

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.11.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1614/16.11.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 5962/124/8.11.2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 4/3.11.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης ,κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανακηρύσσεται οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και

Αριθμός απόφασης: 27 /2023

2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 782,26 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 15.11.2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 156.451,61€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την από 8.04.2022 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 194.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 8.04.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 15.11.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 9.11.2022 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 28.11.2022, ήτοι εμπροθέσμως δεδομένης της από 17.11.2022 κοινοποίησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 5583/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 2.12.2022, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021 δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 29.11.2022, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας των ηλεκτρονικών τόπων των διαγωνισμών υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι αρχικώς κατατάχτηκαν στη δεύτερη και τρίτη σειρά μειοδοσίας αντιστοίχως, Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 5394/116/04.10.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και ανακηρύχθηκε νέος προσωρινός ανάδοχος ο παρεμβαίνων. Κατόπιν δε ελέγχου και αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος από την Επιτροπή Διαγωνισμού, ως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 4/3.11.2022 Πρακτικό, με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ φεκ'Α'200/24.10.2016)» ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...] 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, [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

9. Επειδή, το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...]2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης[...]».

10. Επειδή, το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Σε περίπτωση συνδρομής λόγων αποκλεισμού των παρ. 1 και 4 του άρθρου 73, περί λόγων αποκλεισμού, που θέτουν σε αμφιβολία την αξιοπιστία και την ακεραιότητα οικονομικού φορέα, και εφόσον ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παρ. 7 του άρθρου 73, μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων του παρόντος, καθώς και συμβάσεων παραχώρησης για εύλογο χρονικό διάστημα, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο[...]».

11. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που

καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού.[...]5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

12. Επειδή, το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1 Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παρ. 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 περί λόγων αποκλεισμού, και 74 περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76.[...] 2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: [...] β) για τις παρ. 2 και 4 περ. β΄ του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους μέλους ή χώρας. [...] 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄...».

13. Επειδή, το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), 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 το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (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, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού

φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78... 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.[...] 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, 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. [...] 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 παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, [...] απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οφισγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, 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[...].».

14. Επειδή, στους κρισιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] 4.2 Πρόσκληση

υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης α) Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της παρούσας ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα, στο άρθρο 23 της παρούσας, αποδεικτικά μέσα (δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης.[...] Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά ή σε έντυπη μορφή, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις, κατά την έννοια του άρθρου 102 ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, 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 δημόσιες αρχές. [...] δ) Αν, κατά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι εκ προθέσεως απατηλά ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη

προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μέχρι τη σύναψη της σύμβασης (οφινγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η προσκομισθείσα, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας, εγγύηση συμμετοχής [...] 22.Α. Λόγοι αποκλεισμού Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του [...] ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων:[...]22.Α.2 α) Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.[...] 22.Α.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές [...] 22.Α.9. Οικονομικός φορέας, σε βάρος του οποίου έχει επιβληθεί η κύρωση του οριζόντιου αποκλεισμού σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, και για το χρονικό διάστημα που αυτή ορίζει αποκλείεται από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης [...] 22.Γ.Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20

παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει.[...]23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α. Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α, ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά:[...] (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22:[...] Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι: [...] β2) πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας που εκδίδεται από τον e-ΕΦΚΑ. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη-μηχανικούς του που στελεχώνουν το πτυχίο της εργοληπτικής επιχείρησης και που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στον eΕΦΚΑ (τομέας πρώην ETAA –ΤΜΕΔΕ). Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας. [...] (ζ) Για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9. της παρούσας διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού [...] 23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:[...]Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων:[...]• με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, κατά τις κείμενες διατάξεις[...]. Κατά δε τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί

κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛ.ΣΤΕ2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

15. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι η υπεύθυνη δήλωση για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο και ο σχετικός πίνακας που υποβλήθηκαν με τα δικαιολογητικά κατακύρωση παρουσιάζουν ουσιώδεις ελλείψεις καθώς δεν έχουν συμπεριληφθεί στα ως άνω έγγραφα δυο εν εξελίξει συμβάσεις του παρεμβαίνοντος. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο παρεμβαίνων δεν υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και τις ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων που παρέλειψε να δηλώσει ως προς το ανεκτέλεστο.

16. Επειδή, στο άρθρο 23.2 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι το δικαίωμα καθώς και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται σε τρία διακριτά στάδια, ήτοι κατά την υποβολή των προσφορών, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Σύμφωνα δε με τα άρθρα 22 Α.2 και 23.3.β2) της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης προς απόδειξη ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο λόγος αποκλεισμού σχετικά με την αθέτηση υποχρεώσεων αναφορικά με την καταβολή ασφαλιστικών εισφορών, μεταξύ άλλων, και ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων που εκτελεί. Επομένως, εκ

των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι απαιτείται να προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου ασφαλιστικές ενημερότητες που να καλύπτουν αφενός την ημερομηνία υποβολής προσφορών και αφετέρου την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης αναφορικά με τα έργα που έχει αναλάβει προγενέστερα των ως άνω ημερομηνιών (βλ. *ad hoc* ΕΑΔΗΣΥ 675/2020). Περαιτέρω, προς απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης περί ανεκτέλεστο, ο προσωρινός ανάδοχος που δεν διαθέτει ενημερότητα πτυχίου προσκομίζει, κατά το άρθρο 23.5 της διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων με αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο.

17. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων υπέβαλε την 26.10.2022 με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ άλλων, υπεύθυνη δήλωση περί μηδενικού ανεκτέλεστο υπολοίπου. Ωστόσο, ως αποδεικνύει ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων είχε ήδη συνάψει αφενός με την από 19.10.2022 και με αριθμ. «...» σύμβαση για την παροχή υπηρεσιών για τις εργασίες «...», ποσού 36.456€ με ΦΠΑ και αφετέρου την από 24.10.2022 και με αριθμ. «...» σύμβαση για την παροχή υπηρεσιών για τις εργασίες «...» ποσού 22.969,76 με ΦΠΑ, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί ο παρεμβαίνων. Αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι πρόκειται για συμβάσεις με απευθείας ανάθεση για την ανάληψη των οποίων δεν απαιτήθηκε χρήση του εργοληπτικού πτυχίου, καθώς ουδόλως τούτο αναιρεί την υποχρέωση δήλωσής τους ως προς τον έλεγχο του ανεκτέλεστο υπολοίπου και την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου επιλογής. Ομοίως, οι αιτιάσεις του παρεμβαίνοντος περί έλλειψης δόλου ως προς την μη δήλωση των επίμαχων συμβάσεων και περί μη υπέρβασης του ορίου ανεκτέλεστο ακόμη και αν οι εν λόγω συμβάσεις είχαν συμπεριληφθεί στην υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τυγχάνουν απορριπτέες ως αλυσιτελώς προβαλλόμενες διότι, εκ του άρθρου 23.5 της διακήρυξης, επιβάλλεται υποχρέωση προσκόμισης ακριβούς και ορθής υπεύθυνης δήλωσης, δεδομένων και των έννομων συνεπειών της βάσει της

ισχύουσας νομοθεσίας, απαίτηση την οποία δεν τήρησε ο παρεμβαίνων, με αποτέλεσμα να αποκρύπτει πληροφορίες που αφορούν την εξακρίβωση της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Επισημαίνεται ότι, λόγω της παράλειψης δήλωσης των δυο ως άνω έργων, ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ούτε τις σχετικές ως προς αυτά ασφαλιστικές ενημερότητες ως απαιτεί το άρθρο 23.3.β2) της διακήρυξης. Ωστόσο, δοθέντος ότι εν προκειμένω, η μη υποβολή των εν λόγω εγγράφων ερείδεται στην ανακριβή δήλωση του παρεμβαίνοντος περί μηδενικού ανεκτέλεστου υπόλοιπου, τυχόν κλήση του παρεμβαίνοντος περί εκ νέου προσκόμισής τους ,κατ' άρθρον 4.2 της διακήρυξης, θα ήταν μη νόμιμη, σε κάθε δε περίπτωση και αλυσιτελής, εφόσον συντρέχει λόγος αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος.

18. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι οι προσκομισθείσες με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ασφαλιστικές ενημερότητες για την εταιρεία και το στέλεχος «...» δεν δύναται να χρησιμοποιηθούν για συμμετοχή σε δημοπρασίες.

19. Επειδή, στο άρθρο 23.3.β2) της διακήρυξης προβλέπεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης προς απόδειξη ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 22Α.2 της διακήρυξης ασφαλιστικές ενημερότητες του ιδίου και των στελεχών του. Σημειωτέον ότι κατά το άρθρο 4.2 της διακήρυξης, εφόσον δεν υποβληθούν κάποια δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν απορρίπτεται άνευ ετέρου η προσφορά του προσωρινού αναδόχου αλλά η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να τον καλέσει εκ νέου να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά.

20. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την υπ' αριθμ. «...» ασφαλιστική ενημερότητα για το στέλεχος «...» και την υπ' αριθμ. «...» ασφαλιστική ενημερότητα της εταιρείας, στις

οποίες αμφότερες αναφέρεται ότι ισχύουν για κάθε νόμιμη χρήση, πλην των χρήσεων που προβλέπει ο ν. 4611/2019, στο άρθρο 23γ του οποίου περιλαμβάνεται και η χρήση της ασφαλιστικής ενημερότητας για συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς εκτέλεσης έργων. Ως εκ τούτου, οι επίμαχες ασφαλιστικές ενημερότητες δεν δύναται να χρησιμοποιηθούν νομίμως για τον υπό κρίση διαγωνισμό, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων και η αναθέτουσα αρχή όφειλε να καλέσει κατ' άρθρον 4.2 της διακήρυξης τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσει εκ νέου τις κατάλληλες ασφαλιστικές ενημερότητες. Εντούτοις, εν προκειμένω, δεδομένου ότι, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 17, η προσφορά του παρεμβαίνοντος τυγχάνει αποκλειστέα, δεν υπάρχει νόμιμο έρεισμα κλήσης του προς συμπλήρωση της διαπιστωθείσας έλλειψης.

21. Επειδή, εξάλλου, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι παρέλειψε να υποβάλλει υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 23.3.ζ της διακήρυξης περί μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.9 της διακήρυξης.

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 23.3.ζ της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει ως δικαιολογητικό κατακύρωσης προς απόδειξη ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 22Α.9 της διακήρυξης, σχετική υπεύθυνη δήλωση. Ως δε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε την επίμαχη δήλωση, το οποίο δεν αμφισβητεί και άρα η αναθέτουσα αρχή όφειλε σύμφωνα με το άρθρο 4.2 της διακήρυξης να καλέσει τον παρεμβαίνοντα να υποβάλλει την ελλείπουσα δήλωση. Εφόσον όμως στην υπό κρίση περίπτωση, κατά τα προεκτεθέντα, συντρέχει λόγος αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος, η κλήση του από την αναθέτουσα αρχή να προσκομίσει την ελλείπουσα δήλωση παρέλκει ως αλυσιτελής.

23. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι οι υποβληθείσες με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπεύθυνες δηλώσεις δεν φέρουν έγκυρη ψηφιακή υπογραφή.

24. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 4.2 β) και 23 της διακήρυξης τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται ηλεκτρονικά, ενώ δεν προβλέπεται ρητώς απόρριψη της προσφοράς λόγω μη θέσης προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ωστόσο, η υπεύθυνη δήλωση πρέπει να φέρει υπογραφή του δηλούντος άλλως είναι άκυρη και δεν παράγει έννομες συνέπειες. Εφόσον δε η υπεύθυνη δήλωση υπογράφεται ψηφιακά, τότε πρέπει προκειμένου να θεωρείται έγκυρη, να πληροί τις απαιτήσεις της ισχύουσας νομοθεσίας περί προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής. Επομένως, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι οι υπεύθυνες δηλώσεις που απαιτείται κατά τη διακήρυξη να κατατεθούν ,ως δικαιολογητικά κατακύρωσης ,πρέπει να φέρουν είτε φυσική υπογραφή της οποίας η γνησιότητα δεν αμφισβητείται είτε έγκυρη κατά την ισχύον κανονιστικό πλαίσιο ηλεκτρονική υπογραφή.

25. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τρεις υπεύθυνες δηλώσεις που δεν φέρουν ούτε φυσική υπογραφή αρμοδίως επικυρωμένη, ούτε έγκυρη ψηφιακή υπογραφή αλλά μόνον έχει αποτυπωθεί απεικόνιση ψηφιακής υπογραφής, χωρίς όμως να μπορεί να ελεγχθεί η διαλειτουργικότητά της κατά τις απαιτήσεις της ισχύουσας νομοθεσίας. Αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι οι επίμαχες δηλώσεις προέκυψαν από μετονομασία άλλων αρχείων με αποτέλεσμα να απωλέσουν οι ψηφιακές υπογραφές την επικύρωσή τους, καθώς ουδόλως τούτο αναιρεί την μη εγκυρότητα των ψηφιακών υπογραφών των υπεύθυνων δηλώσεων που εν τέλει προσκομίστηκαν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε σύμφωνα με το άρθρο 4.2 της διακήρυξης να καλέσει τον παρεμβαίνοντα να υποβάλλει εκ νέου τις επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις, αλλά, εν προκειμένω, η σχετική κλήση παρίσταται αλυσιτελής διότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος κρίνεται αποκλειστέα για έτερο λόγο.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμ. πρωτ. 5962/124/8.11.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που ανακηρύσσεται ο παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος, να απορριφθεί η

Αριθμός απόφασης: 27 /2023

παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 παρ. 5 εδ.α' του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. 5962/124/8.11.2022 προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 782,26€

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 4 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**