

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 24.10.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1495/25.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «... (...) ...» (στο εξής « η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ..., ..., που εδρεύει στο, ... και ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (στο εξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο, ... αριθ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (στο εξής η «παρεμβαίνουσα»).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση α) της προσβαλλόμενης με αριθμό 1110/2022 (Συνεδρίαση 27/05.10.2022- Θέμα 37ο) απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με την απόφαση αυτή, αφού εγκρίθηκε το με αριθμό πρωτ. 19563/23.09.2022 Πρακτικό Αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, αφενός, κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και, αφετέρου, αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού στην άνω εταιρεία, και β) κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης.

Υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα, με αίτημα την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017 με κωδικό ... παράβολο, ποσού 806,46€.

2. Επειδή στο πλαίσιο διαδικασίας, που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ, λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης της διαδικασίας, η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 12/10/2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24/10/2022, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση (κατ' ακριβή διατύπωση κατά παρέκταση στην αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, καθώς η λήξη της δεκαήμερης προθεσμίας συνέπιπτε με ημέρα αργία – εξαιρετέα, Σάββατο, 22/10/2022), ενώ, επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη.

3. Επειδή η προσφεύγουσα, η προσφορά της οποίας κρίθηκε αποδεκτή στον διαγωνισμό και κατατάχθηκε δεύτερη μετά την ανάδοχο, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης πράξης, ως βλαπτόμενη κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς άλλης συμμετέχουσας, η οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος, στηριζόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή της άλλης συμμετέχουσας, καθώς και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση.

4. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στις 25/10/2022 σε όλους τους συμμετέχοντες.

5. Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε εν γένει παραδεκτά και εμπρόθεσμα, με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 3/11/2022 την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής.

6. Επειδή με την υπ' αριθ. 2130/2022 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε μεταξύ άλλων Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της επί της προσφυγής.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην ΕΑΔΗΣΥ και στους συμμετέχοντες στις 4/11/2022 τις με αρ. πρωτ. 23825/4.11.2022 απόψεις της επί της προσφυγής, αιτούμενη παραλλήλως την απόρριψή της. Επί των άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής και προς αντίκρουσή τους, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 9/11/2022 παραδεκτώως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 εδ. τελευταίο του ν. 4412/2016, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

9. Επειδή δυνάμει της με αριθμό .../20 διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο, ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την «Προμήθεια συσκευών ... (...)» προς κάλυψη των αναγκών του, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, εκτιμώμενης αξίας 161.290,32€, χωρίς ΦΠΑ (και 200.000€ με ΦΠΑ). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε ένα (1) έτος από την υπογραφή της, με δικαίωμα του ... για μονομερή παράταση για ακόμα ένα (1) έτος με τους ίδιους όρους και τιμές και μέχρι την απορρόφηση του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις **9-11-2021** με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 10/1/2022 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών η 14/1/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, τρεις (3) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και ο

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

οικονομικός φορέας «... ..». Με το υπ' αρ./9-5-2022 Πρακτικό, η Επιτροπή του διαγωνισμού έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές και των τριών συμμετεχουσών εταιρειών και προέβη στη βαθμολόγηση αυτών, επί τη βάσει των κριτηρίων αξιολόγησης της διακήρυξης. Η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας έλαβε σταθμισμένη βαθμολογία κριτηρίων 105,20, όπως επίσης και η προσφορά του οικονομικού φορέα, ενώ η παρεμβαίνουσα ... έλαβε 102 βαθμούς. Το άνω Πρακτικό επικυρώθηκε με την 541/18.05.2022 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (Θέμα 56^ο). Ακολούθως, με την 997/2022 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το .../30.8.2022 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού περί αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα ..., η οποία κλήθηκε να υποβάλλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η δε προσφεύγουσα κατατάχθηκε δεύτερη σύμφωνα με τον εφαρμοζόμενο τύπο βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η ... κατέθεσε μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 16/9/2022 τον φάκελο δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Με το υπ' αρ. πρωτ. 19563/23.9.2022 Πρακτικό, η Επιτροπή εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της ... και την ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου. Το εν λόγω Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού επικυρώθηκε με την **1110/2022** απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης οριστικής κατακύρωσης στρέφεται η προσφεύγουσα, αιτούμενη την ακύρωσή της για τους λόγους που αναπτύσσονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

11. Επειδή, ειδικότερα, με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι κατά παράβαση του άρθρου 2.2.3.1 της διακήρυξης έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της αναδόχου, ήδη παρεμβαίνουσας, και τούτο διότι προσκόμισε τα ποινικά μητρώα μόνο των μελών του Διοικητικού της Συμβουλίου, παραλείποντας να προσκομίσει αποσπάσματα ποινικών μητρώων για τους υπαλλήλους της εταιρείας και τα τρίτα πρόσωπα, στα οποία, σύμφωνα με το ισχύον καταστατικό της, έχουν ανατεθεί αρμοδιότητες και εξουσίες εκπροσώπησης, όπως ειδικώς περιγράφονται στις σελ. 12, 13, 14, 15, 16, 17 και 18 της προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθρο 2.2.3.1 της διακήρυξης, το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 και νομολογία διοικητικών δικαστηρίων και του Αρείου Πάγου, διατείνεται ότι η υποχρέωση προσκόμισης ποινικού μητρώου δεν αφορά περιοριστικά τα πρόσωπα, που αναφέρονται στο άρθρο 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016, δηλαδή τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, τα μέλη του Δ.Σ και τα πρόσωπα στα οποία έχει ανατεθεί **το σύνολο** της εκπροσώπησης της ανώνυμης εταιρείας, αλλά και κάθε τρίτο πρόσωπο, στο οποίο έχουν ανατεθεί (οργανικές) εξουσίες εκπροσώπησης της ανώνυμης εταιρείας, ώστε να ενεργεί ως υποκατάστατο όργανο του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στο άρθρο 20 του Καταστατικού της αναδόχου προβλέπεται η ανάθεση αρμοδιοτήτων και εξουσιών εκπροσώπησης σε υπαλλήλους της αναδόχου εταιρείας και σε τρίτα πρόσωπα για τα οποία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας πάντοτε, η ανάδοχος είχε υποχρέωση προσκόμισης ποινικών μητρώων. Περαιτέρω, με τον **δεύτερο λόγο** της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι κατά παράβαση των άρθρων 2.2.5 και 2.2.9.2 της διακήρυξης έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας και τούτο διότι δεν προσκόμισε, ως όφειλε, οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα για το έτος 2021, παρά το γεγονός ότι οι καταστάσεις αυτές είχαν εγκριθεί κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (16.9.2022).

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ζητά την απόρριψη αμφότερων των λόγων της προσφυγής. Επί του **πρώτου** λόγου αντιτείνει ότι από την παρεμβαίνουσα υποβλήθηκαν σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης τα ποινικά μητρώα των κ.κ, ... Παπαδόπουλου και, ενώ τα για τους λοιπούς υπαλλήλους και τα τρίτα πρόσωπα, που η προσφεύγουσα αναφέρει, δεν υπήρχε υποχρέωση προσκόμισης ποινικών μητρώων, καθώς δεν τους είχε εκχωρηθεί το σύνολο της εκπροσώπησης της εταιρείας σύμφωνα με το ισχύον καταστατικό της. Επί του **δεύτερου** λόγου, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η ανάδοχος, όπως άλλωστε και οι λοιπές συμμετέχουσες, είχαν ορθώς συμπληρώσει προαποδεικτικά στο ΕΕΕΣ τον κύκλο εργασιών τους για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2018-2019-2020) και, άρα, ορθώς προσκόμισε αποδεικτικά έγγραφα (ισολογισμούς) για τα έτη αυτά. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι κατά τον

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

κρίσιμο χρόνο υποβολής των προσφορών (10-1-2022) ήταν αδύνατη η υποβολή οικονομικών καταστάσεων του έτους 2021 τόσο για την παρεμβαίνουσα όσο και για το σύνολο των συμμετεχόντων.

13. Επειδή η παρεμβαίνουσα αντικρούει τους προβαλλόμενους λόγους της προσφυγής, επισημαίνοντας ως προς τον **πρώτο** λόγο ότι σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης αλλά και τις διατάξεις του ν. 4412/2016 δεν όφειλε να προσκομίσει ποινικά μητρώα για πρόσωπα της εταιρείας στα οποία δεν έχει εκχωρηθεί το σύνολο της εκπροσώπησης της εταιρείας. Αναφορικά με τον **δεύτερο** λόγο αντιτείνει ότι, ενόψει του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης (9-11-2021), αλλά και του χρόνου υποβολής των προσφορών (10-1-2022) ορθώς δήλωσε στο ΕΕΕΣ για την προαπόδειξη της αξιούμενης χρηματοοικονομικής ικανότητας τον κύκλο εργασιών για τις χρήσεις των ετών 2018 -2019 -2020, ενώ ομοίως ορθώς και σύμφωνα με τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ της, προσκόμισε κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης τις οικονομικές καταστάσεις (ισολογισμούς) των ετών 2018-2019-2020, η δε υπεύθυνη δήλωση για τον κύκλο εργασιών του έτους 2021 ως εκ περισσού υποβλήθηκε, καθώς δεν ζητείται από τη διακήρυξη.

14. Επειδή εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων», το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού - Εξουσιοδοτική διάταξη (άρθρο 57 παρ. 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» και το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του ν. 4412/2016.

15. Επειδή στην διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους συμμετέχοντες, σε σχέση με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα ορίζονται τα ακόλουθα: **«2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού: Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:...2.2.3.1. Όταν υπάρχει σε βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική**

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

απόφαση για ένα από τα ακόλουθα εγκλήματα:.....(α)...(β)...(γ) Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται, επίσης, όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. **Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά - στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον διευθύνοντα Σύμβουλο, τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, καθώς και τα πρόσωπα στα οποία με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου έχει ανατεθεί το σύνολο της διαχείρισης και εκπροσώπησης της εταιρείας», «2.2.5. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια:** Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν ότι διαθέτουν /παρέχουν **γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων ετών** τουλάχιστον ίσο με την εκτιμώμενη αξία των προσφερόμενων ειδών της παρούσας διακήρυξης, χωρίς Φ.Π.Α. Αν ο οικονομικός φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβληθεί δήλωση για όσο χρόνο λειτουργεί. Σε περίπτωση που οι πληροφορίες σχετικά με τον κύκλο εργασιών (γενικό) δεν είναι διαθέσιμες για ολόκληρη την απαιτούμενη περίοδο, πρέπει να αναφερθεί η ημερομηνία που ιδρύθηκε ή άρχισε τις δραστηριότητες του ο οικονομικός φορέας. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. **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 στο άρθρο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. **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.[...]Ειδικότερα οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: **α)** για την παράγραφο 2.2.3.1 **απόσπασμα του σχετικού**

*μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμο έγγραφο που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και στα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή στα πρόσωπα που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό **κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην ως άνω παράγραφο 2.2.3.1,[..]B.3.** Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, (στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας) και υπεύθυνη δήλωση περί κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, **για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις** κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο».*

16. Επειδή από τις προπαρατεθείσες διατάξεις 2.2.3.1 και 2.2.9.2 (B1) της διακήρυξης προκύπτει ότι αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας, σε περίπτωση που το πρόσωπο, εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση, είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Στην περίπτωση δε οικονομικού φορέα, που λειτουργεί υπό τον εταιρικό τύπο της ανώνυμης εταιρείας, η συγκεκριμένη ρύθμιση αφορά κατά τη ρητή και σαφή διατύπωση της διακήρυξης τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, καθώς και τα πρόσωπα στα οποία με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου έχει ανατεθεί **το σύνολο** της διαχείρισης και εκπροσώπησης της εταιρείας. Επίσης, προκύπτει ότι για την απόδειξη της μη

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.1. (τέλεση ποινικών αδικημάτων), ο προσωρινός ανάδοχος στην περίπτωση που πρόκειται για ημεδαπή ανώνυμη εταιρεία οφείλει να προσκομίσει απόσπασμα ποινικού μητρώου για τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου και τα πρόσωπα στα οποία έχει ανατεθεί με απόφαση του Δ.Σ. το **σύνολο** της εκπροσώπησης και διαχείρισης της εταιρείας.

17. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον φάκελο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου της παρεμβαίνουσας, με βάση το προσκομιζόμενο με αριθμό πρωτοκόλλου 1942945.2861964/29.8.2022 Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ, το Διοικητικό Συμβούλιο της εν λόγω εταιρείας αποτελείται από τους κ.κ., Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο,, Αντιπρόεδρο και Γενικό Οικονομικό Διευθυντή και, Μέλος. Συναφώς, η ως άνω εταιρεία προσκόμισε για όλους τους ανωτέρω αντίγραφα ποινικού μητρώου, που καλύπτουν τόσο το χρόνο υποβολής της προσφοράς της όσο και τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης (πρβλ. ηλεκτρονικά αρχεία της παρεμβαίνουσας με τίτλο «1. Penal Records_DT_IP_DP_TP» και «1.1 Penal Records - August 2022»). Εν όψει των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η παρεμβαίνουσα προσκόμισε, ως όφειλε, τα επί ποινή αποκλεισμού αποσπάσματα ποινικού μητρώου για το σύνολο των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου αυτής, ορθά η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της και έκρινε αυτά πλήρη. Εξάλλου, δεν υπήρχε υποχρέωση προσκόμισης αποσπασμάτων για τα λοιπά κατονομαζόμενα στην προσφυγή πρόσωπα (υπαλλήλους της παρεμβαίνουσας και τρίτα πρόσωπα), όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, και τούτο διότι αυτά δεν αποτελούν μέλη του Δ.Σ. της παρεμβαίνουσας, ούτε έχουν γενική/συνολική εξουσία διοίκησης και εκπροσώπησης της εταιρείας, όπως προκύπτει από το προσκομιζόμενο Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης και από το Πιστοποιητικό Αναλυτικής Εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ. Όπως βάσιμα προβάλλουν η αναθέτουσα και η παρεμβαίνουσα εταιρεία, τα πρόσωπα αυτά έχουν εξουσιοδοτηθεί από το ΔΣ της εταιρείας να υπογράφουν, εκπροσωπούν και δεσμεύουν την εταιρεία όχι συνολικά αλλά σε σχέση με συγκεκριμένο κύκλο αρμοδιοτήτων ο καθένας (πρβλ. ad hoc ΑΕΠΠ 574/2021, 546/2019 σκ. 57). Άρα, οι οικείες αιτιάσεις της προσφεύγουσας στο πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

του **πρώτου λόγου** της προσφυγής είναι απορριπτές ως μη ερειδόμενες στη διακήρυξη.

18. Επειδή, τέλος, επί των αιτιάσεων που προβάλλονται στο πλαίσιο του **δεύτερου** λόγου της προσφυγής γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης, οι συμμετέχοντες πρέπει να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων ετών τουλάχιστον ίσο με την εκτιμώμενη αξία των προσφερόμενων ειδών της διακήρυξης, χωρίς Φ.Π.Α. Προς απόδειξη πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, ο προσωρινός ανάδοχος, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2 (B.3), προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, και υπεύθυνη δήλωση περί κύκλου εργασιών **για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις** κατ' ανώτατο όριο. Από τη γραμματική διατύπωση του ανωτέρω άρθρου προκύπτει ότι η αξιούμενη χρηματοοικονομική ικανότητα αποδεικνύεται από τις οικονομικές καταστάσεις των «τριών τελευταίων χρήσεων». Με δεδομένο ότι, έως την 30^η Σεπτεμβρίου κάθε έτους αναρτώνται στο ΓΕΜΗ οι ετήσιες οικονομικές καταστάσεις των εταιρειών πολλών εταιρικών τύπων (ΑΕ, ΕΠΕ, ΙΚΕ κλπ, βλ. και ν. 4965/2022) για την προηγούμενη οικονομική χρήση, ενόψει και του χρόνου δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης (9-11-2021) και υποβολής των προσφορών (10-1-2022), καθίσταται σαφές ότι οι **τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις** στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία αφορούν στα έτη 2018, 2019 και 2020 (πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 1078/2022, ΔΕφΠειραιά 322/2021). Άλλωστε, από το υποβληθέν ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, προκύπτει πως η τελευταία δήλωσε (όπως άλλωστε και η προσφεύγουσα) τον ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2018, 2019 και 2020. Άρα, ορθώς, νομίμως και σύμφωνα με τις απαιτήσεις των άρθρων 2.2.5 και 2.2.9.2 (B3) της διακήρυξης, υπέβαλε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης τους ισολογισμούς των ετών αυτών (2018-2019-2020), αποδεικνύοντας όσα προαποδεικτικώς δήλωσε. Η προσκόμιση από την παρεμβαίνουσα υπεύθυνης δήλωσης για τον κύκλο εργασιών του έτους 2021 έλαβε χώρα ως εκ περισσού, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της τελευταίας και της αναθέτουσας αρχής. Τούτο διότι, κρίσιμος χρόνος για την απόδειξη των ζητούμενων με τη διακήρυξη κριτηρίων ποιοτικής επιλογής είναι ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης και υποβολής των προσφορών, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι, κατά το χρόνο υποβολής των

Αριθμός απόφασης: 1780/2022

δικαιολογητικών κατακύρωσης, είχαν δημοσιευτεί οι οικονομικές καταστάσεις του έτους 2021, το οποίο είναι άνευ νομικής επιρροής, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Άρα, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτός ως μη ερειδομένος στη διακήρυξη, αλλά και ως αβάσιμος, κατ' αποδοχή των οικείων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής και απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, όπως διαλαμβάνονται στην προσφυγή και το υπόμνημά της.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό, η δε παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ