

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1617/17.10.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά του υπ' αριθμ. 250/28.09.2023 αποσπάσματος Πρακτικού του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης του υπ' αριθμ. IV/26.09.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με την αποδοχή συμπληρωματικών στοιχείων σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Σ827/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

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

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και ανακηρύσσεται οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ,κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 16.10.2023 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 6.033,482,50€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την από «...» Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για τη σύναψη Συμφωνίας–Πλαίσιο με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών για τη «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 7.481.516,30€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 4.11.2021 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 16.10.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 6.10.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27.10.2023, ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 17.10.2023 τη παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

5. Επειδή, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής υποβλήθηκαν εκπροθέσμως την 23.11.2023, ήτοι μετά το πέρας της δεκαπενθήμερης προθεσμίας από την κατάθεση της προσφυγής και ως εκ τούτου δεν λαμβάνονται υπόψιν από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό ελάβαν μέρος τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και η ένωση οικονομικών φορέων «...». Με την υπ' αριθμ. 175/3.03.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ανακηρύχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων και απορρίφθηκε η προσφορά της τρίτης συμμετέχουσας ένωσης. Κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων, με την υπ' αριθμ. 181/28.04.2022 απόφαση ανακηρύχθηκαν ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων ως οριστικοί ανάδοχοι. Κατά της εν λόγω απόφασης ασκήθηκε η υπ' αριθμ. 700/2022 προσφυγή, η οποία απορρίφθηκε σιωπηρώς από το 1^ο Κλιμάκιο της ΕΑΔΗΣΥ. Με την υπ' αριθμ. 747/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών αναπέμφθηκε η υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να εξετάσει την προσφυγή και σε συμμόρφωση εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Σ827/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία ακυρώθηκε εν μέρει η υπ' αριθμ. 181/28.04.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου «...να τον καλέσει να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση ότι δεν αποτελεί εξωχώρια εταιρεία και δεν εμπίπτει στις διατάξεις της παρ. 4 εδαφ. α και β του άρθρου 4 του Ν. 3310/2005, καθώς και βεβαιώσεις ότι οι μετοχές των μετόχων του είναι ονομαστικές και βεβαιώσεις για τους μετόχους αυτών μέχρι φυσικού προσώπου, όπως και το ειδικό μετοχολόγιο του πδ 82/1996» (σκέψη 18). Σε συμμόρφωση με την προαναφερόμενη υπ' αριθμ. Σ827/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή με τα από 19.06.2023, 4.09.2023 και 20.09.2023 έγγραφά της κάλεσε τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης καθώς και συμπληρωματικά στοιχεία, τα οποία σύμφωνα με την προσβαλλόμενη κρίθηκαν αποδεκτά και ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...]β) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων...ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

9. Επειδή, το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, [...]θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του...». Ως δε έχει κριθεί (βλ. ΣΤΕ 2646/2022) εφόσον κρίσιμος

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

χρόνος για τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ, αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γενέσεως του αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού λόγω υποβολής ανακριβούς δηλώσεως δια του ΕΕΕΣ. Η δε υποχρέωση του προσφέροντος να δηλώνει στο ΕΕΕΣ συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού αφορά τόσο τη σύναψη των εν λόγω συμφωνιών όσο και την διενέργεια έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού σχετικά με τη σύναψή τους ως πραγματικά γεγονότα (ΕΑ 251/2020, 93/2020). Συνεπώς, η διαπίστωση της συνδρομής του αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού της υποβολής ανακριβούς δήλωσης μέσω της απόκρυψης πληροφοριών σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγου αποκλεισμού, ο οποίος δεν απορροφάται από τον έτερο λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης της σύναψης συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού - δημιουργεί, σε κάθε περίπτωση, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να θέσει τον οικονομικό φορέα, που υπέβαλε ανακριβή δήλωση μέσω του ΕΕΕΣ, εκτός διαγωνισμού, σε οποιοδήποτε στάδιο και αν ευρίσκεται η διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, όπως προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 6 του ν.4412/2016 (Ε.Α. 252/2020) και ανεξαρτήτως του χρόνου έκδοσης της σχετικής απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Περαιτέρω, δεν αίρεται η υποχρέωση δήλωσης στο ΕΕΕΣ από τυχόν εκτιμήσεις του διαγωνιζόμενου φορέα σχετικά με το αν η υπό εξέλιξη έρευνα θα καταλήξει στην απαλλαγή του, με το αν τα δηλούμενα πραγματικά περιστατικά συνιστούν, κατά νόμο, εύλογες ενδείξεις για τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή με το αν συντρέχουν λόγοι άρσεως του αποκλεισμού του (ΕΑ 251/2020, 93/2020). Ως εκ τούτου, δεν καταργείται η ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα να δηλώσει με ακρίβεια στην αναθέτουσα αρχή, ως έχουσα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.6.2019, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάστασή του σε σχέση με λόγο αποκλεισμού, ούτε αίρονται οι συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως (ΣΤΕ 754/2020).

10. Επειδή, το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...] Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παρ. 10 του άρθρου 73, περί λόγων αποκλεισμού, ή η εφαρμογή της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών...». Ως δε έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος III («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Επίσης, ως έχει *ad hoc* κριθεί (ΣΤΕ 735/2020), οι νεότερες ρυθμίσεις που εισήχθησαν με το άρθρο 235 του ν. 4635/2019 δεν καταργούν την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να δηλώσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τα σχετικά πραγματικά γεγονότα.

12. Επειδή, το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021 και ισχύει, ορίζει ότι : «[...] 1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α' 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74 περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. [...]5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, [...]απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. ...».

14. Επειδή, το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά.[...].».

15. Επειδή, ο ν. 3310/2005 «Μέτρα για τη διασφάλιση της διαφάνειας και την αποτροπή καταστρατηγήσεων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (Α' 30) ορίζει στο άρθρο 8 ότι: «1. Οι μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατασκευής έργων ή προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, όπως αυτός οριοθετείται με τις διατάξεις του νόμου αυτού, με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού από τις διαγωνιστικές διαδικασίες ή τις διαδικασίες ανάθεσης, σύμφωνα με τις Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως εκάστοτε ισχύουν. Εφόσον μέτοχος είναι άλλη ανώνυμη εταιρεία με ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές της εταιρείας αυτής είναι υποχρεωτικά ονομαστικές στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. Σε περίπτωση συμμετοχής εταιρειών άλλης νομικής μορφής, πλην των ανωνύμων, στις οποίες συμμετέχουν ή κατέχουν εταιρικά μερίδια ανώνυμες εταιρείες, με ποσοστό συμμετοχής στο εταιρικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές τους είναι υποχρεωτικά ονομαστικές μέχρι και του τελευταίου φυσικού προσώπου. [...] 4. Οι υποχρεώσεις των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου αυτού αποτελούν προϋποθέσεις για την παραδεκτή συμμετοχή της εταιρείας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

διαδικασία. Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει επίσης, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α` της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου [...] 6. Με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται ύστερα από πρόταση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών και Ανάπτυξης ρυθμίζονται μεταξύ άλλων: α) η διαδικασία και οι προϋποθέσεις για την ονομαστικοποίηση των μετοχών, β) ο τρόπος παρακολούθησης της ονομαστικοποίησης από το Χρηματιστήριο Αθηνών και την ανώνυμη εταιρεία Αποθετηρίων Εγγράφων, με την επιφύλαξη της προβλεπόμενης στην παράγραφο 3 του άρθρου αυτού εξαίρεσης, γ) κάθε άλλο συναφές ζήτημα σε σχέση με την ονομαστικοποίηση των μετοχών ή με την απαγόρευση συμμετοχής των εξωχώριων εταιρειών, καθώς και κάθε λεπτομέρεια αναγκαία για την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου αυτού.[...] 7. Μέχρι την έκδοση του Π.δ. της προηγούμενης παραγράφου παραμένουν σε ισχύ οι διατάξεις του Π.δ. 82/1996 (ΦΕΚ 66 Α`), εξαιρουμένων των διατάξεων των άρθρων 1 παρ. 4 και 2 παρ. 1 αυτού, οι οποίες καταργούνται δια του νόμου αυτού.[...]».

16. Επειδή, το άρθρο 1 του Π.Δ. 82/1996 «Ονομαστικοποίηση των μετοχών Ελληνικών Ανωνύμων Εταιρειών που μετέχουν στις διαδικασίες ανάληψης έργων ή προμηθειών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα» (Α` 66) ορίζει ότι : « 1. Ελληνικές ανώνυμες εταιρείες που μετέχουν, είτε οι ίδιες είτε ως μέλη κοινοπραξιών, στις διαδικασίες ανάληψης έργων ή προμηθειών, συμπεριλαμβανομένης και της προσφοράς υπηρεσιών, και εμπíπτουν στις διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 15 του Ν.2328/95 (ΦΕΚ Α` 159), όπως αυτό ισχύει, υποχρεούνται κατά την υποβολή της προσφοράς για τη συμμετοχή τους σε διαγωνισμούς ανάληψης έργων ή προμηθειών αν έχουν ονομαστικοποιήσει τις μετοχές τους μέχρι φυσικού προσώπου σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο παρόν διάταγμα. 2. Η υποχρέωση για την ανωτέρω ονομαστικοποίηση των μετοχών εταιρείας που εμπíπτει στις διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 15 του Ν.2328/95 (η Εταιρία) θεωρείται ότι εκπληρώθηκε εφόσον η Εταιρεία, κατά την

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

υποβολή της προσφοράς για τη συμμετοχή της στις διαδικασίες ανάληψης έργων ή προμηθειών, εκτός των άλλων στοιχείων που προβλέπονται από άλλες διατάξεις νόμων ή από την προκήρυξη του διαγωνισμού, υποβάλλει στον αρμόδιο φορέα: α) Πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής, που εποπτεύει σύμφωνα με τις διατάξεις του Κ.Ν.2190/1920 την Εταιρεία, από το οποίο προκύπτει ότι οι μετοχές της, με βάση το ισχύον καταστατικό της, είναι ονομαστικές.[...] β) Αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της Εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της Εταιρείας, το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. 3. Εφόσον από την κατάσταση των μετοχών της παραγράφου 2.β` προκύπτει ότι μέτοχοι της Εταιρείας είναι άλλες ανώνυμες εταιρείες, αυτές πρέπει να έχουν, βάσει του καταστατικού τους, ονομαστικές μετοχές και να έχουν προσκομίσει στην Εταιρεία βεβαίωση περι του ότι οι μέτοχοι τους είναι φυσικά πρόσωπα, προσωπικές εταιρείες, ΕΠΕ ή οποιασδήποτε άλλης μορφής νομικά πρόσωπα πλην ανωνύμων εταιρειών. Αν μέτοχοι και αυτών των ανωνύμων εταιρειών είναι ανώνυμες εταιρείες, πρέπει και οι τελευταίες να έχουν ονομαστικές μετοχές και να προσκομίσουν αντίστοιχη βεβαίωση περί του ότι οι μέτοχοί τους είναι φυσικά πρόσωπα, προσωπικές εταιρείες ΕΠΕ ή οποιασδήποτε άλλης μορφής νομικά πρόσωπα πλην ανωνύμων εταιρειών. Αν μέτοχοι και των τελευταίων ανωνύμων εταιρειών είναι ανώνυμες εταιρείες, πρέπει και οι τελευταίες να προσκομίσουν βεβαίωση περί του ότι οι μετοχές τους είναι ονομαστικές και βεβαιώσεις για τους μετόχους τους, αντιστοιχα με όσα ορίζονται παραπάνω, έως ότου προσδιορισθούν μέχρι φυσικού προσώπου ή προσωπικής εταιρείας ή ΕΠΕ ή οποιασδήποτε άλλης μορφής νομικού προσώπου πλην ανωνύμου εταιρείας οι τελικοί μέτοχοι όλων των ανωνύμων εταιρειών. Για τη συμμόρφωση προς τις διατάξεις της παρούσας παραγράφου, η εταιρεία τηρεί επιπλέον ειδικό μετοχολόγιο για τους μετόχους της που είναι ανώνυμες εταιρείες. Στο ειδικό αυτό μετοχολόγιο η Εταιρεία καταχωρεί όλα τα στοιχεία που αφορούν τους μετόχους κάθε ανώνυμης εταιρείας που είναι μέτοχος της Εταιρείας κ.ο.κ., μέχρι φυσικού προσώπου, κατά την έννοια της παρούσας παραγράφου...».

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

17. Επειδή, στους κρισιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...]2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού [...]2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας συμφωνίας-πλαίσιο,προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:(θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. [...] (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας, [...] 2.2.3.5. Αποκλείεται, επίσης, οικονομικός φορέας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας συμφωνίας-πλαίσιο εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει. Οι υποχρεώσεις της παρούσης αφορούν τις ανώνυμες εταιρείες που υποβάλλουν προσφορά αυτοτελώς ή ως μέλη ένωσης ή που συμμετέχουν στο μετοχικό κεφάλαιο άλλου νομικού προσώπου που υποβάλλει προσφορά ή νομικά πρόσωπα της αλλοδαπής που αντιστοιχούν σε ανώνυμη εταιρεία[...] 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 [...] 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 επισυναπτόμεν στην παρούσα Παράρτημα II, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. [...] Ο οικονομικός φορέας φέρει την ειδική υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ, την κατάστασή του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.3 της παρούσης και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. [...] 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τα άρθρα 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. στ) για την παράγραφο 2.2.3.5 δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών, που καθορίζονται κατωτέρω, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία ή νομικό πρόσωπο στη μετοχική σύνθεση του οποίου συμμετέχει ανώνυμη εταιρεία ή νομικό πρόσωπο της αλλοδαπής που αντιστοιχεί σε ανώνυμη εταιρεία. [...] Ειδικότερα: - Όσον αφορά στις εγκατεστημένες στην Ελλάδα ανώνυμες εταιρείες υποβάλλεται πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές τους είναι ονομαστικές και αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς.[...] Ελλείψεις στα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών συμπληρώνονται κατά την παράγραφο 3.1.2 της παρούσας. [...] 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον/ους προσφέροντα/ες, στον/ους οποίο/ους πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό/ούς ανάδοχο/ους»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και τον/ους καλεί να υποβάλει/ουν εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν/ους, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. [...] Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον/τους προσωρινό/ούς ανάδοχο/χους να προσκομίσει/ουν τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει/ουν τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει/ουν διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτό[...] Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, [καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: [...] ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις, τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί, οι οποίες μεταβολές επήλθαν ή για τις οποίες μεταβολές έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της σύναψης της σύμβασης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής η εγγύηση συμμετοχής του...». Κατά δε τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Ομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

18. Επειδή, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

παρεμβαίνοντος διότι, αν και επήλθαν οφигενείς μεταβολές στη μετοχική του σύνθεση, καθώς η εταιρεία «...» απορρόφησε την εταιρεία «...» που ήταν μέτοχος του παρεμβαίνοντος, δεν υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση περί οφигενών μεταβολών, ούτε προσκόμισε και αντίγραφο από το βιβλίο μετόχων της, μετά την είσοδο της «...» στο μετοχικό της κεφάλαιο. Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι οι βεβαιώσεις μετοχικής σύνθεσης που υποβλήθηκαν για τους μετόχους του παρεμβαίνοντος «...», «...». «...», «...», «...», «...», «...» και «...», αφορούν τη μετοχική τους σύνθεση κατά το χρόνο σύνταξής τους και δεν έχει προσκομιστεί αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων κάθε εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών ή των εταιρικών μεριδίων κάθε μετόχου ή εταίρου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων ή στο καταστατικό κάθε εταιρείας το πολύ έως την 17.11.2021, όπως απαιτείται από τις διατάξεις του άρθρου 1 του Π.Δ. 82/1997 και όπως τους όρους 2.2.9. Β.1 στ), ενώ η αναθέτουσα αρχή ουδόλως ζήτησε συμπληρωματικά έγγραφα από τα οποία να προκύπτει ότι η μετοχική σύνθεση που αναφέρεται σε κάθε μία από τις βεβαιώσεις μετοχικής σύνθεσης των εταιρειών-μετόχων, ισχυε και κατά το διάστημα των τριάντα ημερών πριν την υποβολή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Επίσης, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι τα πιστοποιητικά Γ.Ε.ΜΗ. που υπέβαλε ο παρεμβαίνων για τις εκ των μετόχων του εταιρείες «...» και «...», δεν εκδόθηκαν έως τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι για τις πτωχευμένες μετόχους εταιρείες «...» και «...», ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς του, αλλά και αδυνατεί να προσκομίσει τέτοιου είδους κατάσταση καθόσον αφενός μεν για τη μέτοχο εταιρεία «...» ο σύνδικος της πτώχευσης δεν διαθέτει στοιχεία μετόχων αυτής, ούτε πριν, ούτε κατά το χρόνο που η εν λόγω εταιρεία ήταν εισηγμένη στο Χρηματιστήριο Αθηνών, από το οποίο έχει διαγραφεί από την 26.02.2016, χωρίς να ζητηθεί σχετικό αρχείο προσδιορισμού δικαιούχων, με αποτέλεσμα να μην δύναται να διαπιστωθεί εάν στο μετοχικό της κεφάλαιο μετέχει ή όχι, εξωχώρια εταιρεία, αφετέρου για τη μέτοχο εταιρεία «...» η σύνδικος της πτώχευσης δεν έχει στην

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

κατοχή της βιβλίο μετόχων της εταιρείας, ο δε κ. «...» δεν διαθέτει εξουσία. Ενόψει δε τούτων, προβάλλει ο προσφεύγων ότι ο παρεμβαίνων προέβη σε ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του αμιγώς εθνικός λόγος αποκλεισμού.

19. Επειδή, ως κρίθηκε με την υπ' αριθμ. Σ827/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, ο παρεμβαίνων απαιτείται να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που αναφέρονται στον όρο 2.2.9.2.B1(στ) της διακήρυξης, ήτοι, μεταξύ άλλων, πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές του είναι ονομαστικές και αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων του παρεμβαίνοντος και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων του παρεμβαίνοντος, το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. Περαιτέρω, με την ίδια ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκε ότι η υποχρέωση υποβολής εγγράφων ονομαστικοποίησης και προσδιορισμού των τελικών μετόχων του παρεμβαίνοντος μέχρι φυσικού προσώπου προκύπτει εκ της ευθείας εφαρμογής στη διαγωνιστική διαδικασία των διατάξεων του ν. 3310/2005 και του πδ. 89/1996, στο δε άρθρο 8 του πδ 89/1996 προβλέπεται ότι εφόσον μέτοχοι του παρεμβαίνοντος είναι άλλες εταιρείες, πρέπει να προσκομιστεί ως προς αυτές βεβαίωση ότι οι μετοχές τους είναι ονομαστικές μέχρι φυσικού προσώπου. Ουδόλως στις εκτεθείσες υπό σκέψεις 15 και 16 διατάξεις ορίζεται ότι η βεβαίωση των μετόχων πρέπει να έχει εκδοθεί το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς, τέτοια δε απαίτηση δεν δύναται να συναχθεί δια αναλογικής εφαρμογής του όρου 2.2.9.2.B1(στ) της διακήρυξης που αφορά τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης του προσωρινού αναδόχου και όχι του μετόχου. Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. Σ827/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ (σκέψη 18), δεδομένου ότι στο μετοχικό κεφάλαιο του παρεμβαίνοντος μετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του 1% τέσσερις ελληνικές ανώνυμες εταιρείες, για τις οποίες δεν υπεβλήθη κανένα στοιχείο που αποδεικνύει την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους έως φυσικού προσώπου, η υπόθεση αναπέμφθηκε στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να καλέσει τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσει βεβαιώσεις ότι οι μετοχές των εν λόγω τεσσάρων ανωνύμων εταιρειών/μετόχων του παρεμβαίνοντος είναι

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

ονομαστικές και βεβαιώσεις για τους μετόχους αυτών μέχρι φυσικού προσώπου.

20. Επειδή, ενόψει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, καταρχάς, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος που αφορούν τα όποια προσκομισθέντα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των εταιρειών-μετόχων του παρεμβαίνοντος «...», «...», «...», «...», «...» και «...» προβάλλονται αλυσιτελώς και απαραδέκτως διότι δεν υπήρχε εκ του νόμου αλλά και της υπ' αριθμ. Σ827/2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ υποχρέωση προσκόμισης από τον παρεμβαίνοντα εγγράφων περί ονομαστικοποίησης των μετοχών/εταιρικών μεριδίων τους. Επίσης, εφόσον, ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, τα αναφερόμενα στον όρο 2.2.9.2.B1(στ) της διακήρυξης δικαιολογητικά δεν αποτελούν ρητώς αξιουμενα, κατά τη διακήρυξη και το νόμο έγγραφα για τους μετόχους του παρεμβαίνοντος, θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι και αλυσιτελείς οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παράλειψης προσκόμισης από τον παρεμβαίνοντα αφενός μεν για τις εταιρείες/μετόχους του παρεμβαίνοντος «...», «...», «...» και «...» αναλυτικής κατάστασης με τα στοιχεία των μετόχων κάθε εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων κάθε εταιρείας το πολύ έως την 17.11.2021, αφετέρου για την εταιρεία/μέτοχο του παρεμβαίνοντος «...» πιστοποιητικού ΓΕΜΗ που να έχει εκδοθεί τριάντα εργάσιμες ημέρες από την υποβολή του. Ως εκ τούτου, ουδεμία υποχρέωση υπείχε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει από τον παρεμβαίνοντα συμπληρωματικά έγγραφα από τα οποία να προκύπτει η μετοχική σύνθεση των ανωτέρω εταιρειών έως τριάντα ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς, σημειωτέον δε ότι, αν ήθελε θεωρηθεί ότι ο παρεμβαίνων υπείχε αρχικώς σχετική υποχρέωση, η αναθέτουσα αρχή δεν θα εδύνατο να καλέσει εκ νέου δια τρίτης κλήσης τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσει ελλείποντα δικαιολογητικά, καθώς η δυνατότητα του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 δεν είναι ανέναη, αλλά παρέχεται εκ του νόμου ρητώς μόνον δικαίωμα δεύτερης κλήσης του προσωρινού αναδόχου προς προσκόμιση ελλειπόντων εγγράφων, οι δε περι του αντιθέτου ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Επισημαίνεται ότι ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί ότι, ως προς τις ανωτέρω εταιρείες, πλην της πτωχευμένης «...», ο

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

παρεμβαίνων έχει προσκομίσει βεβαιώσεις της ισχύουσας μετοχικής τους σύνθεσης, αλυσιτελώς δε, εφόσον δεν προβάλλει πλημμέλεια επί των κατατεθειμένων εγγράφων σχετικά με την εταιρεία «...» ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι το ΔΣ της εν λόγω εταιρείας δεν έχει προβεί στην προσθήκη της ένδειξης «Μονοπρόσωπη» στην επωνυμία της, καθώς και ότι κινδυνεύει να ζητηθεί η λύση της, είτε ότι οδεύει προς ενδεχόμενη λύση της. Εξάλλου, ως προς την πτωχευμένη από το έτος 2014 εταιρεία/μέτοχο «...», ο παρεμβαίνων προσκόμισε αρχικώς την από 20.06.2023 βεβαίωση μετοχικής σύνθεσης και ονομαστικοποίησης μετοχών με την οποία ο σύνδικος πτώχευσης δήλωσε ότι η ως άνω εταιρεία, η οποία έχει πτωχεύσει, ήταν εισηγμένη στο Χρηματιστήριο και δεν γνωρίζει την μετοχική της σύνθεση καθότι δεν υπάρχουν στα αρχεία σχετικά στοιχεία, κατόπιν δε της από 25.08.2023 κλήσης της αναθέτουσας αρχής να υποβάλλει συμπληρωματικώς και πιστοποιητικό από το Χρηματιστήριο, ο παρεμβαίνων υπέβαλε την από 6.09.2023 Επιστολή/Απάντηση του Τμήματος Υπηρεσιών Υποστήριξης Εκδοτριών του Χρηματιστηρίου Αθηνών, σύμφωνα με την οποία οι μετοχές της εταιρείας «...» κατά την ημερομηνία διαγραφής της από το Χρηματιστήριο Αθηνών την 26.02.2016 ήταν κοινές ονομαστικές. Επομένως, ο παρεμβαίνων εκ των ανωτέρω εγγράφων απέδειξε ότι δεν συντρέχει ως προς την μέτοχο/εταιρεία «...» ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.5 της διακήρυξης, απορριπτομένων ως μη ερειδόμενων στο νόμο και τη διακήρυξη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος για υποχρέωση περαιτέρω αναζήτησης στοιχείων γνωστοποίησης των μετόχων της εν λόγω πτωχευμένης κατά το χρόνο παύσης διαπραγμάτευσης μετοχών της, άλλως, κατά το χρόνο διαγραφής της από το Χρηματιστήριο Αθηνών. Ενόψει δε τούτου, ο παρεμβαίνων δεν προέβη σε ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ του ως προς το αν συντρέχει στο πρόσωπό του εθνικός λόγος αποκλεισμού, οι δε περί του αντιθέτου αιτιάσεις του προσφεύγοντος ερείδονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Πέραν των ανωτέρω, κατόπιν της από 19.06.2023 κλήσης της αναθέτουσας αρχής, ο παρεμβαίνων προσκόμισε ως προς την εταιρεία «...», η οποία απορρόφησε την εταιρεία «...» που ήταν μέτοχος του παρεμβαίνοντος (κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης), όλα τα απαιτούμενα έγγραφα, ήτοι βεβαίωση της μετόχου

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

«...» ως προς τη μετοχική της σύνθεση, καθώς και πιστοποιητικά ΓΕΜΗ, με τα οποία ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή για την μεταβολή που έχει επέλθει λόγω της ανωτέρω εταιρικής αναδιάρθρωσης αλλά και το ειδικό μετοχολόγιο του παρεμβαίνοντος, όπου αποτυπώνεται η ανωτέρω μετοχική μεταβολή. Δοθέντος δε ότι το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 δεν απαιτεί ρητώς η ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής από τον προσωρινό ανάδοχο περί οψιγενούς μεταβολής να φέρει τη μορφή υπεύθυνης δήλωσης, τέτοια δε υποχρέωση δεν προβλέπεται ούτε στη διακήρυξη, ουδεμία υποχρέωση υπείχε ο παρεμβαίνων να προσκομίσει τέτοια υπεύθυνη δήλωση σχετική με την ως άνω μεταβολή της μετοχικής του σύνθεσης, ούτε, άλλωστε, ως έχει ήδη εκτεθεί, να προσκομίσει βιβλίο μετόχων της εταιρείας «...», τριάντα ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω, ο παρεμβαίνων προσκόμισε όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύει ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.5 της διακήρυξης και ο πρώτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί εν συνόλω ως αβάσιμος.

21. Επειδή, ο προσφεύγων με το δεύτερο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι, όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. 763/2021 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, γνώριζε, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ότι ελέγχονταν από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, τόσο για την σε βάρος λήψη ασφαλιστικών μέτρων όσο και για την επικείμενη έκδοση απόφασης της εν λόγω Επιτροπής, πλην όμως απάντησε ανακριβώς όχι στο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Σε κάθε δε περίπτωση, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο παρεμβαίνων εξακολουθούσε να αποκρύπτει το σχετικό ζήτημα από την αναθέτουσα αρχή, καθώς δεν προέβη σε ενημέρωσή της, αμελλητί ως όφειλε, ούτε κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης τον Μάρτιο του 2022, ούτε και κατά το στάδιο υποβολής των συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης.

22. Επειδή, στον άρθρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ προς τον σκοπό προαπόδειξης, μεταξύ άλλων, της μη συνδρομής λόγων

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας αν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του (περίπτωση θ). Επομένως, και λαμβανομένου υπόψιν ότι, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας αρχής κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, αποτελούν κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, με τη συμπερίληψη τους στη διακήρυξη η περίπτωση θ του όρου 2.2.3.4 έχει αναχθεί σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού (βλ. και ΕΑΔΗΔΥ 439/2023, 793_794_795/2022).

23. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του με ημερομηνία υπογραφής 23.12.2021 ΕΕΕΣ του περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος Ωστόσο, από το περιεχόμενο της υπ' αριθμ. 763/2021 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που δημοσιεύτηκε την 20.09.2023 (ΦΕΚ «...») προκύπτει αδιαμφισβητήτως ότι α) έχει εκδοθεί σε βάρος του παρεμβαίνοντος η υπ' αριθμ. 687/4.06.2019 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων, με την οποία πιθανολογήθηκε καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, β) ο παρεμβαίνων υπέβαλε με το με αριθμ. πρωτ. 690/28.12.2020 υπόμνημα πρόταση δεσμεύσεων προς παύση της πιθανολογούμενης παράβασης, γ) ο παρεμβαίνων συμμετείχε σε ακροαματική διαδικασία (13.05.2021, 25.05.2021, 7.06.2021) ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού και υπέβαλε σχετικά συμπληρωματικά υπομνήματα, ε) την 30.12.2021 εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 763/2021 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού που έκρινε ότι ο παρεμβαίνων παραβίασε τις διατάξεις των άρθρων 1 και 2 του Ν. 3959/2011 και 101 και 102 της ΣΛΕΕ, κατά το χρονικό διάστημα 10.08.2017-30.12.2021 και επέβαλε πρόστιμα εις βάρος του . Ως εκ τούτου, ο παρεμβαίνων προδήλως τελούσε εν γνώσει των προεκτεθέντων πραγματικών δεδομένων κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ του και άρα, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 9-10, όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ τα ανωτέρω πραγματικά γεγονότα, ως βασίμως προβάλλει ο

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

προσφεύγων. Και τούτο διότι ο διαγωνιζόμενος οφείλει να δηλώσει στο ΕΕΕΣ όλα τα πραγματικά γεγονότα που τελούν εν γνώσει του και τα επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει, αφού το κρίσιμο προκείμενο ζήτημα αφορά την ορθότητα και ακρίβεια των δηλούμενων και δεν ανάγεται στην υπαγωγή των υφιστάμενων γεγονότων σε λόγο αποκλεισμού, που συνιστά άλλωστε ζήτημα που το πρώτον θα έπρεπε να κριθεί από την αναθέτουσα αρχή, υπό την προϋπόθεση προσήκουσας δήλωσης αυτών στο ΕΕΕΣ. Αβασίμως δε, ενόψει των ανωτέρω, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι δεν υπείχει υποχρέωση θετικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος πριν τη δημοσίευση και την κοινοποίηση σε αυτόν της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ενώ αλυσιτελώς επικαλείται νομολογία προγενέστερη της κρατούσας και εκτεθείσας υπό σκέψεις 9-10. Σε κάθε δε περίπτωση, ο παρεμβαίνων όφειλε να είχε ενημερώσει αμελλητί την αναθέτουσα αρχή περί των ανωτέρω πραγματικών δεδομένων, το οποίο ουδόλως έπραξε, αν και θα εδύνατο είτε κατά το στάδιο υποβολής των αρχικών δικαιολογητικών κατακύρωσης είτε κατά το στάδιο υποβολής των συμπληρωματικών αυτών δικαιολογητικών (κατακύρωσης) που προσκόμισε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Σ827/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, παρά το γεγονός ότι, ως συνομολογεί ο παρεμβαίνων, η υπ' αριθμ. 763/2021 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού του επιδόθηκε την 13.09.2023. Η εν λόγω δε παράλειψη του παρεμβαίνοντος περί έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής ως προς τα πραγματικά γεγονότα που αναφέρονται στην απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού είχε ως αποτέλεσμα την αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να ελέγξει τη συνδρομή ή μη σχετικού λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος, ενώ ακόμα εκκρεμούσε ο έλεγχος των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπου εξετάζεται η απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του. Ενόψει τούτου, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αποτελεί εκτελεστή πράξη με την οποία ολοκληρώθηκε ο έλεγχος των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής προβάλλεται παραδεκτώς και επικαίρως από τον προσφεύγοντα, πολλώ δε μάλλον δοθέντος ότι η υπ' αριθμ. 763/2021 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύτηκε μόλις την 20.09.2023, ενώ ο παρεμβαίνων δεν

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

αποδεικνύει ότι ο προσφεύγων τελούσε εν γνώσει της σε προγενέστερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να εδύνατο να ασκήσει προδικαστική προσφυγή επί της νομιμότητας των προγενέστερων πράξεων της αναθέτουσας αρχής ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ερειδόμενος στην προβαλλόμενη πλημμέλεια του ΕΕΕΣ. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, ήτοι της παράλειψης του παρεμβαίνοντος να δηλώσει στο ΕΕΕΣ του κρίσιμα πραγματικά δεδομένα σχετιζόμενα με λόγο αποκλεισμού, ο παρεμβαίνων είναι αποκλειστέος διότι απέκρυψε στη νυν διαδικασία τη συνδρομή εις βάρος του πραγματικού στοιχείου ικανού να στοιχειοθετήσει λόγο αποκλεισμού, ενώ σημειώνεται ότι ο νόμος και η διακήρυξη δεν απαιτούν «σοβαρή» και «εκ προθέσεως» απόκρυψη ούτε έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης αλλά μόνον «απόκρυψη» (βλ. *ad hoc* ΕΑΔΗΣΥ1598/2021), εν προκειμένω δε, το κρίσιμο ζήτημα δεν ανάγεται στην υπαγωγή των αναφερόμενων στην απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού γεγονότων στο λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης θ' του όρου 2.2.3.3 της διακήρυξης, ζήτημα που το πρώτον άλλωστε θα έπρεπε να κριθεί από την αναθέτουσα αρχή, υπό την προϋπόθεση προσήκουσας δήλωσης στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος, αλλά στο ότι οι δηλωθείσες στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος πληροφορίες δεν ήταν ακριβείς. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να αποκλείσει την προσφορά του παρεμβαίνοντος λόγω συνδρομής κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περίπτωση ζ' της διακήρυξης και του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.5 περίπτωση θ' της διακήρυξης και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει γίνει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 250/28.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την ανακήρυξη του ως οριστικού αναδόχου και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1796/2023

Δέχεται την προσφυγή

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 250/28.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 15.000 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 5 Δεκεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**