

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 04.06.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.05.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/544/05.05.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ..... (...../.....) [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Φ.917/30/128850/Σ.4947/16.04.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από 14.04.2020 Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «.....», στο πλαίσιο της από 13.12.2019 Διακήρυξης (ΑΔΑΜ:.....), με αντικείμενο το έργο «Μετατροπή παλαιού τμήματος ενδοσκοπήσεων στον 4ο όροφο του ..... σε γραφεία ιατρών και βιβλιοθήκη».

2. Επειδή, με την από 13.12.2019 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με αντικείμενο το

έργο «Μετατροπή παλαιού τμήματος ενδοσκοπήσεων στον 4ο όροφο του ..... σε γραφεία ιατρών και βιβλιοθήκη», συνολικό προϋπολογισμό 364.758,56€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.ΜΗ.ΔΗ.Σ.) στις 13.12.2019 με ΑΔΑΜ:..... και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α ..... Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 02.01.2020 και ώρα 10.00 π.μ. και ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών προβλέφθηκε η 02.01.2020 και ώρα 11.00 π.μ. Στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας « .....», επειδή προσέφερε τη μεγαλύτερη έκπτωση (46,54%). Με το υπ' αριθμ. Φ. ....../26.02.2020 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός 10 ημερών, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε εμπρόθεσμα τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά και η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού τα αξιολόγησε στις 14.04.2020, οπότε και εξέδωσε το Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου, με το οποίο εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή την κατακύρωση της σύμβασης. Η Οικονομική Επιτροπή, με την υπ' αριθμ. Φ.917/30/128850/Σ. 4947/16.04.2020 απόφασή της (προσβαλλόμενη πράξη) ενέκρινε το Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και ανέδειξε ως οριστική ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «.....».

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ....., ποσού ευρώ χιλίων οκτακοσίων είκοσι πέντε (€1.825,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου, αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 364.758,56€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών (παρεκτεινομένης ως την επόμενη εργάσιμη ημέρα) από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 22.04.2020. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί εκπρόθεσμης άσκησης της Προσφυγής είναι αβάσιμος. Επίσης, επισημαίνεται ότι η Προσφυγή κοινοποιήθηκε στον οικονομικό φορέα «.....» στις 05.05.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως οριστικής αναδόχου, ενώ – κατά τους ισχυρισμούς της - υπήρχαν πλημμέλειες στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και η ίδια είναι η επόμενη (2<sup>η</sup>) στη σειρά κατάταξης, με προσφερθείσα έκπτωση 45,46%.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 53 παρ. 1-2, 80, 103 και 104 του Ν. 4412/2016 καθώς και των άρθρων 4.2 και 23.3 της Διακήρυξης και ισχυρίζεται ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβλήθηκαν από τον οικονομικό φορέα «.....» ήταν ελλιπή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος παρέλειψε να υποβάλει ως δικαιολογητικό ονομαστικοποίησης των μετοχών του το μετοχολόγιο, δηλαδή την αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων

της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, παρά τη ρητή απαίτηση του άρθρου 23.3 της Διακήρυξης. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η εν λόγω πλημμέλεια δεν είναι δυνατό να θεραπευτεί εκ των υστέρων, *«αφού δεν πρόκειται για έγγραφο που χρήζει διασαφήνισης, αλλά είναι απολύτως ελλείπον»*.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. Φ...../11.05.2020 Απόψεις της, τις οποίες ανήρτησε στις 15.05.2020 στο ΕΣΗΔΗΣ, απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας προβάλλοντας τους εξής ισχυρισμούς: α) Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι το οικονομικό αντάλλαγμα του εν λόγω έργου είναι ύψους 364.758,56€ πλέον ΦΠΑ 24%, ενώ η υποχρέωση προσκόμισης μετοχολογίου του προσωρινού μειοδότη αφορά στις ανώνυμες εταιρείες που συμμετέχουν σε διαγωνιστική διαδικασία κατασκευής έργων με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00 €) ευρώ. β) Επίσης επισημαίνει την παραπομπή υπ' αριθμ. 80 της Διακήρυξης, στην οποία αναφέρεται ότι: *«Σημειώνεται ότι ο ανωτέρω εθνικός λόγος αποκλεισμού τίθεται στη διακήρυξη μόνο για συμβάσεις έργων προϋπολογισμού εκτιμώμενης αξίας ανώτερης του 1.000.000,00€ και στην περίπτωση αυτή συμπληρώνεται στο Μέρος III Δ του ΤΕΥΔ»*.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 29.05.2020 και κοινοποίησε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ Υπόμνημα, προκειμένου να αντικρούσει τις Απόψεις της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της: α) Σημειώνει ότι, όπως προκύπτει από την παραπομπή υπ' αριθμ. 80, ήταν στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η προσθήκη του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού και ότι αφ' ης στιγμής συμπεριέλαβε την ονομαστικοποίηση των μετοχών στη Διακήρυξη, αυτός κατέστη πλέον δεσμευτικός για όλα τα μέρη. β) Επισημαίνει ότι, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι η εν λόγω απαίτηση συμπεριλήφθηκε από σφάλμα στο άρθρο 22.Α5 της Διακήρυξης από σφάλμα, δεν προκύπτει για ποιον λόγο συμπεριλήφθηκε και το αντίστοιχο αποδεικτικό μέσο στο άρθρο 23.3 περ. (στ). γ) Αναφέρει ότι ο εν λόγω όρος δεν προσβλήθηκε από τον προσωρινό ανάδοχο, ούτε από άλλους

συμμετέχοντες. δ) Τονίζει ότι εφόσον το σχετικό πεδίο του Μέρους III Δ του ΤΕΥΔ περιλήφθηκε τόσο στο υπόδειγμα ΤΕΥΔ της αναθέτουσας αρχής όσο και στο ΤΕΥΔ του προσωρινού αναδόχου, συμπληρωμένο με την απάντηση «ΟΧΙ», αποδεικνύεται ότι τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και ο προσωρινός ανάδοχος θεωρούσαν ότι πρόκειται για ενεργό όρο.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 8 (Ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις) του Ν. 3310/2005, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, προβλέπονται τα εξής: *«1. Οι μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατασκευής έργων ή προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου*

τομέα, όπως αυτός οριοθετείται με τις διατάξεις του νόμου αυτού, με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού από τις διαγωνιστικές διαδικασίες ή τις διαδικασίες ανάθεσης, σύμφωνα με τις Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως εκάστοτε ισχύουν. Εφόσον μέτοχος είναι άλλη ανώνυμη εταιρεία με ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές της εταιρείας αυτής είναι υποχρεωτικά ονομαστικές στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. Σε περίπτωση συμμετοχής εταιρειών άλλης νομικής μορφής, πλην των ανωνύμων, στις οποίες συμμετέχουν ή κατέχουν εταιρικά μερίδια ανώνυμες εταιρείες, με ποσοστό συμμετοχής στο εταιρικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές τους είναι υποχρεωτικά ονομαστικές μέχρι και του τελευταίου φυσικού προσώπου. 2. Οι υποχρεώσεις της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού ισχύουν και για τις αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες [...]. 3. Η υποχρέωση περαιτέρω ονομαστικοποίησης μέχρι φυσικού προσώπου δεν ισχύει ως προς τις εισηγμένες στα Χρηματιστήρια κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.) εταιρείες. 4. Οι υποχρεώσεις των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου αυτού αποτελούν προϋποθέσεις για την παραδεκτή συμμετοχή της εταιρείας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική διαδικασία. Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει επίσης, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α` της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου [...].»

12. Επειδή, στο άρθρο 22.Α.5. της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (διαγωνισμό), οικονομικός φορέας εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής

της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (εθνικός λόγος αποκλεισμού)». Περαιτέρω, στο άρθρο 23.3 της Διακήρυξης (Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α) προβλέπονται τα εξής: «Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: [...] (στ) Δικαιολογητικά της παρ. Α.5 του Άρθρου 22. Για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παραγράφου Α.5 του άρθρου 22 υποβάλλονται, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία: Δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης μετοχών· [Εξαιρούνται της υποχρέωσης αυτής οι εταιρείες που είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο της χώρας εγκατάστασής τους και υποβάλλουν περί τούτου υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου τους]. - Πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής του κράτους της έδρας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές είναι ονομαστικές που να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. - Αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. Ειδικότερα: α) Οι επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ., προσκομίζουν μόνο την αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς καθώς η απαίτηση για την υποβολή του πιστοποιητικού από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές είναι ονομαστικές, καλύπτεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23.9 της παρούσας. β) Οι αλλοδαπές ανώνυμες εταιρίες, εφόσον έχουν κατά το δίκαιο της έδρας τους ονομαστικές μετοχές, προσκομίζουν: [...] γ) Οι αλλοδαπές επιχειρήσεις, που δεν έχουν κατά το δίκαιο της χώρας στην οποία έχουν την έδρα τους ονομαστικές μετοχές, υποβάλλουν: [...]».

13. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

14. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 4412/2016, όπως υιοθετούνται και από το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη Διακήρυξης, το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων και οι επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενοι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, που προβλέπονται στα άρθρα 74 και 75, πρέπει να συντρέχουν, και ως εκ τούτου κρίνονται σωρευτικά, σε 3 χρονικά σημεία, ήτοι α) κατά την υποβολή της προσφοράς, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης. Ειδικότερα, κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, έχει καθιερωθεί ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και περί πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που τίθενται με τους όρους της Διακήρυξης μέσω της συμπλήρωσης και υποβολής του ΤΕΥΔ, το οποίο συνιστά υπεύθυνη δήλωση που υποβάλλουν οι συμμετέχοντες ως δικαιολογητικό συμμετοχής κατά την υποβολή της προσφοράς τους, και στην οποία δηλώνουν ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, δεν εμπίπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού, όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό. Σε δεύτερο στάδιο, το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων κρίνεται κατά το χρονικό σημείο που η αναθέτουσα αρχή καλεί το διαγωνιζόμενο που κατ' αρχήν ανέδειξε ως προσωρινό ανάδοχο της



σύμβασης να προσκομίσει τα απαιτούμενα κατά τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου εκ των εν λόγω εγγράφων ο διαγωνιζόμενος να αποδείξει στο αυτό στάδιο της διαδικασίας ότι ικανοποιεί πλήρως όλες τις απαιτήσεις που συνδέονται με την κατοχύρωση του δικαιώματος συμμετοχής του στο διαγωνισμό, στοιχεία τα οποία προαποδεικτικά δήλωσε ότι πληροί με τη συμπλήρωση και υποβολή του ΤΕΥΔ. Συνεπώς, ειδικά κατά το στάδιο ελέγχου των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο έλεγχος που διενεργείται έχει διπτό περιεχόμενο, αφενός μεν ελέγχεται η αλήθεια και ακρίβεια των δηλούμενων στο ΤΕΥΔ, ήτοι επαληθεύεται εάν κατ' αληθινή και ορθή δήλωση του διαγωνιζομένου, αυτός πληρούσε την εκάστοτε απορρέουσα από το σχετικό δικαιολογητικό απαίτηση κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αφετέρου δε ελέγχεται εάν εκ του περιεχομένου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκομίζονται αποδεικνύεται και κατά το στάδιο της κατακύρωσης (στάδιο στο οποίο τα εν λόγω δικαιολογητικά προσκομίζονται) η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και η πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

15. Επειδή, στο άρθρο 22.Α.5. της Διακήρυξης έχει συμπεριληφθεί ο εθνικός λόγος αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005, σύμφωνα με τον οποίο αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικός φορέας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α' της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Ο εν λόγω λόγος αποκλεισμού είναι εθνικός, καθώς δεν απορρέει από την οδηγία 2014/24/ΕΕ και επιπροσθέτως είναι υποχρεωτικός, δηλαδή δεν εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η συμπερίληψή του ή μη στους όρους της Διακήρυξης. Για να συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού θα πρέπει η υπό ανάθεση σύμβαση να έχει προϋπολογισθείσα αξία μεγαλύτερη του 1.000.000,00€. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της ότι ο εν λόγω εθνικός λόγος αποκλεισμού είναι προαιρετικός για συμβάσεις μικρότερης αξίας, καθώς στο άρθρο 1 του Ν. 3310/2005, όπου οριοθετείται το

πεδίο εφαρμογής του εν λόγω νόμου, αναφέρονται τα εξής: «Οι διατάξεις του νόμου αυτού εφαρμόζονται στη διαδικασία σύναψης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, με σκοπό τη διασφάλιση της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και την κατοχύρωση της πολυφωνίας και της αντικειμενικής και με ίσους όρους ενημέρωσης». Περαιτέρω, στο άρθρο 2 του ίδιου νόμου, αναφέρονται τα εξής: «Για την εφαρμογή του νόμου αυτού νοούνται ως: 1. "Δημόσιες Συμβάσεις": Οι συμβάσεις εκτέλεσης έργου ή προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών ή μελετών που συνάπτονται μεταξύ αφ' ενός φυσικών προσώπων ή νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου και αφ' ετέρου του Δημοσίου ή άλλων νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, το δε οικονομικό τους αντικείμενο ή αντάλλαγμα είναι ανώτερο του ποσού του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, καθώς επίσης και οι συμβάσεις των οποίων το οικονομικό τους αντικείμενο ή αντάλλαγμα είναι κατώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, αλλά έχουν ως αντικείμενο τμήμα, προσθήκη ή επέκταση ή συμπλήρωση ανατιθέμενου έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας που υπερβαίνει συνολικά το ποσό αυτό, ανεξαρτήτως εάν το οικονομικό τους αντικείμενο ή αντάλλαγμα συνεπάγεται ή όχι δαπάνη για την Αναθέτουσα Αρχή». Από τις προαναφερόμενες διατάξεις προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι για συμβάσεις προϋπολογισθείσας αξίας μικρότερης του 1.000.000,00€ δεν τυγχάνει εφαρμογής ο Ν. 3310/2005 και, συνακόλουθα, δεν μπορεί να υφίσταται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής για χρήση του λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 8 του νόμου αυτού. Κατόπιν των ανωτέρω και λαμβάνοντας υπόψη ότι η υπό ανάθεση σύμβαση έχει προϋπολογισθείσα αξία μικρότερη του 1.000.000,00€, διαπιστώνεται ότι, όπως άλλωστε δεν αρνείται και η αναθέτουσα αρχή, από παραδρομή δεν απαλείφθηκαν από το τεύχος της Διακήρυξης και το ΤΕΥΔ οι αναφορές στον Ν. 3310/2005. Και ναι μεν κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους, ωστόσο έχει επίσης κριθεί νομολογιακά ότι τυχόν ασάφειες ή

πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, προσφορά τους (Ε.Α. ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Εν προκειμένω, το γεγονός ότι η Διακήρυξη αναφέρεται πλημμελώς στο Ν. 3310/2005, καίτοι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του, ούτε δύναται να αποτελέσει δυνητικό λόγο αποκλεισμού, σε συνδυασμό με το ότι από την άλλη πλευρά διατηρούνται οι παραπομπές 80 και 113 από το πρότυπο τεύχος της ΕΑΑΔΗΣΥ στις οποίες αναφέρεται ότι ο εθνικός λόγος αποκλεισμού εφαρμόζεται σε συμβάσεις αξίας ανώτερης του 1.000.000,00€, γεννά ασάφεια ως προς την κάλυψη της συγκεκριμένης απαίτησης, η οποία σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος του διαγωνιζομένου, οδηγώντας σε απόρριψη της προσφοράς του. Τέλος, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός που προβάλλει η προσφεύγουσα με το Υπόμνημά της ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεσμευόταν από τη συμπλήρωση του Μέρους III Δ του ΤΕΥΔ να προσκομίσει στο στάδιο της κατακύρωσης το μετοχολόγιο, καθώς, εφόσον ο σχετικός όρος της Διακήρυξης κατά τα προαναφερόμενα δεν μπορεί να θεωρηθεί ενεργός, προκύπτει ότι η συμπλήρωση του εν λόγω πεδίου του ΤΕΥΔ έγινε εκ του περισσού και δεν πρέπει να ληφθεί υπόψη. Κατόπιν των ανωτέρω διαπιστώνεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν όφειλε να συμπεριλάβει στα δικαιολογητικά κατακύρωσης το μετοχολόγιο, δηλαδή την αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου και ορθώς αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα με κωδικό ....., ποσού 1.825,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: 703 / 2020**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 1.825,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04.06.2020 και εκδόθηκε την 19.06.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Σιδέρη Μαρία-Ελένη**

**Η Γραμματέας**

**Τσουλούφα Αργυρώ**