

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Ιουλίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 12.06.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 893/13.06.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής ο «προσφεύγων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση των προσβαλλόμενων αποφάσεων της Οικονομικής Επιτροπής του ... : (α) υπ' αριθμό .../2023/03-04-2023 ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ από το 12ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής ΘΕΜΑ: «Έγκριση πρακτικού και ανάδειξη προσωρινού μειοδότη για την ... με τίτλο: «...»...» και (β) υπ' αριθμό .../2023/30-05-2023 ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ από το 20ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής ΘΕΜΑ: «Έγκριση πρακτικού και ανάδειξη οριστικού μειοδότη για την ... με τίτλο: «...», δυνάμει των οποίων κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.200,00 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό πρωτ. .../11.01.2023, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την ... με τίτλο: «...» ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ 501.035,22€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 13% (443.394,00 € χωρίς Φ.Π.Α.)», και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 12.01.2023, με Α.Δ.Α.Μ ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς και δη ο προσφεύγων και η εταιρεία «...». Με τις προσβαλλόμενες, υπ' αριθμ. .../2023 και .../2023, αποφάσεις κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της ως άνω εταιρείας «...» και αναδείχθηκε αυτή οριστική ανάδοχος. Κατά των ανωτέρω αποφάσεων στρέφεται ο προσφεύγων για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή του.

4.Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 02.06.2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του

διαγωνισμού στις 12.06.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς ο προσφεύγων (2^{ος} στην σειρά μειοδοσίας) βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η σύμβαση.

7.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 16.06.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

8.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, νομίμως και εμπροθέσμως υπέβαλε τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή, στις 27.06.2023.

9.Επειδή, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας Αρχής, ο προσφεύγων υπέβαλε στις 03.07.2023 το υπόμνημά του, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο.

10.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενος, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, το υποβληθέν από την ως άνω εταιρεία Πιστοποιητικό Εγγραφής στο Επιμελητήριο, υπ' αρ.πρωτ. .../03-01-2023, δεν έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του, όπως ορίζεται στην διακήρυξη και στην διέπουσα αυτήν νομοθεσία.

11. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, το άρθρο 2.2.9.2 της διακήρυξης ορίζει τα εξής: «**A. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. [...]** **B.2 Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για**

την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης [...] Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού ή πιστοποιητικό που εκδίδεται από την οικεία υπηρεσία του Γ.Ε.Μ.Η. των ως άνω Επιμελητηρίων. Για την απόδειξη άσκησης γεωργικού ή κτηνοτροφικού επαγγέλματος, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν σχετική βεβαίωση άσκησης επαγγέλματος, από αρμόδια διοικητική αρχή ή αρχή Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης. **Επισημαίνεται ότι, τα δικαιολογητικά που αφορούν στην απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4 (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) γίνονται αποδεκτά, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός εάν, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών, φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος.**». Κατά δεύτερον, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, η εταιρεία «...» υπέβαλε, μεταξύ άλλων, στις 12.04.2023, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης το υπ' αρ.πρωτ. .../03-01-2023 Πιστοποιητικό Εγγραφής του Επιμελητηρίου ..., κατόπιν του υπ' αρ. πρωτ. .../06.04.2023 αιτήματος της αναθέτουσας Αρχής. Εν προκειμένω, εκ των οριζομένων στα προαναφερθέντα άρθρα της διακήρυξης προκύπτει, ότι, για την απόδειξη της επαγγελματικής τους δραστηριότητας, οι διαγωνιζόμενοι καλούνται να υποβάλουν κατά το στάδιο της κατακύρωσης βεβαίωση εγγραφής τους στο οικείο επαγγελματικό μητρώο, με την οποία πιστοποιείται η εγγραφή τους σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά τους, έκδοσης έως 30 εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εκτός εάν το συγκεκριμένο δικαιολογητικό φέρει, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτού, συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Το επίμαχο πιστοποιητικό, που κατέθεσε η ανωτέρω εταιρεία στις 12.04.2023, έχει εκδοθεί στις 03.01.2023, και αναγράφει στο «σώμα» του ως χρόνο ισχύος το τέλος του έτους 2023. Όμως, η παραπάνω διάταξη της διακήρυξης 2.2.9.2.B.2 δεν θεσπίζει την ως άνω εξαίρεση ως προς το συγκεκριμένο χρόνο ισχύος με βάση το περιεχόμενο κάθε πιστοποιητικού, αλλά με βάση τις κατά νόμο προβλέψεις σχετικά με τον χρόνο ισχύος του. Άρα, δεν έχει σημασία αν το πιστοποιητικό για οιονδήποτε λόγο αναφέρει χρόνο ισχύος, αλλά αν το Επιμελητήριο είναι

αρμόδιο για να εκδίδει πιστοποιητικά με τέτοιο χρόνο ισχύος και αν για τα πιστοποιητικά εγγραφής, προβλέπεται εκ του νόμου, χρόνος ισχύος. Τούτο συμβαίνει με τις φορολογικές και ασφαλιστικές ενημερότητες, βλ. άρ. ...ΥΑ .../913/2020 (ΦΕΚ ... Β/23-4-2020) για ασφαλιστική ενημερότητα και άρ. ...ΠΟΛ. .../2013 για φορολογική ενημερότητα, που κατά την διάρκεια ισχύος τους και όσον αφορά στην προς τις οικείες συναλλαγές χρήση τους, παράγουν κατά πλάσμα δικαίου δεσμευτικό για τους άλλους -πλην της αρμόδιας φορολογικής αρχής και κοινωνικοασφαλιστικού φορέα, αντίστοιχα- και εν σχέσει προς συγκεκριμένη συναλλαγή ή χρήση παραλήπτες τους, εκ του νόμου τεκμήριο, εκπλήρωσης των σχετικών υποχρεώσεων όσον αφορά την σύνδεση της εκπλήρωσης αυτής με τον σκοπό της συναλλαγής και δεσμεύουν άνευ ετέρου τον αντισυμβαλλόμενο, αρμόδιο τρίτο φορέα ή αναθέτουσα Αρχή, να δεχθεί αυτές άνευ ετέρου ως τοιούτο τεκμήριο για τους σκοπούς της συναλλαγής και, εν προκειμένω, της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ασχέτως του πραγματικού γεγονότος περί του αν ο εν τέλει ο οικονομικός φορέας, μετά την έκδοση της ενημερότητας αλλ' εντός του χρόνου ισχύος της, απέκτησε ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις. Οι ως άνω δε μνημονευόμενες αντίστοιχες διατάξεις, περί φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, ρητά ρυθμίζουν το ζήτημα χρόνου ισχύος των συγκεκριμένων πιστοποιητικών. Ουδόλως όμως προκύπτει τέτοια διάταξη νόμου και παραγωγή τέτοιου τεκμηρίου, ήτοι εγγραφής σε συγκεκριμένο επιμελητήριο και εγγεγραμμένων δραστηριοτήτων, όσον αφορά στο πιστοποιητικό εγγραφής σε επιμελητήριο. Άρα, παρ' όλο που το επίμαχο πιστοποιητικό αναγράφει χρόνο ισχύος, αυτός δεν μπορεί να ληφθεί υπ' όψη, ως συγκεκριμένος χρόνος ισχύος, αφού δεν προκύπτει πως προβλέπεται κάτι τέτοιο από οιαδήποτε διάταξη νόμου σχετικά με τα πιστοποιητικά εγγραφής σε επιμελητήριο. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, το επίμαχο πιστοποιητικό της εταιρείας «...» υπεβλήθη απαραδέκτως, γεγονός που ισοδυναμεί με την μη υποβολή του αναγκαίου δικαιολογητικού κατακύρωσης. (ΑΕΠΠ 20,21/2021, σκ. 9). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13.Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενος ότι

αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, το υποβληθέν από την συγκεκριμένη εταιρεία πιστοποιητικό δεν είναι το ισχύον, βάσει του Γενικού Πιστοποιητικού ΓΕΜΗ με αρ.πρωτ. .../10-04-2023, καθώς: «...Η εταιρεία ... υπέβαλλε το καταστατικό της (τίτλος αρχείου ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΟ ΜΕ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΥΠΟΓΡΑΦΗ...) ψηφιακά υπογεγραμμένο από το ΓΕΜΗ στις 15-09-2016. Όμως το υποβληθέν καταστατικό δεν είναι το ισχύον όπως ορίζεται στο Άρθρο 2.2.9.2 παρ Β6 διότι η ισχύς του καταστατικού επαληθεύεται από το Γενικό Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ και στο οποίο αναγράφονται όλες οι τροποποιήσεις του καταστατικού προκειμένου να είναι δυνατή η εξακρίβωση για το ποιο καταστατικό είναι τελικά το ισχύον. Ετσι, Από το υποβληθέν Γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ της μειοδότης εταιρείας (α.π Αριθ.Πρωτ.: .../10-04-2023) προκύπτει ότι:... η τελευταία τροποποίηση καταστατικού ήταν στις 31/08/2021, ως εκ τούτου το υποβληθέν καταστατικό δεν είναι το ισχύον όπως ζητείται...».

14. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Στο άρθρο 2.2.9.2 της διακήρυξης και στην παράγραφο Β.6 ορίζονται τα εξής: **«Β.6. Για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και εγγράφεται υποχρεωτικά ή προαιρετικά, κατά την κείμενη νομοθεσία, και δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της σε αρμόδια αρχή (πχ ΓΕΜΗ), προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του, εκτός αν αυτό φέρει συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Ειδικότερα για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς προσκομίζονται: i) για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης [...] ii) Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών του νομικού προσώπου γενικό πιστοποιητικό μεταβολών του ΓΕΜΗ, εφόσον έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Στις λοιπές περιπτώσεις τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, αποφάσεις συγκρότησης οργάνων διοίκησης σε σώμα, κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους [...]».** Εν

προκειμένω, από το ανωτέρω άρθρο της διακήρυξης προκύπτει, ότι, για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών, δεν απαιτείται από την διακήρυξη η υποβολή του καταστατικού αλλά του γενικού πιστοποιητικού μεταβολών του ΓΕΜΗ, με την προϋπόθεση, ότι έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του, για τους οικονομικούς φορείς που είναι ημεδαπά νομικά πρόσωπα και εγγράφονται υποχρεωτικά ή προαιρετικά, κατά την κείμενη νομοθεσία, και δηλώνουν την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της σε αρμόδια Αρχή (πχ ΓΕΜΗ). Επομένως, το υπ' αρ. πρωτ. .../10-4-2023 γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ Επιμελητηρίου ..., που υπέβαλε η εταιρεία «...», καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης, απορριπτομένων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Εν όψει των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

15.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενος, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η προσφορά της ως άνω εταιρείας δεν πληροί το κριτήριο επιλογής της παραγράφου 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ήτοι: *«Όσον αφορά την Τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του προσφέροντος, απαιτείται ο υποψήφιος Ανάδοχος: Α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2019, 2020, 2021) να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με ιδιωτικούς ή δημόσιους φορείς για την ... φρέσκου γάλακτος συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης με το 50% του προϋπολογισμού της παρούσας χωρίς ΦΠΑ»*, καθώς η σύμβαση του ... , ποσού €225.825,60, που επικαλέσθηκε η ως άνω εταιρεία, δεν είχε ολοκληρωθεί εντός του οριζόμενου χρονικού διαστήματος, ήτοι κατά μέγιστο έως 31/12/2021, αλλά έληξε στις 31/12/2022, και ως εκ τούτου το δηλωθέν ποσό της επίμαχης σύμβασης δεν μπορεί να προσμετρηθεί ως εκτελεσμένο ποσό, προς κάλυψη του ως άνω κριτηρίου επιλογής.

16. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης, ορίζονται τα εξής: *«Όσον αφορά την Τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του προσφέροντος, απαιτείται ο υποψήφιος Ανάδοχος: Α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2019, 2020, 2021) να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με ιδιωτικούς ή δημόσιους φορείς για την ... φρέσκου γάλακτος συνολικής*

αξίας ίσης ή μεγαλύτερης με το 50% του προϋπολογισμού της παρούσας χωρίς ΦΠΑ. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παρούσας παραγράφου οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν συμβάσεις και τις αντίστοιχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης (υλοποίησης) σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, ποσού αθροιστικά ίσου ή μεγαλύτερου με το 50% της προϋπολογισθείσας δαπάνης (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) για τα τρία προηγούμενα έτη (Άρθρο 75 παρ. 4 ν4412/2016)...». Όμως, στο προαναφερόμενο άρθρο της διακήρυξης εμπεριέχεται ασάφεια/αντίφαση. Και τούτο, διότι, ενώ η διακήρυξη φέρει ημερομηνία 12.01.2023 και αναφέρεται ως σημείο αναφοράς η τελευταία τριετία (ήτοι τα έτη 2022, 2021 και 2020), παρά ταύτα αναφέρονται αριθμητικά τα έτη 2019, 2020, 2021. Κατά δεύτερον, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου και δεν αμφισβητείται, επ' αυτού του θέματος δεν δόθηκαν διευκρινίσεις. Κατά τρίτον, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και άρα η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του. Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφ' όσον η διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφρασθεί σαφέστερα. Εν προκειμένω, η εταιρεία «...» προσκόμισε συμβάσεις της τελευταίας τριετίας (ήτοι των ετών 2022, 2021, 2020) κατά τον ανωτέρω όρο της διακήρυξης («κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας»), που καλύπτουν την απαίτηση του όρου περί «ποσού αθροιστικά ίσου ή μεγαλύτερου με το 50% της προϋπολογισθείσας δαπάνης (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) για τα τρία προηγούμενα έτη (Άρθρο 75 παρ. 4 ν 4412/2016)...». Πιο αναλυτικά, η ως άνω εταιρεία προσκόμισε τις εξής συμβάσεις: (α) Με τον ... , ποσού 46.300 ευρώ, (β) με τον ... , ποσού 40.765,48 ευρώ, (γ) με τον ... 88.853,16 ευρώ και (δ) με τον ... , ποσού 225.825 ευρώ, ήτοι αθροιστικά ποσού 402.244,24 ευρώ, υπερκαλύπτοντας το ποσό της μισής αξίας της επίδικης σύμβασης άνευ Φ.Π.Α 221.697,00 εφ' όσον το ποσό της επίδικης σύμβασης άνευ Φ.Π.Α ανέρχεται σε 443.394,00 ευρώ. Εν όψει των ανωτέρω, ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

17. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας ... , ισχυριζόμενος, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η ως άνω εταιρεία υπέβαλε, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα ιδιωτικά έγγραφα «...» και «Βεβαίωση της εταιρείας... », χωρίς να έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ή χωρίς να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση, που να βεβαιώνει την ακρίβειά τους.

18. Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στο άρθρο 2.4.2.5 της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: *«...Τα έγγραφα που καταχωρίζονται στην ηλεκτρονική προσφορά, και δεν απαιτείται να προσκομισθούν και σε έντυπη μορφή, γίνονται αποδεκτά κατά περίπτωση, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις: [...] (ε) ε) είτε της παρ. 8 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, περί συνυποβολής υπεύθυνης δήλωσης στην περίπτωση απλής φωτοτυπίας ιδιωτικών εγγράφων. [...] Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστό-ούς φάκελο-ους, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι: [...] γ) ιδιωτικά έγγραφα τα οποία δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ή δεν φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α της παρ. 2 του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 ή δεν συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση για την ακρίβειά τους, καθώς και [...]».* Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, η εταιρεία «...» με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπέβαλε, μεταξύ άλλων, τα ιδιωτικά έγγραφα «...» και «Βεβαίωση της εταιρείας ... » σε φωτοαντίγραφα, χωρίς να έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ή χωρίς να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση, με την οποία να βεβαιώνεται η ακρίβειά τους. Αυτά δε κατά παράβαση των οριζόμενων στο ως άνω άρθρο της διακήρυξης. Οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας, ότι η εν λόγω εταιρεία κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση «που αναδεικνύει την ισχύ των πιστοποιητικών» είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Τούτο, διότι, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, η ανωτέρω εταιρεία κατέθεσε, με τα

δικαιολογητικά κατακύρωσης, τις από 10.04.2023 υπεύθυνες δηλώσεις περί ισχύος νομιμοποιητικών εγγράφων, περί λόγων αποκλεισμού, περί δικαστικής-διοικητικής απόφασης και περί οριζόντιου αποκλεισμού, αλλά δεν κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση, δυνάμει της οποίας να βεβαιώνεται, ότι τα ιδιωτικά έγγραφα αποτελούν ακριβή αντίγραφα εκ των υποβληθέντων πρωτοτύπων. Άλλωστε, η αναθέτουσα Αρχή δεν παραπέμπει σε συγκεκριμένο τίτλο ψηφιακού αρχείου ούτε σε λοιπά στοιχεία της υπεύθυνης δήλωσης (π.χ ημερομηνία) και, ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της είναι και αόριστοι. Εν όψει των ανωτέρω, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

19. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενος ότι αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η ως άνω εταιρεία υπέβαλε ασφαλιστήριο συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης και Βεβαίωση Πιστοληπτικής Ικανότητας, που δεν ήταν σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς της.

20. Επειδή, αναφορικά με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στην διακήρυξη ορίζονται τα εξής: Άρθρο 2.2.6 «Όσον αφορά την Τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του προσφέροντος, απαιτείται ο υποψήφιος Ανάδοχος: Α) [...] Β) [...] Γ) Να διαθέτουν για όλη τη διάρκεια της σύμβασης ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων και επαγγελματικής ευθύνης, με ασφαλιστική κάλυψη – εκάστης – τουλάχιστον του 100% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της παρούσης (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.) με αντικείμενο και πεδίο κάλυψης αντίστοιχο με αυτό του αντικείμενου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί», Άρθρο 2.2.5.β Για την «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζεται ότι απαιτείται: «[...] Β) Επιστολή βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας από τραπεζικό οργανισμό δραστηριοποιούμενο κατά το νόμο εκτός των άλλων και στην παροχή πιστώσεων, αξίας τουλάχιστον ίσης με το 50% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της παρούσης, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., προκειμένου να διασφαλισθεί η φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα για την αντιμετώπιση ανάγκης τυχόν εκ των προτέρων κάλυψης του κόστους κτήσης των αναφερομένων στην

παρούσα ειδών, καθώς και κάθε περαιτέρω κόστους, με σκοπό τη διασφάλιση της πλήρους και έγκαιρης εκτέλεσης υλοποίησης της εν λόγω ... », Άρθρο 2.2.9 «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 δια του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 [...]». Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλλου, προκύπτουν τα εξής: Η εταιρεία «...» υπέβαλε την προσφορά της στις 09.02.2023. Περαιτέρω, η ανωτέρω εταιρεία, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, υπέβαλε Ασφαλιστήριο συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης, υπ' αριθμό ... , και διάρκεια ισχύος –ως αναγράφεται στο «σώμα» του- από 12ης μεσημβρινής της 06/04/2023 έως 12η μεσημβρινή της 06/04/2024 και Βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της ... Τράπεζας, υπ' αρ.πρωτ. ..._23/11-04-2023. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.9 της διακήρυξης, το οποίο τελεί σε πλήρη συμπίεση με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, τα επίμαχα προσόντα ποιοτικής επιλογής «κρίνονται» α) κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δια του ΕΕΕΣ, β) κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών οριστικού αναδόχου, όπως ορίζεται στο άρθρ. 2.2.9.2 και γ) κατά την σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρ. 105 παρ. 3 δ του ν. 4412/2016. Ήτοι εκ του ως άνω άρθρου της διακήρυξης και του ως άνω άρθρου του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι η συνδρομή της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής «κρίνεται» σε δύο διακριτά στάδια, ήτοι στο στάδιο υποβολής της προσφοράς, δια του ΕΕΕΣ και στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δια των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του ν. 4412/2016. Στα δύο αυτά διακριτά στάδια προβλέπεται διακριτό μέσο απόδειξης πλήρωσης των κριτηρίων, αφού στο στάδιο της υποβολής της προσφοράς αρκεί η προαπόδειξη μέσω των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ, δηλαδή η δια υπευθύνου δηλώσεως του οικονομικού φορέα προκαταρκτική απόδειξη και εν συνεχεία, απαιτείται η μέσω δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης, οριστική απόδειξη των προσόντων που δηλώνονται ως υφιστάμενα και συντρέχοντα δια του ΕΕΕΣ. Είναι δε σαφές, ότι η διακήρυξη και ο νόμος, από αποδεικτικής πλευράς αρκούνται δια της προκαταρκτικής κατά την προσφορά

απόδειξης, σε απόδειξη δια δηλώσεως, πλην όμως η δήλωση αυτή θα πρέπει να είναι αληθής και ακριβής, καθώς το ΕΕΕΣ, κατά τους ως άνω όρους της διακήρυξης και τις διατάξεις του νόμου, ουδόλως προβλέπεται ως μέσο ανάληψης εκ του δηλούντος μελλοντικών δεσμεύσεων περί απόκτησης προσόντων, που δεν κατέχει ήδη κατά τον χρόνο της δήλωσής του. Συνεπώς, τα αξιούμενα προσόντα ποιοτικής επιλογής θα πρέπει αφ' ενός να υφίστανται ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αφ' ετέρου να υφίστανται αποδεικτικά μέσα, που δύνανται ν' αποδείξουν, ότι υφίστανται κατά την, δια του ΕΕΕΣ, δήλωση περί συνδρομής τους. Περαιτέρω, πρώτον, ως προς το ασφαλιστήριο συμβόλαιο: Από τον συνδυασμό των άρθρων 2.2.6 (γ) και 2.2.9.2 της διακήρυξης προκύπτει, ότι οι προσφέροντες θα πρέπει να διαθέτουν, για την συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, το προσόν του ασφαλισμένου, με το περιεχόμενο των ως άνω άρθρων της διακήρυξης (ήτοι δια σύναψης ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης έναντι τρίτων και επαγγελματικής ευθύνης, με ασφαλιστική κάλυψη – εκάστης – τουλάχιστον του 100% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της παρούσης (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.). Κατά την ρητή απαίτηση του άρθρου 2.2.9 της διακήρυξης, το εν λόγω προσόν θα πρέπει ήδη να ισχύει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ενώ ουδόλως αρκεί η το πρώτον κτήση της ιδιότητας του ασφαλισμένου, κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ή εν γένει μετά την προσφορά, καθώς τούτο σημαίνει έλλειψη του, αναγκάτως να υφίσταται ήδη κατά την προσφορά, προσόντος. Εξ άλλου, η ιδιότητα του ασφαλισμένου και αντισυμβαλλομένου σε σχετική ασφαλιστική σύμβαση είναι αδύνατον να προϋφίσταται της σύναψης τέτοιας ασφαλιστικής σύμβασης, αφού, πριν από αυτήν, ο οικονομικός φορέας δεν τελεί απλώς σε έλλειψη κατοχής του οικείου προς απόδειξή της αποδεικτικού μέσου, αλλά δεν είναι καν ασφαλισμένος, δηλαδή τελεί σε έλλειψη της ίδιας της ουσιαστικής ιδιότητας που συγκροτεί το κριτήριο επιλογής και θα πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπό του κατά τον χρόνο της προσφοράς. Επομένως, προ της σύναψης ασφαλιστικής σύμβασης, δεν ελλείπει απλώς αποδεικτικό μέσο περί ασφάλισης αλλά ελλείπει η ίδια η ασφάλιση, καθώς ο ασφαλισμένος λαμβάνει τέτοια ιδιότητα, ακριβώς επειδή συνάπτει τέτοια σύμβαση με ασφαλιστικό φορέα, ήτοι καθίσταται αντισυμβαλλόμενος του τελευταίου. Σύμφωνα, λοιπόν με τ' ανωτέρω, η εταιρεία «...» υπέβαλε το επίμαχο

Ασφαλιστήριο συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης με διάρκεια ισχύος, η οποία άρχεται από 06/04/2023 και η οποία δεν καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς της (ήτοι 09.02.2023). Δεύτερον, ως προς την βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας: Εν προκειμένω, η εταιρεία «...» υπέβαλε, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, την με ημερομηνία 11.04.2023 Επιστολή της ... Τράπεζας, στην οποία αναφέρεται ως συνολικό όριο πιστοδοτήσεων «€900,0 χιλ», όριο εγχώριου αναγγελλόμενου ... «€3.000,0 χιλ» και εφάπαξ χρηματοδότηση «€470,0 χιλ». Η επίμαχη επιστολή δεν έχει αναδρομικό χαρακτήρα και περιεχόμενο, εκδόθηκε δε, το πρώτον, μετά την υποβολή της προσφοράς της ως άνω εταιρείας. Εξ άλλου, η πιστοληπτική ικανότητα βεβαιώνεται εκ του οικείου πιστωτικού ιδρύματος βάσει των δεδομένων που αυτό λαμβάνει υπ' όψη του, κατά τον χρόνο έκδοσής της, και αναφέρεται σε βεβαίωση ακριβώς κατά τον χρόνο αυτό, ώστε δεν δύναται πάντως να συναχθεί μετά βεβαιότητας, ότι η ως άνω εταιρεία διέθετε τον εν λόγω προσόν σε χρόνο προγενέστερο, αφού η σχετική πιστοληπτική ικανότητα το πρώτον βεβαιώθηκε, μετά την υποβολή της προσφοράς και για χρόνο αναγόμενο στον χρόνο έκδοσής της και εφ' εξής. Επομένως, προκύπτει παράβαση του άρθρου 2.2.5.β της διακήρυξης, αφού η εν λόγω εταιρεία δεν κατείχε το προσόν της πιστοληπτικής ικανότητας, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της. (ΑΕΠΠ 417/2022). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, ο πέμπτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

21. Επειδή η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής, δεδομένου ότι οι πλημμέλειες στην προσφορά της εταιρείας «...», κατά τα εκτεθέντα στις σκέψεις 12, 18 και 20, παρέχουν αυτοτελή νόμιμα ερείσματα για την απόρριψη της προσφοράς της και την ακύρωση των προσβαλλόμενων.

22.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή και ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, δυνάμει των οποίων, κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» και η εταιρεία αυτή αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού.

Αριθμός Απόφασης: 1254/2023

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα. .

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε (άρ. 60 παρ. 2 του Ν. 5043/2023) στις 11 Σεπτεμβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ