

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Σεπτεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 03.07.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 995/03.07.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Κατά της ατομικής επιχείρησης, με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής ο «παρεμβαίνων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση: α) του αποσπάσματος-απόφασης της 31ης έκτακτης συνεδρίασης του Δ.Σ. της 19. 06.2023 (θέμα 4ο) της αναθέτουσας Αρχής, με την οποία η εταιρεία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού, και β) του αποσπάσματος-απόφασης της 24ης τακτικής συνεδρίασης του Δ.Σ. της 12.05.2023 (θέμα 9ο) της αναθέτουσας Αρχής, με την οποία είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος η ως άνω εταιρεία.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον 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, 1.917,27€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2022, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός, για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης χώρων του ...«...», διάρκειας τριών (3) ετών, προϋπολογισμού 383.452,56 ευρώ 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 21.12.2021, υπό Α.Δ.Α.Μ.... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3.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.

4.Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων. Ακολούθως, με το υπ' αριθμό .../08.05.2023 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού έλαβε χώρα η αποσφράγιση και η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών η δε σειρά μειοδοσίας διαμορφώθηκε ως εξής: Πρώτος ο παρεμβαίνων και δεύτερη η προσφεύγουσα. Τέλος, δυνάμει του αποσπάσματος-απόφασης της 24ης τακτικής συνεδρίασης του Δ.Σ. της 12.05.2023 (θέμα 9ο) και του αποσπάσματος-απόφασης της 31ης έκτακτης συνεδρίασης του Δ.Σ. της 19.06.2023 (θέμα 4ο) της αναθέτουσας Αρχής, προσωρινή και οριστική ανάδοχος, αντίστοιχα, αναδείχθηκε ο παρεμβαίνων. Κατά των ανωτέρω

αποφάσεων στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή 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 22.06.2023, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 03.07.2023 (κατά παρέκταση, δεδομένου ότι η 02.07.2023 ήταν Κυριακή και άρα εξαιρετέα), ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης.

6.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 04.07.2023, στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους. Ο δε παρεμβαίνων άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 13.07.2023, την παρέμβασή του επί της κρινόμενης προσφυγής με πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος.

7. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 10.07.2023, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής. Επί των ανωτέρω απόψεων η προσφεύγουσα κατέθεσε, στις 13.07.2023, το υπόμνημά της, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο.

8.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο παρεμβαίνων δεν υπολόγισε νόμιμα το εργατικό κόστος, και δη το κόστος για την κανονική άδεια και την άδεια αντικαταστάτη. Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι: *«Όπως συνάγεται από το άρθρο 6.2 της διακήρυξης, η διάρκεια της συμβάσεως ορίζεται τριετής, από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης και ανάρτηση αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ. Με τα δεδομένα αυτά, η δαπάνη για την ΚΑΝΟΝΙΚΗ ΑΔΕΙΑ και την ΑΔΕΙΑ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΗ πρέπει να υπολογισθεί με τρόπο τέτοιο που να καλύπτει συνολικά την δαπάνη και για τα τρία έτη δεδομένου ότι ο υπολογισμός των*

ημερών ετήσιας κανονικής άδειας γίνεται κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια επιχείρηση ο εργαζόμενος...».

9. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Με αίτημα της Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, με αρ. πρωτ. ΕΑΔΗΣΥ ΕΙΣ 5127/25.07.2023, χορηγήθηκε επιστημονική συνδρομή για τον πρώτο λόγο της προσφυγής. Ειδικότερα, επ' αυτού του αιτήματος, συνετάγη η επιστημονική έκθεση, με αρ. πρωτ. ΕΑΔΗΣΥ ΕΙΣ 6177/26.09.2023, του Ιωάννη Σπανού, Οικονομολόγου. Η ανωτέρω επιστημονική έκθεση αναφέρει, μεταξύ άλλων, και τα εξής: «... Σε σχέση με τα ως άνω αναφερόμενα, πρέπει να επισημανθεί ότι δεν εισήχθη οιαδήποτε υποχρέωση του αναδόχου να απασχολεί το ίδιο προσωπικό για όλη τη διάρκεια της σύμβασης από κάποια διάταξη του νόμου ή της διακήρυξης που αποτελεί άλλωστε το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Στο τεύχος της διακήρυξης δεν προβλέπεται το αμετάβλητο ή άλλως η διατήρηση του ίδιου προσωπικού καθ' όλη την διάρκεια της τριετούς εκτέλεσης της σύμβασης, ούτε υφίσταται κάποια ανάλογη διατύπωση που να υποχρεώνει τους διαγωνιζόμενους να προβούν στον υπολογισμό του εργατικού κόστους λαμβάνοντας υπόψη την ως άνω παραδοχή περί μέσου όρου ημερών της προσφεύγουσας. Συνεπώς, ελλείψει διαφορετικής πρόβλεψης, παρέπεται ότι, α) επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια του αναδόχου να εναλλάσσει εργαζομένους κατά την εκτέλεση της σύμβασης και β) οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υπολογίζουν στην προσφορά τους το εργατικό κόστος με προσαυξημένες ημέρες αδειας, με δεδομένη την απασχόληση των ίδιων εργαζομένων για όλη τη διάρκεια της σύμβασης (βλ. **Απόφαση 13/2021 Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης**)...», και καταλήγει στο ότι: «...Ως εκ τούτου, ο προκείμενος (πρώτος) λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος.». Σημειωτέον, ότι η ως άνω έκθεση ελήφθη υπ' όψη του παρόντος Κλιμακίου κατά την εκ νέου δεύτερη διάσκεψη, που έλαβε χώρα, ειδικά για τον πρώτο λόγο, στις 27.09.2023, καθ' ότι η έκθεση αυτή ετέθη υπ' όψη του κλιμακίου μετά την αρχική ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής (12.09.2023). Όμως, κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, για τους εξής λόγους: Κατ' αρχάς, στο άρθρο 6.2.1 της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «*Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε τρία (3) έτη, από την*

ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης και ανάρτηση αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ.».

Κατά δεύτερον, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, για το δεύτερο έτος, έκαστος εργαζόμενος θα δικαιούται είκοσι μία (21) ημέρες άδειας και για το τρίτο είκοσι δύο (22) ημέρες, και όχι 20 ημέρες, όπως υπολόγισε, στην οικονομική του προσφορά, ο παρεμβαίνων. Κατά τρίτον, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται, με την παρέμβασή του, ότι σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι τα άτομα που θ' απασχοληθούν στο έργο θα είναι τα ίδια και για τα τρία έτη. Εν προκειμένω, από την οικονομική προσφορά του παρεμβαίνοντος προκύπτει, πρώτον, ότι αυτός έχει υπολογίσει και για τα τρία έτη διάρκειας της σύμβασης 20 ημέρες άδειας, και δεύτερον, ότι πουθενά στην οικονομική του προσφορά δεν αναφέρει ότι δεν θα χρησιμοποιήσει τους ίδιους εργαζόμενους, καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης. Η δε αναθέτουσα, στις απόψεις της, συνομολογεί, ότι ο παρεμβαίνων υπολόγισε ετησίως 20 ημέρες άδειας για όλη την διάρκεια της σύμβασης (ήτοι και για τα 3 έτη). Περαιτέρω, ειδικώς οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, περί απασχόλησης των ιδίων εργαζομένων, καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης, τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, αφού προβάλλονται το πρώτον με την παρέμβαση. Σε κανένα στοιχείο της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος δεν υπήρξε σχετική επισήμανση, ως προς την πρόθεσή του να προσλάβει νέο προσωπικό, σε αντικατάσταση του απασχολούμενου στην σύμβαση (χωρίς μάλιστα να διευκρινίζεται, αν θα μεσολαβήσει απόλυση ή μετακίνηση του μέχρι τούδε απασχολούμενου στην ένδικη σύμβαση προσωπικού) **[Δ.Εφ.Αθ. 2187/2022, σκ. 9]**. Έτι περαιτέρω, τα θέματα χορήγησης ετήσιας άδειας με αποδοχές στους μισθωτούς και εργατοτεχνίτες ρυθμίζονται συγκεκριμένα από τις διατάξεις του Α.Ν. 539/1945, όπως αυτός ισχύει σήμερα, μετά τις τροποποιήσεις δυνάμει του άρθρου 6 του Ν. 3144/2003 και του άρθρου 1 Ν. 3302/2004, και όπως συμπληρώθηκε με τις διατάξεις των άρθρων 24 του Ν. 3996/2011 και 53 του Ν. 4611/2019 όπως δε τροποποιήθηκε εκ νέου με τις διατάξεις του άρθρου 51 του Ν. 4808/2021. Με βάση τα οριζόμενα στο άρθρο 1 του Ν. 3302/2004, επαναφέρεται το «ημερολογιακό έτος» ως βάση χορήγησης της ετήσιας άδειας με αποδοχές των εργαζομένων. Παράλληλα, διευκρινίζεται πλήρως και συμπληρώνεται η διαδικασία λήψης της άδειας κατά τα δύο πρώτα ημερολογιακά έτη της εργασιακής σχέσης του μισθωτού.

Ειδικότερα, προβλέπεται, ότι όλοι οι εργαζόμενοι, οι οποίοι συνδέονται με σύμβαση ή σχέση εργασίας ορισμένου ή αορίστου χρόνου, δικαιούνται να λάβουν ετήσια άδεια με αποδοχές από την έναρξη της απασχόλησής τους σε συγκεκριμένη υπόχρεη επιχείρηση. Η άδεια αυτή χορηγείται από τον εργοδότη αναλογικώς (ποσοστό), με βάση το χρονικό διάστημα που απασχολήθηκε ο εργαζόμενος στον εργοδότη αυτόν. Η αναλογία της χορηγούμενης αδείας υπολογίζεται βάσει ετήσιας αδείας 20 εργάσιμων ημερών, επί πενθημέρου εβδομαδιαίας εργασίας, και 24 εργάσιμων ημερών, επί εξαήμερου εβδομαδιαίας εργασίας, η οποία αντιστοιχεί σε 12 μήνες συνεχή απασχόληση. Η εν λόγω διάταξη, της παρ.1α του Ν. 3302/2004, όπως και η αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 6 του Ν. 3144/03, καταργεί τον βασικό χρόνο εργασίας -αναμονής (12 μήνες ή 10 μήνες κατά την Ε.Σ.Σ.Ε. του έτους 2002), τον οποίο έπρεπε να συμπληρώσει ο μισθωτός στον ίδιο εργοδότη, για την θεμελίωση δικαιώματος λήψης αδείας. Οι ρυθμίσεις αυτές του Νόμου 3302/2004 εφαρμόζουν την νομολογία του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (βλ. υπόθεση C-173/1999 της 28ης-06-01), η οποία ερμήνευσε το άρθρο 7 της Οδηγίας 93/104/ΕΚ, σχετικά με την χορήγηση ετήσιας αδείας με αποδοχές. Σύμφωνα με την εν λόγω κοινοτική ρύθμιση, όπως ερμηνεύθηκε με την σχετική απόφαση του Δικαστηρίου, κάθε εργαζόμενος δικαιούται κατ' ελάχιστον 4 εβδομάδες αδείας κατ' έτος, η οποία δύναται να χορηγηθεί «...» (κατ' αναλογία του χρόνου απασχόλησης- βλ. έκθεση Ευρ, Κοινοβουλίου). Ως προς το 1ο ημερολογιακό έτος, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός, ο εργοδότης υποχρεούται να χορηγεί μέχρι την 31η Δεκεμβρίου αναλογία - ποσοστό των ημερών αδείας, που δικαιούται ο μισθωτός, βάσει του χρονικού διαστήματος απασχόλησης στο έτος αυτό. Η αναλογία της αδείας, η οποία υπολογίζεται επί των 20 -επί πενθημέρου εβδομαδιαίας εργασίας - και των 24 -επί εξαήμερου εβδομαδιαίας εργασίας - ημερών, θα πρέπει να χορηγείται από τον εργοδότη έως την 31η Δεκεμβρίου του ημερολογιακού έτους πρόσληψης ακόμη και αν δεν έχει ζητηθεί από τους εργαζόμενους. Ως προς το 2ο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει τμηματικά την άδειά του, η οποία αναλογεί στον χρόνο απασχόλησής του στο δεύτερο αυτό έτος, στον οικείο εργοδότη. Η αναλογία της αδείας υπολογίζεται εκ νέου, όπως και κατά το πρώτο ημερολογιακό έτος, με βάση τις 20 ημέρες επί πενθημέρου και τις 24 ημέρες επί εξαήμερου εβδομαδιαίας

εργασίας. Κατά την διάρκεια του έτους αυτού και κατά το χρονικό σημείο συμπλήρωσης 12 μηνών από την ημερομηνία πρόσληψης, η άδεια επαυξάνεται κατά μία εργάσιμη ημέρα. Ως εκ τούτου, η άδεια κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, η οποία θα πρέπει να χορηγηθεί από τον εργοδότη αναλογικώς ή ολόκληρη στο τέλος, έως την 31η Δεκεμβρίου του έτους αυτού, ανέρχεται στις 21, επί πενθημέρου εβδομαδιαίας εργασίας, και 25 επί εξαήμερου εβδομαδιαίας εργασίας, εργάσιμες ημέρες κ.ο.κ (ΕΑΔΗΣΥ 44,45,46/2022, σκ. 45). Περαιτέρω, από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος προκύπτει, ότι αυτός υπολόγισε μη νομίμως και την άδεια αντικαταστάτη, με βάση υπολογισμού, και για τα τρία έτη, τις 20 ημέρες. Εν όψει των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

10. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο παρεμβαίνων υπέβαλε: (α) το υπ' αρ. πρωτ ... , εκδοθέν την 5/1/2023, πιστοποιητικό ... , προς πλήρωση του κριτηρίου Β.2 του άρ. 2.2.9.2 της διακήρυξης, και (β) το υπ' αρ. πρωτ. .../12-4-2023, εκδοθέν την 12/4/2023, πιστοποιητικό... , προς πλήρωση του κριτηρίου Β.6 (i) & (ii) του άρ. 2.2.9.2 της διακήρυξης, τα οποία όμως έχουν εκδοθεί περισσότερες από τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους (ήτοι 25/5/2023).

11. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Πρώτον, ως προς το πιστοποιητικό ... (...): Ο παρεμβαίνων υπέβαλε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, στις 25.05.2023, το υπ' αρ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ... , με ημερομηνία έκδοσης την 5^η/1/2023. Στο άρθρο 2.2.9.2 Β.2 ορίζεται, ότι: *«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 οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού (ή εμπορικού) μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με*

το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους.... 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 αν, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών, φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος.». Το δε επίμαχο πιστοποιητικό (ήτοι το υπ' αρ. πρωτ. .../05.01.2023 του...), για να υποβληθεί παραδεκτώς και να ληφθεί υπ' όψη, έπρεπε να έχει εκδοθεί επικαίρως, ήτοι να έχει «εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του», δηλαδή την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (25.05.2023), «εκτός αν, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών, φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος», δηλαδή, εκτός εάν κατά τις διατάξεις που διέπουν την έκδοση του, εκδίδεται με συγκεκριμένη διάρκεια ισχύος. Σημειωτέον ότι η ανωτέρω διάταξη της διακήρυξης, περί συγκεκριμένου χρόνου ισχύος, δεν θεσπίζει την ως άνω εξαίρεση, 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 τους. Τούτο συμβαίνει με τις φορολογικές και ασφαλιστικές ενημερότητες [βλ. άρ. 6 ΥΑ .../.../2020 (ΦΕΚ 1559 Β/23-4-2020) για ασφαλιστική ενημερότητα και άρ. 4 ΠΟΛ. .../2013 για φορολογική ενημερότητα], οι οποίες, κατά την διάρκεια ισχύος τους και όσον αφορά στην, ως προς τις οικείες συναλλαγές, χρήση τους, παράγουν κατά πλάσμα δικαίου δεσμευτικό για τους άλλους, εν όψει συγκεκριμένης συναλλαγής ή χρήσης, παραλήπτες τους, πλην της αρμόδιας φορολογικής Αρχής και κοινωνικοασφαλιστικού φορέα, αντίστοιχα, εκ του νόμου τεκμήριο εκπλήρωσης των σχετικών υποχρεώσεων, όσον αφορά στη σύνδεση της εκπλήρωσης αυτής με τον σκοπό της συναλλαγής ` δεσμεύουν δε άνευ ετέρου τον αντισυμβαλλόμενο αρμόδιο τρίτο φορέα ή αναθέτουσα Αρχή, να δεχθεί αυτές ως, άνευ ετέρου, τοιούτο τεκμήριο για τους σκοπούς της συναλλαγής και, εν προκειμένω, της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ασχέτως του πραγματικού γεγονότος, περί του αν, 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 ρητώς ρυθμίζουν το ζήτημα του χρόνου ισχύος των συγκεκριμένων πιστοποιητικών. Ουδόλως όμως προκύπτει τιαύτη διάταξη νόμου και παραγωγή τοιούτου τεκμηρίου, ήτοι εγγραφής σε συγκεκριμένο επιμελητήριο και εγγεγραμμένων δραστηριοτήτων, όσον αφορά στο πιστοποιητικό εγγραφής σε επιμελητήριο. (ΑΕΠΠ 20,21/2021, σκ. 9). Επομένως, το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου πρέπει να γίνει δεκτό. Δεύτερον, ως προς το πιστοποιητικό...: Ο παρεμβαίνων υπέβαλε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, στις 25.05.2023, το υπ' αρ. πρωτ. ...πιστοποιητικό ..., με ημερομηνία έκδοσης την 12.4.2023. Στο άρθρο 2.2.9.2 Β.6 (β) της διακήρυξης ορίζεται, ότι: *«Β. 1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα δικαιολογητικά που αναφέρονται παρακάτω: ... β) για την παράγραφο 2.2.3.2 πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του»*. Επομένως, ο παρεμβαίνων υπέβαλε το επίμαχο πιστοποιητικό ... (με ημερομηνία έκδοσης την 12^η.04.2023, αφού είχε εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του (την 25^η.05.2023). Το δε άρθρο 2.2.9.2 Β.6 (i) & (ii), που επικαλείται η προσφεύγουσα - *«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 ...), 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, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και υποχρεούται, κατά την κείμενη νομοθεσία, να δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της στο ..., προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί*

έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. ii) Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών του **νομικού προσώπου γενικό πιστοποιητικό μεταβολών του ...**, εφόσον έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του...») - δεν έχει εφαρμογή εν προκειμένω. Τούτο, διότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του άρ. 2.2.9.2 Β.6 (i) & (i), περι νόμιμης εκπροσώπησης, αφορούν μόνον σε νομικά πρόσωπα και όχι σε φυσικά πρόσωπα, για τα οποία δεν χωρεί εκπροσώπηση, κατά την εμπορική νομοθεσία περί εταιρειών και εμπόρων, ει μη μόνον η γενική εκπροσώπηση και αντιπροσώπευση κατά τις διατάξεις του ΑΚ, εφαρμογή των οποίων δεν χωρεί εν προκειμένω, δεδομένου ότι, κατά τα ως άνω, ο παρεμβαίνων (ατομική επιχείρηση: φυσικό πρόσωπο) υπέβαλε προσφορά και μετέχει στην διαδικασία ιδίω ονόματι, ήτοι αυτοπροσώπως (ΑΕΠΠ 1163/2020, σκ. 37). Επομένως, το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου είναι απορριπτέο.

12.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο παρεμβαίνων υπέβαλε αόριστη δήλωση, αναφορικά με την ισχύ των νομιμοποιητικών εγγράφων σύστασης και εκπροσώπησης.

13. Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Στο άρθρο 2.2.9.2 Β.6 (ii) της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «...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, ο παρεμβαίνων υπέβαλε, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, την υπεύθυνη δήλωση περί νομιμοποιητικών εγγράφων (ψηφιακό αρχείο «Β.6 Υ.Δ signed»), δηλώνοντας επί λέξει, ότι: «...Όλα τα νομιμοποιητικά έγγραφα που προσκομίζω εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους...». Απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ασάφειας, διότι δεν συμπεριλήφθηκαν οι λέξεις «σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης». Τούτο, διότι, στο επίμαχο αρχείο αναφέρεται η λέξη «όλα», που περικλείει όλα τα νομιμοποιητικά έγγραφα, ήτοι

και σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης. Άρα, ο τρίτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

14. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: «...Όμως από τα εν λόγω πιστοποιητικά που προσκόμισε η ατομική επιχείρηση «... δ.τ. "... " δεν προκύπτει εάν η εταιρεία α) έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης, β) τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο, γ) έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού, δ) τελεί υπό πτώχευση ή βρίσκεται (ή δεν βρίσκεται) σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Ούτω, ο ανάδοχος όφειλε σύμφωνα με την ρητή απαίτηση της διακήρυξης (άρθρο 2.2.9.2 παρ. Β.1) να υποβάλλει ένορκη βεβαίωση προς πλήρωση όλων των απαιτήσεων της περ. β' της παραγράφου 2.2.3.4 που δεν καλύπτονται από τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά, το οποίο ουδόλως έπραξε. Εφόσον η διακήρυξη, στον όρο 2.2.9.2 Β1 προβλέπει την προσκόμιση ενόρκων βεβαιώσεων περί μη υπαγωγής σε κάποια από τις καταστάσεις της περ. β του όρου 2.2.3.4 και οι οποίες δεν καλύπτονται από τα πιστοποιητικά, **όφειλε ο ανάδοχος, να προσκομίσει ένορκη βεβαίωση με την οποία να βεβαιώνει ενόρκως ότι δεν υπάγεται στις ανωτέρω καταστάσεις, οι οποίες δεν καλύπτονται από τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά...».**

15.Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Στο άρθρο 2.2.9.2.Β.1 (γ) της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «...Ιδίως οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα προσκομίζουν: i) **Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας** από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, από το οποίο προκύπτει ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή δικαστική εκκαθάριση ή ότι δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης. Για τις ΙΚΕ προσκομίζεται επιπλέον και πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. περί μη έκδοσης απόφασης λύσης ή κατάθεσης αίτησης λύσης του νομικού προσώπου, ενώ για τις ΕΠΕ προσκομίζεται επιπλέον πιστοποιητικό μεταβολών. ii) ...iii) **Εκτύπωση της καρτέλας “Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης”** από την ηλεκτρονική

πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων, όπως αυτά εμφανίζονται στο *taxisnet*, από την οποία να προκύπτει η μη αναστολή της επιχειρηματικής δραστηριότητάς τους...». Εν προκειμένω, ο παρεμβαίνων υπέβαλε: (α) «ΠΙΣΤΟΠΟΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ», στο οποίο αναφέρονται τα εξής: «...Όπως προκύπτει από τα οικεία στοιχεία που τηρούνται στην Υπηρεσία μας μέχρι και τις 17-05-2023 σχετικά με το φυσικό πρόσωπο ... με ΑΦΜ ... βεβαιούται ότι: 1. Κατά του φυσικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για συνδιαλλαγή εξυγίανση ή και για προληπτικά μέτρα του άρθρου 50 Ν.4738/2020 ή του άρθρου 106α Ν.3588/2007. 2. Κατά του φυσικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για ειδική εκκαθάριση - ειδική διαχείριση. 3. Κατά του φυσικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση πτώχευσης ή προληπτικών μέτρων άρθρου 86 Ν.4738/2020 ή του άρθρου 10 Ν.3588/2007. 4. Κατά του φυσικού αυτού προσώπου : α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για αναγκαστική διαχείριση. 5. Κατά του φυσικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων με δεσμευτική δύναμη για το σύνολο των πιστωτών», και (β) το υπ' αρ. πρωτ. .../12-4-2023 πιστοποιητικό ..., στο οποίο αναφέρονται τα εξής: «..... Επίσης μέχρι σήμερα δεν έχει περιέλθει στην υπηρεσία μας προκειμένου να σημειωθεί στο ... απόφαση που να την κηρύσσει σε κατάσταση πτώχευσης ή σε διαδικασία συνδιαλλαγής/εξυγίανσης ούτε αίτηση προς το αρμόδιο Δικαστήριο για να κηρυχθεί σε κατάσταση πτώχευσης ή διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης. Σημειώνεται ότι: Με τα ανωτέρω περί «πτώχευσης ή διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης» πιστοποιούμενα, δεν υποκαθίσταται το πιστοποιητικό που εκδίδεται από το Μητρώο Πτωχεύσεων του Πρωτοδικείου, στο οποίο καταχωρίζονται «αυτοί που κηρύχθηκαν σε πτώχευση ή ζητήθηκε το άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής» (σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 του Νόμου 3588/2007 όπως ισχύει). ». Περαιτέρω, στην εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου / Επιχείρησης» από τον λογαριασμό εταιρείας στο ΟΠΣ Taxisnet. αναγράφονται όλες οι μεταβολές που τυχόν επήλθαν στην κατάσταση της επιχείρησης (π.χ. αναστολή, παύση εργασίας κ.α.) από την ημερομηνία έναρξης λειτουργίας της

έως και την ημερομηνία επίσκεψης της ηλεκτρονικής σελίδας και εκτύπωσης της τρέχουσας κατάστασης της επιχείρησης. Κατά συνέπεια, με την υποβολή του ως άνω δικαιολογητικού στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα Αρχή είναι σε θέση να επιβεβαιώσει την μη αναστολή της επιχειρηματικής δραστηριότητας του οικονομικού φορέα, τόσο κατά το στάδιο της υποβολής της προσφοράς όσο και κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθώς η απεικόνιση των μεταβολών είναι συγκεντρωτική από την έναρξη της επιχειρηματικής δραστηριότητας και εντεύθεν (ΑΕΠΠ 527/2022, ΕΑ ΣτΕ 29/2019). Επομένως, ο παρεμβαίνων δεν όφειλε να προσκομίσει ένορκη βεβαίωση για την μη πλήρωση των λόγων αποκλεισμού του άρ. 2.2.9.2.Β.1 (γ), κατ' απόρριψη των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Τούτο, διότι, με την προσκόμιση των ανωτέρω δικαιολογητικών, ο παρεμβαίνων απέδειξε ότι δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού του άρ. 2.2.9.2.Β.1 (γ) της διακήρυξης. Συνεπώς, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση και ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, δυνάμει των οποίων αναδείχθηκε ανάδοχος ο παρεμβαίνων.

18.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, 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.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Αριθμός Απόφασης: 1358 /2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 2 Οκτωβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ