

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 9 Μαρτίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη, δυνάμει της με αριθμό 427/2021 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 364/17-02-2021 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αρ...., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», η οποία εδρεύει στην ... (... χλμ. ...), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθούν α) η με αρ. πρωτ. ...απόφαση της ... Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της καθ' ης εταιρείας της 14ης Φεβρουαρίου 2021, κατά το μέρος με το οποίο κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινός ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας για την προμήθεια Rapid Tests για την κάλυψη αναγκών αντιμετώπισης του κορωνοϊού Covid-19, την οποία Η ... διενεργεί και β) η με αρ. πρωτ. ...απόφαση της ... Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της καθ' ης εταιρείας της 16ης Φεβρουαρίου 2021, κατά το μέρος με το οποίο κρίθηκαν παραδεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας εταιρείας και ανακηρύχθηκε αυτή οριστικός ανάδοχος της ως άνω προμήθειας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την εξέταση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 15.000,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο μάλιστα υπερβαίνει το ελάχιστο καταβαλλόμενο ποσό παραβόλου (600,00€), το οποίο στην προκειμένη περίπτωση πρέπει να καταβληθεί, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις, δοθέντος ότι, όπως είναι γνωστό στην ΑΕΠΠ από προηγούμενη διοικητική της ενέργεια (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 573/2021) από την πρόσκληση για την υποβολή προσφορών για την επίμαχη προμήθεια δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης (πρβλ. ΑΕΠΠ 243-247/2021). Συνακόλουθα, εκ του καταβληθέντος παραβόλου, ποσό εξ Ευρώ (15.000,00-600,00=) 14.400,00€ έχει καταβληθεί αχρεωστήτως και θα πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα ανεξαρτήτως αν η προσφυγή της γίνει δεκτή ή απορριφθεί.

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 17-02-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ...Πρόσκληση για την υποβολή προσφορών η εταιρεία «...» (στο εξής καλούμενη «...» ή « αναθέτουσα αρχή») σε εκτέλεση του άρθρου 73 παράγρ. 2 του ν. 4761/2020 σε συνδυασμό με τους όρους της από 25 Φεβρουαρίου 2020 ΠΝΠ και δυνάμει της από 1-2-2021 απόφασης του Δ.Σ. αυτής, η οποία ελήφθη κατά την υπ' αριθμόν 540 συνεδρίαση προκήρυξε διαδικασία για την ανάθεση της προμήθειας με αντικείμενο την «Επείγουσα προμήθεια έως και 5.000.000 Rapid Tests για την κάλυψη αναγκών αντιμετώπισης του κορωνοϊού», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) την 01.02.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α.... Στη διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά (...) οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων, μετά την αποσφράγιση και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών, με τη με αριθμό πρωτ. ...απόφαση της ...

Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... της 14ης Φεβρουαρίου 2021, κατ' έγκριση του με αριθμό πρωτ. ...πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού, έγιναν δεκτές οι προσφορές τριών οικονομικών φορέων και συγκεκριμένα της προσφεύγουσας, της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας με την επωνυμία ..., οι οποίες κατετάγησαν κατά σειρά μειοδοσίας, 1^η η παρεμβαίνουσα με προσφερόμενη ποσότητα το σύνολο της ζητούμενης έναντι συνολικής τιμής προσφοράς με ΦΠΑ 0% 19.000.000,00€, 2^η η προσφεύγουσα με προσφερόμενη ποσότητα ομοίως το σύνολο της ζητούμενης έναντι συνολικής τιμής προσφοράς με ΦΠΑ 0% 20.000.000,00€ και 3^η η εταιρεία ... και αυτή με προσφερόμενη ποσότητα το σύνολο της ζητούμενης έναντι συνολικής τιμής προσφοράς με ΦΠΑ 0% 24.850.000,00€ και έτσι προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης ανακηρύχτηκε η παρεμβαίνουσα. Ακολούθως και μετά την υποβολή δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου από την παρεμβαίνουσα, με τη με αρ. πρωτ. ...απόφαση της ... Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... της 16ης Φεβρουαρίου 2021, κατ' έγκριση του με αρ. πρωτ. ...πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο «Η Επιτροπή δηλώνει ότι παρέλαβε τα απαραίτητα δικαιολογητικά που προβλέπονται από την προσωρινή ανάδοχο», η εταιρεία «...» (παρεμβαίνουσα) ανακηρύχτηκε οριστικός ανάδοχος για την υπ' αρ. Πρωτ. Πρόσκληση ...Α/Α ΕΣΗΔΗΣ... για την προμήθεια των 5.000.000 Rapid Tests για το σύνολο της ζητούμενης ποσότητας (5.000.000), με τιμή μονάδος με ΦΠΑ 0% 3,8€ και συνολική τιμή προσφοράς με ΦΠΑ 0% 19.000.000,00€. Κατά των ως άνω αποφάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου (ΔΣ) του ... στρέφεται η προσφεύγουσα, της πρώτης κατά το μέρος με το οποίο κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινός ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας και της δεύτερης κατά το μέρος με το οποίο κρίθηκαν παραδεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσής της και ανακηρύχθηκε αυτή οριστικός ανάδοχος της ως άνω προμήθειας, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της νομικής φύσης του ... ως δημόσιας επιχείρησης, υπαγόμενης στο Κεφάλαιο Α του ν. 3429/2005 (Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί - Δ.Ε.Κ.Ο.) και φορέας του Δημοσίου Τομέα, όχι όμως της Γενικής Κυβέρνησης (άρθρο 14 του

ν. 4270/2014) που ως αναθέτουσα αρχή διενεργεί την επίμαχη προμήθεια, του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης (01.02.2020) στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του ν. 4412/2016) και των ρητών όρων της διακήρυξης, υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου ... (άρθρο ... - ...), καθώς και στις οικείες διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. Τούτο δε, μολονότι στην επίμαχη Πρόκληση δεν προβλέπεται ελάχιστη προϋπολογιζόμενη αξία της σύμβασης, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας όμως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτή υπερβαίνει τις 60.000,00€, χωρίς ΦΠΑ. Περαιτέρω, προκύπτει ότι έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017), η δε προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση του ... αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14-02-2021 και η δεύτερη στις 16-02-2021, η δε Προσφυγή ασκήθηκε στις 17-02-2021, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας για την κατάθεσή της.

5. Επειδή, όπως αναφέρεται στην 3^η σκέψη της παρούσας, η προσφεύγουσα συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία και υπέβαλε εμπρόθεσμη και νομότυπη προσφορά, η οποία, μετά την αξιολόγηση των προσφορών κατετάγη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, μετά την προσφορά της παρεμβαίνουσας, που κατετάγη πρώτη. Κατά συνέπεια, διατηρεί ακόμη την προσδοκία να της ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση, αν ήθελε κριθεί ότι, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή της, η προσφορά της παρεμβαίνουσας ή και τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου αυτής μη νομίμως έγιναν δεκτά και συνεπώς μη νομίμως κατακυρώθηκε σε αυτήν το αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, με την κρινόμενη προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά των προσβαλλόμενων αποφάσεων του ΔΣ του Ετέρωθεν, εν γένει παραδεκτώς και με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του π.δ. 39/2017, η εταιρεία με την επωνυμία «...» (στο εξής καλούμενη «...» ή «παρεμβαίνουσα»), με την αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 26-02-2021 και

κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ παρέμβασή της, με την οποία η παρεμβαίνουσα, ήδη ανακηρυχθείσα οριστική ανάδοχος της σύμβασης, εμπροθέσμως, αφού η προσφυγή της κοινοποιήθηκε στις 17-02-2021, ζητεί τη διατήρηση των προσβαλλόμενων με την προσφυγή αποφάσεων του ... και την απόρριψη της προσφυγής.

6. Επειδή, εξάλλου, ο ... παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 365 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής» του ν. 4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52), με το από 25-02-2021 έγγραφό του, το οποίο αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την αυτή ημερομηνία, ήτοι εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προσφυγής, εκφράζει τις απόψεις του επί των λόγων αυτής, αιτούμενος την απόρριψη αυτών, ενώ, περαιτέρω, παραδεκτώς η προσφεύγουσα εταιρεία στις 03-03-2021 υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημά της, ήτοι προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (09.03.2021), σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της.

7. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από την τεχνική προσφορά της εταιρείας ... προκύπτει, ότι «τα δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα» που αναφέρονται στην τεχνική προσφορά της αποτελούν διαφορετικά πράγματα από αυτό καθεαυτό το kit του «rapid test», πλην όμως σε κανένα σημείο της οικονομικής προσφοράς της δεν γίνεται αναφορά στα εν λόγω διακριτά πράγματα, κατά συνέπεια δεν έχει καν υποβάλει οικονομική προσφορά για το διακριτό / αυτοτελές πράγμα του kit των «δειγμάτων θετικού και αρνητικού μάρτυρα» και, συνεπώς, η οικονομική προσφορά της είναι καταφανώς απαράδεκτη, εφόσον, τελικώς, δεν προσφέρει το εν λόγω υποχρεωτικό από την Πρόσκληση kit των «δειγμάτων θετικού και αρνητικού μάρτυρα», σε κάθε περίπτωση, ακόμα και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η βούληση της ... ήταν η τιμή του διακριτού / αυτοτελούς πράγματος του kit των «δειγμάτων θετικού και αρνητικού μάρτυρα» να συμπεριλαμβάνεται στην τιμή αυτού καθεαυτού του kit του «rapid test», η οικονομική προσφορά της είναι και πάλι απαράδεκτη, διότι είναι τόσο ασαφής ως προς ένα τόσο κρίσιμο σημείο της (που αφορά τα προς προμήθεια πράγματα, την ποσότητα αυτών και την τιμή

αυτών), ώστε, ως τέτοια, να έπρεπε, ούτως ή άλλως, να απορριφθεί, σύμφωνα με το άρθρο ...του Παραρτήματος της Πρόσκλησης και το άρθρο 91, παρ. 1, περ. β, του ν. 4412/2016, χωρίς να είναι δεκτική παροχής διευκρινίσεων, εφόσον η εν λόγω ασάφεια (εάν ήθελε θεωρηθεί ότι, πράγματι, η προσφορά της είναι απλώς ασαφής και όχι άνευ ετέρου απαράδεκτη) αφορά τον πυρήνα της δικαιοπρακτικής βούλησης της. Εξάλλου, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ενόψει και της γενικής αρχής που διέπει της διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων η οικονομική προσφορά να αντιστοιχεί πλήρως στο περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς και της αρχής της ειδικότητας, η εν λόγω βούληση της ... θα έπρεπε να προκύπτει σαφώς από το περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς της, ωστόσο, τέτοια βούληση όχι μόνο δεν προκύπτει αλλά δεν είναι ούτε καν δυνατόν να συναχθεί, εφόσον στην οικονομική προσφορά της ουδεμία νύξη γίνεται στο διακριτό/ αυτοτελές πράγμα του κιτ των «δειγμάτων θετικού και αρνητικού μάρτυρα».

8. Επειδή, στο Παράρτημα ... της επίμαχης Πρόσκλησης, μεταξύ άλλων ορίζεται ότι: «Αναγκαία χαρακτηριστικά διαγνωστικής επάρκειας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 (rapid test). 1. Τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 (rapid test), για τη διενέργεια ελέγχων νόσησης από τον κορωνοϊό πρέπει να έχουν τα ακόλουθα ελάχιστα αναγκαία χαρακτηριστικά: [...] θ) να περιέχουν δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα ικανά να ελέγξουν την διαδικασία σε όλα τα στάδια...». Εξάλλου, με την από 05.02.2021 απόφαση του ΔΣ του ... παρασχέθηκε σχετική διευκρίνιση επί του περιεχομένου της Πρόσκλησης, η οποία αποτελεί πλέον μέρος του κανονιστικού πλαισίου της επίμαχης διαδικασίας, σύμφωνα με την οποία «...Τα δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα δεν είναι απαραίτητο να αποτελούν μέρος του προσφερόμενου κιτ, ενώ μπορούν να προέρχονται από τον ίδιο ή άλλον κατασκευαστή σε σχέση με εκείνον του προσφερόμενου κιτ. Σε κάθε περίπτωση πρέπει να αποτελούν μέρος της προσφοράς και να αναγράφεται ο αριθμός των δειγμάτων των μαρτύρων που θα προσφέρονται...». Περαιτέρω, στο άρθρο ... του Παραρτήματος ... της Πρόσκλησης ορίζεται ότι «..... Στον φάκελο τοποθετούνται τα ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ κάθε προσφοράς. Ο πίνακας του Παραρτήματος... πρέπει να συμπληρωθεί επί ποινή απορρίψεως...», ο δε

πίνακας του ως άνω Παραρτήματος περιέχει τις εξής στήλες: 1) «προσφερόμενο είδος», κάτω από την οποία αναφέρεται προτυπωμένο «Rapid Tests για την κάλυψη Αναγκών αντιμετώπισης του κορωνοϊού COVID- 19», 2) «Αιτούμενη Ποσότητα (σε τεμάχια)», κάτω από την οποία αναφέρεται προτυπωμένο «5.000.000», 3) «Προσφερόμενη Ποσότητα (σε τεμάχια)», κάτω από την οποία ο προσφέρων καλείτο ελεύθερα να συμπληρώσει αριθμό προσφερόμενων τεμαχίων, 4) «Τιμή μονάδας χωρίς ΦΠΑ (ανά τεμάχιο)», κάτω από την οποία ο προσφέρων καλείτο ελεύθερα να συμπληρώσει την τιμή μονάδος, ανά τεμάχιο, 5) «Συνολική τιμή (χωρίς ΦΠΑ)», κάτω από την οποία ο προσφέρων καλείτο να συμπληρώσει τη συνολική προσφερόμενη τιμή (τεμάχια επί την τιμή μονάδος χωρίς ΦΠΑ), 6) ΦΠΑ 0% και 7) «Συνολική τιμή (με ΦΠΑ)», κάτω από την οποία ο προσφέρων καλείτο να συμπληρώσει τη συνολική προσφερόμενη τιμή (τεμάχια επί την τιμή μονάδος με ΦΠΑ). Από τους προπαρατεθέντες όρους του Παραρτήματος Στ της πρόσκλησης, όπως νομίμως διευκρινίστηκαν, συνάγεται ότι τα προσφερόμενα προϊόντα ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 (rapid test) πρέπει να συνοδεύονται από δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα ικανά να ελέγξουν την διαδικασία σε όλα τα στάδια, είτε τα δείγματα αυτά περιέχονται εντός της συσκευασίας των rapid tests (ως μέρος δηλαδή του προσφερόμενου kit) είτε και χωρίς να περιλαμβάνονται στη συσκευασία αυτών, ανεξαρτήτως μάλιστα εάν τα δείγματα αυτά είναι του ίδιου ή άλλου κατασκευαστή σε σχέση με εκείνον του προσφερόμενου kit. Από τους ίδιους ως άνω όρους της πρόσκλησης, όμως, σε συνδυασμό με το άρθρο ... του Παραρτήματος ... αυτής και τον πίνακα του Παραρτήματος... αυτής δεν προκύπτει ότι στην περίπτωση που τα δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα δεν αποτελούν μέρος του προσφερόμενου kit απαιτείται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς να προσφέρονται με χωριστή τιμή από το kit. Αντιθέτως, από τους τίτλους των στηλών του πίνακα του Παραρτήματος ...της πρόσκλησης συνάγεται ότι πρέπει να δίδεται μία τιμή για το προσφερόμενο «τεμάχιο» που επιγράφεται «Rapid Tests για την κάλυψη Αναγκών αντιμετώπισης του κορωνοϊού COVID- 19» και το οποίο πρέπει κατά τα ανωτέρω, εκτός άλλων, να συνοδεύεται από δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα, χωρίς να προκύπτει ότι απαιτείται να δίδεται μία τιμή για τα δείγματα αυτά αν προσφέρονται χωριστά από το kit του rapid test και μία τιμή για το kit του rapid test. Η περί του αντιθέτου ερμηνεία της προσφεύγουσας, εκτός του ότι δεν ερείδεται σε ρητή

διάταξη της πρόσκλησης, δεν μπορεί να συναχθεί καθ' ερμηνεία ούτε από το σύνολο των προδιαγραφών από τις οποίες προκύπτει ότι ζητείται να προσφερθεί ένα «τεμάχιο» με όλα τα συστατικά και τα μέρη για την σκοπούμενη δοκιμασία, ανεξαρτήτως περιεχομένου συσκευασίας του κυρίως κιτ ή κατασκευαστή αυτών. Αν, κατά τα αβασίμως διισχυριζόμενα από την προσφεύγουσα, απαιτείτο επί ποινή απόρριψης να δίδεται μία τιμή για τα δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα εφόσον προσφέρονται εκτός συσκευασίας κιτ του rapid test και μία τιμή για το κιτ του rapid test, η επίμαχη πρόσκληση θα έπρεπε να περιέχει σαφείς περί τούτου διατυπώσεις. Ασάφειες όμως ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης έχει κριθεί ότι δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ 776).

9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, στην υποβληθείσα τεχνική προσφορά της εταιρείας ... και συγκεκριμένα στη σελίδα ... αυτής αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: « [...] Παρέχονται δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα σε μορφή στείλεων από τον ίδιο κατασκευαστή ... σε αναλογία... σετ μαρτύρων (...θετικός/... αρνητικός) για κάθε συσκευασία των ...τεστ ...COVID – 19 ...Test ήτοι ... θετικοί μάρτυρες και ... αρνητικοί μάρτυρες για το σύνολο των 5.000.000 τεστ που προσφέρονται. Οι μάρτυρες αυτοί παρέχονται ξεχωριστά και δεν αποτελούν μέρος του προσφερόμενου κιτ, η δε ποσότητά τους (αναλογία ...1 θετικός και ... αρνητικός μάρτυρας ανά συσκευασία των ... τεστ) είναι επαρκής για τον ποιοτικό έλεγχο του κάθε κιτ». Κατά συνέπεια, η εταιρεία ... προσέφερε προϊόντα ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 (rapid test) με επαρκή δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα, προερχόμενα μάλιστα από τον ίδιο κατασκευαστή με τα προσφερόμενα από την ίδια κιτ, χωρίς να αποτελούν μέρος

αυτού [του προσφερόμενου κιτ], όπως ήταν δυνατό μετά και τις αναφερόμενες στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας διευκρινίσεις του ..., ανέγραψε δε και τον συγκεκριμένο αριθμό των δειγμάτων των μαρτύρων [θετικών και αρνητικών] που προσφέρει [ήτοι ... θετικοί και ... αρνητικοί μάρτυρες] επί του συνολικού αριθμού των 5.000.000 προσφερόμενων «rapid tests», όπως επίσης απαιτείται από τους όρους της Πρόσκλησης. Περαιτέρω, η εταιρεία ... υπέβαλε τον προσαρτημένο στο Παράρτημα ... της Πρόσκλησης πίνακα συμπληρωμένο ανά στήλη ως εξής: 1) «προσφερόμενο είδος», κάτω από την οποία αναφέρεται προτυπωμένο «Rapid Tests για την κάλυψη Αναγκών αντιμετώπισης του κορωνοϊού COVID- 19», 2) «Αιτούμενη Ποσότητα (σε τεμάχια)», κάτω από την οποία αναφέρεται προτυπωμένο «5.000.000», 3) «Προσφερόμενη Ποσότητα (σε τεμάχια)», κάτω από την οποία είχε συμπληρώσει αριθμό 5.000.000, 4) «Τιμή μονάδας χωρίς ΦΠΑ (ανά τεμάχιο)», κάτω από την οποία είχε συμπληρώσει αριθμητικώς και ολογράφως το ποσό 3,80, 5) «Συνολική τιμή (χωρίς ΦΠΑ)», κάτω από την οποία είχε συμπληρώσει αριθμητικώς και ολογράφως το ποσό 19.000.000 (τεμάχια επί την τιμή μονάδος χωρίς ΦΠΑ), 6) ΦΠΑ 0%, κάτω από την οποία είχε συμπληρώσει αριθμό 0,00 και 7) «Συνολική τιμή (με ΦΠΑ)», κάτω από την οποία είχε συμπληρώσει αριθμητικώς και ολογράφως το ποσό 19.000.000 (τεμάχια επί την τιμή μονάδος με ΦΠΑ). Προκύπτει δηλαδή ότι η εταιρεία ... είχε υποβάλει τον πίνακα της οικονομικής της προσφοράς όπως ακριβώς και στη μορφή που αυτός παρατίθεται στο σχετικό Παράρτημα της Πρόσκλησης, από τον οποίο σε συνδυασμό με την τεχνική της προσφορά προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη ποσότητα [σε τεμάχια] προϊόντων ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 (rapid test) συνοδευόμενα από επαρκή δείγματα θετικού και αρνητικού μάρτυρα, την τιμή μονάδος χωρίς ΦΠΑ [ανά τεμάχιο], τη συνολική τιμή [χωρίς ΦΠΑ], τον ΦΠΑ και τέλος τη συνολική τιμή [με ΦΠΑ], ήτοι ως προς το σύνολο των απαιτούμενων από τον ΠΙΝΑΚΑ στοιχείων και ως εκ του συνόλου των προαναφερόμενων η υποβληθείσα οικονομική προσφορά της εταιρείας ... ήταν απολύτως σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Πρόσκλησης και ως εκ τούτου ενόψει και των όσων γίνονται δετά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας νομίμως κρίθηκε παραδεκτή παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, οι οποίοι συνακόλουθα είναι αβάσιμοι, όπως αβάσιμος και απορριπτέος είναι και ο πρώτος λόγος της κρινομένης προσφυγής.

10. Επειδή, εξάλλου, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία ... δεν υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αποδεικτικό ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο, που να καλύπτει και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Συγκεκριμένα, καίτοι η εταιρεία αυτή προσφορά υπέβαλε στις 12-02-2021, υπέβαλε φορολογική ενημερότητα ισχύος μόνο για το διάστημα από 15.02.2021 έως και 15.04.2021. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν ήταν πλήρη, διότι, εφόσον δεν υποβλήθηκε φορολογική ενημερότητα που ίσχυε και στις 12.02.2021, δεν αποδείχθηκε, όπως ήταν υποχρεωτικό, ότι η ... ήταν, πράγματι, φορολογικά ενήμερη και στις 12.02.2021, δηλαδή κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της.

11. Επειδή, στην επίμαχη πρόσκληση, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, στην παράγραφο ...του άρθρου ... «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης» του Παραρτήματος ... αυτής, ορίζονται τα εξής: «Όσον αφορά την παράγραφο 2 του άρθρου 73 Ν. 4412/2016: «5.1.4.1. Πιστοποιητικό που εκδίδεται από αρμόδια αρχή του οικείου κράτους – μέλους ή χώρας, που να είναι εν ισχύει κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του, ότι είναι ενήμερος ως προς τις υποχρεώσεις τους που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης (κύριας και επικουρικής) καθώς και ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις του.». Εξάλλου, στην παράγραφο 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία, β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας

υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β΄ 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα΄ και ββ΄ κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ». Τέλος, στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου ... του Παραρτήματος ... της πρόσκλησης ορίζεται ότι «Γενικώς τονίζεται ότι ως προς τις ημερομηνίες έκδοσης των ως άνω αποδεικτικών μέσων (δικαιολογητικών κατακύρωσης) ισχύουν τα αναφερόμενα στο άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52 Α)», το οποίο άρθρο τροποποίησε το άρθρο 80 του ν. 4412/2016, στο οποίο προσετέθη νέα παράγραφος 12 που έχει ως εξής: «12. 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, εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών.»

12. Επειδή, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των αναφερόμενων στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας διατάξεων της πρόσκλησης σε συνδυασμό με αυτές του άρθρου 73 παρ. 2 του ν. 4412, καίτοι δεν ορίζονται ρητώς λόγοι αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, εντούτοις συνάγεται ότι ορίζουν ότι αποκλείεται οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 73 παρ. 2 του ν. 4412/2016 λόγος αποκλεισμού, για την απόδειξη μη συνδρομής του οποίου από τους όρους του άρθρου ...του Παραρτήματος ... της πρόσκλησης προκύπτει ότι με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να προσκομίσει φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητά του. Και ναι μεν, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού πρέπει να αποδεικνύεται α) κατά την υποβολή της προσφοράς, ως προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και μόνο για τον προσωρινό ανάδοχο, και γ) κατά την σύναψη της σύμβασης, και μόνο για τον οριστικό ανάδοχο, ωστόσο, η διακήρυξη σχετικά με τον χρόνο τον οποίο πρέπει να καλύπτουν τα υποβληθέντα δικαιολογητικά όχι μόνο δεν παραπέμπει στις διατάξεις του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, αλλά αντιθέτως κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου ...του Παραρτήματος ... της πρόσκλησης απαιτείται να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής τους, δηλαδή μπορεί να έχουν εκδοθεί μετά την πρόσκληση για την υποβολή τους. Δεν θα ήταν νόμιμη συνεπώς η απόρριψη προσφοράς προσωρινού αναδόχου με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε φορολογική ενημερότητα που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, δοθέντος ότι ούτε από τους όρους του άρθρου ...του Παραρτήματος... της πρόσκλησης, ούτε από τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 2 του ν. 4412/2016, στις οποίες η διακήρυξη ρητώς παραπέμπει προκύπτει τέτοια υποχρέωση, ούτε η διακήρυξη παραπέμπει ρητώς στις διατάξεις του άρθρου 104 του ν. 4412/2016. Έχει δε κριθεί ότι ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη έγγραφα και δικαιολογητικά, κατά συνέπεια, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού

για έγγραφα ή δικαιολογητικά μη ρητώς απαιτούμενα από τη διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ του ΣτΕ 18, 19/2011, 3703/2010, 1616, 254/2008).

13. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στην προσφυγή της, η εταιρεία ... με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπέβαλε το από 15.02.2021 αποδεικτικό ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο, με δίμηνη ισχύ. Υπέβαλε δηλαδή φορολογική ενημερότητα που ήταν σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της, ενώ δεν απαιτείτο με ρητή και σαφή επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της διάταξη της διακήρυξης η υποβολή φορολογικής ενημερότητας που να καλύπτει και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, ούτε η διακήρυξη παρέπεμπε στις διατάξεις του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, αλλά αντιθέτως κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου ...του Παραρτήματοςτης πρόσκλησης σε συνδυασμό με τη ρητή παραπομπή στη νέα παράγραφο 12 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 απαιτείτο να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής του και μόνο, δηλαδή μπορούσε να έχει εκδοθεί μετά την πρόσκληση για την υποβολή του, ως εν προκειμένω. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Εξάλλου, ο χρόνος υποβολής προσφοράς (12-02-2021) απείχε μόλις τρεις (3) ημερολογιακές ημέρες από τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τυχόν δε αποκλεισμός της αναδόχου για τον λόγο αυτό, ιδίως λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι δεν απαιτείτο ρητώς η υποβολή πιστοποιητικού και για τον χρόνο υποβολής προσφοράς, θα αντέκειτο στην αρχή της αναλογικότητας που διέπει γενικώς τη δράση της Διοίκησης. Συνακόλουθα, και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη νομίμως και ορθώς δεν αποκλείστηκε η εταιρεία ... με την αιτιολογία ότι προσκόμισε φορολογική ενημερότητα σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της (15-02-2021) παρόλο που δεν κάλυπτε και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (12-02-2021). Όσα δε περί του αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν, όπως πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

14. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα με τον τρίτο και τελευταίο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η ... παρέλειψε να υποβάλει αποσπάσματα ποινικού μητρώου αναφορικά με την κ. ...και τον κ. ..., οι οποίοι αποτελούν

εκπροσώπους της και, πάντως, έχουν εξουσία λήψης αποφάσεων αναφορικά με την εν λόγω εταιρεία. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία ... υπέβαλε μονάχα αποσπάσματα ποινικού μητρώου για τα μέλη του ΔΣ της, και όχι για τα ως άνω φυσικά πρόσωπα, καίτοι από το από 11.09.2018 υποβληθέν Πρακτικό του ΔΣ της ως άνω εταιρείας προκύπτει με σαφήνεια ότι τα δύο προαναφερθέντα πρόσωπα αποτελούν εκπροσώπους της («εκπροσωπούν την εταιρεία», την οποία δεσμεύουν «με μόνη την υπογραφή τους, υπό την εταιρική επωνυμία»), ειδικά για την -επιτυχή- συμμετοχή της σε δημόσιους διαγωνισμούς, όπως, άλλωστε, συνομολογεί και η ίδια η εταιρεία ... στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της. Μάλιστα, από το γράμμα του προαναφερθέντος από 11.09.2018 υποβληθέντος Πρακτικού του ΔΣ της εταιρείας αυτής προκύπτει, σε κάθε περίπτωση, ότι η κ. ...και ο κ. ..., από κοινού ή χωριστά ο καθένας από αυτούς, έχουν εξουσία για τη λήψη αποφάσεων σε σχέση με τη συμμετοχή της εταιρείας σε δημόσιους διαγωνισμούς, με την αποδοχή ή μη των σχετικών όρων αυτών και με την υπογραφή ή μη κάθε σχετικής σύμβασης, ακόμα και με φυσικά πρόσωπα. Συνεπώς, εφόσον τα προαναφερθέντα πρόσωπα έχουν εξουσία εκπροσώπησης της εταιρείας και, πάντως, εξουσία λήψης αποφάσεων αναφορικά με την εν λόγω εταιρεία, η τελευταία όφειλε να υποβάλει αποσπάσματα ποινικού μητρώου και των εν λόγω προσώπων, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι αυτά δεν αποτελούν μέλη του ΔΣ της.

15. Επειδή, στην επίμαχη πρόσκληση, στο άρθρο ... του Παραρτήματος ... αυτής ορίζεται ότι «...Όσον αφορά την παράγραφο 1 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, απόσπασμα του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου, έκδοσης του τελευταίου τριμήνου πριν από την υποβολή του, 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 το 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 του Ν.4412/2016...». Εξάλλου, το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 προβλέπει ότι «...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, γγ) στις περιπτώσεις των συνεταιρισμών τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου». Τέλος, μετά το άρθρο ... του Παραρτήματος ... της Πρόσκλησης (σελ. ... επ.) αναφέρεται ότι «...Διευκρινίζεται ότι το απόσπασμα ποινικού μητρώου ή άλλο ισοδύναμο έγγραφο αρμόδιας διοικητικής ή δικαστικής αρχής της χώρας εγκατάστασης του νομικού προσώπου, αφορά: [...] β) τον Διευθύνοντα Σύμβουλο και τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου όταν το νομικό πρόσωπο είναι Α.Ε....».

16. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της επίμαχης πρόκλησης και τις διατάξεις του δευτέρου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος, όταν είναι ημεδαπή ανώνυμη εταιρία, οφείλει να υποβάλει αποσπάσματα ποινικού μητρώου μόνον για τον Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής και τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, η δε διάταξη περί μελών διοικητικού διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του οικονομικού φορέα ή τα οποία έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου αυτού, αφορά άλλα νομικά πρόσωπα που δεν αποτελούν ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες, για τις οποίες στην επόμενη περίοδο του ίδιου εδαφίου διαλαμβάνεται ειδική και συγκεκριμένη ρύθμιση κατά τα άνω. Κατά συνέπεια, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι ο προσωρινός ανάδοχος εφόσον είναι ημεδαπή ανώνυμη εταιρεία επιπλέον του Διευθύνοντος Συμβούλου της και των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου, οφείλει να υποβάλει τέτοια αποσπάσματα για κάθε άλλο τυχόν πρόσωπο που, μεταξύ άλλων, έχει σχετική εξουσία εκπροσώπησης ή λήψης αποφάσεων, αναφορικά με το εν λόγω νομικό πρόσωπο, ερείδεται επί ανύπαρκτης προϋπόθεσης. Και υπό την αντίθετη εκδοχή, όμως, έχουν κριθεί τα εξής: Από τις διατάξεις του άρθρου 18 και 22 του ν. 2190/1920 Περί Ανωνύμων Εταιρειών ως ισχύει που είναι αντίστοιχες με εκείνες των άρθρων 65, 67, 68 και 70 του ΑΚ,

συνάγεται ότι το Διοικητικό Συμβούλιο αποτελεί το όργανο που διοικεί και εκπροσωπεί την ανώνυμη εταιρία και διαχειρίζεται όλες τις υποθέσεις της (εκτός από τις υπαγόμενες κατά το Καταστατικό στην αρμοδιότητα της Γενικής Συνέλευσης), μη όντας απέναντι στην Εταιρία πρόσωπο διαφορετικό απ' αυτή, αλλά όργανό της. Το δικαίωμα τούτο της οργανικής εκπροσώπησης της εταιρίας, εφόσον επιτρέπει το καταστατικό της, μπορεί να ανατεθεί από το διοικητικό συμβούλιο και σε ένα ή περισσότερα μέλη του ή σε άλλα πρόσωπα, τα οποία έτσι δικαιούνται να ασκήσουν τις ως άνω εξουσίες που ανήκουν στο διοικητικό συμβούλιο, είτε εν όλω είτε εν μέρει, ανάλογα με την έκταση της επιτροπείας υποκαταστάσεως. Στην περίπτωση αυτή το μέλος του Συμβουλίου ή ο τρίτος στον οποίο μεταβιβάστηκε η εξουσία του ΔΣ, είναι υποκατάστατο αυτού, ενεργεί ως όργανο εκπροσώπησης του Νομικού Προσώπου της Εταιρίας και εκφράζει πρωτογενώς τη βούλησή της, αντλώντας την εξουσία του από το νόμο και το Καταστατικό. Στην ίδια περίπτωση όταν δηλαδή η γενική εξουσία διοίκησης και εκπροσώπησης της εταιρίας ανατίθεται σε μέλος του ΔΣ αυτό αποκαλείται διευθύνων ή εντεταλμένος σύμβουλος, όταν δε ανατίθεται σε τρίτο πρόσωπο αυτό αποκαλείται Γενικός Διευθυντής. Ο δεσμός του με την Εταιρία είναι αυτός του ΔΣ και ιδία, ο δεσμός του με την εταιρεία είναι ο ίδιος με τον δεσμό του Δ.Σ. με την τελευταία, και εντελώς διαφορετικός των προβλεπόμενων από τα άρθρα 216 επ. και 713 του Α.Κ. σχέσεων πληρεξουσιότητας και εντολής, αφού και ο πληρεξούσιος και ο εντολοδόχος, που διορίζονται για την ενέργεια δικαιιοπρασιών ή υποθέσεων της εταιρείας, δεν αποτελούν καταστατικά όργανα της διοικήσεώς της, ούτε εκφράζουν την βούλησή της, αλλά ενεργούν ως απλοί αντιπρόσωποι και εκτελούν, ό,τι αποφάσισε το Δ.Σ. ή ο υποκατάστατος του Δ.Σ. χωρίς να έχουν εξουσία αντίθετης ενέργειας. Η υποκατάσταση αυτή στις εξουσίες του ΔΣ διαφέρει από τις σχέσεις της πληρεξουσιότητας και εντολής, που προβλέπονται στα άρθρα 216 επ. και 713 επ. ΑΚ, καθόσον τόσο ο πληρεξούσιος, όσο και ο εντολοδόχος δεν αποτελούν όργανα που εκφράζουν την βούληση του Νομικού Προσώπου της Εταιρίας, αλλά ενεργούν, ως απλοί αντιπρόσωποι πράξεις που αποφασίστηκαν από το Διοικητικό Συμβούλιο ή το υποκατάστατο όργανο. Η οργανική εκπροσώπηση βέβαια της εταιρείας, κατά το άρθρο 18 παρ. 2 του ν. 2190/1920 γενικά ή για την ενέργεια συγκεκριμένου είδους πράξεων, καθ' υποκατάσταση του διοικητικού συμβουλίου αυτής, διαφέρει από την

αντιπροσώπευση της, κατά το άρθρο 211 ΑΚ (κατόπιν πληρεξουσιότητας ή εντολής) για την ενέργεια συγκεκριμένης πράξεως ή είδους πράξεων, αφού κατά την οργανική εκπροσώπηση η βούληση της εταιρείας εκφράζεται πρωτογενώς (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 443/2018, ΑΠ 470/2006, 1005/2007, 112/2008, 1191/2009, 1789/ 2013, 1324/2014, ΑΠ 473/2016, ΕφΑθ (Μον) 1008/2018, ΜΠΗρακλ (Ασφ) 1175/2018, Α.Π 1215/2000, Α.Π 1204/2000, ΑΠ 1193/2001 ΕλλΔνη 43(2002) σελ. 138, 139, 747 αντίστοιχα, Α.Π 1685/2000 ΕλλΔνη 42. 1315, Α.Π 1204/2000 ΕλλΔνη 41. 1621, Α.Π 1420/1999 ΕλλΔνη 41.737, Α.Π 677/1996 ΕλλΔνη 39. 570, ΕφΑθ. 6652/1999 ΕλλΔνη 41. 782, ΕφΔωδ 72/2004 δημ. Νόμος, ΑΠ 1827/2012, ΑΠ 2107/2009, ΑΠ1830/2006, δημ. ΝΟΜΟΣ, ΕφΠειρ 33/2010 ΔΕΕ 2010/440, ΕφΔωδ 46/2014, ΑΠ 1541/2017, 1542/2017, 1363/2011, ΑΠ (Ποιν) 1106/2017, 1283/2017, Α.Π. 472, 473/2016, 2058/2014, 451/2003, ΔΕφΑθ (Μον) (Ακυρ) 196/2017, ΔΕφΑθ 1397/2014, Ε.Α. ΣτΕ 391/2009, 371/2007, 681/2006, 453/2005, 1273/2005, ΑΠ 1312/2015, ΑΠ 1657/2014, ΕφΑθ 1397/2014, ΑΠ 148/2013, 1363/2011 κα). Το άρθ. 73 του ν. 4412/2016 εντάσσεται στην αυτή απαρέγκλιτη διαμόρφωση της νομικής φύσης του Διοικητικού Συμβουλίου ως όργανο της ανώνυμης εταιρείας που εκφράζει πρωτογενώς τη βούλησή της, αντλώντας την εξουσία του από το νόμο και το Καταστατικό, το οποίο σαφώς διαχωρίζεται από τα πρόσωπα στα οποία έχει περαιτέρω χορηγηθεί –ως τούτο προβλέπεται από τον εμπορικό νόμο και εφόσον προβλέπεται από το καταστατικό της- η πληρεξουσιότητα ή η εντολή για την ενέργεια συγκεκριμένης πράξεως ή είδους πράξεων. Και τούτο καθόσον οι λόγοι αποκλεισμού από την διαγωνιστική διαδικασία, λόγω τέλεσης ποινικών αδικημάτων που προβλέπεται στο άρθ. 73 του ν. 4412/2016 αφορούν στο πρόσωπο αυτό καθ' εαυτό του διαγωνιζόμενου και -εφόσον πρόκειται περί νομικού προσώπου- εφαρμόζεται 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. Το ίδιο το άρθ. 73 του ν. 4412/2016 ερμηνεύοντας αυθεντικά το προηγούμενο εδάφιο, σε ταύτιση με τον εμπορικό νόμο, ως άνω, προβλέπει ρητά ότι «Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά: ...ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον διευθύνοντα σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου...», ώστε να μην καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία ότι αποκλεισμός

από την διαγωνιστική διαδικασία επέρχεται μόνο σε περίπτωση τέλεσης ποινικών αδικημάτων από τα μέλη του πρωτογενούς οργάνου διοίκησης και εκπροσώπησης της ανώνυμης εταιρείας, δυνάμει του νόμου και του καταστατικού της, ήτοι το Διοικητικό της Συμβούλιο και τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, οι οποίοι διαμορφώνουν, εκφράζουν και έχουν την ευθύνη υλοποίησης της βούλησης του νομικού προσώπου, επιδιώκοντας τους σκοπούς του, σαφώς διαφοροποιούμενοι από τους απλούς εξουσιοδοτηθέντες αντιπροσώπους εντολοδόχους στους οποίους έχουν χορηγήσει συγκεκριμένες δευτερογενείς αρμοδιότητες, εντολές και πληρεξουσιότητες όπως εκτελούν συγκεκριμένες πράξεις ή συγκεκριμένου είδους πράξεις ενεργώντας ως απλοί αντιπρόσωποι και εκτελώντας, ό,τι αποφάσισε το Δ.Σ. ή ο υποκατάστατος του Δ.Σ. χωρίς να έχουν εξουσία αντίθετης ενέργειας. Και τούτο καθόσον στην περίπτωση αυτή, τα εν λόγω φυσικά πρόσωπα, κυρίως υπάλληλοι της ανώνυμης εταιρείας, δεν ενεργούν ως υποκατάστατοι του διοικητικού συμβουλίου, αλλά ως αντιπρόσωποι, πληρεξούσιοι και εντολοδόχοι του νομικού της προσώπου (βλ. ΑΕΠΠ 546/2019, σκ. 57). Επ' αυτού έχει κριθεί *ad hoc* ακόμη και κατά το προισχύσαν δίκαιο -το οποίο δεν αφίσταται εν προκειμένω των σχετικών ρυθμίσεων του ν. 4412/2016- ότι «...εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά στη διακήρυξη, νόμιμοι εκπρόσωποι της ανώνυμης εταιρείας, για τους οποίους υφίσταται υποχρέωση προσκόμισης ποινικού μητρώου, είναι ο Πρόεδρος, ο Αντιπρόεδρος και τα μέλη του Διοικ. Συμβουλίου και όχι άλλα πρόσωπα που έχουν τυχόν εξουσιοδοτηθεί να εκπροσωπούν την εταιρία, αφού, σύμφωνα με το ν.2190/1920, το Δ.Σ. είναι αρμόδιο να διοικεί και να διαχειρίζεται την ανώνυμη εταιρία...» (ΕλΣυν 64/2013 Κλιμ. Ζ').

17. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον φάκελο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου που προσκόμισε η εταιρεία ..., από το προσκομιζόμενο με αριθμό πρωτοκόλλου ...Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ, το Διοικητικό Συμβούλιο της εν λόγω εταιρείας αποτελείται από τους κ.κ. ..., ..., ..., ...και Συναφώς, η ως άνω εταιρεία προσκόμισε για : α) τον κ. ... το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου ...αντίγραφο ποινικού μητρώου για γενική χρήση, β) την κα ... το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου ...αντίγραφο ποινικού μητρώου για γενική χρήση, γ) την κα ... το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου ...αντίγραφο ποινικού μητρώου για γενική χρήση, δ) τον κ.

Γεώργιο Μουτσόγλου, το ...αντίγραφο ποινικού μητρώου για γενική χρήση και ε) την κα ... το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου ...αντίγραφο ποινικού μητρώου για γενική χρήση αντίστοιχα. Την προσκόμιση των ως άνω αποσπασμάτων ποινικού μητρώου άλλωστε δεν αμφισβητεί ούτε η προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η εταιρεία ... προσκόμισε ως όφειλε κατά τους όρους των άρθρων ... και ... του Παραρτήματος της διακήρυξης τα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της αποσπάσματα ποινικού μητρώου για το σύνολο των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου αυτής και συνακόλουθα η προσβαλλόμενη απόφαση που έκρινε αυτά πλήρη είναι νόμιμη. Εξάλλου, και παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας δεν συνέτρεχε υποχρέωση περαιτέρω προσκόμισης αποσπασμάτων για τους κ.κ. ... και ...αντίστοιχα, οι οποίοι δεν αποτελούν μέλη του Δ.Σ. της εταιρείας ..., όπως τούτο προκύπτει από το προαναφερόμενο προσκομιζόμενο με αριθμό πρωτοκόλλου ...Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ, ούτε από το από 11.09.2018 υποβληθέν Πρακτικό του ΔΣ της ως άνω εταιρείας προκύπτει ότι τα ως άνω πρόσωπα έχουν γενική εξουσία διοίκησης και εκπροσώπησης της εταιρείας. Αντιθέτως, από τη διατύπωση «εξουσιοδοτεί τους υπαλλήλους ... όπως εκπροσωπούν την εταιρεία στις διαδικασίες υποβολής προσφορών και εν γένει συμμετοχής στους διενεργούμενους ... διαγωνισμούς, όπως αποδέχονται τους σχετικούς όρους τούτων ... δεσμεύοντας την εταιρεία ... υπό την εταιρική επωνυμία» συνάγεται ότι τα πρόσωπα αυτά ενεργούν ως πληρεξούσιοι και εντολοδόχοι του Διοικητικού Συμβουλίου, διορίστηκαν για την ενέργεια συγκεκριμένων δικαιοπραξιών ή υποθέσεων της εταιρείας (συμμετοχή σε διαγωνισμούς), δεν αποτελούν καταστατικά όργανα της διοικήσεώς της, ούτε εκφράζουν την βούλησή της, αλλά ενεργούν ως απλοί αντιπρόσωποι και εκτελούν, ό,τι αποφασίζει κάθε φορά το Δ.Σ. χωρίς να έχουν εξουσία αντίθετης ενέργειας. Τούτων, έπεται ότι και ο τρίτος και τελευταίος λόγος της κρινομένης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

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

19. 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, εκτός από το ποσό των Ευρώ 14.400,00, που σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά στην 1^η σκέψη της παρούσας καταβλήθηκε αχρεωστήτως και πρέπει να της επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση ποσού 600,00€ εκ του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου και την επιστροφή εκ του παραβόλου αυτού ποσού 14.400,00€ ως αχρεωστήτως καταβληθέντος.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 9 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 29 Μαρτίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Μιχαήλ Γ. Σοφιανός