

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 3.10.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 1393/10.10.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 1.3.1.2/3072/19.09.2022 απόφασης του Συμβουλίου Διεύθυνσης περί έγκρισης του από 6.09.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 1.3.1.2/3052/25.08.2022 απόφασης του Συμβουλίου Διεύθυνσης περί έγκρισης των από 22.08.2022 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

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

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του, κρίνεται αποδεκτή η προσφορά και ανακηρύσσεται οριστικός ανάδοχος ο παρεμβαίνων.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

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, συνολικού ποσού 1.687,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... την από 4.10.2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ 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 337.500,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. .../2022 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Παροχή υπηρεσιών υποστήριξης ειδικών συμφωνιών με πελάτες ... κατά την θερινή περίοδο του έτους 2022 λόγω αύξησης του αντικειμένου για τις Υπηρεσιακές Λειτουργίες στη γεωγραφική περιοχή της Κρήτης για χρονικό διάστημα εβδομήντα πέντε (75) ημερών», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 472.905,00€ ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 22.07.2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας, 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.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 3.10.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 21.09.2022 (η δε καταληκτική ημέρα της προθεσμίας ήταν εξαιρετέα) και εν γένει παραδεκτώς.

6. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13.10.2022, ήτοι εμπροθέσμως δεδομένης της από 4.10.2022 κοινοποίησης της προσφυγής από τον αναθέτοντα φορέα, τη με αριθμό, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 5063/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού και ως εκ τούτου επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης.

7. Επειδή ο προσφεύγων στις 24.10.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις του αναθέτοντος φορέα κοινοποιήθηκαν στις 18.10.2022, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

8. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ συστήματος 295704 και 292935 προσφορές τους αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. 1.3.1.2/3052/25.08.2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος διότι δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας περί υλοποίησης τριών έργων συμβατικής αξίας τουλάχιστον 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης προ ΦΠΑ και αφετέρου ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο παρεμβαίνων. Κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος ο παρεμβαίνων.

9. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

στην απόρριψη της προσφοράς του. Κατά πάγια δε νομολογία (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος του διαγωνισμού, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

10. Επειδή το άρθρο 236 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από τον αναθέτοντα φορέα, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως αυτά προβλέπονται ρητά στα έγγραφα της σύμβασης.[...]».

11. Επειδή το άρθρο 253 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων [...]».

12. Επειδή το άρθρο 281 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 293 και της περιοδικής ενδεικτικής προκήρυξης του άρθρου 291, περιέχουν ιδίως: [...] ιβ)

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),[...]

13. Επειδή το άρθρο 287 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Στα έγγραφα της σύμβασης ο αναθέτων φορέας ζητά από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει».

14. Επειδή το άρθρο 305 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. [...] οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία [...] μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο προαναφερόμενο άρθρο. [...] 2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών.[...]

15. Επειδή το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης και δεν τηρεί τους όρους αυτής ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση που προκύπτει από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου [...]

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

16. Επειδή το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν.[...]».

17. Επειδή το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: [...] β) για τις παρ. 2 και 4 περ. β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους μέλους ή χώρας. Αν το κράτος μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παρ. 1, στις περ. α' και β' της παρ. 2 και στην περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 73, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν, όπου κρίνεται αναγκαίο, επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας ή ότι τα έγγραφα αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

παρ. 1, στις περ. α' και β' της παρ. 2 και στην περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 73. Οι επίσημες δηλώσεις καθίστανται διαθέσιμες μέσω του επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis) του άρθρου 81.[...]

18. Επειδή το άρθρο 315 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών) πραγματοποιείται σύμφωνα με όσα ορίζονται στα άρθρα 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα.[...]».

19. Επειδή το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον 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. [...] 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί,

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

σύμφωνα με το άρθρο 72 εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά [...]

20. 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 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[...]

Ως δε έχει κριθεί νομολογιακώς, η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 κατόπιν της τροποποίησής της με τον ν. 4782/2021, η οποία άλλωστε απλώς επιβεβαίωσε τα ισχύοντα βάσει της προϊσχύουσας ρύθμισης, ότι δηλαδή οι προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται με την υποβολή του ΕΕΕΣ, χωρίς να μεταβάλει το κανονιστικό της περιεχόμενο ή τις κρίσιμες διατάξεις του άρθρου 79 περί ΕΕΕΣ-, ερμηνευόμενη σύμφωνα με τους δεσμευτικούς κανόνες της οδηγίας 2014/24, έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να προσκομίζει αποδεικτικά μέσα, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι τόσο κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς όσο και κατά το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής (βλ ΣτΕ 1939/2022, σκ. 20).

21. Επειδή στους κρίσιμους για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «1.3.2 Εκτιμώμενη Αξία Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης με προσαύξηση του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης κατά 13% ανέρχεται στο ποσό των τετρακοσίων εβδομήντα δύο χιλιάδων εννιακοσίων πέντε ευρώ 472.905,00 Ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% (προϋπολογισμός χωρίς Φ.Π.Α: τριακόσιες ογδόντα μία χιλιάδες τριακόσια εβδομήντα πέντε ευρώ 381.375,00 €, ΦΠΑ : 91.530,00€). Αξία χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης τετρακόσιες δεκαοκτώ χιλιάδες πεντακόσια ευρώ 418.500,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%(προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ τριακόσιες τριάντα επτά χιλιάδες

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

πεντακόσια ευρώ 337.500,00€, ΦΠΑ 81.000,00 €)Δικαίωμα προαίρεσης με προσαύξηση του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης κατά 13% συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% πενήντα τέσσερις χιλιάδες τετρακόσια πέντε ευρώ 54.405,00€ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ σαράντα τρεις χιλιάδες οκτακόσια εβδομήντα πέντε ευρώ 43.875,00€, ΦΠΑ 10.530,00€)[...].2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που αντιστοιχεί σε ποσοστό 2% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης χωρίς ΦΠΑ, μη συνυπολογιζόμενου του δικαιώματος προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, ήτοι ποσού ύψους έξι χιλιάδων επτακοσίων πενήντα Ευρώ (6.750,00€)[...].2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότηταΌσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης,οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:2.2.6 .1 Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς εντός των τελευταίων τριών (3) ετών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (2019-2020-2021) έργα παροχής υπηρεσιών, ως ακολούθως: α) Τρία (3) τουλάχιστον έργα, έκαστο εκ των οποίων να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και να είχε συμβατική αξία ύψους κατ' ελάχιστο στο 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης (προ ΦΠΑ),[...] 2.2.8.2. Υπεργολαβία Ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα (τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, ο αναθέτων φορέας ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. [...]2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογήςΤο δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016.[...]

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 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, 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 επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα V, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1[...]

2.2.9.2. Αποδεικτικά μέσα Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο.[...]

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:Αν το αρμόδιο για την έκδοση των ανωτέρω κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφα ή πιστοποιητικά ή όπου το έγγραφο ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α΄ και β΄, καθώς και στην περ. β΄ της παραγράφου 2.2.3.4, τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά μπορεί να αντικαθίστανται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν, όπου κρίνεται αναγκαίο, επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα έγγραφα αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α' και β', καθώς και στην περ. β' της παραγράφου 2.2.3.4. Οι επίσημες δηλώσεις καθίστανται διαθέσιμες μέσω του επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis) του άρθρου 81 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:[...]γ) για την παράγραφο 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. 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) Πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. από το οποίο προκύπτει ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει λυθεί και τεθεί υπό εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων.iii) Εκτύπωση της καρτέλας “Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης” από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων, όπως αυτά εμφανίζονται στο taxinet, από την οποία να προκύπτει η μη αναστολή της επιχειρηματικής δραστηριότητάς τους 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης Δικαιολογητικά κατακύρωσης Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, ο αναθέτων φορέας αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

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, ο αναθέτων φορέας καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις, με την έννοια του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.[...] Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα 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: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία ή 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 την παράγραφο 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) ή η πλήρωση μιας ή περισσοτέρων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας [...]

2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά[...] Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.[...] 4.1 Εγγυήσεις

Εγγύηση καλής εκτέλεσης Για την υπογραφή της Σύμβασης απαιτείται η παροχή εγγύησης καλής εκτέλεσης, σύμφωνα με το άρθρο 302 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, το ύψος της οποίας ανέρχεται σε ποσοστό 4% επί της εκτιμώμενης αξίας της Σύμβασης, (προϋπολογισμού), εκτός ΦΠΑ, χωρίς να

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

συμπεριλαμβάνονται τα δικαιώματα προαίρεσης και κατατίθεται πριν ή κατά την υπογραφή της Σύμβασης. 4.4.3 Ο αναθέτων φορέας επαληθεύει τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, όπως αυτοί περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.3 και με τα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας, εφόσον το(α) τμήμα(τα) της σύμβασης, το(α) οποίο(α) ο ανάδοχος προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνουν σωρευτικά το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης. Επιπλέον, προκειμένου να μην αθετούνται οι υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, δύναται να επαληθεύσει τους ως άνω λόγους και για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης που υπολείπονται του ως άνω ποσοστού.[...]». 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 (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), 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 (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

22. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, με την υπό εξέταση προσφυγή του, ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του με την αιτιολογία ότι δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας, διότι ο όρος 2.2.6.1.α. της διακήρυξης δεν χρησιμοποιεί την έννοια του συνολικού προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, ούτε ορίζει ότι πρέπει να καλύπτεται ο προϋπολογισμός, μετά τον υπολογισμό και των δικαιωμάτων προαίρεσης και άρα, ο αναθέτων φορέας με την προσβαλλόμενη απόφαση προέβη σε ανεπίτρεπτη μεταβολή των όρων της διακήρυξης. Ο δε όρος 1.3.2 της διακήρυξης δεν ορίζει ότι ο προϋπολογισμός της σύμβασης προ ΦΠΑ

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

περιλαμβάνει το δικαίωμα προαίρεσης αλλά επιβεβαιώνει πλήρως ότι ο όρος 2.2.6.1.α. της διακήρυξης με τη ρητή αναφορά του όρου «προϋπολογισμού της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ)» σαφώς δεν περιλαμβάνει το δικαίωμα προαίρεσης. Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα η άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης τελεί υπό την αίρεση της διαπίστωσης ύπαρξης επιπλέον ανάγκης του αναθέτοντος φορέα και της λήψης απόφασης άσκησης του σχετικού δικαιώματος και ως εκ τούτου πριν την άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης ο προϋπολογισμός της σύμβασης υπολογίζεται σαφώς χωρίς το ποσό της προαίρεσης. Προς επίρρωση των ανωτέρω, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι τόσο με το έντυπο της οικονομικής προφοράς του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ όσο και με το έντυπο οικονομικής προσφοράς της διακήρυξης δίδεται προσφορά αναφορικά με τον προϋπολογισμό της σύμβασης, όπως αυτός υπολογίζεται χωρίς την προαίρεση, καθώς και ότι ο αναθέτων φορέας με τις με αριθμ. πρωτοκόλλου 4.2/732/27.07.2022 διευκρινίσεις του επιβεβαίωσε ότι η ανάλυση του «προϋπολογισμού» αντιστοιχεί στο ποσό των 337.500,00 ευρώ. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι κατά πάγια νομολογία η έννοια «προϋπολογισμός» αναφέρεται στο ποσό της σύμβασης, χωρίς τον συνυπολογισμό του δικαιώματος προαίρεσης, διότι λαμβάνεται υπόψη η προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης, στην ανάθεση της οποίας αποβλέπει πράγματι η διαγωνιστική διαδικασία, και όχι η δαπάνη της ενδεχόμενης παράτασης της σύμβασης, η οποία υπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα, υπό τη μορφή δικαιώματος προαίρεσης, και συνεπώς είναι αβέβαιο εάν και σε ποιο μέτρο θα ασκηθεί το σχετικό δικαίωμα.

23. Επειδή, στην πρώτη σελίδα της διακήρυξης ορίζεται ως *«προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 24%»* ποσό ύψους 337.500,00 ευρώ και αναφέρεται διακριτά από τον όρο *«δικαίωμα προαίρεσης με προσαύξηση του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης κατά 13%»* ύψους 43.875,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και από το *«συνολικό προϋπολογισμό συμπεριλαμβανόμενου του δικαιώματος προαίρεσης χωρίς ΦΠΑ 24%»* ύψους 381.375,00 ευρώ. Παρόμοια διαφοροποίηση περιλαμβάνεται και στον όρο 1.3.2 της διακήρυξης όπου ο όρος *«εκτιμώμενη αξία της σύμβασης συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης με προσαύξηση του*

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης κατά 13%» που αντιστοιχεί σε ποσό ύψους 472.905,00 ευρώ διακρίνεται σαφώς από τον όρο «προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 24%» που αντιστοιχεί στο ποσό των 337.500,00 ευρώ. Ουδόλως δε εκ των ανωτέρω όρων της διακήρυξης αλλά και οιοδήποτε άλλου δύναται να συναχθεί είτε ταύτιση των όρων «συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης» και «προυπολογισμός της σύμβασης» είτε ότι η έννοια του προϋπολογισμού περιλαμβάνει και το δικαίωμα προαίρεσης, πολλώ δε μάλλον εκ των όρων 2.2.2.1 και 4.1 της διακήρυξης όπου ρητώς αναφέρεται ότι προϋπολογισμός δεν περιλαμβάνει το δικαίωμα προαίρεσης, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον παρεμβαίνοντα και τον αναθέτοντα φορέα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Σημειωτέον ότι, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, με τη με αριθμ. πρωτ. 4.2/732/27.07.2022 διευκρίνιση ως προς το έντυπο οικονομικής προσφοράς, ο αναθέτων φορέας επιβεβαίωσε ότι η ανάλυση του προϋπολογισμού αντιστοιχεί στο ποσό των 337.500,00 ευρώ. Περαιτέρω, με τον όρο 2.2.6.1.(α) της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας ο διαγωνιζόμενος να έχει εκτελέσει επιτυχώς, εντός του χρονικού διαστήματος 2019-2021, τρία τουλάχιστον έργα απασχόλησης εκατό ατόμων, έκαστο εκ των οποίων πρέπει να έχει συμβατική αξία τουλάχιστον ίση με τον προϋπολογισμό της σύμβασης προ ΦΠΑ. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, δεδομένου ότι στον όρο 2.2.6.1.(α) της διακήρυξης η αξία των επικαλούμενων προς πλήρωση του κριτηρίου συμβάσεων συναρτάται με το μέγεθος του προϋπολογισμού της σύμβασης (προ ΦΠΑ), δίχως να περιλαμβάνεται είτε μνεία στο δικαίωμα προαίρεσης είτε παραπομπή στη συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, προκύπτει σαφώς ότι η πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας απαιτεί την εκτέλεση τουλάχιστον τριών συμβάσεων, έκαστη αξίας 337.500,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

24. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων δήλωσε στο υποβληθέν με την προσφορά του ΕΕΕΣ ότι έχει εκτελέσει κατά το χρονικό διάστημα 2019-2021 τις ακόλουθες συμβάσεις : α) παροχή υπηρεσιών διαμετακόμισης μονάδων παραγωγής ..., ποσου 383.870,97 ευρώ, β) παροχή υπηρεσιών υποστήριξης ειδικών συμφωνιών με

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

πελάτες ... στη γεωγραφική περιοχή της ... και της ... ποσού 378.149,55 ευρώ και γ) παροχή υπηρεσιών υποστήριξης ειδικών συμφωνιών με πελάτες ... στη γεωγραφική περιοχή της ..., ποσού 377.389,56 ευρώ, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητείται από τον αναθέτοντα φορέα και άρα, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας του όρου 2.2.6.1.(α) της διακήρυξης. Αβασίμως ο αναθέτων φορέας και ο παρεμβαίνων επικαλούνται το άρθρο 236 του ν. 4412/2016 προς θεμελίωση του ισχυρισμού τους ότι ο όρος προϋπολογισμός της σύμβασης περιλαμβάνει και το δικαίωμα προαίρεσης, δοθέντος ότι εκ των διατάξεων της διακήρυξης, τις οποίες ο ίδιος ο αναθέτων φορέας θέσπισε και οφείλει να εφαρμόζει, ο όρος προϋπολογισμός της σύμβασης δεν περιλαμβάνει το δικαίωμα προαίρεσης, όπου δε ο ν. 4412/2016 αναφέρεται στην εκτιμώμενη/προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, όπως στα άρθρα 72 παρ. 1 και 302 παρ. 1 περί του ποσού της εγγυητικής συμμετοχής αλλά και στο άρθρο 372 παρ. 5 ως προς το παράβολο της δικαστικής προστασίας εννοεί την εκτιμώμενη αξία άνευ προαιρέσεων. Βασίμως δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προαίρεση συνιστά μορφή δυνατότητας τροποποίησης της σύμβασης, δυνητική και υποθετική. Επίσης, αλυσιτελώς, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο αναθέτων φορέας σε προγενέστερους διαγωνισμούς είχε διατυπώσει διαφορετικά το κριτήριο τεχνικής ικανότητας συμπεριλαμβάνοντας ειδικά το δικαίωμα προαίρεσης. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ο αναθέτων φορέας κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης έκρινε ότι ο παρεμβαίνων δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας του 2.2.6.1.(α) της διακήρυξης και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Ενόψει δε τούτου, είναι ακυρωτέα και η ανακήρυξη του παρεμβαίνοντα ως οριστικού αναδόχου, λόγω της ακύρωσης του ερείσματος της, ήτοι της πράξης ανακήρυξης του παρεμβαίνοντα ως προσωρινού αναδόχου, η οποία επήλθε ως αποτέλεσμα της μη αξιολόγησης της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς του αποκλεισθέντος στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής προσφεύγοντος.

25. Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 9, δοθέντος ότι δεν συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, ο

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

τελευταίος, καταρχάς, μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, διότι στο υποβληθέν με την προσφορά του ΕΕΕΣ και στο υπό στοιχείο «ΙV.Γ. – Ποσοστό Υπεργολαβίας» αναφέρει απλώς «12,5%» χωρίς να προσδιορίζει το τμήμα, δηλαδή το ειδικότερο φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, το οποίο θα αναθέσει σε τρίτο με υπεργολαβία, κατά παράβαση των επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης αλλά και του νόμου. Επίσης, κατά τον προσφεύγοντα, ούτε στην από 10.08.2022 τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος δηλώνεται το αντικείμενο της υπεργολαβίας και σε τι ακριβώς ανάγεται το εκεί αναφερόμενο ποσοστό 12,5%. Ως δε ο προσφεύγων προβάλλει, ο ακριβής προσδιορισμός του τμήματος της σύμβασης που θα ανατεθεί υπεργολαβικά σε τρίτο απαιτείται από τη διακήρυξη και το νόμο ώστε να καταστεί δυνατός ο έλεγχος της πλήρωσης των απαιτήσεων της διακήρυξης και του νόμου και της ενδεχόμενης ή μη υπέρβασης ή μη του ορίου του 30% της σύμβασης, που συνεπάγεται επιπλέον υποχρεώσεις κατά τη διαγωνιστική διαδικασία και την εκτέλεση της σύμβασης.

26. Επειδή, στον όρο 2.2.8.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι ο διαγωνιζόμενος οφείλει να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει και εφόσον τυχόν υπεργολαβική ανάθεση της σύμβασης υπερβαίνει σε ποσοστό το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, ο αναθέτων φορέας, κατά τον όρο 4.4.3 της διακήρυξης, ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Παρόμοια δε υποχρέωση περί δήλωσης στην τεχνική προσφορά του τμήματος της σύμβασης που θα ανατεθεί υπεργολαβικά σε τρίτους τίθεται και στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης. Περαιτέρω, στο Μέρος IV-Ενότητα Γ του υποδείγματος ΕΕΕΣ που παρατίθεται στο Παράρτημα V της διακήρυξης περιλαμβάνεται το ακόλουθο ερώτημα: *«Ποσοστό υπεργολαβίας Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης».*

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

Επομένως, εκ των προεκτεθέντων όρων της διακήρυξης προκύπτει σαφώς ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να δηλώσουν στην προσφορά τους το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά, εκπεφρασμένο σε ποσοστό επί της αξίας της σύμβασης, ενώ το συνολικό ποσοστό υπεργολαβικής ανάθεσης συνιστά το κριτήριο βάσει του οποίου προκύπτει αν απαιτείται υποβολή ΕΕΕΣ εκ μέρους του υπεργολάβου. Στη δε Συγγραφή Υποχρεώσεων όπου παρατίθεται ανάλυση των εργασιών που συνθέτουν το φυσικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης δεν περιλαμβάνεται οιαδήποτε απαίτηση περί προσδιορισμού των εργασιών της σύμβασης που θα ανατεθούν υπεργολαβικά, ούτε δε τέτοια υποχρέωση δύναται να εξαχθεί δια ερμηνείας. Ως εκ τούτου, εκ της διακήρυξης αρκεί η δήλωση στο υποβαλλόμενο με την προσφορά ΕΕΕΣ του ποσοστού τυχόν υπεργολαβίας, χωρίς να απαιτείται περαιτέρω ανάλυση του ποσοστού αυτού στις συγκεκριμένες εργασίες στις οποίες θα συνίσταται η υπεργολαβία και άρα η ειδικότερη αναφορά των εργασιών που απαρτίζουν το υπεργολαβικό ποσοστό δεν αποτελεί αξιούμενο από τη διακήρυξη στοιχείο, η δε μη συμπερίληψη αυτού στο ΕΕΕΣ δεν δύναται να επιφέρει τον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου. Ομοίως δεν απαιτείται σχετική ανάλυση των εργασιών που θα ανατεθούν υπεργολαβικά ούτε στην τεχνική προσφορά, ενώ τυχόν υιοθέτηση αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής δεν ερείδεται στους προεκτεθέντες σαφείς όρους της διακήρυξης. Το δε γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας οφείλει να επαληθεύει τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των υπεργολάβων, σε περίπτωση που η υπεργολαβία υπερβαίνει το 30% της σύμβασης, ουδόλως συνεπάγεται την επιβολή υποχρέωσης προς τους διαγωνιζόμενους να προσδιορίσουν με την προσφορά τους, και δη επί ποινή αποκλεισμού αυτής, τις εργασίες που συγκροτούν το δηλωθέν ποσοστό υπεργολαβίας, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως μη ερειδόμενα στη διακήρυξη.

27. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων δήλωσε στην Ενότητα Γ του Μέρους IV του υποβληθέντος με την προσφορά του ΕΕΕΣ ως ποσοστό υπεργολαβίας 12,50%, στη δε τεχνική του προσφορά αναφέρεται ότι «*Στα πλαίσια*

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

υλοποίησης του έργου η εταιρεία μας θα αναθέσει 12,5% του έργου στον Υπεργολάβο...». Συνεπώς, βάσει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, ο παρεμβαίνων έχει συμπεριλάβει στο ΕΕΕΣ και την τεχνική του προσφορά την απαιτούμενη από τη διακήρυξη δήλωση ποσοστού υπεργολαβίας, ουδεμία δε έλλειψη παρουσιάζει η προσφορά του ως προς αυτό το ζήτημα, απορριπτομένων εξ' αυτού του λόγου ως αλυσιτελώς προβαλλόμενων των εκατέρωθεν ισχυρισμών περί δυνατότητας ή μη συμπλήρωσης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Επίσης, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται προς επίρρωση των ισχυρισμών του νομολογία της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών αλλά και του συγκεκριμένου περιεχομένου των διατάξεων της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, ο αναθέτων φορέας ορθώς έκρινε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος σχετικά με το ζήτημα της δήλωσης στην προσφορά του τμήματος της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

28. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος λόγω ελλείψεων και μη υποβολής των προβλεπόμενων από τη διακήρυξη δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ωστόσο, σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, σε περίπτωση που δεν προσκομιστούν από τον προσωρινό ανάδοχο τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν απορρίπτεται η προσφορά του, αλλά καλείται εκ νέου προς υποβολή αυτών. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται προς επίρρωση των ισχυρισμών του περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος νομολογία του ΣΤΕ που αφορά στη εφαρμογή του άρθρου 102 (και του άρθρου 310) ν. 4412/2016 και όχι στη συμπλήρωση ελλείψεων των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά την ειδική σχετικά με αυτά διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, αλλά και όπως ενσωματώνεται και στον ειδικό όρο 3.2 της διακήρυξης. Επομένως, εν προκειμένω, τυχόν αποδοχή των σχετικών λόγων της προσφυγής, δεν οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, αλλά μόνο σε κλήση του για συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Έτι περαιτέρω, δέον όπως επισημανθεί ότι,

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

εφόσον έχει κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του προσφεύγοντος, σε κάθε περίπτωση δεν δύναται να τεθεί ζήτημα κλήσης του παρεμβαίνοντος για συμπλήρωση των ελλείψεων επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε λόγω του ότι η ανακήρυξή του ως προσωρινού αναδόχου στερείται νόμιμου ερείσματος, πολλώ δε μάλλον λαμβανομένου υπόψιν ότι, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος είναι χαμηλότερη από του παρεμβαίνοντος. Παρά ταύτα, όλως επικουρικώς, επί των επίμαχων λόγων της προσφυγής λεκτέα είναι τα ακόλουθα :

29. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο παρεμβαίνων προσκόμισε κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Αθηνών, το οποίο έχει εκδοθεί μετά το χρόνο συμμετοχής στο διαγωνισμό και άρα δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των σχετικών με αυτό λόγων αποκλεισμού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς στη διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, δεδομένου ότι στο προσκομισθέν από τον παρεμβαίνοντα πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας αναφέρεται ότι δεν δύναται να βεβαιωθεί εάν έχει κατατεθεί αίτηση και έχει εκδοθεί απόφαση αναφορικά με την υπαγωγή σε εκκαθάριση, ο παρεμβαίνων όφειλε να προσκομίσει πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου αναφορικά με την μη κατάθεση αίτησης λύσης του για το χρονικό διάστημα από 01.03.2013 έως 31.12.2015 οπότε και η εξέταση των αιτήσεων λύσης αποτελούσε αρμοδιότητα του Ειρηνοδικείου. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε πιστοποιητικό του Εφετείου Αθηνών αναφορικά με τις διαδικασίες των άρθρων 44, 45, 46, 46α, 46β, 46γ του ν. 1892/1990. Η δε υποβληθείσα από 2.09.2022 ένορκη βεβαίωση του παρεμβαίνοντος δεν έχει, ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, το απαιτούμενο εκ του νόμου περιεχόμενο, καθώς δεν περιλαμβάνει αναφορά ούτε σε πιστοποιητικά ,τα οποία δεν εκδίδονται, ούτε στο ειδικότερο περιεχόμενο το οποίο καλύπτει τη σχετική απαίτηση.

30. Επειδή, στον όρο 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης τίθεται ως λόγος αποκλεισμού ο διαγωνιζόμενος να τελεί υπό πτώχευση ή να έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή να τελεί υπό αναγκαστική

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή να έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή να έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή να βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Σύμφωνα δε με τον όρο 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι οικονομικός φορέας εγκατεστημένος στην Ελλάδα, οφείλει να προσκομίσει προς απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης τρία διακριτά δικαιολογητικά κατακύρωσης, ήτοι α) ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας από το αρμόδιο πρωτοδικείο από το οποίο προκύπτει ότι δεν τελεί υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή δικαστική εκκαθάριση ή ότι δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης, β) πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. από το οποίο να προκύπτει ότι δεν έχει λυθεί και τεθεί υπό εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων και γ) εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/Επιχείρησης» από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων, όπως αυτά εμφανίζονται στο taxinet, από την οποία να προκύπτει η μη αναστολή της επιχειρηματικής δραστηριότητάς του. Επομένως, εκ του όρου 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης και δή τη χρήση του όρου «ιδίως» καθιερώνεται ειδικός και αποκλειστικός τρόπος απόδειξης της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης ως προς τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα και δη όσον αφορά την απόδειξη έλλειψης των περιπτώσεων πτώχευσης, πτωχευτικού συμβιβασμού, αναγκαστικής διαχείρισης, δικαστικής εκκαθάρισης και εξυγίανσης, αρκεί η προσκόμιση του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας από το αρμόδιο Πρωτοδικείο. Ουδόλως δε στον όρο 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης προβλέπεται ως πρόσθετο -των ήδη αναφερόμενων- αποδεικτικό μέσο περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) έτερο πιστοποιητικό εκδιδόμενο από άλλες δικαστικές ή διοικητικές αρχές, ούτε περιορίζεται η αποδεικτική ισχύς του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας σε συγκεκριμένο χρονικό πλαίσιο, ώστε να απαιτείται η προσκόμιση έτερων δικαιολογητικών προς συμπλήρωση του περιεχομένου του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

φερεγγυότητας με στόχο την πληρέστερη κάλυψή του. Σημειωτέον ότι, ως βασίμως προβάλλει ο παρεμβαίνων, κατά την κείμενη νομοθεσία (βλ. το με αριθμ. πρωτ. 13535/19.03.2021 έγγραφο του Υπουργείου Δικαιοσύνης) το ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας προβλέφθηκε για την αντικατάσταση εικοσιπέντε πιστοποιητικών επιμέρους περιπτώσεων, προς τον σκοπό απλούστευσης των διοικητικών βαρών και άρσης των αμφιβολιών που ανακύπτουν από την ανομοιομορφία των ποικίλων σχετικών εγγράφων που αφορούν την απόδειξη των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 εδαφ. β της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, ο εγκατεστημένος στην Ελλάδα προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει μόνον τα αποδεικτικά μέσα του όρου 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης προς απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.9.2.B.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι αν το κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τα πιστοποιητικά που αφορούν τους λόγους αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στον εν λόγω όρο τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά μπορεί να αντικαθίστανται από ένορκη βεβαίωση. Ωστόσο, ο εν λόγω όρος, καταρχάς δεν αφορά τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα, για τους οποίους τυγχάνει εφαρμογής ο διακριτός και ειδικός όρος 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης, σε κάθε δε περίπτωση ο όρος 2.2.9.2.B.1 της διακήρυξης προϋποθέτει τη μη ύπαρξη πιστοποιητικού ή τη μη κάλυψη εξ'αυτού όλων των λόγων του όρου 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης, γεγονός το οποίο όμως δεν συντρέχει ως προς το ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, το οποίο και ρητώς προβλέπεται στην Ελλάδα και καλύπτει ειδικώς, πλήρως και αποκλειστικώς τους λόγους αποκλεισμού περί μη πτώχευσης, πτωχευτικού συμβιβασμού, μη θέσης σε αναγκαστική διαχείριση ή δικαστικής εκκαθάριση και μη υπαγωγής σε διαδικασία εξυγίανσης. Τυχόν δε υιοθέτηση αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής έρχεται σε πρόδηλη αντίθεση με τη σαφή και μονοσήμαντη διατύπωση του όρου 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης. Συνεπώς, δοθέντος ότι, κατά πάγια νομολογία, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη έγγραφα (ΕΑ ΣΤΕ 18, 19/2011, 3703/2010,

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

1616, 254/2008), εν προκειμένω, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του προσωρινού αναδόχου σε περίπτωση μη προσκόμισης προς απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης δικαιολογητικών κατακύρωσης πέραν των απαιτούμενων κατά τον όρο 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης.

31. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, το υπ' αριθμ. 40898/26.08.2022 ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Αθηνών στο οποίο αναφέρεται ότι : *«Όπως προκύπτει από τα οικεία στοιχεία που τηρούνται στην Υπηρεσία μας μέχρι και τις 24-07-2022 σχετικά με το νομικό πρόσωπο ... με ΑΦΜ ... βεβαιούται ότι:*

1. *Κατά του νομικού 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 νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για ειδική εκκαθάριση - ειδική διαχείριση.*
3. *Κατά του νομικού 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 νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση σχεδίου αναδιοργάνωσης.*
5. *Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση περί λύσεως.*
6. *Κατά του νομικού αυτού προσώπου: δεν μπορούμε να βεβαιώσουμε α) αν έχει εκδοθεί απόφαση, β) αν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση διότι δεν τηρούνται στην Υπηρεσία μας αντίστοιχα στοιχεία.*
7. *Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων.*
8. *Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για αναγκαστική διαχείριση.*

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

9. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή[...]. Συνεπώς, βάσει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, ο παρεμβαίνων προσκόμισε το απαιτούμενο από τη διακήρυξη πιστοποιητικό, η δε μνεία σε αυτό ότι «δεν μπορούμε να βεβαιώσουμε α) αν έχει εκδοθεί απόφαση, β) αν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση διότι δεν τηρούνται στην Υπηρεσία μας αντίστοιχα στοιχεία» σημαίνει, ότι δεν τηρούνται ειδικά επιμέρους στοιχεία για τη δικαστικά αιτούμενη απλή εκκαθάριση, σε σχέση με τη δικαστικά αιτούμενη λύση και ότι η όποια τυχόν εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων δεν προκύπτει από στοιχεία που τηρούν οι δικαστικές αρχές, τα οποία τηρεί το Γ.Ε.Μ.Η., πιστοποιητικό του οποίου προσκομίστηκε από τον παρεμβαίνοντα και δεν αμφισβητείται από τον προσφεύγοντα. Αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο παρεμβαίνων όφειλε να υποβάλει πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου για τη μη λύση του κατά το διάστημα 1.03.2013 ως 31.12.2015, όπως και πιστοποιητικό Εφετείου για τις διαδικασίες των άρθρων 44, 45, 46, 46α, 46β, 46γ του ν. 1892/1990, δοθέντος ότι η διακήρυξη σαφώς προέβλεψε με αποκλειστικό και μονοσήμαντο τρόπο τα αποδεικτικά μέσα έλλειψης του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) και δή το ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, το οποίο και υποβλήθηκε. Η δε εκ περισσού υποβολή από τον παρεμβαίνοντα πιστοποιητικού Ειρηνοδικείου για διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστών/συνεκκαθαριστών δεν δύναται να αποτελέσει έρεισμα δημιουργίας πρόσθετων εις βάρος του απαιτήσεων. Ομοίως για τον ίδιο λόγο τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες και οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί του περιεχομένου της ένορκης βεβαίωσης, καθώς ο παρεμβαίνων δεν όφειλε να υποβάλλει ένορκη βεβαίωση, για την κάλυψη των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης, πολλω δε μάλλον δεν οφείλε ούτε να αναφερθεί σε πιστοποιητικά που δεν εκδίδονται ούτε στο περιεχόμενο των περιπτώσεων που βεβαιώνουν. Σημειωτέον ότι οι σχετικές αιτιάσεις του προσφεύγοντος βάλλουν ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως κατά των προεκτεθέντων όρων της διακήρυξης περί των αποδεικτικών μέσων σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) της διακήρυξης, δεδομένου ότι όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

συμβάσεις ισχύει η αρχή της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012), ο δε προσφεύγων δεν αμφισβήτησε δια προδικαστικής προσφυγής τους όρους του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού. Σε κάθε δε περίπτωση, στην από 2.9.2022 ένορκη βεβαίωση του παρεμβαίνοντα αναφέρεται ότι δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης, καθώς και ότι δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ούτε βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση, προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Πέραν των ανωτέρω, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται αποφάσεις της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ προς επίρρωση του ισχυρισμού του ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών αλλά και του συγκεκριμένου περιεχομένου των διατάξεων της διακήρυξης και δη της ρητής διάκρισης των πιστοποιητικών που πρέπει να προσκομιστούν από οικονομικούς φορείς εγκατεστημένους στην Ελλάδα. Όσον αφορά τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί του χρόνου έκδοσης του υπ' αριθμ. 40898/26.08.2022 ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Αθηνών, απο το περιεχόμενο του επίμαχου εγγράφου προκύπτει σαφώς ότι καλύπτει το χρονικό διάστημα μέχρι την έκδοσή του την 24.7.2022 και άρα προδήλως και το χρόνο υποβολής της προσφοράς και δεν αναφέρεται απλώς σημειακά σε δεδομένα που ισχύουν αποκλειστικά κατά τον χρόνο έκδοσής του, ενώ εκ του γεγονότος ότι ο παρεμβαίνων σε συμμόρφωση με άλλους όρους της διακήρυξης ή και εκ περισσού, προσκόμισε έτερα δικαιολογητικά κατακύρωσης με χρόνο έκδοσής τους πριν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, δεν μπορεί να οδηγήσει στην επιβολή σχετικής υποχρέωσης αναφορικά και με το πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, το περιεχόμενο του οποίου αποδεικνύει τη μη συνδρομή των σχετικών λόγων αποκλεισμού έως και την έκδοση του. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, ο αναθέτων φορέας ορθώς έκρινε αποδεκτό το υπ' αριθμ. 40898/26.08.2022 ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας του παρεμβαίνοντος καθώς και ότι δεν συντρέχει ως προς το περιεχόμενό του οιαδήποτε έλλειψη ή υποχρέωση υποβολής πρόσθετων

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

δικαιολογητικών κατακύρωσης και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

32. Επειδή, εξάλλου, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η υποβληθείσα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος από 26.08.2022 εκτύπωση καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/Επιχείρησης» έχει εκδοθεί σε χρόνο μετά την συμμετοχή του στο διαγωνισμό και άρα δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή του σχετικού λόγου αποκλεισμού κατά το χρόνο πριν από την υποβολή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ακόμα δε και εάν ήθελε υποστηριχθεί ότι έχει προσκομισθεί προς αντικατάσταση του σχετικού πιστοποιητικού η από 2.09.2022 ένορκη βεβαίωση του παρεμβαίνοντος, το εν λόγω έγγραφο δεν έχει το απαιτούμενο εκ του νόμου περιεχόμενο.

33. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης το δικαίωμα συμμετοχής καθώς και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται σε τρία διακριτά στάδια, ήτοι κατά την υποβολή των προσφορών, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Περαιτέρω, ως ήδη έχει εκτεθεί υπό σκέψη 30, στον όρο 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης προβλέπεται ότι σε περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος είναι οικονομικός φορέας εγκατεστημένος στην Ελλάδα, οφείλει να προσκομίσει προς απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(β) πέραν του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας και εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/Επιχείρησης» από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων, από την οποία να προκύπτει η μη αναστολή της επιχειρηματικής δραστηριότητάς του. Επομένως, εκ των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει σαφώς ότι ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης καρτέλα με τα «Στοιχεία Μητρώου/Επιχείρησης», η οποία να καλύπτει τόσο το χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Δοθέντος δε ότι, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 20, το ΕΕΕΣ υποβάλλεται προς τον σκοπό προαπόδειξης και όχι απόδειξης, αβασίμως ο παρεμβαίνων και ο αναθέτων φορέας ισχυρίζονται ότι αρκεί η δήλωση στο ΕΕΕΣ περί μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού ως προς τη αναστολή της

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

επιχειρηματικής δραστηριότητάς συμμετέχοντος. Τυχόν δε υιοθέτηση της ερμηνευτικής εκδοχής που υποστηρίζουν ο παρεμβαίνων και ο αναθέτων φορέας, αφενός μεν έρχεται σε αντίθεση με τη διατάξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016- το οποίο σημειωτέον επίσης τροποποιήθηκε με το νόμο 4782/2021- στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαποδεικτικό και όχι αποδεικτικό μέσο, αφετέρου συνεπάγεται το ανεφάρμοστον της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 – το οποίο ομοίως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021- σύμφωνα με το οποίο κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, δεδομένου ότι ο εν λόγω έλεγχος καθίσταται αδύνατος αν δεν προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (βλ. *ad hoc* Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 297/2022).

34. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την από 26.08.2022 εκτύπωση καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης», η οποία κατά το περιεχόμενό της δεν ανατρέχει στο παρελθόν αλλά βεβαιώνει μόνον ότι κατά τον χρόνο έκδοσής της ο παρεμβαίνων δεν τελεί σε τέτοια αναστολή. Συνεπώς, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, εκ του επίμαχου δικαιολογητικού κατακύρωσης δεν αποδεικνύεται η μη αναστολή επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του παρεμβαίνοντος κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Δεδομένου δε ότι κατά τον όρο 2.2.9.2.B1(γ) της διακήρυξης το συγκεκριμένο δικαιολογητικό προβλέπεται ως αποκλειστικό μέσο απόδειξης του σχετικού με αυτό λόγου αποκλεισμού δεν τίθεται ζήτημα υποκατάστασής του με ένορκη βεβαίωση και οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος προβάλλονται αβασίμως. Ως εκ τούτου, ο αναθέτων φορέας όφειλε, βάσει του όρου 3.2 της διακήρυξης, να καλέσει τον παρεμβαίνοντα προς υποβολή του ελλείποντος δικαιολογητικού. Εντούτοις, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψη 28, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος σχετικά με την ως άνω έλλειψη προβάλλονται αλυσιτελώς και άρα τυγχάνουν απορριπτέοι, αφού αφενός η αποδοχή τους δεν οδηγεί σε αποκλεισμό του

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

παρεμβαίνοντας από τη διαδικασία, αφετέρου δεν υπάρχει νόμιμο έρεισμα για την κλήση του παρεμβαίνοντος προς συμπλήρωση της διαπιστωθείσας έλλειψης, διότι έχει ακυρωθεί η απόφαση ανακήρυξης του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου.

35. Επειδή, τέλος, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η από 2.09.2022 ένορκη βεβαίωση του παρεμβαίνοντος έχει εκδοθεί μετά το χρόνο της συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία και άρα, δεδομένου ότι η επίμαχη βεβαίωση συμπληρώνει τις περιπτώσεις δικαιολογητικών που δεν εκδίδονται, δεν αποδεικνύει τη μη συνδρομή των σχετικών λόγων αποκλεισμού κατά το χρόνο της συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία. Ωστόσο, ο ως άνω λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος, καταρχάς, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, δοθέντος ότι, ως έχει ήδη εκτεθεί, ουδόλως απαιτείται ο παρεμβαίνων που είναι εγκατεστημένος στην Ελλάδα να προσκομίσει ένορκη βεβαίωση για τη μη συνδρομή των λόγω αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4(β) της διακήρυξης αλλά αρκεί η υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προβλέπονται στον όρο 2.2.9.2.B.1(γ) της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμος, καθώς η προσκομισθείσα ένορκη βεβαίωση βεβαιώνει ρητώς ότι μέχρι το χρόνο της έκδοσής της δεν έχουν λάβει χώρα τα με αυτήν βεβαιούμενα, το δε γεγονός ότι σε συμμόρφωση με άλλους όρους της διακήρυξης ή και εκ περισσού, ο παρεμβαίνων υπέβαλε άλλα δικαιολογητικά κατακύρωσης με χρόνο έκδοσής τους πριν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, δεν συνεπάγεται σχετική υποχρέωσή του όσον αφορά και την ένορκη βεβαίωση, η οποία έχει αποδεικτικό περιεχόμενο που καταλαμβάνει το χρονικό διάστημα έως και την έκδοση της.

36. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 1.3.1.2./3072/19.09.2022 απόφαση και η ενσωματωθείσα σ' αυτή υπ' αριθμ. 1.3.1.2./3052/25.08.2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το σκέλος που αφορά τη μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και συνέπεια τουτου και κατά το σκέλος που αφορά την

Αριθμός απόφασης: 1624 /2022

ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αλλά και οριστικού αναδόχου, να γίνει εν μέρει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση, ήτοι κατά το σκέλος που αφορά τη μη απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 1.3.1.2./3072/19.09.2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα και την ενσωματωθείσα σε αυτήν υπ' αριθμ. 1.3.1.2./3052/25.08.2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 18 Νοεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**