με κανένα όρο αυτής στο στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, από τον συνδυασμό των ανωτέρω και επειδή υποβάλλαμε νόμιμα και εμπρόθεσμα όλα τα ζητούμενα από την διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης, ενώ η αναθέτουσα αρχή έπραξε μη νόμιμα, δέον όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή απόφαση κατά το μέρος που αφορά το ΤΜΗΜΑ 14

(ΜΑΣΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ) και το ΤΜΗΜΑ 25 (ΑΡΒΥΛΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ), όπως γίνει δεκτή η προσφορά της εταιρείας μας και όπως αναδειχτούμε οριστικοί ανάδοχοι για το ΤΜΗΜΑ 14 (ΜΑΣΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ) και το ΤΜΗΜΑ 25 (ΑΡΒΥΛΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ)».

23. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της πρώτης προσφυγής προβάλλεται, ότι «Στην προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμουαναγράφεται το εξής: « [...] Γ) Αναδεικνύει τους παρακάτω οικονομικούς φορείς ως προσωρινούς αναδόχους για τα είδη για τα οποία οι αρχικοί προσωρινοί ανάδοχοι και οι επόμενοι μειοδότες δεν κατέθεσαν το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η προσφορά τους δεν μπορεί να γίνει δεκτή, καθώς σύμφωνα με τα πρακτικά 1 και 2 η προσφορά των κατωτέρω είναι σύμφωνη με την υπ. αριθμ. διακήρυξη, ανταποκρίνονται πλήρως στις απαιτήσεις της υπηρεσίας, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της αριθμ./2019 μελέτης που συνέταξε η Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου και με το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και έχουν ως εξής: 1. (ΑΦΜ:, ΔΟΥ: (.....) για τα είδη 14 και 20 της αριθμ. Μελέτης, 2. (ΑΦΜ:, ΔΟΥ:) για τα είδη 16 και 25 της αριθμ./2019 Μελέτης [,.]. Οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα κληθούν να υποβάλλουν τα αναφερόμενα στην παρ. 22.9.2 της διακήρυξης δικαιολογητικά κατακύρωσης.». ανωτέρω απόφαση ορίζοντας ως προσωρινούς αναδόχους, μετά την απόρριψη της προσφοράς μας, για το τμήμα 14 την εταιρεία και για το τμήμα 25 την εταιρεία, παραβιάζει κατάφωρα τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού των συμμετεχόντων στην διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο διότι, δίνει την δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς αυτούς να υποβάλλουν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης γνωρίζοντας εκ των υστέρων ότι «δήθεν» πρέπει να συμπεριλάβουν στον φάκελό τους και ασφαλιστική ενημερότητα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, κάτι που δεν μπορούσαν να γνωρίζουν εκ των προτέρων καθώς δεν αναφέρεται πουθενά στην διακήρυξη. Ουσιαστικά πρόκειται, για

διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής προς αυτούς τους φορείς, ενώ αντιθέτως τόσο με την εταιρεία μας όσο και με τους άλλους απορριφθέντες οικονομικούς φορείς δεν έπραξε ουδόλως το ίδιο, δημιουργώντας έτσι μια σαφή διάκριση και μια άνιση μεταχείριση μεταξύ των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό. Παραβίασε λοιπόν η αναθέτουσα αρχή τις ανωτέρω αρχές, έχοντας ευθύνη μάλιστα για την ανωτέρω περιγραφόμενη ασάφεια της διακήρυξης, και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 85/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου».

24. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί της πρώτης προσφυγής προβάλλει συναφώς ότι «Σύμφωνα με: 1.το άρθρο 103 παρ.2 Ν.4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε από την παρ.12β του άρθρου 43 του Ν.4605/2019. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης 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. 2. το άρθρο 102 παρ.2 Ν.4412/2016. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις: - ασάφειες,- επουσιώδεις πλημμέλειες ή-πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε:- παράλειψη μονογραφών,- διακεκομμένη αρίθμηση,-ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής,- λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους,- ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία,- πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων,- διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα

της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. το άρθρο 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης και το γεγονός ότι δεν υπάρχει κάποιο αίτημα για παράταση προθεσμίας με αποδεικτικά έγγραφα από τον οικονομικό φορέα , η πρόσκληση στον οικονομικό φορέα να υποβάλλει πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας από τον ΕΦΚΑ ΟΑΕΕ, κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς θα αποτελούσε, εκ των υστέρων προσκόμιση δικαιολογητικού, ενέργεια μη νόμιμη, καθώς εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 2ος ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ ΩΣ ΑΝΑΓΡΑΦΕΤΑΙ ΣΤΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ: «Ορίζοντας ως προσωρινούς αναδόχους μετά την απόρριψη της προσφοράς για το τμήμα 14 την εταιρεία και για το τμήμα 25 την εταιρεία , παραβιάζει κατάφορα τις αρχές της διαφάνειας της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού των συμμετεχόντων στην διαγωνιστική διαδικασία». ΑΠΟΨΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ. 1. Το άρθρο 103 παρ. 4 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 21 του άρθρου 107 του Ν. 4497/2017. 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. 2. Το άρθρο 3.2 της διακήρυξης του διαγωνισμού ορθώς ορίστηκαν ως προσωρινοί μειοδότες οι παραπάνω οικονομικοί φορείς (για το τμήμα 14 και για το τμήμα 25 την εταιρεία) καθώς ο προσωρινός μειοδότης απορρίφθηκε και είχαν καταθέσει την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.».

25. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει ότι «Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά μας, καίτοι προσκομίσαμε τόσο πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας, όσο και βεβαίωση περί μη οφειλής ασφαλιστικών εισφορών, αμφότερα τελούντα σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους, όπως απαιτούσε η διακήρυξη (βλ. όρο 2.2.9.2. παρ. Β.β1), ήτοι κατά την 4η Μαρτίου 2020. (χρόνος κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης). Η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης κατά παραπομπή στην αιτιολογία του πρακτικού 3 της επιτροπής του διαγωνισμού, περί μη προσκόμισης, ως δήθεν οφείλαμε, πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, οι οποίες να καλύπτουν την ημερομηνία της 4ης Νοεμβρίου 2019, ημέρα κατάθεσης των προσφορών, δεν βρίσκει έρεισμα στη διακήρυξη, όπως έχουμε ήδη παραθέσει. Όφειλε η διακήρυξη του διαγωνισμού να μνημονεύει ρητώς και πέραν κάθε αμφιβολίας ότι ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να προσκομίσει δικαιολογητικά που να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών. Αυτή η έλλειψη δεν είναι δυνατόν να θεραπευτεί από αναδρομή σε άλλη διάταξη νόμου ή σε εγκυκλίους καθώς καταστατικός χάρτης του διαγωνισμού είναι η διακήρυξη. Σε διακηρύξεις άλλων διαγωνισμών περιλαμβάνεται ειδικός όρος που δεν αφήνει περιθώριο αμφισβήτησης σχετικά με το χρόνο ισχύος των πιστοποιητικών που προσκομίζονται. Ειδικότερα στην υπ' αριθμόν 119/2020 η ΑΕΠΠ επελήφθη διαφοράς στο πλαίσιο διαγωνισμού στη διακήρυξη του οποίου και στον όρο 2.4.3. υπήρχε ο κάτωθι όρος: «2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» 2.4.3.1 Δικαιολογητικά συμμετοχής Τα

στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης και β) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016.Σημειώνεται ότι οι συμμετέχοντες, κατά τη διάρκεια υποβολής των προσφορών, θα πρέπει να έχουν στη διάθεσή τους πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας. Τα εν λόγω πιστοποιητικά θα προσκομίστούν μαζί με τα υπόλοιπα δικαιολογητικά για έλεγχο, κατά την πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, προκειμένου να καλυφθούν οι απαιτήσεις της υποπαραγράφου Β1 β) της παρ. 2.2.5.2 της παρούσας. [...]» (παράβλεπε υπ' αριθμόν 119/2020 απόφαση ΑΕΠΠ, σελ.19). Από την επισκόπηση της διακηρύξεως του Δήμου δεν διαπιστώνεται η ύπαρξη σχετικού όρου. Έτι περαιτέρω, η πρόσκληση, η οποία μας απεστάλη, προκειμένου να προσκομίσουμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αρκείται σε μία απλή παραπομπή στην παράγραφο 2.2.9.2. της σχετικής διακηρύξεως, όπου όπως έχουμε ήδη εκθέσει, και η μόνη προϋπόθεση που θεσπίζεται είναι τα προσκομιζόμενα πιστοποιητικά να είναι σε ισχύ, ήτοι σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους. Το γεγονός ότι η πρόσκληση που μας καλούσε να προσκομίσουμε τα δικαιολογητικά δεν ανέφερε, δεν υπονοούσε, ούτε παρέπεμπε σε άλλη διάταξη της διακήρυξης, η οποία να αναφέρει ότι τα δικαιολογητικά όφειλαν να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών και ότι φυσικά δεν ήταν δυνατό να συμπεράνει κανείς αυτό, αποδεικνύεται και από αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, πριν την τροποποίηση του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 από το ν. 4605/2019 η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα «...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.» Σε αυτό το πλαίσιο

προσωρινή ανάδοχος σε διαγωνισμό του ΤΕΙ κλήθηκε αρχικά να καταθέσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης με απλή παραπομπή σε όρο της διακήρυξης και εν συνεχεία ελλείψει των απαιτούμενων δικαιολογητικών εκκλήθη με το υπ' αριθμ. /10.01.2019 έγγραφό να προσκομίσει συμπληρωματικά εντός 10 ημερών τα παρακάτω δικαιολογητικά: 1. Πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας της εταιρίας με ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ήτοι την 12-9-2018..... Η προσωρινή ανάδοχος προσκόμισε τα συμπληρωματικά δικαιολογητικά με το υπ' αριθμ. /21.01.2019 έγγραφό της. Η Επιτροπή προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών (αρχικών και συμπληρωματικών) που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος και διαπίστωσε ότι ο τελευταίος δεν είχε προσκομίσει φορολογική ενημερότητα που να καλύπτει το χρόνο υποβολής προσφοράς (12.09.2018)(παράβλεπε υπ' αριθμόν 399/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, σελ. 2).Γίνεται μετά ταύτα αντιληπτό ότι η αναθέτουσα αρχή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία αναγνωρίζοντας ότι η αρχική της πρόσκληση δεν ήταν σαφής ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούσε να προσκομιστούν επανήλθε με νέα σχετική, όπου καθιστούσε σαφές ότι τα δικαιολογητικά πρέπει να καλύπτουν το χρόνο υποβολής προσφορών. Στην περίπτωση, όμως, του Δήμου σχετική σαφής αναφορά δεν υπήρχε στην πρόσκληση και καθώς από την ισχύ του ν. 4605/2019 δεν προβλέπεται πλέον δυνατότητα της αρχής να ζητήσει από τον προσωρινό ανάδοχο ελλείποντα δικαιολογητικά, ώστε με αυτό τον τρόπο να διορθώσει αβλεψίες και ασάφειες της αρχικής πρόσκλησης, όφειλε ο Δήμος σε κάθε περίπτωση να αναφέρει στην πρόσκλησή του ότι τα πιστοποιητικά που θα προσκομίζονταν θα έπρεπε να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών. Σχετικό δε και το υπ' αριθ. πρωτ. 2210/19-4-2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με τον τίτλο «Διευκρινίσεις ως προς τον χρόνο έκδοσης και ισχύος των δικαιολογητικών που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο (δικαιολογητικών κατακύρωσης), κατόπιν δημοσίευσης του ν. 4605/2019» όπου διευκρινίζονται τα εξής «...για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων .. γίνονται αποδεκτά ως εξής:.. 3) τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν στην παράγραφο 2 του άρθρου 73 (πιστοποιητικά ασφαλιστικής

ενημερότητας και φορολογικής ενημερότητας που εκδίδονται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας), εφόσον είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής τους από τον προσωρινό ανάδοχο. Άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος σε αυτά, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους... ». Σε κάθε περίπτωση η ασάφεια που καταλείπεται από τον όρο της διακήρυξης ότι τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας πρέπει να είναι σε ισχύ και σε άλλο σημείο σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους επιτείνεται έτι περαιτέρω και από την κρίση της ΑΕΠΠ στην υπ' αριθμόν 242/2020 απόφασή της, όπου απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή προσωρινού αναδόχου, ο οποίος όταν κλήθηκε να καταθέσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (μετά την τροποποίηση του άρθρου 103) υπέβαλε πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, τα οποία κάλυπταν μεν το χρόνο υποβολής των προσφορών, πλην, όμως, κατά το χρόνο που έλαβε χώρα η πρόσκληση για την υποβολή τους, αυτά είχαν λήξει. Η αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά του, καθώς η ισχύς των δικαιολογητικών είχε λήξει, κάτι το οποίο, όμως ήταν αναπόφευκτο, καθώς η ισχύς των πιστοποιητικών αυτών είναι μικρή, 2 μηνών στην περίπτωση του πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας (υπό την προϋπόθεση μάλιστα, ότι εκείνη έχει εκδοθεί στην καλύτερη των περιπτώσεων αυθημερόν με την υποβολή των προσφορών και όχι ήδη δύο μήνες νωρίτερα), και κατά συνήθη πρακτική ο χρόνος που μεσολαβεί από την υποβολή των προσφορών μέχρι την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι πλέον του διμήνου. Το αυτό ζήτημα απασχόλησε και την εταιρεία μας, η οποία είχε εις χείρας της τόσο φορολογική, όσο και ασφαλιστική ενημερότητα σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών (υπ' αριθμόν πρωτ. πιστ.Φορ. Ενημερότητας και βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας). Αν η εταιρεία μας τις είχε υποβάλει, τότε ο λόγος απόρριψης θα ήταν η κατάθεση πιστοποιητικών, που δεν ήταν σε ισχύ και σύμφωνα με τη διακήρυξη, όπως προαναφέραμε, θα ήταν ορθή. Αντ' αυτών τηρώντας τους όρους της διακήρυξης υποβάλαμε πιστοποιητικά που ήταν σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους. Σύμφωνα με τα παραπάνω εκτεθέντα, τα οποία είναι αληθή και επαρκώς τεκμηριωμένα η

προσβαλλόμενη απόφαση έχει εκδοθεί κατά παράβαση του νόμου και της διακήρυξης».

25. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί της δεύτερης προσφυγής προβάλλει συναφώς, ότι «Έχοντας υπόψη 1. το άρθρο 104 παρ. 1 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». 2. το άρθρο 2.2.9.2 της υπ' αριθ. διακήρυξης διαγωνισμού : «Αποδεικτικά μέσα Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.3, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016.». 3. το άρθρο 2.2.9.2 παρ.β και β1 της υπ αριθ. διακήρυξης διαγωνισμού αναγράφεται: "β) για τις παραγράφους 2.2.3.2 και 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Ειδικότερα: β1) για την παράγραφο 2.2.3.2 πιστοποιητικό της αρμόδιας κατά περίπτωση αρχής του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, σε ισχύ, από το οποίο να προκύπτει ότι ο υποψήφιος Ανάδοχος είναι ενήμερος ως προς τις φορολογικές του υποχρεώσεις και ως προς τις υποχρεώσεις που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης.". 4.το άρθρο 43 παρ. 7 περ. α' υποπερ. αδ' του ν. 4605/2019, με το οποίο προστέθηκε νέα παράγραφος 12 (τροποποίηση) στο άρθρο 80 («Αποδεικτικά Μέσα») του ν. 4412/2016 σύμφωνα με την οποία : «12. Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 1 του άρθρου 73, την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 και την

περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους, β) τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 73 εφόσον είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος, να έχουν εκδοθεί κατά τα οριζόμενα στην προηγούμενη περίπτωση, 5. το έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2210/19.04.2019 : Διευκρινίσεις ως προς τον χρόνο έκδοσης και ισχύος των δικαιολογητικών που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο (δικαιολογητικών κατακύρωσης), κατόπιν δημοσίευσης του ν. 4605/2019 με το οποίο στην παρ Β4 σημειώνεται ότι εξακολουθούν να ισχύουν οι διατάξεις του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες τα δικαιολογητικά κατακύρωσης πρέπει να καταλαμβάνουν και τον χρόνο της υποβολής της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς. Στο πλαίσιο αυτό: -τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας δεν καλύπτουν το προγενέστερο της έκδοσής τους χρονικό διάστημα. Λόγω του σύντομου, σε πολλές περιπτώσεις, χρόνου ισχύος αυτών των πιστοποιητικών που εκδίδονται από τους ημεδαπούς φορείς, οι οικονομικοί φορείς πρέπει να μεριμνούν να αποκτούν εγκαίρως πιστοποιητικά τα οποία να καλύπτουν και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, προκειμένου να τα υποβάλουν, εφόσον αναδειχθούν προσωρινοί ανάδοχοι.». 6. Το γεγονός ότι στην διακήρυξη δεν αναφέρεται κάποιος άλλος όρος όσον αφορά την υποβολή των δικαιολογητικών πέραν των ανωτέρω. 7. Από τον επανέλεγχο των δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν από τον οικονομικό φορέα όσον αφορά την φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα με τον οποίο διαπιστώθηκε ότι κατατέθηκαν τα εξής: α. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ –τ.ΙΚΑ Ε.Τ.Α.Μ. της επιχείρησης με αριθ.πρωτ. και ισχύ έως 19-6-2020. (Δικαιολογητικό που αποδεικνύει εκπλήρωση ασφαλιστικών υποχρεώσεων στο ΙΚΑ μόνο κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης). β. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ-ΜΗ ΜΙΣΘΩΤΩΝ της του με αριθ.πρωτ. /3-1-2020 και ισχύ έως 30-6-2020 (Δικαιολογητικό που αποδεικνύει εκπλήρωση ασφαλιστικών υποχρεώσεων στο ΕΦΚΑ – ΜΗ

ΜΙΣΘΩΤΩΝ μόνο κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης) γ. Πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας της εταιρείας με αριθ.πρωτ. με ισχύ έως 9-3-2020 (Δικαιολογητικό που αποδεικνύει εκπλήρωση φορολογικών υποχρεώσεων στην εφορία μόνο κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης) και δ. Υπεύθυνη δήλωση του του (Προέδρου της εταιρείας) σύμφωνα με την οποία δηλώνει τα εξής: «Όλοι οι εργαζόμενοι μας είναι ασφαλισμένοι στο Ε.Φ.Κ.Α τ. Ι.Κ.Α –Ε.Τ.Α.Μ και τα μέλη του ΔΣ είναι ασφαλισμένα (ΠΡΩΗΝ ΟΑΕΕ) ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΕΦΚΑ». Προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας 1.Απαιτείται να αποδείξει την νομιμότητα της συμμετοχής του, όπως αυτή ορίζεται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8 της διακήρυξης του διαγωνισμού και ειδικότερα αυτά που αφορούν φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και 2.δεν έχει καταθέσει πιστοποιητικά τα οποία να αποδεικνύουν ότι ήταν φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ήτοι 4-11-2019».

26. Επειδή, ως προς την πρώτη προσφυγή κρίνονται τα κάτωθι. Κατά πάγια νομολογία, ο διαγωνισμός διεξάγεται κατ' αρχήν με το νομικό καθεστώς του χρόνου δημοσιεύσεως της οικείας διακηρύξεως (πρβ. Ε.Α. 800/2008, 1435/2007, 167/2006, 231, 288/2003 κ.ά.). Κατά το χρόνο δε αυτό κρίνεται και η νομιμότητα της διακηρύξεως (βλ. σχετικά περί της νομιμότητας των ενεργειών της Διοίκησης ΣτΕ 790/1986, 807, 2868/1987, 5755/1996, 825/2010). Το άρθρο 3.2 της οικείας διακήρυξης προβλέπει ότι «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) 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 του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που

περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής του τους, κατά τις διατάξεις του ν. 4250/2014 (Α' 94). Ειδικά τα αποδεικτικά τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία πρέπει να έχει συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλει εντός της προθεσμίας της παρ. 5.3.1 του παρόντος, αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί την χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για την χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παρ. 5 εδαφ. α' του ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. 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, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν:

- ί) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τ.Ε.Υ.Δ., είναι ψευδή ή ανακριβή, ή
- ίί) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή
- ίίί) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Τ.Ε.Υ.Δ., ότι πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υποβάλλει αληθή ή ακριβή δήλωση ή δεν προσκομίσει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 -2.2.8 της παρούσας διακήρυξης, η διαδικασία ματαιώνεται. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα ανωτέρω και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για την κατακύρωση της σύμβασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου. Επισημαίνεται ότι, η αρμόδια επιτροπή του διαγωνισμού, με αιτιολογημένη εισήγησή της, μπορεί να προτείνει την κατακύρωση της σύμβασης για ολόκληρη ή μεγαλύτερη ή μικρότερη ποσότητα κατά ποσοστό στα εκατό και ως εξής: ποσοστό 15% στην περίπτωση της μεγαλύτερης ποσότητας και ποσοστό 50% στην περίπτωση μικρότερης

ποσότητας. Για κατακύρωση μέρους της ποσότητας κάτω του καθοριζόμενου ως ανωτέρω ποσοστού, απαιτείται προηγούμενη αποδοχή από τον προσωρινό ανάδοχο. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης». Από τους ως άνω όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι – λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω στη σκ. 12 διαλαμβανόμενων- οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να υποβάλουν ως δικαιολογητικά κατακύρωσης πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας που καλύπτουν και το χρόνο υποβολής των προσφορών τους, ως άλλωστε αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 2.2.9.2 Α. της διακήρυξης. Από την επισκόπηση της προσφοράς και των δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν από την πρώτη προσφεύγουσα, όσον αφορά την ασφαλιστική ενημερότητα διαπιστώνεται ότι κατατέθηκαν τα εξής «Α. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ – τ. ΙΚΑ Ε.Τ.Α.Μ. της επιχείρησης με αριθ.πρωτ./30-10-2019 και ισχύ έως 29-4-2020, το οποίο κατατέθηκε στο 1^ο στάδιο Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά (Δικαιολογητικό που αποδεικνύει εκπλήρωση ασφαλιστικών υποχρεώσεων στο ΙΚΑ κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς και κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης). Β. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ – τ. ΙΚΑ Ε.Τ.Α.Μ. της επιχείρησης με αριθ.πρωτ./3-3-2020 με ισχύ έως 2-9-2020, το οποίο κατατέθηκε στο 2^ο στάδιο Δικαιολογητικά Μειοδότη. Γ. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ-ΟΑΕΕ της του με αριθ.πρωτ./28-2-2020 και ισχύ έως 27-8-2020. Δ. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ-ΟΑΕΕ του του με αριθ.πρωτ./28-2-2020 με ισχύ έως 27-8-2020 και Ε. Υπεύθυνη δήλωση της του(Προέδρου της εταιρείας) σύμφωνα με την οποία δηλώνει τα εξής: «Ο ΜΟΝΑΔΙΚΟΣ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ ΣΤΟΝ ΟΠΟΙΟ ΕΙΝΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΜΕΝΟΙ ΟΛΟΙ ΟΙ ΑΠΑΣΧΟΛΟΥΜΕΝΟΙ ΣΤΗΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΜΑΣ ΕΙΝΑΙ ΤΟ ΙΚΑ – ΕΤΑΜ. ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΑ : - ΕΓΩ ΩΣ ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ Δ.Σ. ΚΑΤΕΧΩ ΤΟ 50% ΤΩΝ ΜΕΤΟΧΩΝ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΚΑΙ ΕΙΜΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΜΕΝΗ ΣΤΟΝ ΕΦΚΑ (ΟΑΕΕ).-Ο ΤΟΥ ΚΑΙ ΤΗΣ Ο ΟΠΟΙΟΣ ΕΙΝΑΙ ΑΝΤΙΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ Δ.Σ. ΚΑΙ ΚΑΤΕΧΕΙ ΤΟ 50% ΤΩΝ ΜΕΤΟΧΩΝ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ, ΕΙΝΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΜΕΝΟΣ ΣΤΟΝ ΕΦΚΑ (ΟΑΕΕ). - Η

..... ΤΟΥ ΚΑΙ ΤΗΣ Η ΟΠΟΙΑ ΕΙΝΑΙ ΜΕΛΟΣ ΤΟΥ Δ.Σ. ΚΑΙ ΔΕΝ ΚΑΤΕΧΕΙ ΜΕΤΟΧΕΣ, ΕΙΝΑΙ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΗ ΣΤΗΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΚΑΙ ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΕΙΝΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΜΕΝΗ ΣΤΟ ΙΚΑ – ΕΤΑΜ. - ΟΛΟΙ ΟΙ ΛΟΙΠΟΙ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΕΙΝΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΜΕΝΟΙ ΣΤΟ ΙΚΑ – ΕΤΑΜ ΤΟΝ ΜΟΝΑΔΙΚΟ ΦΟΡΕΑ ΣΤΟΝ ΟΠΟΙΟ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΟΦΕΙΛΕΙ ΝΑ ΚΑΤΑΒΑΛΛΕΙ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΕΣ ΕΙΣΦΟΡΕΣ. ΕΠΙΣΗΣ ΔΕΝ ΕΧΕΙ ΕΚΔΟΘΕΙ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗ Η ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕ ΤΕΛΕΣΙΔΙΚΗ ΚΑΙ ΔΕΣΜΕΥΤΙΚΗ ΙΣΧΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΘΕΤΗΣΗ ΤΩΝ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ ΜΑΣ ΟΣΟΝ ΑΦΟΡΑ ΣΤΗΝ ΚΑΤΑΒΟΛΗ ΦΟΡΩΝ Η ΕΙΣΦΟΡΩΝ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ». Από τα ανωτέρω προκύπτει με σαφήνεια ότι για τους εργοδότες, ιδιοκτήτες και Μέλη ΔΣ της εταιρείας, του(Πρόεδρο ΔΣ) και του (Αντιπρόεδρο ΔΣ) δεν έχουν κατατεθεί πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας από τον ΕΦΚΑ – ΟΑΕΕ από τα οποία να προκύπτει ότι είχαν καταβάλει τις ασφαλιστικές εισφορές κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ήτοι στις 4-11-2019 κατά πρόδηλη παράβαση των ως άνω προδιαληφθέντων οικείων όρων της εν θέματι διακήρυξης. Συνεπώς οι ισχυρισμοί περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής προς κλήση της απορρίπτονται ως αβάσιμοι και τούτο διότι, η πρώτη προσφεύγουσα όφειλε να καταθέσει με το φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τόσο ασφαλιστική όσο και φορολογική ενημερότητα σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, το οποίο και δεν έπραξε, χωρίς να υφίσταται ουδεμία υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει αυτήν σε συμπλήρωση των οικείων δικαιολογητικών, καθόσον δεν προκύπτει ότι η προσωρινή ανάδοχος είχε αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των μνημονευόμενων δικαιολογητικών, υποβάλλοντας παράλληλα προς την αναθέτουσα αρχή εντός της οριζόμενης προθεσμίας, σχετικώς αποδειχθέν αίτημα παράτασης προθεσμίας υποβολής τους. Έτι, περαιτέρω τα εκ μέρους του επίμαχα μη κατατεθέντα έγγραφα που ανατρέχουν στο χρόνο κατάθεσης της προσφοράς της, δεν δύνανται να εκδοθούν αναδρομικά (Βλ. ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 656/2018 και την επ’ αυτής με αρ. Ν 195/2018 Απόφαση ΔΕφΠειρ).. Η μη προσκόμιση, συνεπώς, υποβλητέου κατά τη Διακήρυξη, δικαιολογητικού

κατακύρωσης, συνιστά έλλειψη που, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες ρυθμίσεις της Διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στις αντίστοιχες ρυθμίσεις του ν. 4412/2016 και, κυρίως, με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 80 παρ. 12 και 103 αυτού, επάγεται την απόρριψη του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως νομίμως έκρινε και η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της. Με τα δεδομένα αυτά, κρίνεται ως αβάσιμος ο λόγος ακύρωσης, που αφορά το εν λόγω αιτιολογικό σκέλος της προσβαλλομένης (ΔΕφΠατρ 7/2020 σκεψη 13). Συνεπώς ο πρώτος λόγος της πρώτης προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

27. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο της πρώτης πρόσφυγης αυτός κρίνεται αβάσιμος επίσης, καθώς σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας η αναθέτουσα αρχή νομίμως και κατά δέσμια αρμοδιότητα κάλεσε τον δεύτερο σε σειρά μειοδοσίας. Το άρθρο 103 παρ.4 Ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 21 του άρθρου 107 του Ν. 4497/2017 ορίζει ότι *«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»*. Συνεπώς, με βάση το άρθρο 3.2 της διακήρυξης του διαγωνισμού συνδυαστικώς ερμηνευόμενο με την ως άνω διάταξη, νομίμως ορίστηκαν ως προσωρινοί μειοδότες οι παραπάνω οικονομικοί φορείς (για το τμήμα 14 η εταιρία και για το τμήμα 25 η εταιρεία), καθώς η προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας απορρίφθηκε και είχαν καταθέσει την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει

τιμής. Ο δε ισχυρισμός της πρώτης προσφεύγουσας ότι «.....Και τούτο διότι, δίνει την δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς αυτούς να υποβάλλουν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης γνωρίζοντας εκ των υστέρων ότι «δήθεν» πρέπει να συμπεριλάβουν στον φάκελό τους και ασφαλιστική ενημερότητα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, κάτι που δεν μπορούσαν να γνωρίζουν εκ των προτέρων καθώς δεν αναφέρεται πουθενά στην διακήρυξη. Ουσιαστικά πρόκειται, για διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής προς αυτούς τους φορείς, ενώ αντιθέτως τόσο με την εταιρεία μας όσο και με τους άλλους απορριφθέντες οικονομικούς φορείς δεν έπραξε ουδόλως το ίδιο, δημιουργώντας έτσι μια σαφή διάκριση και μια άνιση μεταχείριση μεταξύ των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό» είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος και τούτο διότι ως μέσος και επιμελής υποψήφιος ανάδοχος η πρώτη προσφεύγουσα θα έπρεπε να είχε μελετήσει επαρκώς το κανονιστικό κείμενο της διακήρυξης και το κείμενο νομοθετικό πλαίσιο ώστε να υποβάλει την προσφορά της σε πλήρη συμμόρφωση με τους ως άνω προδιαληφθέντες όρους.

28. Επειδή, ως προς την δεύτερη προσφυγή κρίνονται τα κάτωθι. Από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν από την δεύτερη προσφεύγουσα, (φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα) είναι τα εξής: α. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ –Τ.ΙΚΑ Ε.Τ.Α.Μ. της επιχείρησης με αριθ.πρωτ./20-12-2020 και ισχύ έως 19-6-2020. (Δικαιολογητικό που αποδεικνύει εκπλήρωση ασφαλιστικών υποχρεώσεων στο ΙΚΑ μόνο κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης). β. Πιστοποιητικό ΕΦΚΑ - ΜΗ ΜΙΣΘΩΤΩΝ της του με αριθ.πρωτ./3-1-2020 και ισχύ έως 30-6-2020 (Δικαιολογητικό που αποδεικνύει εκπλήρωση ασφαλιστικών υποχρεώσεων στο ΕΦΚΑ – ΜΗ ΜΙΣΘΩΤΩΝ μόνο κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης) γ. Πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας της εταιρείας με αριθ.πρωτ./9-1-2020 με ισχύ έως 9-3-2020 (Δικαιολογητικό που αποδεικνύει εκπλήρωση φορολογικών υποχρεώσεων στην εφορία μόνο κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης) και δ. Υπεύθυνη δήλωση του του(Προέδρου της εταιρείας) σύμφωνα με

την οποία δηλώνει τα εξής: «Όλοι οι εργαζόμενοι μας είναι ασφαλισμένοι στο Ε.Φ.Κ.Α τ. Ι.Κ.Α –Ε.Τ.Α.Μ και τα μέλη του ΔΣ είναι ασφαλισμένα (ΠΡΩΗΝ ΟΑΕΕ) ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΕΦΚΑ». Προκύπτει συνεπώς με σαφήνεια, ότι η δεύτερη προσφεύγουσα δεν έχει καταθέσει σε αντίθεση με την αρχή της τυπικότητας τα πιστοποιητικά τα οποία αποδεικνύουν ότι ήταν φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ήτοι στις 4-11-2019. Επομένως, ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της, και τούτο το αποτέλεσμα επέρχεται ανεξαρτήτως του γεγονότος εάν είναι ή όχι ασφαλιστικά ή φορολογικά ενήμερος, ήτοι εάν πράγματι συνέτρεχαν στο πρόσωπο του λόγοι αποκλεισμού, αλλά διότι δεν υπέβαλε στον προκαθορισμένο χρόνο τα απαιτούμενα έγγραφα. Συνεπώς, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και απορρίπτονται οι ισχυρισμοί του δεύτερης προσφεύγουσας (ΑΕΠΠ 119/2020). Συνεπώς, ο συγκεκριμένος λόγος της δεύτερης προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

29. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ να επιληφθεί επί της απόφασης περί καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, της δεύτερης προσφεύγουσας κρίνονται τα κάτωθι. Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επιφέρουσα οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣτΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018). Επομένως, η απόφαση περί καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εκ του συνδυασμού δε των άρ. 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η κατάπτωση αυτή συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία λόγω παράβασης των όρων της εκ μέρους της προσφοράς του είτε με εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της

σύμβασης). Στην πρώτη δε περίπτωση όταν δηλαδή η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής επέρχεται ως συναφής συνέπεια και κύρωση λόγω κατ' άρ. 72 παρ. 1 παροχής ψευδών πληροφοριών περί των όρων των άρ. 73-78 Ν. 4412/2016, λόγω κατ' άρ. 103 παρ. 3 ανάδειξης κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ψευδούς ή ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, λόγω κατ' άρ. 103 παρ. 4 μη προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης ή λόγω κατ' άρ. 103 παρ. 5 μη απόδειξης δια των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού ή πλήρωσης κριτηρίων επιλογής, αυτή η κατάπτωση μπορεί να διαταχθεί ομού μετά του αποκλεισμού ή με διακριτή πράξη της αναθέτουσας, χωρίς τούτο να αναιρεί ότι η κατάπτωση συνιστά συνέπεια του γεγονότος που επέφερε τον αποκλεισμό, αναλόγως βέβαια και των επιμέρους στοιχειοθετούντων αυτόν παραμέτρων, ζήτημα που πάντως αυτονόητα συνιστά διαφορά αναφυόμενη στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας. Εξάλλου, διαφορά που προκύπτει από απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής λόγω προηγούμενης ανάκλησης κατακυρωτικής απόφασης του αναδειχθέντος ως αναδόχου, εντάσσεται στη διαδικασία δημοσίου διαγωνισμού που προηγείται της σύναψης δημοσίας συμβάσεως (ΣτΕ 3385/2011) και συνιστά ακυρωτική διαφορά που υπαγόταν κατά το προϊσχύσαν καθεστώς στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 3886/2010 και κατ' αποτέλεσμα πλέον σε αυτό του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα τόσο κατά το προϊσχύσαν όσο και κατά το νυν ισχύον δίκαιο, η τυχόν περαιτέρω άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως να προϋποθέτει προηγούμενη άσκηση της κατ' άρ. 346 και 360 Ν. 4412/2016 Προδικαστικής Προσφυγής που η εξέτασή της πλέον υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, αδιαφόρως δε αν η προσβαλλομένη δια της προσφυγής και κάθε περαιτέρω ένδικο βοήθημα, πράξη αφορά απόφαση με αποκλειστικό της κεφάλαιο την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η συνδρομή των προϋποθέσεων κατάπτωσης της οποίας ως και η νομιμότητα της εν όλω ή εν μέρει κατάπτωσής της και του μέρους κατά το οποίο εν τέλει κατέπεσε συνιστούν αντικείμενο διαφοράς του άρ. 372 και επομένως και προδικαστικής προσφυγής των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 (ad hoc ΣτΕ 43/2018 και εκεί ιστορικό επί του

προϊσχύσαντος πλαισίου του Ν. 3886/2010 και βλ. επιπλέον και ΔΕφΠατρ Ν29/2016 και ΔΕφΑθ 117/2015). Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέα είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο κάθε πρόβλεψη του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Επιπλέον δε, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και όποιου είχε (βλ. και όμοια διατύπωση σε προϊσχύσαν άρ. 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρ. 4 του ως άνω νόμου), ήτοι καθ' οιονδήποτε τρόπο ενδιαφέρθηκε να μετάσχει αλλά δεν κατέστη αυτό εφικτό ή μετείχε και απεκλείσθη από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι ενδέχεται να υποστεί ή έχει ήδη υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη παράλειψη ή εκτελεστή πράξη, μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής. Περαιτέρω, είναι όλως αδιάφορο αν η απόφαση περί κατάπτωσης εκδίδεται ομού και συνοδεύει την απόφαση ανάκλησης κατακύρωσης ή εν γένει αποκλεισμού καθ' οιονδήποτε τρόπο, του οικονομικού φορέα ή είναι αυτοτελής και εκδίδεται χωριστά και με διακριτή πράξη, στοιχείο που ουδόλως μεταβάλλει το ζήτημα ή αν η τυχόν διακριτή πράξη κατάπτωσης εκδίδεται πριν ή μετά τη σύναψη σύμβασης με έτερο οικονομικό φορέα ως ανάδοχο, αφού τούτο το συμπτωματικό και μη έχον κάποια έννομη σημασία γεγονός, ουδόλως αίρει ως αιτία της την ανάκληση κατακύρωσης ή τον εν γένει αποκλεισμό του προσφεύγοντος και τη διάγνωση των οικείων περί κατάπτωσης προϋποθέσεων επί τη βάσει της συμμετοχής του στη διαδικασία ανάθεσης και στο πλαίσιο της ιδιότητας που είχε ως μετέχων σε αυτήν, ως και της αξιολόγησης του

παραδεκτού της οικείας σε αυτή συμμετοχής του (βλ. ad hoc και Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 588/2018 σκ.5). Επομένως, παραδεκτώς, η δεύτερη προσφεύγουσα ασκεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ με αντικείμενο την ακύρωση της προσβαλλόμενης με την οποία αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία. Δεδομένου όμως, ότι όπως εκρίθη, νομίμως η αναθέτουσα αρχή κήρυξε έκπτωτη την δεύτερη προσφεύγουσα, απορρίπτεται το αίτημα της να μην καταπέσει η υπ' αριθμ. εγγυητική επιστολή συμμετοχής ύψους 2.200,00 €, καθώς η προσβαλλόμενη κατάπτωση έχει παρακολουθηματικό χαρακτήρα ως προς την απόφαση της απόρριψη της προσφοράς.

30. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τόσο η κρινόμενη πρώτη όσο και η δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθούν.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ύψους 600,00€ με κωδικό που κατέβαλε η πρώτη προσφεύγουσα.

32. Επειδή, συναφώς, πρέπει να καταπέσει το παράβολο με κωδικό ύψους 600,00€ που κατέβαλε η δεύτερη προσφεύγουσα.

33. Επειδή, απαραδέκτως η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται να καταστεί οριστική ανάδοχος της προμήθειας των ειδών με αριθμούς 12,13,20,22,24,31 και 37 (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

34. Επειδή, απαραδέκτως η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να καταστεί αυτή οριστική ανάδοχος για το ΤΜΗΜΑ 14 (ΜΑΣΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ) και το ΤΜΗΜΑ 25 (ΑΡΒΥΛΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ), να μην αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος για το τμήμα 14 η εταιρεία και για το τμήμα 25 η εταιρεία, (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της πρώτης προσφεύγουσας ύψους 600,00€ με κωδικό

Ορίζει την κατάπτωση του ποσού ύψους 600 ευρώ εκ του παραβόλου της δεύτερης προσφεύγουσας με κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε στις 25 Ιουνίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου