

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Φεβρουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α477/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., την από 7.06.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 853/8.06.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή») και κατά της με αριθμ. πρωτ. 2832.5/393389/25.05.2023 απόφασης του «...» περί έγκρισης των από 26.04.2023 και 16.05.2023 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων, στην οποία ενσωματώνεται και η με αριθμ. πρωτ. 2832.3/24957/31.03.2023 απόφαση του «...», περί έγκρισης των από 20.01.2023, 14.03.2023 και 24.03.2023 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

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

Με την προδικαστική προσφυγή, ως εξετάζεται στο πλαίσιο της ως άνω συμμόρφωσης, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος και ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος για το είδος Α' του διαγωνισμού.

## Αριθμός απόφασης: Σ 405 /2024

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

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, ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, «...», την από 9.02.2024 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του είδους Α' («...») της σύμβασης, σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 3.629.032,26€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 11.000.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 9.11.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε τρία είδη (Α', Β' και Γ') και προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη 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, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος για το είδος Α' δυο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Με τη με αριθμ. πρωτ. 2832.3/24957/31.03.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής

## Αριθμός απόφασης: Σ 405 /2024

ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος για το είδος Α΄ του διαγωνισμού. Κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων, με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος για το είδος Α΄ του διαγωνισμού. Κατά της εν λόγω απόφασης ο προσφεύγων άσκησε τη με ΓΑΚ 853/2023 προδικαστική προσφυγή στρεφόμενος κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος για το είδος Α΄ του διαγωνισμού. Με την υπ΄ αριθμ. 1202\_1203/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκε ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος για το είδος Α΄ του διαγωνισμού, λόγω πλημμελούς συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ του, καθώς δεν δήλωσε τους υπεργολάβους του, καθώς και ότι μη νομίμως κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, ωστόσο, παρίσταται αλυσιτελής η κλήση της αναθέτουσας αρχής προς τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσει ελλείποντα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης για τον ίδιο και τις εταιρείες/μετόχους του, δοθέντος ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού του. Με την υπ΄ αριθμ. Α477/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... ακυρώθηκε η υπ΄ αριθμ. 1202\_1203/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κατά το σκέλος που κρίθηκε ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος από τη μη δήλωση στο ΕΕΕΣ των συνεργαζόμενων εταιρειών παροχής υπηρεσιών συντήρησης ως υπεργολάβων του αλλά και κατά το σκέλος που η υπόθεση δεν αναπέμφθηκε από την ΕΑΔΗΣΥ στην αναθέτουσα αρχή ώστε να καλέσει τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης για τον ίδιο και τις εταιρείες/μετόχους του και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να πράξει τα νόμιμα. Σε συμμόρφωση με την ως άνω απόφαση, εξετάζεται η υπό κρίση προσφυγή.

4. Επειδή, ειδικότερα, με την υπ΄ αριθμ. 1202\_1203/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκε ότι : *«...31. Επειδή, εξάλλου, στον όρο 2.2.3.4 της διακήρυξης τίθεται ως λόγος αποκλεισμού η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, με την επισήμανση ότι αφορά όχι μόνον τις ανώνυμες εταιρείες που υποβάλλουν προσφορά αλλά και όσες συμμετέχουν στο μετοχικό κεφάλαιο νομικού προσώπου που υποβάλλει προσφορά. Προς απόδειξη δε της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του*

## Αριθμός απόφασης: Σ 405 /2024

όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος που εδρεύει στην Ελλάδα, απαιτείται να προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, κατά τον όρο 2.2.8.2.B1(ε) της διακήρυξης 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 της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου. Περαιτέρω, στον όρο 1.4 της διακήρυξης σαφώς ορίζεται ότι στον υπό κρίση διαγωνισμό τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του ν. 3310/2005 και του πδ. 89/1996, οι οποίες προβλέπουν την υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών για την παραδεκτή συμμετοχή των ελληνικών ανωνύμων εταιρειών σε διαγωνιστικές διαδικασίες, οικονομικού αντικειμένου μεγαλύτερου του 1.000.000 ευρώ, προς τον σκοπό εξυπηρέτησης λόγου δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος συνίσταται στο να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος συνδρομής περιπτώσεως αποκλεισμού ΑΕ από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, Επομένως, δοθέντος ότι μόνον η υποβολή πιστοποιητικού ονομαστικοποίησης και μετοχολογίου της προσφέρουσας ελληνικής ανώνυμης εταιρείας δεν καταλήγει σε ονομαστικοποίηση έως φυσικού προσώπου, ούτε επιτρέπει τον έλεγχο απουσίας του εθνικού λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, κατά πάγια νομολογία, απαιτείται να κατατεθούν και τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης και προσδιορισμού των τελικών μετόχων μέχρι φυσικού προσώπου εφόσον από την αναλυτική κατάσταση των μετόχων του προσωρινού αναδόχου που αποτελεί ελληνική ανώνυμη εταιρεία προκύπτει ότι μέτοχό του είναι άλλες ανώνυμες εταιρείες (βλ. *ad hoc* ΔΕφΠειραιά Α257/2022, πρβλ ΣτΕ 303/2020 και ΕΛΣ Ζ΄ Κλιμάκιο Πράξη 185/2021). Επισημαίνεται ότι με την προσφορά δεν απαιτείται να προσκομιστεί κάποιο δικαιολογητικό ονομαστικοποίησης των μετοχών του συμμετέχοντος αλλά τα συγκεκριμένα έγγραφα προσκομίζονται μόνον από τον προσωρινό ανάδοχο και πρέπει να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών και των δικαιολογητικών κατακύρωσης. 32. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο πρώτος παρεμβαίνων υπέβαλε, εκ περισσού, με την προσφορά του το με αριθμ. πρωτ. «...» πιστοποιητικό ΓΕΜΗ από το οποίο προκύπτει ότι το μετοχικό του κεφάλαιο αποτελείται από 1.407.000 ονομαστικές μετοχές.

## Αριθμός απόφασης: Σ 405 /2024

Επίσης, ο πρώτος παρεμβαίνων προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης το με αριθμ. πρωτ. «...» Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ από το οποίο προκύπτει ότι οι μετοχές του είναι ονομαστικές καθώς και το από 21.04.2023 απόσπασμα από το μετοχολόγιο τού, σύμφωνα με το οποίο στο μετοχικό κεφάλαιο του πρώτου παρεμβαίνοντος μετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του 1% τρεις ελληνικές ανώνυμες εταιρείες και μια κυπριακή για τις οποίες δεν υπεβλήθη κανένα πιστοποιητικό, μετοχολόγιο ή εν γένει στοιχείο που αποδεικνύει την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους έως φυσικού προσώπου. Οι δε αιτιάσεις του πρώτου παρεμβαίνοντος περί μη απαίτησης υποβολής των ως άνω εγγράφων για τους μετόχους/εταιρείας του πρώτου παρεμβαίνοντος τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ούτε άλλωστε η εν λόγω έλλειψη αναπληρώνεται από το γεγονός ότι στο υποβληθέν μετοχολόγιο του πρώτου παρεμβαίνοντος αναφέρεται η μετοχική σύνθεση έκαστου εκ των μετόχων του, καθώς αυτή πρέπει να προκύπτει από τα αντίστοιχα έγγραφα των ιδίων των εν λόγω εταιρειών/μετόχων και όχι τρίτου. Πέραν των ανωτέρω, το υποβληθέν μετοχολόγιο του πρώτου παρεμβαίνοντος δεν καλύπτει, ούτε αναφέρει τη μετοχική του σύνθεση κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων, ούτε εξάλλου εκ των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης προκύπτει η μετοχική σύνθεση του πρώτου παρεμβαίνοντος και των εταιρειών/μετόχων του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλυσιτελώς δε ο πρώτος παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι εκ των υποβληθέντων πιστοποιητικών ΓΕΜΗ προκύπτει ότι δεν έχει επέλθει καμία μεταβολή/τροποποίηση του καταστατικού ή του μετοχικού του κεφαλαίου, καθώς τα σχετικά έγγραφα δεν βεβαιώνουν τα ονόματα των μετόχων, ούτε αφορούν και άρα δεν καλύπτουν τυχόν μεταβιβάσεις μετοχών[...].».

5. Επειδή, ως προς τα ανωτέρω, με την υπ' αριθμ Α477/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... κρίθηκε ότι «... 15. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου, προκύπτει ότι η αιτούσα εταιρεία για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης, προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης το με αριθμό πρωτ. «...» Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, από το οποίο προκύπτει ότι οι μετοχές της

## Αριθμός απόφασης: Σ 405 /2024

είναι ονομαστικές καθώς και το από 21.04.2023 απόσπασμα από το μετοχολόγιο της, σύμφωνα με το οποίο στο μετοχικό της κεφάλαιο μετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του 1% τρεις ελληνικές ανώνυμες εταιρείες («...», «...» και «...») και μια κυπριακή («...»), για τις οποίες όμως, δεν υπεβλήθη κανένα πιστοποιητικό, μετοχολόγιο ή εν γένει στοιχείο που αποδεικνύει την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους έως φυσικού προσώπου. Απαιτείτο δηλαδή, για κάθε μία από τις ανωτέρω εταιρείες να προσκομιστούν πιστοποιητικά και μετοχολόγια των ιδίων ξεχωριστά, μη αρκούντος του υποβληθέντος μετοχολογίου της αιτούσας εταιρείας, ενώ σε κάθε περίπτωση, για όλες τις ανωτέρω εταιρείες θα έπρεπε να αποδεικνύεται η ονομαστικοποίηση των μετοχών τους και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, μη δυναμένης της έλλειψης αυτής να καλυφθεί από το προσκομιζόμενο με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, πιστοποιητικό εκπροσώπησης ΓΕΜΗ, όπου αναφέρεται ότι δεν έχει λάβει χώρα οποιαδήποτε μεταβολή στη μετοχική σύνθεση της αιτούσας. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα με νόμιμη αιτιολογία έγινε δεκτός από την ΕΑΔΗΣΥ ο σχετικός λόγος της προδικαστικής προσφυγής, ότι δηλαδή η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να μη δεχθεί, καταρχάς, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της αιτούσας εταιρείας, που αφορούσαν την ονομαστικοποίηση των μετοχών της, ενώ περαιτέρω, ενόψει της ρητής πρόβλεψης του όρου 2.2.8.2 Αποδεικτικά μέσα [...] Τμήμα Β.1. περ. ε', σύμφωνα με την οποία «Ελλείψεις στα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών συμπληρώνονται κατά το άρθρο 3.1.2 της παρούσας», νομίμως έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη απόφαση ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, προτού αποκλείσει την αιτούσα, να την καλέσει να προσκομίσει τα ως άνω ελλείποντα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης για την ίδια και τις εταιρείες/μετόχους της[...].».

6. Επειδή, κατόπιν των εκτεθέντων στις προηγούμενες σκέψεις, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα, να μην αποδεχτεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος για το είδος Α' του διαγωνισμού αλλά να τον καλέσει να προσκομίσει τα ως άνω ελλείποντα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης για τον ίδιο και της εταιρείες/μετόχους του

## **Αριθμός απόφασης: Σ 405 /2024**

και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός ως βάσιμος.

7. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να γίνει εν μέρει δεκτή η παρέμβαση, να ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. 2832.5/393389/25.05.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που αφορά την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως οριστικού αναδόχου για το είδος Α' του διαγωνισμού, να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. 2832.5/393389/25.05.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου επί της προσφυγής ποσού 15.000 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 1 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**