

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.02.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 302/09.02.2021 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στο «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1/07.01.2021 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 1ης Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του «...» (ΑΔΑ: «...»), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα δια περιφοράς η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου 45833/29.12.2020 Πρακτικού Αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρείας με την επωνυμία «...» και συνακόλουθα η υπ' αριθμ. 29/27.01.2021 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 6ης Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του «...» (ΑΔΑ: «...»), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου 2347/21.01.2021 Πρακτικού Αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για την «...» του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. «...» και ποσού 600,00 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διεθνές Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης «...» και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) «...», η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 06.11.2020 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 11.11.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) «...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής ή το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό, στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά τιμή λιανικής πώλησης, για την ανάδειξη αναδόχου για την «...» (CPV: «...»,«...»,«...»,«...»,«...»,«...»,«...»,«...»,«...»), συνολικού προϋπολογισμού διακοσίων ενενήντα δύο χιλιάδων σαράντα πέντε ευρώ και δεκατριών λεπτών (292.045,13 €) πλέον Φ.Π.Α., διάρκειας δώδεκα (12) μηνών, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 18η Δεκεμβρίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 24η Δεκεμβρίου 2020, ημέρα Πέμπτη. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 11.12.2020 και ώρα 10:05:51 π.μ. την υπ' αριθμ. 198628 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 1/07.01.2021 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 1ης Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του «...» (ΑΔΑ: «...») και συνακόλουθα της υπ' αριθμ. 29/27.01.2021 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 6ης Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του «...» (ΑΔΑ: «...»), οι οποίες αναρτήθηκαν στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.01.2021 και 29.01.2021 αντίστοιχα, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση τους η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 08.02.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. και ήδη ΕΑΔΗΣΥ αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: Σ 1129 /2022

3. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 09.07.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ τις με αριθμό πρωτοκόλλου «...»/18.02.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

4. Επειδή, εκπροθέσμως και άρα απαραδέκτως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 ασκήθηκε η παρέμβαση, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.07.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 22.07.2021.

5. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

6. Επειδή, με την υπ'αριθμ. 647/2021 απόφαση του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, απορρίφθηκε η υπό κρίση προσφυγή ως απαράδεκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησής της και δεν εξετάστηκε περαιτέρω στην ουσία της.

7. Επειδή, η ως άνω απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ακυρώθηκε με την υπ'αριθμ. Α293/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά και η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της και να προβεί σε κρίση των αιτιάσεων της προδικαστικής

προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι στο υποβληθέν από 17.12.2020 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) και στο πεδίο «Μέρος» II (Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα) και στην παρ. Α (Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα) απάντησε αρνητικά (όχι) στην εξής ερώτηση της σελίδας 3 του ΕΕΕΣ : *«Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν; Όχι»*. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα απάντησε στην ερώτηση του ανωτέρω πεδίου ότι αδυνατεί να αποδείξει την από μέρους της αποπληρωμή του συνόλου των οφειλόμενων εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, διά της προσκόμισης σχετικής βεβαίωσης ή διά της παροχής στην αναθέτουσα αρχή της δυνατότητας πρόσβασης σε τυχόν υφιστάμενη εθνική βάση δεδομένων, στην οποία τηρούνται τέτοια στοιχεία και ως εκ τούτου η αρνητική απάντηση στο παραπάνω πεδίο του ΕΕΕΣ αποτελεί λόγο αποκλεισμού. Επίσης, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αρνητική απάντηση της παρεμβαίνουσας στο πεδίο Μέρος III (παρ. Β σελ. 6) του ΕΕΕΣ πως δεν έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν σημαίνει περαιτέρω ότι δύναται να προσκομίσει και την σχετική βεβαίωση περί των ανωτέρω (για τον λόγο αυτό της διάκρισης των δύο ζητημάτων άλλωστε υφίστανται διαφορετικές ερωτήσεις σε διαφορετικά πεδία), ενώ δεν θεραπεύεται η ανωτέρω αρνητική απάντηση από την αργότερη προσκομιδή φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, καθώς το ΕΕΕΣ αποτελεί υπεύθυνη δήλωση και διαφοροποιείται εν τέλει από την απόδειξη και επιβεβαίωση των προϋποθέσεων που πρέπει να πληρούνται στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου κατά το στάδιο ελέγχου από την αναθέτουσα αρχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα: Το άρθρο 2.2.9.1 («Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών») της διακήρυξης ορίζει ότι : *«Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από*

Αριθμός απόφασης: Σ 1129 /2022

τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1.»

Από την επισκόπηση του ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας προκύπτει, όπως συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή, ότι στο πεδίο «Μέρος» ΙΙ (Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα) και στην παρ. Α (Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα) απάντησε αρνητικά (όχι) στην εξής ερώτηση της σελίδας 3 του ΕΕΕΣ : «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν; Όχι». Ορθώς αναφέρει η αναθέτουσα αρχή ότι εάν στην ερώτηση που προηγείται της ως άνω αναφερθείσας στο σχετικό πεδίο (ΙΙ) του ΕΕΕΣ «Ο ΟΦ (οικονομικός φορέας) είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ) επιλογής» απαντήσει καταφατικά, δηλαδή «Ναι», τότε ανοίγει αυτόματα ένα ερωτηματολόγιο που περιλαμβάνει τρεις διευκρινιστικές ερωτήσεις που αφορούν την ονομασία του καταλόγου, το πιστοποιητικό εγγραφής και τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή και πλέον δεν εμφανίζεται από το σύστημα η δεύτερη ερώτηση που αφορά την προσκόμιση βεβαίωσης πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης στην οποία η παρεμβαίνουσα απάντησε αρνητικά. Αυτό ωστόσο δεν αναιρεί το ζήτημα και τη βαρύτητα της αρνητικής απάντησης στην (εντέλει) εμφανισθείσα ερώτηση, η οποία σχετίζεται με την επιβεβαίωση ή μη της δυνατότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην

αναθέτουσα αρχή να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν και συνεπώς η παρεμβαίνουσα έχει απαντήσει εσφαλμένως αρνητικά, στην περίπτωση που είναι ικανή να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων. Αντιθέτως, βασίμως ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι, δοθέντος ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση και επιτελεί σκοπό προκαταρκτικής απόδειξης, πρέπει να είναι άρτια και προσηκόντως συμπληρωμένο, εν προκειμένω ωστόσο η παρεμβαίνουσα δηλώνει ρητώς με το υποβληθέν ΕΕΕΣ της, ότι αδυνατεί να αποδείξει την από μέρους της αποπληρωμή του συνόλου των οφειλόμενων εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, διά της προσκόμισης σχετικής βεβαίωσης ή διά της παροχής στην αναθέτουσα αρχή δυνατότητα πρόσβασης σε τυχόν υφιστάμενη εθνική βάση δεδομένων, στην οποία τηρούνται τέτοια στοιχεία. Περαιτέρω, αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι αφ' ής στιγμής η παρεμβαίνουσα έχει απαντήσει ορθώς (αρνητικά) στο Μέρος ΙΙΙ του ΕΕΕΣ με τίτλο Λόγοι αποκλεισμού σχετικά με την ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα, ότι δηλαδή δεν έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, παρίσταται αβάσιμος ο ανωτέρω λόγος προσφυγής, αφού η συμμετέχουσα δεν αδυνατεί εντέλει να αποδείξει την από μέρους της αποπληρωμή του συνόλου των οφειλόμενων εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων και τούτο διότι ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας αρχής ερείδεται σε εσφαλμένη αφετηρία, ότι δηλαδή η δήλωση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στο πεδίο ΙΙΙΙ του ΕΕΕΣ πως δεν έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σημαίνει ταυτοχρόνως ότι δύναται να προσκομίσει και την σχετική βεβαίωση περί των ανωτέρω, όπερ εντούτοις αποτελεί διαφορετικό ζήτημα και υποχρέωση του οικονομικού φορέα. Κατ' ακολουθίαν των ως άνω, η σχετική επιβεβαίωση του πρώτου ήτοι η δήλωση από τον οικονομικό φορέα δεν συνεπάγεται αυτομάτως και την επιβεβαίωση του δεύτερου ήτοι την δυνατότητα προσκόμισης βεβαίωσης ή παροχής στην αναθέτουσα αρχή δυνατότητας πρόσβασης σε τυχόν υφιστάμενη εθνική βάση δεδομένων προς τούτο. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις. Μειοψήφησε το Μέλος Χ. Ζαράρη

Αριθμός απόφασης: Σ 1129 /2022

και τούτο διότι εν προκειμένω πρόκειται περί ασάφειας της προσφοράς, δεκτικής σε κάθε περίπτωση διευκρίνησης, και τούτο διότι όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι αφ' ής στιγμής η παρεμβαίνουσα έχει απαντήσει αρνητικά στο Μέρος ΙΙΙ του ΕΕΕΣ με τίτλο Λόγοι αποκλεισμού σχετικά με την ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα, ότι δηλαδή δεν έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, παρίσταται αβάσιμος ο ανωτέρω λόγος προσφυγής περί αυτόθροης απόρριψης της προσφοράς, παράλληλα αναφορικά με τη δυνατότητα προσκόμισης των επίμαχων εγγράφων ή πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων που παρέχεται δωρεάν, η παρεμβαίνουσα παρέχει τη συγκατάθεση της στο Μέρος VI του ΕΕΕΣ, ήτοι και πάλι τουλάχιστον υφίσταται ασάφεια της προσφοράς.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση ως απαράδεκτη.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες αποφάσεις κατά το μέρος που έκαναν δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας για το τμήμα ΣΤ του διαγωνισμού και ανέδειξαν αυτή προσωρινή ανάδοχο, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 28 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ