

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει:

(α) την από 26.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 163/28-01-2022 της προσφεύγουσας ένωσης εταιριών «...», που αποτελείται από τους ακόλουθους οικονομικούς φορείς – μέλη της : α) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ... αριθμός 44, όπως εκπροσωπείται νόμιμα β) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ..., οδός ... αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και γ) την εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ... αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «α' προσφεύγων».

(β) την από 26.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 165/28-01-2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής «ο β' προσφεύγων».

Κατά του «...» και κατά της με αριθμ. 8028/1/182/1– η' /16-01-2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία, έγινε δεκτό το πρακτικό με αριθμ. 8028/1/183/25-ρθ' /19-10-2021 της Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο: (α) απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, σύμφωνα με την ως άνω α' προσφυγή και (β) δεν απορρίφθηκε η προσφορά της ένωσης εταιριών «...» και για πρόσθετους λόγους, πέραν, δηλαδή, αυτών για τους οποίους, ήδη, απορρίφθηκε με την προσβαλλομένη, σύμφωνα με την ως άνω β' προσφυγή, εφεξής «η προσβαλλομένη» και

Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιριών «...», που αποτελείται από τους ακόλουθους οικονομικούς φορείς – μέλη της : α) την ανώνυμη εταιρία με

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ... αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα β) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ..., οδός ... αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και γ) την εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ... αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο α' προσφεύγων, αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το προσβαλλόμενο ως άνω σκέλος και ειδικότερα κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο β' προσφεύγων, αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το προσβαλλόμενο ως άνω σκέλος και ειδικότερα κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο δεν απορρίφθηκε η προσφορά του παρεμβαίνοντος ...» και για πρόσθετους λόγους.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων ...» αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας β' προσφυγής, με την οποία ζητείται η απόρριψη της προσφοράς του και για πρόσθετους λόγους.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων ... αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας α' προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του α' προσφεύγοντος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της α' προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 12.148,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Περαιτέρω, για την άσκηση της β' προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 12.148,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Αμφότερα τα παράβολα υπολογίστηκαν βάσει της προυπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 2.429.516,13 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. ... διακήρυξη προκήρυξε τη διενέργεια κλειστού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού, δύο (2) σταδίων (Α' και Β'), για την υλοποίηση της κεντρικής υποδομής του εθνικού Συστήματος Εισόδου - Εξόδου, όπως περιγράφεται στην παράγραφο 1.3 «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της Σύμβασης» και στο Παράρτημα Ι «Τεύχος τεχνικών προδιαγραφών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του εθνικού Συστήματος Εισόδου – Εξόδου ΣΤΑΔΙΟ Α'», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (αφορά Β' στάδιο), για τη σύναψη σύμβασης εκτιμώμενης αξίας 2.429.516,13 ευρώ, άνευ Φ.Π.Α., συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και δαπανών, πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α. που αντιστοιχεί στο ποσό των 583.083,87 ευρώ, ήτοι συνολική αξία σύμβασης 3.012.600,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένων Φ.Π.Α., κρατήσεων και δαπανών. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη διακήρυξη, προσκαλείται κατά το Α' στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας οποιοδήποτε οικονομικός φορέας που δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 2.2.3 και ικανοποιεί τα κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5 και 2.2.6, όπως υποβάλει αίτηση συμμετοχής εντός προθεσμίας τριάντα (30) τουλάχιστον ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης στην Υπηρεσία Επισήμων Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 28 παρ. 4, 36 και 84 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει. Στο Α' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας αξιολογούνται οι αιτήσεις συμμετοχής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

παράγραφο 3.1.2. του παρόντος τεύχους διακήρυξης, από το οποίο (στάδιο) θα αναδειχθούν οι οικονομικοί φορείς που θα προσκληθούν στο Β΄ Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να υποβάλλουν προσφορά. Ειδικότερα, στο Β΄ στάδιο θα προσκληθούν οι πέντε (5) πρώτοι οικονομικοί φορείς με βάση τη κατάταξη των αιτήσεων συμμετοχής, ήτοι οι φάκελοι αιτήσεων συμμετοχής με τις πέντε (5) υψηλότερες συνολικές βαθμολογίες. Κατά το Β΄ Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τους επιλεγέντες οικονομικούς φορείς που θα προκύψουν από το Α΄ Στάδιο, προκειμένου να υποβάλουν προσφορά. Στο Β΄ Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας θα δοθεί στους προεπιλεγέντες οικονομικούς φορείς το Β΄ τεύχος διακήρυξης, στο οποίο θα περιλαμβάνεται ως χωριστό παράρτημα πλήρες τεύχος τεχνικών προδιαγραφών και θα προσκληθούν να υποβάλουν προσφορά (Δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά – οικονομική προσφορά). Η διαδικασία υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών του Β΄ Σταδίου, με βάση το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, αναφέρονται στο Β΄ τεύχος διακήρυξης της παρούσας διαδικασίας.

3. Επειδή, το Α΄ τεύχος της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15-05-2020 (ΑΔΑΜ ...). Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης (Α΄ και Β΄ τεύχος της διακήρυξης) καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ. Προκήρυξη της παρούσας Σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση την 12-05-2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

4. Επειδή, 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.

5. Επειδή η υπό εξέταση α΄ προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 26-01-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 16-01-2022, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης ασκήθηκε με τη

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, και η υπό εξέταση β' προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 26-01-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 16-01-2022, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία υποβλήθηκαν έξι προσφορές. Μετά την αξιολόγηση των υποβληθεισών αιτήσεων συμμετοχής εκδόθηκε η με αριθμ. 8028/1/182 – μδ'/25-07-2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγιναν δεκτές τέσσερις (4) από τις υποβληθείσες αιτήσεις συμμετοχής και απορρίφθηκαν δυο (2), μεταξύ των οποίων και του α' προσφεύγοντος. Με την 1189/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., που εκδόθηκε επί προδικαστικής προσφυγής του α' προσφεύγοντος, ακυρώθηκε η ως άνω απόφαση, κατά το μέρος της που είχε απορρίψει την αίτηση συμμετοχής του στο διαγωνισμό κι έτσι ο α' προσφεύγων επανήλθε στο διαγωνισμό. Στη συνέχεια εκδόθηκε το δεύτερο τεύχος της ίδιας ... διακήρυξης, με το οποίο προσκλήθηκαν να υποβάλουν προσφορές οι οικονομικοί φορείς, που οι αιτήσεις συμμετοχής τους είχαν γίνει δεκτές. Μετά την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών εκδόθηκε η 8028/1/182 – ριδ'/23-01-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγιναν δεκτές οι προσφορές του α' προσφεύγοντος και των εταιριών «....» και «....» και απορρίφθηκε η προσφορά της ενώσεως «....». Κατόπιν προσφυγής της ως άνω αποκλεισθείσας ενώσεως εκδόθηκε η Ε3/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. που ακύρωσε την ως άνω απόφαση, κατά το μέρος που απέκλεισε την ως άνω ένωση. Σε συμμόρφωση με την τελευταία αυτή απόφαση της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

εκδόθηκε η 8028/1/182–ρλδ΄/20-03-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ανακλήθηκε η 8028/1/182-ριδ΄/23-01-2021 όμοια, έγινε αποδεκτή η προσφορά της ενώσεως «....» και βαθμολογήθηκαν οι τέσσερις αποδεκτές προσφορές. Κατά της ανωτέρω αποφάσεως, ο νυν α΄ προσφεύγων άσκησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. την από 30-03-2021 προδικαστική προσφυγή, επιδιώκοντας τον αποκλεισμό της ανταγωνίστριας εταιρείας. Επί της εν λόγω προσφυγής εκδόθηκε η 837/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία η προσφυγή έγινε δεκτή, ακυρώθηκε η αποδοχή της προσφοράς της ενώσεως «....» και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να ζητήσει από την ανταγωνίστρια διευκρινίσεις αναφορικά με την προσφορά της. Μετά την έκδοση της αποφάσεως αυτής η αναθέτουσα αρχή ζήτησε, με το 8028/1/182-ρνα΄/10-05-2021 έγγραφό της, διευκρινίσεις από την ως άνω εταιρεία. Σε απάντηση του εγγράφου αυτού η εν λόγω συμμετέχουσα απέστειλε στην αναθέτουσα αρχή το από 17-05-2021 έγγραφο διευκρινίσεων. Οι διευκρινίσεις αυτές εξετάστηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης και εκδόθηκε το πρακτικό 51-α/18-05-2021 με το οποίο οι ως άνω διευκρινίσεις κρίθηκαν αποδεκτές. Το πρακτικό αυτό εγκρίθηκε με την 8028/1/ 182 – ρνζ΄/28-05-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της ανωτέρω συμμετέχουσας ένωσης, ορίστηκε δε ότι κατά τα άλλα ισχύει η προαναφερόμενη 8028/1/182 – ρλδ΄/20-03-2021 απόφαση. Κατόπιν αποσφράγισης και αξιολόγησης και των οικονομικών προσφορών εκδόθηκε η 8028/1/182-ρπα΄/26-07-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της ενώσεως «....» και έγιναν αποδεκτές οι λοιπές προσφορές. Προσφυγή της ως άνω ενώσεως κατά της αποφάσεως αυτής απορρίφθηκε με την 1528/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Στη συνέχεια με το 8028/1/182/1-α΄/28-09-2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής κλήθηκε ο νυν α΄ προσφεύγων να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, ως έχων υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Μετά την υποβολή και την αξιολόγηση των υποβληθέντων δικαιολογητικών εκδόθηκε η ήδη προσβαλλόμενη 8028/1/182/1– η΄/16-01-2022 απόφαση, με την οποία, κατά μερική αποδοχή του πρακτικού 8028/1/183/25-ρθ΄/19-10-2021 της Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών της

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

αναθέτουσας αρχής, η προσφορά του νυν α' προσφεύγοντος απορρίφθηκε και διατάχθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Κατόπιν των ανωτέρω, ο α' προσφεύγων με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλομένης καθώς, επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παρανομία της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως προσωρινού αναδόχου. Περαιτέρω, η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του α' προσφεύγοντος και, ήδη, παρεμβαίνοντας είναι επωφελής ως προς το διατακτικό της για τον β' προσφεύγοντα και συνεπώς η πράξη απόρριψης μίας προσφοράς δεν μπορεί, υπό το πρίσμα αυτό, να προβληθεί παραδεκτά από άλλον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό, με αίτημα την αντικατάσταση των αιτιολογιών της απόρριψης ή την προσθήκη επιπλέον τέτοιων. Οι, δε, διαφορετικοί ή επιπλέον λόγοι απόρριψης προσφοράς μπορεί να προβληθούν από έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα μόνο σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, οπότε ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας θα δικαιούται είτε να εγείρει και αυτός προδικαστική προσφυγή κατά της εκ των υστέρων αποδοχής της προσφοράς είτε να προσφύγει δικαστικώς κατά της ως άνω αποδοχής προβάλλοντας νέες αιτιάσεις κατά της επίμαχης προσφοράς. Ως εκ τούτου, η προσφυγή κατά το σκέλος αυτής που αφορά την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ...» για έτερους, πρόσθετους λόγους αποκλεισμού από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη απόφαση, ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 1006/2021, 1597/2020)

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 26-01-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση α' προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή την 27-01-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση β' προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με τις υπ' αριθμ.166/2022 και 167/2022 Πράξεις του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου και τις υπ'αριθμ. 218/2022 και 219/2022

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

τροποποιητικές τοιαούτων, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση α' και β' προσφυγής, αντίστοιχα.

9. Επειδή, ο παρεμβαίνων ...» στις 4-02-2022 άσκησε νομίμως κι εμπροθέσμως παρέμβασή του, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασηθείσας β' προσφυγής, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της β' προσφυγής. Πλην, όμως, η υπό κρίση παρέμβαση δεν εξετάζεται σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω υπό σκέψη 6. Ειδικότερα, η εξέταση της υπό κρίση παρέμβασης καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257), και παρέλκει η συζήτησή της, δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

10. Επειδή, ο παρεμβαίνων ... στις 7-02-2022 άσκησε νομίμως κι εμπροθέσμως παρέμβασή του, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασηθείσας α' προσφυγής, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της β' προσφυγής, τούτου δοθέντος ότι, βάσει της προσβαλλομένης, κατόπιν απόρριψης της προσφοράς του α' προσφεύγοντος, ανακηρύσσει ο ίδιος προσωρινός ανάδοχος της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Επειδή, στις 4-02-2022 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί των ανωτέρω δύο προσφυγών, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν σε αμφοτέρους τους προσφεύγοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

12. Επειδή, στις 9-02-2022 αμφοτέροι οι προσφεύγοντες υπέβαλαν εμπρόθεσμα ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, οι ως άνω προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

14. Επειδή, σύμφωνα με τον α' προσφεύγοντα: (α) Τα υποβληθέντα από τον ίδιο δικαιολογητικά κατακύρωσης ήταν πλήρη, βάσει των απαιτήσεων της διακηρύξεως που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και άρα η απόρριψη της προσφοράς του δεν είναι νόμιμη, αλλά παραβιάζει τη διακήρυξη, δοθέντος ότι το ποινικό μητρώο προσώπων, που υπήρξαν στο παρελθόν κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, αλλά δεν είναι πλέον κατά τον χρόνο της κατακύρωσης, μέλη της διοίκησης του προσωρινού αναδόχου, δεν προβλέπεται ως υποβλητέο δικαιολογητικό. Σε κάθε περίπτωση, κατά τον α' προσφεύγοντα, ακόμα και αν θεωρηθεί, ότι η αληθινή έννοια της διακήρυξης είναι, ότι επί μεταβολής των μελών της διοίκησης του προσωρινού αναδόχου στο διάστημα από την υποβολή της αίτησης συμμετοχής έως την κλήση για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, απαιτείται η υποβολή ποινικών μητρώων και των αποχωρησάντων μελών, η αναθέτουσα αρχή, πάντως, όφειλε, λόγω της ασάφειας της διακήρυξης, να τον καλέσει σε εκ των υστέρων συμπλήρωση του μη υποβληθέντος ποινικού μητρώου του αποχωρήσαντος μέλους του διοικητικού μας συμβουλίου. Περαιτέρω, η απουσία κωλύματος λόγω ποινικής καταδίκης του ως άνω πρώην μέλους του Διοικητικού Συμβουλίου ήταν ούτως ή άλλως γνωστή στην αναθέτουσα αρχή. Συγκεκριμένα, στις 11-09-2020, ήτοι μετά την υποβολή της αιτήσεως συμμετοχής στο πρώτο στάδιο του προκείμενου διαγωνισμού, κατόπιν πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πλαίσιο του διαγωνισμού της διακήρυξης ... (έγγραφο 8028/1/178-οστ'/04-09-2020), υποβλήθηκε, μεταξύ των άλλων δικαιολογητικών κατακύρωσης, το από 07-07-2020 απόσπασμα ποινικού μητρώου της Ακολούθως στις 30-10-2020 υπογράφηκε ανάμεσα στην ίδια αναθέτουσα αρχή και μέλους της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών η 156/2020 σύμβαση προμήθειας, πράγμα που δηλώνει σαφώς, ότι η αναθέτουσα αρχή τελούσε σε γνώση της ελλείψεως κωλύματος συμμετοχής που να συνδέεται με ποινική καταδίκη της ...

15. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: (α) Στις παραγράφους 2.2.1 και 2.2.8.2 της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης (Β' Τεύχος) της Διεύθυνσης Προμηθειών / Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ. αναφέρεται ρητά και με σαφήνεια ότι τα αποδεικτικά μέσα, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

2.2.7, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης συμμετοχής (Α΄ στάδιο), την υποβολή της προσφοράς των προσκεκλημένων οικονομικών φορέων κατά το Στάδιο Β΄ και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Επομένως, ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται ότι, από το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, προβλέπεται η προσκόμιση των ποινικών μητρώων των μελών της διοίκησης του οικονομικού φορέα, τόσο κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης συμμετοχής και της προσφοράς όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με την παράγραφο 3.2 της διακήρυξης, ενώ τυχόν αιτιάσεις της προσφεύγουσας ένωσης περί του αντιθέτου πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμες. Εξάλλου, πέραν της ρητής μνείας των παραγράφων 2.2.1 έως 2.2.7, η παράγραφος 2.2.8.2. της Διακήρυξης αναφέρεται στο σύνολο των αποδεικτικών μέσων που οφείλει ο προσωρινός ανάδοχος να υποβάλει, ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ένωσης ότι δήθεν η υποβολή πιστοποιητικών που αφορούν στο χρόνο υποβολής της προσφοράς προβλέπεται αποκλειστικά για τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας είναι αυθαίρετος και αποπροσανατολιστικός. Η Διεύθυνση Προμηθειών/Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ., ως Αναθέτουσα Αρχή είχε δέσμια υποχρέωση και όχι διακριτική ευχέρεια να απορρίψει άνευ ετέρου την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας, η δε μη απόρριψη της προσφοράς της θα ισοδυναμούσε με άνιση μεταχείριση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, παραβίαση της αρχής της δεσμευτικότητας της διακήρυξης και εν τέλει ακυρότητα της διαδικασίας, επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους.

16. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος ...: (α) οι ισχυρισμοί του α΄ προσφεύγοντος δεν βρίσκουν έρεισμα στο Νόμο. Ειδικότερα, η δια του ΕΕΕΣ δήλωση περί απουσίας ποινικής καταδίκης, ήτο επαρκής ως προκαταρκτική απόδειξη, κατά τον χρόνο αξιολογήσεως δικαιολογητικών συμμετοχής, όμως η ορθότητα και αληθεία αυτής έπρεπε να αποδειχθεί κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσεως, με τα προβλεπόμενα υπό της διακηρύξεως οριστικά αποδεικτικά στοιχεία, ήτοι τα

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

αποσπάσματα ποινικού μητρώου. Η δε μη απόδειξη της αληθείας και ορθότητας των δηλώσεων στο ΕΕΕΣ συνιστά λόγο αποκλεισμού του προσωρινού αναδόχου, κατ' άρθρον. 103 παρ. 3 Ν. 4412/2016, και τούτο πέραν και ανεξαρτήτως του ότι με τα δικαιολογητικά κατακυρώσεως, έπρεπε να αποδειχθεί και η διατήρηση από τον προσφεύγοντα της απουσίας λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ήτοι όσον αφορά την απουσία των οικείων ποινικών καταδικών στο πρόσωπο όσων συμμετείχαν στο οικείο διοικητικό όργανο του κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής. Ουδεμία, περαιτέρω, ασάφεια των όρων της διακήρυξης υφίσταται εν προκειμένω. Ακόμη, ο α' προσφεύγων δεν ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να αναζητήσει εάν υφίστατο στο αρχείο της το εν λόγω απόσπασμα ποινικού μητρώου. Αντιθέτως, περιορίζεται απλώς στο να «σημειώσει» τον σχετικό γεγονός και, ως εκ τούτου, δεν προκύπτει με την απαιτούμενη σαφήνεια από το δικόγραφο της προσφυγής, ότι η προσφεύγουσα επικαλείται σχετική πλημμέλεια, η οποία επιφέρει την ακύρωση της προσβαλλομένης για τον ανωτέρω λόγο.

17. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του α' προσφεύγοντος: Η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον λόγο της προσφυγής υποστηρίζοντας ότι σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.1. και 2.2.8.2. του Β τεύχους της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού : «Τα αποδεικτικά μέσα , όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1. έως 2.2.7., κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης συμμετοχής (Α' στάδιο), την υποβολή της προσφοράς των προσκεκλημένων οικονομικών φορέων κατά το στάδιο Β' και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου» Ο ισχυρισμός αυτός δεν ανταποκρίνεται στον αληθινό περιεχόμενο της διακήρυξης. Οι παρ. 2.2.1. και 2.2.8.2. δεν αναφέρονται σε «αποδεικτικά μέσα», αλλά στο «δικαίωμα συμμετοχής». Οι παράγραφοι αυτές της διακήρυξης δεν καθορίζουν τα υποβλητέα «αποδεικτικά μέσα», αλλά τα χρονικά σημεία στα οποία κρίνεται το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό. Τα υποβλητέα «αποδεικτικά μέσα» απαριθμούνται περιοριστικά στην παράγραφο 2.2.8.2.B1 της διακήρυξης. Η παράγραφος αυτή απαιτεί μόνον τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας να καλύπτουν χρονικά σημεία του

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

παρελθόντος (χρόνος υποβολής της συμμετοχής και της προσφοράς). Εξ αντιδιαστολής, λοιπόν, η διακήρυξη δεν απαιτεί υποβολή αποσπάσματος ποινικού μητρώου, το οποίο να καλύπτει την σύνθεση του διοικητικού συμβουλίου του οικονομικού φορέα στα ως άνω παρελθοντικά χρονικά σημεία. Όπως έχει κριθεί επανειλημμένως η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι της διαδικασίας ανάθεσης διατυπώνονται με ακρίβεια, σαφήνεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού. Πλην, όμως, από τη γραμματική διατύπωση της παραγράφου 2.2.8.2.B1 της διακήρυξης προκύπτει πως τα ποινικά μητρώα των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου του μέλους της ένωσής μας «...» έπρεπε να έχουν εκδοθεί το αργότερο τρεις (3) μήνες από την υποβολή τους. Έπρεπε δηλαδή να καταλαμβάνουν τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και μόνο. Λαμβανομένου υπόψη δε ότι κατά τη ρητή διατύπωση της ίδιας παραγράφου μόνον τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας ζητείται να καλύπτουν χρονικά σημεία του παρελθόντος (χρόνος υποβολής της συμμετοχής και της προσφοράς), είναι απίθανο από το συνδυασμό των παραγράφων 2.2.1. και 2.2.8.2. του Β τεύχους της διακήρυξης να μπορεί να συναχθεί υποχρέωσή μας να υποβληθεί ποινικό μητρώο που να καταλαμβάνει και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Για τον λόγο αυτό και δεν υποβλήθηκε ποινικό μητρώο για την ..., η οποία, καίτοι ήταν μέλος του διοικητικού συμβουλίου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, εντούτοις, κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης είχε προ πολλού αποχωρήσει. Σε κάθε περίπτωση, οι ως άνω επίμαχοι όροι της διακήρυξης είναι αντιφατικοί μεταξύ τους, προκαλούν εύλογα σύγχυση και ασάφεια. Η αναθέτουσα αρχή, εσφαλμένα υπολαμβάνει και ότι δήθεν δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 102 παρ. 3 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν από το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, το οποίο είχε ήδη τεθεί σε ισχύ κατά το χρόνο έκδοσης της πληττόμενης απόφασής της (4.6.2021) και, ως

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

ευμενέστερη διάταξη, ήταν εφαρμοστέα ως νομοθετικό πλαίσιο της προκειμένης εκκρεμούς διαγωνιστικής διαδικασίας.

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 73 Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ): «1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 ή είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με άλλο τρόπο, ότι υπάρχει εις βάρος του «αμετάκλητη», καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους:[..] Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν 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. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά: αα) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές, ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον διευθύνοντα σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου[...].»

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ): «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕ- ΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α`75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77[...].»

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 80 Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ): «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Οσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους. «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: α) για την παράγραφο 1 του εν λόγω άρθρου, την προσκόμιση αποσπάσματος του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο εν λόγω οικονομικός φορέας, από τον οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και τα πρόσωπα του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 73[...]. Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 1 του άρθρου 73, την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 και την περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους, β) τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 73 εφόσον είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος, να έχουν εκδοθεί κατά τα οριζόμενα στην προηγούμενη περίπτωση, γ) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 75, τα αποδεικτικά ισχύουσας εκπροσώπησης σε περίπτωση νομικών προσώπων, και τα πιστοποιητικά αρμόδιας αρχής σχετικά με την ονομαστικοποίηση των μετοχών σε περίπτωση ανωνύμων εταιρειών, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, δ) οι ένορκες βεβαιώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους και ε) οι υπεύθυνες δηλώσεις,

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών.».

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 92 Ν.4412/2016 «[...]3. Στην κλειστή διαδικασία, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, στον ανταγωνιστικό διάλογο και στη σύμπραξη καινοτομίας οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την αίτηση συμμετοχής τους μόνο τον φάκελο του άρθρου 93, εκτός από την εγγύηση συμμετοχής. Οι λοιποί φάκελοι της παρ. 2 και η εγγύηση συμμετοχής υποβάλλονται με την προσφορά τους[...]».

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 104 Ν.4412/2016 Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ΄ της παρ.3 του άρθρου 105[...]».

23. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...] 2.2.7.2 [...]«Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.7 κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης συμμετοχής των υποψήφιων οικονομικών φορέων, κατά την υποβολή της προσφοράς των προσκεκλημένων οικονομικών φορέων κατά το Στάδιο Β΄, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 79 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του Ν.4412/2016, ως ισχύει.»

«2.2.1 Δικαίωμα συμμετοχής

1. Δικαίωμα συμμετοχής στο Στάδιο Β΄ της παρούσας κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι δικαίωμα υποβολής προσφοράς για τη σύναψη της παρούσας σύμβασης έχουν αποκλειστικά οι επιλεγέντες υποψήφιοι που συμμετέχουν μετά την ολοκλήρωση του Α΄ Σταδίου και οι οποίοι αποδεικνύουν ότι εξακολουθούν, κατά την υποβολή της προσφοράς, καθώς και σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να πληρούν τους όρους περί μη συνδρομής

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

λόγων αποκλεισμού και τα λοιπά κριτήρια ποιοτικής επιλογής του Τεύχους Διακήρυξης Α' Σταδίου[...]. Στο Β' στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας δικαίωμα συμμετοχής έχουν μόνο οι προσκεκλημένοι οικονομικοί φορείς που θα επιλεγούν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 28 σε συνδυασμό με το άρθρο 84 του Ν. 4412/2016, κατά τη διαδικασία που ορίζεται στην παράγραφο 3.1.2 της παρούσας.

2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού

Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, 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 τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους :[...]Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται, επίσης, όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό.[...] τις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.) και ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.), η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά στους διαχειριστές. Στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά στον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.

«2.2.8.2 Αποδεικτικά μέσα

Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.7 κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς των προσκεκλημένων οικονομικών φορέων κατά το Στάδιο Β', κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 79 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του Ν.4412/2016, ως ισχύει. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

2.2.7 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4 - 2.2.6), όπως έχουν δηλωθεί στο χωριστά υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. από πλευράς των άλλων φορέων[...] Β.1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε κάποια από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: α) Για την παράγραφο 2.2.3.1, απόσπασμα του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου έγγραφου που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, εκδοθέν έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις. 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.

[...]3.2 :

«Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η Αναθέτουσα Αρχή αποστέλλει ειδική έγγραφη ειδοποίηση μέσω του Συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση (προσωρινά ανάδοχο) κατά τις διατάξεις του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών, προσμετρούμενων από την επομένη της κοινοποίησης της σχετικής ειδοποίησης-πρόσκλησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά μέσα (δικαιολογητικά κατακύρωσης), πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.8.2. της παρούσας διακήρυξης, πλην των (υπο)παραγράφων Β4 και Β5, 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 - 2.2.6

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα (προσωρινό ανάδοχο), εντός της τιθέμενης προθεσμίας, ηλεκτρονικά μέσω του Συστήματος, σε μορφή αρχείων .pdf, και προσκομίζονται από αυτόν και εντύπως, κατά περίπτωση, εντός σφραγισμένου φακέλου και εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους, κατά τις διατάξεις του ν. 4250/2014 (Α' 94). Ειδικά τα αποδεικτικά, τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία πρέπει να έχει συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο, φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στην παράγραφο 2.4.2.1. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά, ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της ανωτέρω προθεσμίας αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται, επί ποινή απορρίψεως, με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών. Επισημαίνεται ότι, αίτημα που θα υποβληθεί εκπρόθεσμα, ήτοι μετά την ως άνω προθεσμία των δέκα (10) ημερών, δεν θα εξετάζεται. Η Αναθέτουσα Αρχή, κατόπιν σχετικού εμπρόθεσμου αιτήματος, μπορεί να παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η Αναθέτουσα Αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' του Ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το Σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. Όσοι συμμετέχοντες δεν έχουν αποκλεισθεί οριστικά, λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν :

i) Κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία, που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, 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 αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.5 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας.»

24. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της α' προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 2.2.1 παρ. 1, 5, 2.2.3.1, 2.2.7.2, 2.2.8.2 και 3.2 της διακήρυξης προκύπτει ότι με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται, επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού, όπως είναι το προβλεπόμενο στο άρθρο 2.2.8.2 Β1 α απόσπασμα ποινικού μητρώου του προσφέροντος οικονομικού φορέα καθώς, μεταξύ άλλων και των μελών του Δ.Σ. αυτού, εφόσον πρόκειται για Ανώνυμη Εταιρεία. Εφόσον πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων η μη συνδρομή του οικείου λόγου αποκλεισμού πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο κάθε μέλους της ένωσης. Τα εν λόγω αποδεικτικά μέσα κρίνονται κι, επομένως θα πρέπει να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής της αίτησης συμμετοχής (Α' στάδιο), τον χρόνο υποβολής της προσφοράς των προσκεκλημένων οικονομικών φορέων κατά το Στάδιο Β' και τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου.

25. Επειδή, σύμφωνα με την προσβαλλομένη η προσφορά του α' προσφεύγοντος απορρίφθηκε, μεταξύ άλλων, για τον ακόλουθο λόγο: «1. Για τον οικονομικό φορέα «...», δεν υπέβαλε Απόσπασμα Ποινικού Μητρώου για τη ..., ως μέλος του Δ.Σ. κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του στον εν λόγω διαγωνισμό, ως όφειλε, σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.8.2.Β.1.(α) και 2.2.3.1., σε συνδυασμό με το εδάφιο α' της παραγράφου

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

2.2.8.2.A της οικείας διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού και της παραγράφου 1 του άρθρου 104 του Ν.4412/2016».

26. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και δεν αρνείται με την προσφυγή του ο α' προσφεύγων, κληθείς ο τελευταίος από την αναθέτουσα αρχή να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν προσκόμισε με αυτά το ποινικό μητρώο της κας ..., μέλους Δ.Σ. του μέλους της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών «...», η οποία ήταν μέλος του Δ.Σ της ανωτέρω εταιρείας-μέλους της συμμετέχουσας και ήδη α' προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών κατά τον χρόνο υποβολής της αίτησης συμμετοχής και της υποβολής της προσφοράς. Πλην, όμως, δοθέντος ότι, ως ήδη εκτέθηκε η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού από τους προβλεπόμενους στη διακήρυξη κρίνεται καταρχήν κατά τον χρόνο υποβολής αίτησης συμμετοχής στο στάδιο Α' της διαγωνιστικής διαδικασίας, η έλλειψη ποινικής καταδίκης για τα αδικήματα που αναφέρονται στο άρθρο 2.2.3.1 και συνιστούν λόγο αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, ακόμη και αν συντρέχει η καταδίκη στο πρόσωπο έστω ενός εκ των μελών του διοικητικού συμβουλίου οποιουδήποτε μέλους της ένωσης οικονομικών φορέων θα πρέπει να συντρέχει ήδη κατά τον χρόνο αυτό στο πρόσωπο κάθε ατόμου με τέτοια ιδιότητα εντός της οργάνωσης του οικονομικού φορέα. Περαιτέρω, η μη ύπαρξη τέτοιου λόγου αποκλεισμού συνιστά ένα προσόν (και δη αναγόμενο στην έλλειψη ενός λόγου αποκλεισμού), που πρέπει να συντρέχει, όπως κάθε άλλο προσόν αναγόμενο στην έλλειψη λόγων αποκλεισμού (και την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής), σωρευτικά και αυτοτελώς σε έκαστο εκ των χρονικών σημείων της υποβολής αίτησης συμμετοχής στο Α' στάδιο, της υποβολής προσφοράς στο Β' στάδιο, της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και της υπογραφής της σύμβασης. Επομένως, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης θα πρέπει να υποβάλλονται τα οικεία αποδεικτικά στοιχεία περί μη καταδίκης επί καθενός προσώπου με τέτοια ιδιότητα εντός του οικονομικού φορέα, εκτεινόμενης της αποδείξεως στον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σε αυτόν της υποβολής προσφοράς καθώς και στον χρόνο της υποβολής αίτησης συμμετοχής. Και ναι μεν, η υποβολή ποινικού μητρώου αποτελεί απόδειξη ότι ουδέποτε στο παρελθόν έχει λάβει χώρα η οικεία καταδίκη και επομένως, ποινικό μητρώο

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

που εκδόθηκε κατά τον χρόνο της προθεσμίας των δικαιολογητικών κατακύρωσης αυτονόητα καλύπτει για το πρόσωπο που αφορά και τον χρόνο της υποβολής προσφοράς και αίτησης συμμετοχής, με αποτέλεσμα να μη χρειάζεται η υποβολή διαφορετικών ποινικών μητρώων ανά πρόσωπο, όπως αντίθετα συμβαίνει ως προς τη φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα (βλ. σχετικά και κατωτέρω). Πλην όμως, δεδομένου ότι η έλλειψη καταδίκης σε κάθε πρόσωπο με τέτοια ιδιότητα εντός του νομικού προσώπου, θα πρέπει να συντρέχει ως προσόν σε όλα τα στάδια, συνάγεται ότι στην περίπτωση μεταβολής της σύνθεσης των προσώπων που έχουν τέτοια ιδιότητα εντός του νομικού προσώπου, κατά το μεσοδιάστημα από την υποβολή της αίτησης συμμετοχής έως τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, θα πρέπει να υποβληθούν τα ποινικά μητρώα και αυτών που είχαν τέτοια ιδιότητα κατά τον χρόνο της αίτησης συμμετοχής και μετά την απώλεσαν καθώς και αυτών που δεν είχαν την ιδιότητα αυτή κατά την υποβολή της αίτησης συμμετοχής αλλά μετά την απέκτησαν και προφανώς και αυτοί που διατήρησαν στο ενδιάμεσο την εξαρχής οικεία ιδιότητα. Τούτο, διότι η έλλειψη λόγου αποκλεισμού συνιστώμενου σε ποινική καταδίκη προσώπου με αντίστοιχη ιδιότητα, θα πρέπει ήδη να συντρέχει κατά την υποβολή της αίτησης συμμετοχής και έτσι, με το υποβαλλόμενο με την αίτηση συμμετοχής ΕΕΕΣ ως προκαταρκτική απόδειξη πρέπει να δηλωθεί η έλλειψη τέτοιας καταδίκης για τα πρόσωπα που κατά τον χρόνο της προσφοράς έχουν τέτοια ιδιότητα και με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης θα πρέπει να αποδειχθεί και ότι τέτοιος λόγος αποκλεισμού δεν υπήρχε κατά την υποβολή της αίτησης συμμετοχής, ότι οι δηλώσεις στο ΕΕΕΣ ήταν αληθείς και ότι δεν προέκυψε τέτοιος λόγος αποκλεισμού μεσούντος του διαγωνισμού, οπότε παρότι η αρχική δήλωση στο ΕΕΕΣ ήταν κατά τον χρόνο υποβολής του, ήτοι κατά τον χρόνο της αίτησης, αληθής, πλέον κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν αποδεικνύεται η έλλειψη λόγων αποκλεισμού του προσωρινού αναδόχου, άρα η έλλειψη σχετικής καταδίκης σε κάθε πρόσωπο με αντίστοιχη ιδιότητα εντός της οργάνωσης του. Η μόνη διαφορά που συντρέχει μεταξύ των ως άνω τριών κατηγοριών προσώπων συνίσταται στο ότι ειδικώς όσον αφορά την πρώτη, ήτοι τα πρόσωπα με οικεία ιδιότητα κατά τον χρόνο της αίτησης, η ιδιότητα όμως των οποίων δεν εξακολούθησε, το

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

οικείο ποινικό μητρώο αρκεί να έχει εκδοθεί κατά τον χρόνο υποβολής της αίτησης, αφού ο περί ελλείψεως καταδίκης αυτών των προσώπων, κρίσιμος χρόνος ανάγεται ειδικά και αποκλειστικά στο σημείο υποβολής της αίτησης και είναι αδιάφορο για την αποδοχή της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, αν τυχόν στη συνέχεια, όταν και είχαν απωλέσει την κρίσιμη ιδιότητα τους, τυχόν καταδικάσθηκαν και ούτως δεν έχει καμία έννομη συνέπεια ως προς την προσφορά, η εξακολούθηση της μη καταδίκης τους κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (όπως έχει, αντίστροφα, για τα πρόσωπα που είτε απέκτησαν το πρώτον είτε διατήρησαν την εξαρχής σχετική τους ιδιότητα, μεσούντος του διαγωνισμού και κατέχουν πάντως αυτήν κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης) (βλ. ΑΕΠΠ 1207/2019). Συνεπώς, ο ισχυρισμός του α' προσφεύγοντος, ότι *«το ποινικό μητρώο προσώπων, που υπήρξαν στο παρελθόν κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, αλλά δεν είναι πλέον κατά τον χρόνο της κατακύρωσης, μέλη της διοίκησης του προσωρινού αναδόχου, δεν προβλέπεται ως υποβλητέο δικαιολογητικό»*, τυγχάνει απορριπτέος ως μη ερειδόμενος στη διακήρυξη και στον Νόμο, ιδίως δε στις διατάξεις περί προκαταρκτικής απόδειξης του άρθρου 79 ν. 4412/2016, καθώς και την τελολογία του οικείου ρυθμιστικού πλαισίου. Εξάλλου, ο προσφεύγων με την προσφορά του και ως απαραίτητο προαπαιτούμενο για την αποδοχή αυτής στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, υπέβαλε ΕΕΕΣ που ανέφερε, στο Μέρος ΙΙΙ Ενότητα Α, κατά τα απαιτούμενα εκ του νόμου και της διακήρυξης, ότι δεν συνέτρεχαν τα οικεία ποινικά κωλύματα στο πρόσωπο των μελών του ΔΣ του, που απάρτιζαν το τελευταίο κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, ήτοι και του ΕΕΕΣ. Επομένως, αυτή η δια του ΕΕΕΣ δήλωση ήταν επαρκής ως προκαταρκτική απόδειξη, κατά τον χρόνο αξιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής, όμως έπρεπε να επιβεβαιωθεί κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, με οριστικά αποδεικτικά στοιχεία, κατ' άρ. 79 και 80 παρ. 2 περ. α' Ν. 4412/2016, η δε μη απόδειξη της ορθότητας των δηλώσεων στο ΕΕΕΣ συνιστά λόγο αποκλεισμού προσωρινού αναδόχου κατ' άρ. 103 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και 3.2 της διακήρυξης και τούτο πέραν και ανεξαρτήτως του ότι με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, έπρεπε να αποδειχθεί και η διατήρηση από τον α' προσφεύγοντα της απουσίας λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ήτοι όσον αφορά την απουσία

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

των οικείων ποινικών καταδικών στο πρόσωπο όσων απάρτιζαν το οικείο όργανο του κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η μη απόδειξη περί της οποίας αποτελεί αυτοτελή λόγο αποκλεισμού προσωρινού αναδόχου κατ' άρ. 103 παρ. 5 Ν. 4412/2016. Η δε μη εμπρόθεσμη υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης περί απόδειξης τόσο αυτών που ορίζονται στην παρ. 3 όσο και αυτών που προβλέπονται στην ως άνω παρ. 5 του άρ. 103, συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού προσωρινού αναδόχου κατά την παρ. 4 του ίδιου άρθρου. Επομένως, ο α' προσφεύγων παρέλειψε, καίτοι όφειλε, να υποβάλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του το απόσπασμα ποινικού μητρώου του ως άνω προσώπου, που αποτελούσε μέλος του ΔΣ του κατά τον χρόνο υποβολής της αίτησης συμμετοχής και του ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος, με αποτέλεσμα ούτως, η προσφορά του να είναι αποκλειστέα και λόγω μη εμπρόθεσμης υποβολής δικαιολογητικού κατακύρωσης και λόγω μη απόδειξης ορθότητας των οικείων περί απουσίας ποινικής καταδίκης του ως άνω προσώπου, δηλώσεων του α' προσφεύγοντος οικονομικού φορέα, στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του και επομένως κατ' εφαρμογή του όρου 3.2 περ. ii της διακήρυξης. Εξάλλου, απορριπτέος τυγχάνει ο ισχυρισμός του α' προσφεύγοντος ότι η αναθέτουσα υποχρεούτο να καλέσει τον α' προσφεύγοντα να προσκομίσει το οικείο δικαιολογητικό λόγω ασάφειας της διακήρυξης και τούτο διότι ουδεμία ασάφεια υπήρχε εν προκειμένω, αντιθέτως οι επίμαχοι όροι της διακηρύξεως επαναλαμβάνουν τις σχετικές νομοθετικές διατάξεις, ο δε α' προσφεύγων ως επιμελής διαγωνιζόμενος, όφειλε να γνωρίζει το περιεχόμενό τους και τις απορρέουσες από αυτό υποχρεώσεις. Προς επίρρωση του ανωτέρω αναφέρεται ότι, σε αντίθεση με τους ανωτέρω ισχυρισμούς του α' προσφεύγοντος, το μέλος του «Quality and Reliability», έχοντας πλήρως κατανοήσει και ορθώς ερμηνεύσει τους οικείους όρους της διακήρυξης, έχει προσκομίσει απόσπασμα ποινικού μητρώου του μέλους του διοικητικού της συμβουλίου- κ. Θεοδωρο Καραγιάννη, το οποίο από 29.12.2020 είχε απωλέσει την ανωτέρω ιδιότητα (βλ. σχετικώς την Ετήσια Οικονομική Έκθεση 01.01.2020-31.12.2020 της ως άνω εταιρείας, όπως έχει δημοσιευθεί στον ιστότοπο της και την μερίδα της στο ΓΕΜΗ σελ. 15). Περαιτέρω, σε σχέση με τον ισχυρισμό του α' προσφεύγοντος ότι «η απουσία κωλύματος λόγω ποινικής καταδίκης του ως άνω πρώην μέλους του

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

Διοικητικού Συμβουλίου της πρώτης από εμάς ήταν ούτως ή άλλως γνωστή στην αναθέτουσα αρχή» από προηγούμενο διαγωνισμό, αλυσιτελώς προβάλλεται καθώς η διακήρυξη προβλέπει με σαφήνεια τον τρόπο υποβολής των αποδεικτικών μέσων και σε κάθε περίπτωση το εν λόγω ποινικό μητρώο εκδόσεως 07-07-2020, απείχε πέραν των τριών(3) μηνών από την ημερομηνία υποβολής της αίτησης συμμετοχής του προσφεύγοντος (27-11-2020) κι, επομένως δεν μπορούσε να γίνει δεκτό. Απορριπτέος ακόμη είναι ο ισχυρισμός του α' προσφεύγοντος ότι από τη διακήρυξη συνάγεται ότι μόνο η ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα πρέπει να καλύπτουν και τα τρία στάδια (συμμετοχή-προσφορά-κατακύρωση). Τούτο δε διότι η παρατιθέμενη στην διακήρυξη επισήμανση, κατά την οποία *«τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας ... θα πρέπει να καλύπτουν και τους χρόνους υποβολής της αίτησης συμμετοχής και της προσφοράς»*, επιρρωνύει και δεν αντικρούει, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται ο α' προσφεύγων, όσα ανωτέρω εκτέθηκαν. Ειδικότερα, εν όψει του ότι, τουλάχιστον στην εθνική έννομη τάξη, η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα πιστοποιούν την κατάσταση του οικονομικού φορέα κατά τον χρόνο εκδόσεώς τους, χωρίς να ανατρέχουν σε παρελθόντα χρονικά σημεία, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει στους οικονομικούς φορείς, ότι πρέπει να επιδείξουν την κατάλληλη επιμέλεια, προκειμένου να έχουν στη διάθεσή τους κατά το χρόνο της κατακυρώσεως τα εν λόγω αποδεικτικά μέσα, ώστε να είναι ικανοί να αποδείξουν, ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τους δεν συνέτρεχαν οι σχετικοί λόγοι αποκλεισμού. Αναφορικώς, δε, με τα αποσπάσματα ποινικού μητρώου, δεν υφίστατο χρεία της ανωτέρω επισημάνσεως εκ μέρους της αναθετούσης αρχής και τούτο, διότι το απόσπασμα ποινικού μητρώου, ως εκ της φύσεώς του, πιστοποιεί γεγονότα έχοντα λάβει χώρα κατά το παρελθόν, ως εκ τούτου, ακόμη και σε αυτή την περίπτωση το εν λόγω ποινικό μητρώο δεν ήταν δυνατόν να γίνει αποδεκτό, διότι δεν καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως όφειλε, σύμφωνα προς την παράγραφο 2.2.8.2. περ. Β1.α. της διακηρύξεως και, επομένως, συντρέχει και πάλι ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού. Ακόμη, ο ισχυρισμός του α' προσφεύγοντος στο υπόμνημά του ότι όφειλε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει από αυτόν να συμπληρώσει το ως άνω δικαιολογητικό που δεν

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

υπέβαλε βάσει των διατάξεων του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ως αυτό ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, ουδόλως μπορεί να εξεταστεί από την ΑΕΠΠ καθώς δεν αποτελεί ισχυρισμό που υποβλήθηκε με την προσφυγή αλλά εν πρώτοις με το υπόμνημα, ώστε η τυχόν εξέτασή του θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη υπέρβαση της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, όπως κατ' άρθρον 367 παρ. 1 «αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής», ήτοι θ'αποτελούσε αυτεπάγγελτη ενέργεια, με την οποία θα διευρυνόταν το αντικείμενο της διαφοράς κι, επιπλέον θα παραβιαζόταν η αρχή της αντιμωλίας και της ισότητας των διαδίκων, αφού ο παρεμβαίνων δεν είχε υπό τις ανωτέρω συνθήκες τη δυνατότητα πλήρους κι αποτελεσματικής αντίκρουσης του εν λόγω ισχυρισμού. Σε κάθε περίπτωση, ο α' προσφεύγων ουδόλως αιτήθηκε και δη εμπροθέσμως και με στοιχειοθέτηση της αιτήσεως του προς έκδοση του ποινικού μητρώου αυτού, παράταση της προθεσμίας, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης. Η δε κλήση της αναθέτουσας αρχής προς συμπλήρωση μη υποβληθέντος δικαιολογητικού θα παραβίαζε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και θα εξασφάλιζε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον α' προσφεύγοντα, ο οποίος δεν απέδειξε, σύμφωνα με επί ποινή αποκλεισμού τεθέντα όρο της διακήρυξης, τη μη συνδρομή τέτοιου λόγου, σύμφωνα με όσα ως άνω εκτέθηκαν.

26. Επειδή, κατόπιν της ως άνω πλημμέλειας της προσφοράς του α' προσφεύγοντος, η οποία συνεπάγεται τον αποκλεισμό αυτής κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει ν'απορριφθεί η α' προσφυγή και να γίνει δεκτή η παρέμβαση του οικονομικού φορέα Περαιτέρω δε ν'απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα η β' προσφυγή και κατ'επέκταση να μην εξεταστεί η παρέμβαση του οικονομικού φορέα», σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν υπό σκέψεις 6 και 9.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσουν τα καταβληθέντα παράβολα.

Αριθμός Απόφασης: 277, 278/2022

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την α' προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση του οικονομικού φορέα

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος από τον α' προσφεύγοντα παραβόλου.

Απορρίπτει τη β' προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος από τον β' προσφεύγοντα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 25 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ