

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 07.08.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1222/08.08.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «πρώτη παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό .../2023, απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... (στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση), καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του τμήματος 6 του διαγωνισμού

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής.

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 έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 679,20€, το οποίο υπολογίζεται βάσει της αξίας άνευ Φ.Π.Α του επίδικου τμήματος, ήτοι 135.840€ (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' αρ. πρωτ. .../2023, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας €382.990,91, μη συμπεριλαμβανομένου του 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 27.04.2023 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, για το επίδικο τμήμα του εν θέματι διαγωνισμού, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, οριστική ανάδοχος του Τμήματος 6 του εν θέματι διαγωνισμού αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της ως άνω προσβαλλόμενης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή.

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 28.07.2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του

διαγωνισμού στις 07.08.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα (2^η στην σειρά μειοδοσίας για το επίδικο τμήμα) βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση για το επίδικο τμήμα 6.

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 23.08.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

8.Επειδή, η παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως την παρέμβασή της, την 01.09.2023, και μετ' εννόμου συμφέροντος, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

9. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή, στις 05.09.2023, οι οποίες δεν λαμβάνονται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου. Επί των ως άνω απόψεων, η προσφεύγουσα υπέβαλε, στις 12.09.2023, υπόμνημα, που περιέχει αιτιάσεις και κατά των απόψεων και κατά της παρέμβασης. Όμως, το ως άνω υπόμνημα δεν λαμβάνεται υπ' όψη, διότι -πέραν του εκπροθέσμου των απόψεων-, έχει κατατεθεί μετά την παρέλευση των πέντε ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας (άρθρο 365 αρ. 1 γ.), και ως εκ τούτου δεν λαμβάνεται υπ' όψη ούτε για τις αιτιάσεις κατά της παρέμβασης.

10.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το απαιτούμενο πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης στις 11.07.2023, ήτοι μετά το πέρας της 10ήμερης προθεσμίας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η οποία είχε παρέλθει στις 10.07.2023. Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της

προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα δεν τήρησε την προβλεπόμενη στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 και στον υπ' αριθμό 3.2. όρο της διακήρυξης διαδικασία, περί παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και άρα δεν έπρεπε να αναδειχθεί ανάδοχος. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε σχετικό αίτημα παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ούτε υπέβαλε αποδεικτικά έγγραφα, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί την χορήγηση του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης, και άρα μη νομίμως η παρεμβαίνουσα υπέβαλε στις 11.7.2023 το επίμαχο πιστοποιητικό.

11. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, το άρθρο 103 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε μετά την θέση σε εφαρμογή του αρ. 42 Ν. 4782/2021, με έναρξη ισχύος την 01.06.2021, κατά την παρ. 2 του οποίου, αν δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης 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 διευκρινίσεις υπό την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Από την ανωτέρω διατύπωση προκύπτει, ότι, σε περίπτωση μη υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα Αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να καταθέσει αυτά, αφού προηγουμένως απευθύνει σχετική Πρόσκληση προς αυτόν, από την κοινοποίησή της οποίας εκκινεί νέα προθεσμία 10 ημερών για την υποβολή τους. Εν προκειμένω όμως, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το απαιτούμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης, ισχύουσας εκπροσώπησης, το πρώτον μία ημέρα μετά την εκπνοή της αρχικώς ταχθείσας προθεσμίας των 10 ημερών, σύμφωνα με την υπ' αριθμό .../28.06.2023 Πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής (η οποία προθεσμία έληγε στις 10.07.2023, αφού η 08.07.2023 και 09.07.2023 ήταν Σάββατο και Κυριακή, αντιστοίχως) και χωρίς να έχει προηγηθεί νέα Πρόσκληση προς αυτήν (την παρεμβαίνουσα) σύμφωνα με το αρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ως ισχύει. Επομένως, μη νομίμως η αναθέτουσα Αρχή, κατά παράβαση των αρ. 103 Ν. 4412/2016 και 3.2 της διακήρυξης, δεν έταξε νέα 10ήμερη προθεσμία

στην παρεμβαίνουσα για την υποβολή του επίμαχου δικαιολογητικού και, κατά τούτο, η υποβολή του την 11.07.2023, ήτοι την 11η ημέρα μετά την κοινοποίηση της υπ' αριθμό .../28.06.2023 Πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, παρίσταται εκπρόθεσμη, καθ' όσον δεν είχε μεσολαβήσει νέα πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, δια της οποίας θα είχε ενδεχομένως ταχθεί νέα 10ήμερη προθεσμία για την υποβολή των μη αρχικώς κατατεθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ωστόσο, ναι μεν η εκ του νόμου και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης προθεσμία των 10 ημερών για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν παρατείνεται αυτοδικαίως σε περίπτωση μη εμπρόθεσμης υποβολής τους, ούτε ο εκάστοτε προσφέρων δύναται νομίμως να παρεκτείνει αυτές, κατά το δοκούν και άνευ σχετικής ενημέρωσης της αναθέτουσας Αρχής, ως εν προκειμένω, αλλ' απαιτείται, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας Αρχής σχετική Πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής προς τον οικονομικό φορέα, η οποία εν προκειμένω δεν έλαβε χώρα. Πλην όμως, η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, πριν η αναθέτουσα Αρχή απευθύνει σχετική εκ νέου πρόσκληση προς υποβολή του επίμαχου δικαιολογητικού ισχύουσας εκπροσώπησης, κατά την σαφή διατύπωση του νέου και ισχύοντος αρ. 103 ν. 4412/2016. Σημειωτέον, ότι αυτό δεν στοιχειοθετεί ανεπίτρεπτη τροποποίηση προσφοράς, αφού η παρεμβαίνουσα είχε ήδη καταθέσει εμπροθέσμως, από την κοινοποίηση της υπ' αριθμό .../28.06.2023 Πρόσκλησης της αναθέτουσας Αρχής, το υπ' αρ. πρωτ. .../09.06.2023 αναλυτικό πιστοποιητικό εκπροσώπησης και, άρα, το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης συμπληρώνει το ανωτέρω αναλυτικό πιστοποιητικό εκπροσώπησης. Συνεπώς, κατ' εν μέρει αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα καθ' μέρος αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα οριστική ανάδοχος άνευ κλήσης της, προς προσκόμιση του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης και, ως εκ τούτου, η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα, καθ' ο μέρος η αναθέτουσα παρέλειψε να καλέσει την παρεμβαίνουσα με εκ νέου Πρόσκληση, όπως καταθέσει το επίμαχο πιστοποιητικό. Κατά την γνώμη όμως της μειοψηφούσης Προέδρου του Κλιμακίου, εν προκειμένω δεν χωρεί αναπομπή, διότι, αναπομπή, κατ' άρθρο 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016, χωρεί, όταν ο προσφεύγων ζητεί, ο ίδιος με την προσφυγή του, την ακύρωση της

παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας, και όχι, όταν, ως εν προκειμένω, ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης αλλ' ανακύπτει, ενδεχομένως, ζήτημα μη κλήσης του αντιδίκου του εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, ενέργεια, όμως της αναθέτουσας, ξένη προς αυτόν (προσφεύγοντα), λαμβανομένου επίσης υπ' όψη, ότι η ΕΑΔΗΣΥ κρίνει μέσα στα όρια των προβαλλομένων δια της προσφυγής, μόνον, λόγων.

12. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης το υπ' αριθμό πρωτ. .../7-6-2023 αντίγραφο ποινικού μητρώου της ..., μέλους του Δ.Σ. της εταιρείας της παρεμβαίνουσας. Ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το επίμαχο πιστοποιητικό καταλαμβάνει αποκλειστικά και μόνο το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (07.07.2023), καθώς εξεδόθη στις 07.06.2023, και όχι το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς της (30.05.2023), ώστε δεν επαρκεί για την κάλυψη της απαίτησης του υπ' αριθμό 2.2.9.2 όρου της διακήρυξης. Πιο αναλυτικά, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το πιστοποιητικό ποινικού μητρώου, που εκδίδεται κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο, δεν αποδεικνύει την μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, καθ' όσον, όσα πιστοποιούνται με αυτό, ισχύουν για το κρίσιμο εκείνο χρονικό σημείο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι οπωσδήποτε και για τον πρότερο χρόνο, της υποβολής της προσφοράς, κατά τον οποίο στο απόσπασμα ποινικού μητρώου περιλαμβάνονται ενδεχομένως στοιχεία, που έχουν πλέον διαγραφεί στον μεταγενέστερο χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διότι ενδεχομένως έχουν παρέλθει τα προαναφερόμενα χρονικά διαστήματα των περιπτώσεων α' έως γ' του άρθρου 571 παρ. 3 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας.

13. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης το υπ' αριθμό πρωτ. .../7-6-2023 αντίγραφο ποινικού μητρώου της ... , μέλους του Δ.Σ. της εταιρείας της παρεμβαίνουσας. Ωστόσο, κατά

τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το επίμαχο πιστοποιητικό καταλαμβάνει αποκλειστικά και μόνο το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (07.07.2023), καθώς εξεδόθη στις 07.06.2023, και όχι το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (30.05.2023). Περαιτέρω, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η υποβολή αποσπάσματος ποινικού μητρώου μόνο για τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης έχει ως συνέπεια, να καθίσταται αδύνατος ο έλεγχος της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.1 της διακήρυξης για τα λοιπά μέλη των διοικητικών συμβουλίων της ίδιας της αιτούσας και των εταιρειών που την στηρίζουν (πλην των προέδρων και των διευθυνόντων συμβούλων των εργοληπτικών επιχειρήσεων που καλύπτονται από την υποβληθείσα Ενημερότητα Πτυχίου σε ισχύ των οικονομικών φορέων που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ.). Ειδικότερα, κατά το άρθρο 571 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (βλ. σκέψη 9), τα δελτία ποινικού μητρώου, από τα οποία αποτελείται το εν λόγω πιστοποιητικό, μπορούν να διαγραφούν ή να παύσουν : α) όταν αναγράφουν χρηματική ποινή ή παροχή κοινωφελούς εργασίας ή ποινή φυλάκισης έως έξι μήνες, μετά την πάροδο τριών ετών, β) όταν αναγράφουν ποινή φυλάκισης πέραν των έξι μηνών ή ποινή περιορισμού σε ψυχιατρικό κατάστημα, μετά την πάροδο οκτώ ετών και γ) όταν αναγράφουν κάθειρξη, μετά την πάροδο είκοσι ετών. Εν όψει των ανωτέρω, το πιστοποιητικό ποινικού μητρώου, που εκδίδεται κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο, δεν αποδεικνύει την μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, καθ' όσον, όσα πιστοποιούνται με αυτό ισχύουν για το κρίσιμο εκείνο χρονικό σημείο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι οπωσδήποτε και για τον πρότερο χρόνο της υποβολής της προσφοράς, κατά τον οποίο στο απόσπασμα ποινικού μητρώου περιλαμβάνονται ενδεχομένως στοιχεία, που έχουν πλέον διαγραφεί στον μεταγενέστερο χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διότι ενδεχομένως έχουν παρέλθει τα προαναφερόμενα χρονικά διαστήματα των περιπτώσεων α' έως γ' του άρθρου 571 παρ. 3 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας. Επομένως, το απόσπασμα ποινικού μητρώου αποτελεί το απαιτούμενο δικαιολογητικό που πρέπει να υποβληθεί από τον προσωρινό ανάδοχο για την απόδειξη της μη

συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.1 (ταυτόσημου περιεχομένου με το άρθρο 73 παρ. 1 του ν.4412/2016), πέραν του χρόνου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και του μεταγενέστερου της σύναψης της σύμβασης, και κατά τον (προηγούμενο) χρόνο υποβολής της προσφοράς. Σε κανένα, άλλωστε, όρο της διακήρυξης, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού, δεν προβλέπεται ότι το απόσπασμα ποινικού μητρώου, που εκδίδεται από δικαστικές αρχές, αρκεί να προσκομίζεται μόνο μαζί με τα λοιπά δικαιολογητικά κατακύρωσης, για τον λόγο, ότι σ' αυτά βεβαιώνονται έννομες καταστάσεις μέχρι και τον χρόνο έκδοσής τους και, συνεπώς, δεν είναι αναγκαίο να εκδίδονται και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Περαιτέρω, κατά την έννοια του άρθρου 103 (παρ. 1 και 2) του ν.4412/2016, η αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, να καλέσει τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο, όπως καλύψει εντός της τασσόμενης προθεσμίας - δεκαήμερης, δυνάμενης να παραταθεί κατόπιν τεκμηριωμένου αιτήματος του προσωρινού αναδόχου για όσον χρόνο κριθεί απαραίτητο - τυχόν ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών, είτε με την υποβολή αρχικώς μη υποβληθέντος δικαιολογητικού είτε με την συμπλήρωση αρχικώς μεν υποβληθέντος, αλλά μη πληρούντος τις απαιτήσεις της διακήρυξης δικαιολογητικού, σε περίπτωση, κατά την οποία οι ελλείψεις αυτές επάγονται απόρριψη του φακέλλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτων έπεται ότι, αν η αναθέτουσα Αρχή παραλείψει να εκπληρώσει την προαναφερθείσα αυτοτελή υποχρέωσή της, η μη υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο του μη ζητηθέντος εν λόγω δικαιολογητικού δεν συνεπάγεται αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αλλά υποχρεώνει, κατ' αρχήν, την αναθέτουσα Αρχή να προβεί στην οφειλομένη, κατά τ' ανωτέρω, κλήση του, προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή/και ελλιπούς δικαιολογητικού. Η ελλιπής, δηλαδή, υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο απαιτούμενων από την διακήρυξη δικαιολογητικών κατακύρωσης συνεπάγεται τον αποκλεισμό του για τον λόγο αυτόν, εφ' όσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα προς τούτο κλήση από την αναθέτουσα Αρχή, η οποία, συνεπώς, δεν μπορεί να προβεί στην απόρριψη του φακέλλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων, πριν καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο για την κάλυψη των

ελλείψεων αυτών και αφ' ότου παρέλθει η σχετικώς ταχθείσα προθεσμία (Δ.Εφ.Πειραιά 593/2022, σκ. 10,11, 12, πρβλ. ΣτΕ 1020/2022 σκ. 12). Άρα, κατ' εν μέρει αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα, καθ' μέρος έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή οριστική ανάδοχος, άνευ κλήσης της προς προσκόμιση του επίμαχου ποινικού μητρώου της ... , που να καλύπτει και το χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (30.05.2023), και ως εκ τούτου η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα, καθ' ο μέρος η αναθέτουσα παρέλειψε να καλέσει την παρεμβαίνουσα, όπως καταθέσει το επίμαχο πιστοποιητικό, που να καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Κατά την γνώμη όμως της μειοψηφούσης Προέδρου του Κλιμακίου, εν προκειμένω δεν χωρεί αναπομπή, διότι, αναπομπή, κατ' άρθρο 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016, χωρεί, όταν ο προσφεύγων ζητεί, ο ίδιος με την προσφυγή του, την ακύρωση της παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας, και όχι, όταν, ως εν προκειμένω, ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης αλλ' ανακύπτει, ενδεχομένως, ζήτημα μη κλήσης του αντιδίκου του εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, ενέργεια, όμως της αναθέτουσας, ξένη προς αυτόν (προσφεύγοντα), λαμβανομένου επίσης υπ' όψη, ότι η ΕΑΔΗΣΥ κρίνει μέσα στα όρια των προβαλλομένων δια της προσφυγής, μόνον, λόγων.

14. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη ότι αυτή ήταν απορριπτέα τούτο, διότι αυτή δεν προσκόμισε πιστοποιητικό ή ένορκη βεβαίωση περί μη υπαγωγής σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού, κατά παράβαση του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης.

15. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι: Όσον αφορά στον πτωχευτικό συμβιβασμό επισημαίνεται, ότι αυτός είναι δυνατός, μόνον εφ' όσον έχει προηγηθεί απόφαση κηρύττουσα την πτώχευση του οφειλέτη, οπότε το αρμόδιο δικαστήριο πιστοποιεί την σύναψη του εν λόγω συμβιβασμού. Επομένως, η παράλειψη ρητής αναφοράς του πτωχευτικού συμβιβασμού στο υπ' αρ. .../2023 πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης – στο οποίο σημειωτέον, αναφέρεται ρητά η μη πτώχευση της εταιρείας (βλ. στοιχείο 3 του πιστοποιητικού) – δεν συνεπάγεται αδυναμία ή άρνηση αναφοράς της μη υπαγωγής της εταιρείας

σε πτωχευτικό συμβιβασμό, αλλά εν προκειμένω σημαίνει, ότι ελλείπει η προϋπόθεση αναφοράς της εν λόγω κατάστασης, που είναι η κήρυξη σε πτώχευση. Από τ' ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς, ότι με το υπ' αρ. .../2023 πιστοποιητικό του ως άνω Πρωτοδικείου αποδείχθηκε συγχρόνως η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού περί μη πτώχευσης και περί μη υπαγωγής σε πτωχευτικό συμβιβασμό του όρου 2.2.3.4. περ. β) της διακήρυξης, τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (ΑΕΠΠ 1600/2020), και ότι δεν απαιτείται ούτε δύναται, κατά τον νόμο, να απαιτεί η αναθέτουσα Αρχή την προσκομιδή ένορκης βεβαίωσης περί μη σύναψης πτωχευτικού συμβιβασμού, αφού μόνον τα δικαστήρια είναι αρμόδια να πιστοποιούν την εν λόγω κατάσταση, εφ' όσον βεβαίως έχει προηγηθεί πτώχευση του αιτούντος. Σημειωτέον, ότι δια της δυνατότητας έκδοσης του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας, μέσω του "...gr" (καθώς και μέσω των ΚΕΠ), ενοποποιούνται σε ένα τα μέχρι πρότινος 25 δικαστικά πιστοποιητικά, σχετικά με επιμέρους ζητήματα φερεγγυότητας μιας επιχείρησης και ο λόγος, για τον οποίο θεσπίσθηκε, ήδη από τον Απρίλιο του 2021, η δυνατότητα αυτή, είναι να διεκπεραιώνονται οι σχετικές διαδικασίες ψηφιακά, επί σκοπώ σημαντικής αποσυμφόρησης των δικαστηρίων αλλά και μείωσης των γραφειοκρατικών επιβαρύνσεων για πολίτες και επιχειρήσεις. Εν όψει των ανωτέρω και από την συνδυαστική εφαρμογή των νομικών και πραγματικών δεδομένων της προκειμένης υπόθεσης, πρέπει να γίνει δεκτό, ότι στο προσκομισθέν στο πλαίσιο της κριθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας εν τέλει πιστοποιείται το μείζον, δηλαδή, ότι δεν έχει εκδοθεί εν προκειμένω απόφαση περί κήρυξης πτώχευσης της εταιρείας, παράλληλως αποδεικνύεται δε και το έλασσον, ήτοι η μη υπαγωγή της σε πτωχευτικό συμβιβασμό (ΕΑΔΗΣΥ 716/2022, σκ. 8). Εξ άλλου, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων, κρίσιμων για την συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα Αρχή ή ο αναθέτων φορέας δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από την διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών

συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 2723/2018, ΕΑ 382/2015, 53, 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008). Με βάση τα ανωτέρω και δοθέντος, ότι μόνο στην περίπτωση της πτώχευσης, θα ελάμβανε χώρα σχετική αναφορά στο οικείο (ενιαίο) πιστοποιητικό, ορθώς έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Άρα, ο τρίτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

16.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει εν μέρει δεκτή, να γίνει δεκτή εν μέρει η παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε οριστική ανάδοχο στο τμήμα 6 του εν θέματι διαγωνισμού, άνευ κλήσης της, κατά τα εκτεθέντα στις σκέψεις 11 και 13, και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου να ασκήσει την εκ του νόμου αρμοδιότητά της, κατά τα εκτεθέντα στις σκέψεις 11 και 13.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου να ασκήσει την εκ του νόμου αρμοδιότητά της, κατά τα εκτεθέντα στις σκέψεις 11 και 13.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 30 Οκτωβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης: 1550 /2023

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ