

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Δεκεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8.11.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1608/9.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή της ατομικής επιχείρησης «...», που κατοικοεδρεύει στο ..., στο

Κατά του ... και δη κατά της με αριθμ. 597/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (48^η συνεδρίαση, από 27.10.2020) της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με θέμα: «Κατακύρωση ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνή διαγωνισμού για την προμήθεια τροφίμων του ... και των νομικών προσώπων του για τα τμήματα 8, 9, 11, 24, 37, 39, 41, ανάδειξη προσωρινών αναδόχων για τα τμήματα 2, 5, 6, 10, 15, 16, 27, 32, 34, 35, 36, 42, ματαίωση και επανάληψη διαδικασίας για τα τμήματα 1, 4, 7, 14, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 38, 40» όπως τούτη η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, άνω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής με αντικείμενο την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του ... και των νομικών προσώπων του», εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 2.016.105,36€ άνευ ΦΠΑ.

Διά της προσφυγής της επιδιώκει η προσφεύγουσα όπως ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση, καθ' ο μέρος απορρίπτει τη προσφορά της κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης για τα τμήματα 2, 5, 10, 15 και 36 της υπό ανάθεση σύμβασης.

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Επειδή, ο ... με την με αρ. πρωτ. ... διακήρυξή του, προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με αντικείμενο την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του ... και των νομικών προσώπων του» εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 2.016.105,36€ άνευ ΦΠΑ και 2.280.442,89€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, διαγωνισμός ο οποίος διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό Αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης είναι η προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του ... και των Νομικών Προσώπων του (Δημοτικό Γηροκομείο, Δ.Ο.ΚΟΙ.Π.Π) και υποδιαιρείται σε 42 τμήματα. Οι δε συμμετέχοντες μπορούν να υποβάλλουν προσφορά στο σύνολο της προμήθειας ή σε ένα ή σε περισσότερα τμήματα καθώς και σε ένα ή περισσότερους φορείς προμήθειας των προς προμήθεια ειδών. Σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης η προσφορά πρέπει να καλύπτει όλα τα είδη και τις ποσότητες κάθε ομάδας που συμμετέχει. Η προκείμενη προμήθεια καλύπτει το χρονικό διάστημα δύο ετών από την υπογραφή της σύμβασης και είναι δυνατή η παράταση της, για χρονικό διάστημα έως τρεις μήνες, με τους ίδιους όρους της αρχικής ύστερα από συμφωνία των συμβαλλομένων μερών, στο μέτρο που δεν θα υπάρξει κατά το χρόνο της παράτασης υπέρβαση των ποσοτήτων που καθορίζονται στη διακήρυξη ως και περαιτέρω οικονομική επιβάρυνση, ήτοι επαρκούν οι προϋπολογισθείσες πιστώσεις του ... και των Νομικών Προσώπων του Δήμου. Στο στάδιο της ηλεκτρονικής αποσφράγισης και ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης συμμετείχε, μεταξύ άλλων, ως προσωρινός ανάδοχος και ο προσφεύγων ... για τα τμήματα: 2, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Ξενώνας Φιλοξενίας)» - ..., 5, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Γραφείο Πολιτισμού)» - ..., 10, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Κοινωνικό Παντοπωλείο)» - ..., 15, «Ελαιόλαδο με

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

ΦΠΑ 13 % (Κατασκήνωση ...)» - ... και 36, «Ελαιόλαδο (με ΦΠΑ 13 %)» - Δημοτικό Γηροκομείο ..., του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε για τα ανωτέρω τμήματα της υπό ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα με την προσβαλλομένη, όπου διατυπώνονται ειδικότερα τα εξής: «Από τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων: [...] "..." διαπιστώθηκε ότι: 2.1. δεν έχει υποβάλει υπεύθυνη δήλωση της παραγράφου 4 του άρθρου 8 του Ν. 1599/1986 (Φ.Ε.Κ. Α 75), ψηφιακά υπογεγραμμένη, σχετική με πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς από το Σ.Ε.Π.Ε., όπως ζητείται στην παράγραφο 2.2.7.2 «Αποδεικτικά μέσα - Δικαιολογητικά Κατακύρωσης» της διακήρυξης. Στην παραπάνω παράγραφο αναφέρεται μεταξύ των άλλων ότι: «... 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: α) ... β1) ... β2) Για παράγραφο 2.2.3.2 περίπτωση γ', πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, αυτό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού. Για τις περιπτώσεις συμμετοχής σε σύναψη δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων που δεν απασχολούσαν προσωπικό, για το χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής, δεν προκύπτει η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, εφόσον δεν εμπίπτουν* στις περιπτώσεις της παραγράφου 2γ' του άρθρου 73 του Ν.4412/2016. Για την απόδειξη του ανωτέρω λόγου υποχρεούται να καταθέσουν Υπεύθυνη Δήλωση. ...» (* η υπογράμμιση δική μας) [...] ΟΜΟΦΩΝΑ ΕΙΣΗΓΕΙΤΑΙ Α) Να απορριφθεί η προσφορά του προσωρινού

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

αναδόχου "... " για την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του ... και των Νομικών Προσώπων του» [αριθμός διακήρυξης ... (Α.Δ.Α.Μ.: ... 2020-04-09), συστημικός αριθμός ...] και τα τμήματα: 2, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Ξενώνας Φιλοξενίας)» - ..., 5, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Γραφείο Πολιτισμού)» - ..., 10, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Κοινωνικό Παντοπωλείο)» - ..., 15, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Κατασκήνωση ...)» - ... και 36, «Ελαιόλαδο (με φπα 13 %)» - Δημοτικό Γηροκομείο ..., για το λόγο που αναφέρεται παραπάνω. Β) Την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου "...", για την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του ... και των Νομικών Προσώπων του» και τα τμήματα: 2, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Ξενώνας Φιλοξενίας)» - ..., 5, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Γραφείο Πολιτισμού)» - ..., 10, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Κοινωνικό Παντοπωλείο)» - ..., 15, «Ελαιόλαδο με ΦΠΑ 13 % (Κατασκήνωση ...)» - ... και 36, «Ελαιόλαδο (με φπα 13 %)» - Δημοτικό Γηροκομείο ..., για ποσό: 691,00€. [...]» Κατά της απόφασης τούτης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα διά της υπό εξέταση προσφυγής της για τους σε αυτή περιεχόμενους λόγους και κατά τα ειδικότερα αιτήματα της.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ. 1 του Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) καθώς και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στους Φορείς της Γενικής Κυβέρνησης και συγκεκριμένα στον υποτομέα Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α' Βαθμού, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016. Συνακόλουθα, ενόψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής δημοσίευσης της Προκήρυξης της σύμβασης στην ΕΕΕΕ, η 7.4.2020), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του ως άνω νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

3. Επειδή, ως προκύπτει από τα αναρτηθέντα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του Π.Δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, συγκεκριμένα το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... ποσού 600,00€ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του Ν.4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ.39/2017, που αποτελεί εν προκειμένω και το αναλογούν ποσό παραβόλου για τα τμήματα για τα οποία και ασκείται η προσφυγή, ήτοι για τα τμήματα 2, 5, 10, 15 και 36, των οποίων ο εκτιμώμενος προϋπολογισμός άνευ ΦΠΑ επί του οποίου υπολογίζεται το ποσό του παραβόλου υπολείπεται των 600,00€, που αποτελεί και το κατά νόμο κατώτατο ποσό παραβόλου. Δοθέντος δε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του προκείμενου διαγωνισμού και ειδικότερα του συνδέσμου «Επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 29.10.2020, η προσφεύγουσα εμπροθέσμως ασκεί την προσφυγή της στις 8.11.2020, ήτοι εντός της κατά τις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης (αποκλειστικής) προς τούτο προθεσμίας. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή διά του με αριθμ. 60979/18.11.2020 εγγράφου της, το οποίο αναρτά και στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, διατυπώνει τις απόψεις της επί των λόγων της Προσφυγής και αιτείται την απόρριψή της, εμμένοντας στα κριθέντα δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης της.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας εντέλει απορρίφθηκε δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου για τα επίμαχα τμήματα της υπό ανάθεση σύμβασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ.39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής και τούτο, διότι κατά τα υποστηριζόμενα στην

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της οικείας διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, η απόρριψη της προσφοράς της και συνακολούθως η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής. Αιτείται ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα την αποδοχή της προσφοράς της για τις ανωτέρω ομάδες της επίμαχης σύμβασης, επί τω τέλει κατακύρωσης των στην ίδια. Υποστηρίζει ειδικότερα η προσφεύγουσα διά της προσφυγής της ότι ο λόγος απόρριψης της προσφοράς της παρίσταται παράνομος, αβάσιμος και εξ ολοκλήρου αυθαίρετος, ειδικότερα διότι η ιδιωτική της επιχείρηση δεν απασχόλησε προσωπικό, για το χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό όπως άλλωστε δηλώνει στην προσκομιζόμενη από 9/9/2020 υπεύθυνη δήλωση της φέρουσα ηλεκτρονική (ψηφιακή) υπογραφή, ως όφειλε. Ισχυρίζεται περαιτέρω ο προσφεύγων ότι ήταν υπόχρεος να προσκομίσει την ως άνω δήλωση και μόνο αυτήν επειδή ακριβώς δεν απασχόλησε προσωπικό κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα των δύο ετών, οπότε δεν θα είχε νόημα δήλωση που θα αφορούσε σε πρόστιμα για αδήλωτη εργασία ανύπαρκτου προσωπικού. Ως εκ τούτου, κατά την προσφεύγουσα, είναι πρόδηλα παράνομη και αντιβαίνουσα στους όρους της διακήρυξης η απόφαση της οικονομικής επιτροπής του ... με το ως άνω αιτιολογικό καθώς δεν αρκείται στην προσκομιζόμενη κατά τα ως άνω υπεύθυνη δήλωση αλλά ουσιαστικά την υπολαμβάνει έμμεσα ως ψευδή, κατά παράβαση του σχετικού όρου της διακήρυξης.

5. Επειδή, εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.α.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ). Περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, (βλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pippo Pizzo C-27/15 ECLI:EU:C:2016:404, σκέψη 51). Επίσης, οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, είτε διέπονται από το εθνικό δίκαιο είτε από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία στη διακήρυξη των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και των υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον 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 στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας, δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από τη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκομίσεως διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 2723/2018, ΕΑ 382/2015 5μ., 53, 19/2011, πρβλ. ΣτΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008).

6. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, στην υπόψη διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες ορίζεται: «2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: [...] 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις: [...] γ) Όταν η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. [...] 2.2.7.2 Αποδεικτικά μέσα- Δικαιολογητικά Κατακύρωσης Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.6, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.6). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4. 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, ψηφιακά υπογεγραμμένες, 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: α) ... β1) ... β2) Για παράγραφο 2.2.3.2 περίπτωση γ', πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, αυτό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού Για τις περιπτώσεις συμμετοχής σε σύναψη δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων που δεν απασχολούσαν προσωπικό, για το χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής, δεν προκύπτει η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, εφόσον δεν εμπίπτουν στις περιπτώσεις της παραγράφου 2γ' του άρθρου 73 του Ν.4412/2016. Για την απόδειξη του ανωτέρω λόγου υποχρεούται να καταθέσουν Υπεύθυνη Δήλωση. [...] Οι Υπεύθυνες Δηλώσεις γίνονται αποδεκτές εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών.»

7. Επειδή, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

4412/2016 ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...]», το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» του ιδίου ως άνω Νόμου ότι «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως:.... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής, ιθ) οποιεσδήποτε τροποποιήσεις με τη μορφή σαφών, ακριβών και κατηγορηματικών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεων, κατά τα άρθρο 132, κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), τον κατάλογο και τη σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του ιδίου ως άνω Νόμου ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

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 [...]».

8. Επειδή, από τους προδιαληφθέντες στη σκέψη 6 της παρούσας όρους της Διακήρυξης, ειδικότερα τους προσδιορισθέντες στα πεδία 2.2.3.2.γ. και 2.2.7.2.B1.β2. και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, εναργώς προκύπτει ότι οι συμμετέχοντες στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία και αναδειχθέντες προσωρινοί ανάδοχοι υποχρεούνται, για την παραδεκτή υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και δη για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3, να προσκομίζουν πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, αυτό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού. Προσέτι, στην υπόψη διακήρυξη ορίζεται ότι για τις περιπτώσεις συμμετοχής σε σύναψη δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων που δεν απασχολούσαν προσωπικό, για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής, δεν προκύπτει η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, εφόσον δεν εμπίπτουν στις περιπτώσεις της παραγράφου 2γ' του άρθρου 73

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

του Ν.4412/2016, για δε την απόδειξη του ανωτέρω λόγου υποχρεούνται να καταθέσουν Υπεύθυνη Δήλωση. Από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και δη των υποβληθέντων από την προσφεύγουσα δικαιολογητικών μειοδότη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. προσφοράς 173296) προκύπτει ότι μεταξύ των λοιπών δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, μετά την σχετική με αριθμ. πρωτ. 44353/31.8.2020 πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης από την αναθέτουσα αρχή, υπεβλήθη και η από 9.9.2020 Υπεύθυνη Δήλωση (ηλεκτρονικό αρχείο .pdf με τίτλο 7 ΥΔ ΠΕΡΙ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ), ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον συμμετέχοντα και ήδη προσφεύγοντα Νικόλαο Αλεξάκη, όπου δηλώνεται ότι: «Εγώ ο Αλεξάκης Νικόλαος, ιδιοκτήτης ιδιωτικής επιχείρησης, με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις, που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986, δηλώνω ότι δεν απασχολούσα προσωπικό, για το χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής στον παρόντα διαγωνισμό του ...». Συνεπώς και σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι ο προσφεύγων δεν συμμορφώθηκε στους κανονιστικούς περιεχόμενους όρους της διακήρυξης, δοθέντος ότι, ως προελέχθη, από τη ρητή διατύπωση του σχετικού όρου συνάγεται ότι συμμετέχοντες φορείς που δεν απασχολούσαν προσωπικό, για το χρονικό διάστημα δύο ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ήτοι, εν προκειμένω την 8.5.2020, για την απόδειξη του λόγου της παραγράφου 2γ' του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, υποχρεούνται να καταθέσουν Υπεύθυνη Δήλωση. Ο λόγος δε αποκλεισμού της παρ. 2γ του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 όπως προβλέπεται και στο άρθρο 2.2.3.2.γ. της οικείας διακήρυξης αφορά σε επιβολή σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους, κυρώσεις οι οποίες πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Εν προκειμένω, ωστόσο και στο πλαίσιο τήρησης των αρχών που διατυπώνονται στη σκέψη 5 της παρούσας, δεδομένου ότι η υπόψη διακήρυξη ορίζει ότι στην περίπτωση που οι συμμετέχοντες δεν απασχολούσαν προσωπικό κατά τη διετία πριν την ημερομηνία υποβολής προσφοράς στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, αρκεί η υποβολή (σχετικής) Υπεύθυνης Δήλωσης περί τούτου από τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο, δεν δύναται δε να αποκλεισθεί καλόπιστος συμμετέχων που συμμορφώθηκε πλήρως στα ανωτέρω ορισθέντα. Και τούτο διότι, οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία στη διακήρυξη των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και των υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον 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 στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή, δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από τη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκομίσεως διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (ΣΤΕ 2723/2018, ΕΑ 382/2015 5μ., 53, 19/2011, πρβλ. ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008). Ακόμη όμως και στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων, εν προκειμένω, να υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση όπου να δηλώνουν ότι δεν εμπίπτουν στις περιπτώσεις της παραγράφου 2γ' του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, θα πρέπει

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

να γίνει δεκτό ότι τοιαύτη υποχρέωση δεν προκύπτει ρητά και χωρίς αμφισημία, πολλώ δε μάλλον που εκ της πλήρωσης της προϋπόθεσης μη απασχόλησης προσωπικού συνάγεται και η μη δυνατότητα επιβολής των ως άνω κυρώσεων και προστίμων, αφού τοιαύτη καθίσταται άνευ αντικειμένου. Προσέτι, ως γίνεται παγίως δεκτό, ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος του καλόπιστου συμμετέχοντα, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011) και τούτο διότι, εάν η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε πράγματι εν προκειμένω να δηλώνουν οι συμμετέχοντες στην Υπεύθυνη Δήλωση ότι δεν εμπίπτουν στις περιπτώσεις της παραγράφου 2γ' του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84). Συνεπεία των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι μη νομίμως απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας, λαμβανομένου δε υπόψη ότι, στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας και της διαφάνειας, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012), εφόσον, όμως, υφίσταται ρητός και σαφής όρος και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν με σαφήνεια από την ίδια τη διακήρυξη, καθόσον, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, κατ' ουδένα τρόπο δε συνάγεται εκ της προσφεύγουσας μη τήρηση όρου της οικείας διακήρυξης ή μη προσκόμιση προβλεπόμενου ως απαιτούμενου, αναγκαίου ή κατάλληλου για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης εγγράφου. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, ενδεχόμενη διαπιστωθείσα ασάφεια των δηλωθέντων εν προκειμένω από την προσφεύγουσα στην υποβληθείσα από πλευράς της ως δικαιολογητικό κατακύρωσης Υπεύθυνη Δήλωση είναι δεκτική διευκρινήσεως και θεραπείας βάσει των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 και των οικείων όρων της υπόψη διακήρυξης. Τούτων δοθέντων, ο λόγος της προσφυγής πρέπει να

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος και συνεπώς το αίτημα της προσφεύγουσας να γίνει δεκτό.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, συνακολούθως το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ακυρώνει την με αρ. με αριθμ. 597/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, άνω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής με αντικείμενο την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του ... και των νομικών προσώπων του» συνολικού εκτιμώμενου προϋπολογισμού 2.016.105,36€ άνευ ΦΠΑ, κατά το μέρος που προέβη στην απόρριψη της προσφορά του προσωρινού αναδόχου «...» για τα τμήματα 2, 5, 10, 15 και 36 και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του για τα ανωτέρω τμήματα της υπό ανάθεση σύμβασης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο, δυνάμει της υπ' αριθ. 104/16.11.2020 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ περί ορισμού νέου Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, στις 4 Ιανουαρίου 2021.

Αριθμός Απόφασης 8 / 2021

Ο Πρόεδρος

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Η Γραμματέας

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου