

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 15.07.2019 με την εξής σύνθεση:  
Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.06.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/701/10.06.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της εταιρείας με την επωνυμία «ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΑ (ΕΛ.ΤΑ.) Α.Ε.» [εφεξής αναθέτων φορέας] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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. 979/28.05.2019 (θέμα 4ο) απόφαση του Συμβουλίου Διεύθυνσης του αναθέτοντος φορέα, που εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 3619/2019 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών διανομής σε μονάδες που λειτουργούν στη γεωγραφική ενότητα της Κρήτης».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 3619/2019 Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων, με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών διανομής σε μονάδες που λειτουργούν στη

## Αριθμός απόφασης: 812/2019

γεωγραφική ενότητα της Κρήτης», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 383.225,81€ 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 στις 30.01.2019 με ΑΔΑΜ: 19PROC004391030 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 31.01.2019 με Α/Α 70188. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 23.02.2019 και ώρα 23.59 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 25.02.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά 4 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. 979/28.05.2019 (θέμα 4ο) απόφαση του Συμβουλίου Διεύθυνσης του αναθέτοντος φορέα (προσβαλλόμενη πράξη) εγκρίθηκε το από 22.0.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης.

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 280676161959 0806 0009, ποσού ευρώ χιλίων εννιακοσίων δεκαέξι και δεκατριών λεπτών (€1.916,13), 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 383.225,81€ 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 από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 30.05.2019.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει τη δεύτερη στη σειρά κατάταξης οικονομική προσφορά και προσδοκά ότι, εάν κριθούν βάσιμοι οι ισχυρισμοί της, θα αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή, η Παρέμβαση της «.....» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 21.06.2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ 568. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στους υπόλοιπους συμμετέχοντες, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 11.06.2019. Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς η υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται ευθέως κατά της συμμετοχής του στη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ έχει ήδη καταστεί οριστική ανάδοχος.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί, για τον λόγο ότι με τα υποβληθέντα δικαιολογητικά του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 δεν αποδείχθηκαν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και συγκεκριμένα η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και η οικονομική και χρηματοοικονομική της επάρκεια. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει τους εξής λόγους: (1) Προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε τον από 14.05.2019 ΠΙΝΑΚΑ ΚΑΤΑΛΟΓΟΥ ΕΡΓΑΣΙΩΝ, ο οποίος περιλαμβάνει δέκα έργα. Με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής της, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι εννέα εξ αυτών δεν πληρούν τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης.

## Αριθμός απόφασης: 812/2019

Πιο συγκεκριμένα, αναφέρεται στα εξής έργα: 1. Το έργο ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΓΥΜΝΑΣΙΟΥ ΓΑΖΙΟΥ με πελάτη/φορέα το ΓΕΛ ΓΑΖΙΟΥ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 1.600,00€, 2. το έργο ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑ ΚΤΙΡΙΑΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ με πελάτη/φορέα τη SCORPION οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 69.322,08€, 4. το έργο ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑ ΚΤΙΡΙΑΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ με πελάτη/φορέα τα ΚΑΤΑΣΤΗΜΑΤΑ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 4.136,00€, 5. το έργο ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΣΥΝΤΗΡΗΣΕΙΣ ΜΟΝΑΔΑΣ με πελάτη/φορέα το ΣΥΝΔΕΣΜΟ ΦΟΔΣΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΔΗΜΩΝ Ν.ΚΑΖΑΝΤΖΑΚΗ - ΑΡΧΑΝΩΝ ΤΕΜΕΝΟΥΣ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 6.800,00€, 6. το έργο ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΠΑΛΛΗΛΩΝ ΓΡΑΦΕΙΟΥ, ΚΑΘΑΡΙΣΤΗ, ΕΡΓΑΤΗ, ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΟΥ ΣΤΑ ΓΡΑΦΕΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ με πελάτη/φορέα τη Δ.Ε.Π.Τ.Α.Η. Α.Ε. ΟΤΑ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 43.873,49€, 7. το έργο ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΙΣΠΡΑΞΗΣ ΣΕ ΠΑΡΑΛΙΕΣ ΣΤΟ ΠΑΡΚΙΝΓΚ με πελάτη/φορέα ΜΑΤΑΛΑ Δ. ΦΑΙΣΤΟΥ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 39.280,50€, 8. το έργο ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΙΣΠΡΑΞΗΣ ΣΕ ΠΑΡΑΛΙΕΣ ΣΤΟ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΚΑΙ ΚΑΜΠΙΝΓΚ με πελάτη/φορέα ΜΑΤΑΛΑ Δ. ΦΑΙΣΤΟΥ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 59.275,79, 9. το έργο ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΠΑΛΛΗΛΩΝ ΓΡΑΦΕΙΟΥ, ΚΑΘΑΡΙΣΤΗ, ΤΑΜΙΑ, ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΟΥ ΣΤΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ-ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΟΥ ΠΣΚΗ με πελάτη/φορέα τη Δ.Ε.Π.Τ.Α.Η. Α.Ε. ΟΤΑ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 57.018,59€ και 10. το έργο ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΧΩΡΩΝ ΣΤΑΘΜΕΥΣΗΣ με πελάτη/φορέα τον ΟΡΓΑΝΙΣΜΟ ΛΙΜΕΝΟΣ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ οικονομικού αντικειμένου χωρίς ΦΠΑ ευρώ 22.000,00€. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι από την αδιάστικτη διατύπωση της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή, δεν απαιτεί από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μόνο κατάλογο των κυριότερων έργων που έχουν εκτελέσει, αλλά απαιτείται τα έργα αυτά να τελούν σε συνάφεια με το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Ο όρος «συνάφεια» έχει κατά την προσφεύγουσα διττή σημασία. Κατ' αρχάς, τα εκτελεσθέντα έργα απαιτείται να είναι ίδιου ή ομοειδούς αντικειμένου με αυτό

της συγκεκριμένης Διακήρυξης. Περαιτέρω, στην έννοια της «συνάφειας», περιλαμβάνεται η εκτέλεση έργων με ισοδύναμο, ή σχεδόν ισοδύναμο, οικονομικό αντικείμενο με αυτό του παρόντος διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ουδέν εκ των ανωτέρω κριτηρίων πληρούται. Ειδικότερα, τρία από τα προαναφερόμενα έργα παραπέμπουν σε υπηρεσίες καθαριότητας κτιριακών εγκαταστάσεων και τα υπόλοιπα έξι σε υπηρεσίες παροχής υπηρεσιών παντελώς μη σχετιζόμενες με το αντικείμενο της Διακήρυξης, όπως π.χ. «παροχή υπηρεσιών συντήρησης μονάδας», «παροχή υπηρεσιών είσπραξης σε παραλίες στο παρκινγκ», «παροχή υπηρεσιών διαχείρισης χώρων στάθμευσης». Επιπλέον επισημαίνει ότι τα έργα υπ' αριθμ. 1, 2, 4 και 5 έχουν εκτελεστεί / λήξει το έτος 2014 και 2015, δηλαδή δεν πληρούν την αξίωση του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης για την τελευταία τριετία. Τέλος, τα προαναφερόμενα εννέα έργα κατά την προσφεύγουσα δεν τελούν σε συνάφεια ούτε ως προς το ύψος του προϋπολογισμού της παρούσας Διακήρυξης, καθώς κυμαίνονται από 1.600,00€ έως 59.275,79€. (2) Με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι και το υπ' αριθμ. 3 έργο του προαναφερόμενου καταλόγου δεν θα πρέπει να προσμετρηθεί στην εμπειρία της παρεμβαίνουσας για τους εξής λόγους: το έργο με τίτλο «Παροχή υπηρεσιών παραλαβής, καταγραφής, διανομής υλικού πόρτα - πόρτα και εισπράξεων», προϋπολογισμού 392.958,60€ (χωρίς ΦΠΑ), το οποίο εκτελέστηκε για λογαριασμό του φορέα «.....», είναι αμιγώς ιδιωτικό έργο υπό την έννοια ότι δεν εμπλέκεται καθ' οιονδήποτε τρόπο κάποιος δημόσιος φορέας και για τον λόγο αυτό καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής ο έλεγχος αυτού από πλευράς δημοσιότητας των δαπανών που σχετίζονται με αυτό (για τις δημόσιες συμβάσεις υπάρχει υποχρέωση καταχώρισης - ανάρτησης αυτών στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων - Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.). Επίσης, αν και το έργο αυτό αφορά ταχυδρομικές υπηρεσίες και ταχυμεταφορικές δραστηριότητες, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι κατά το χρόνο εκτέλεσής του (01.01.2018 έως 31.12.2018) και μέχρι την 06.02.2019, το αντικείμενο των ταχυδρομικών υπηρεσιών δεν υπήρχε στον καταστατικό σκοπό της εταιρείας. Εξ αυτού του λόγου, η προσφεύγουσα θέτει το ερώτημα με ποιο

τρόπο η παρεμβαίνουσα ανέλαβε να φέρει εις πέρας κατά το έτος 2018 το έργο διανομής πόρτα – πόρτα. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η ..... στο ΦΕΚ Τεύχος Α.Ε. και ΕΠΕ με αριθμό ...../07.12.2007 έχει καταχωρηθεί ως ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και όχι ως «Α.Ε.Ξ.Τ.Ε.», ενώ το συγκεκριμένο έργο διανομής πόρτα - πόρτα κινείται εκτός του αντικειμένου των εταιρικών δραστηριοτήτων της (ίδρυση, λειτουργία και εκμετάλλευση, επιπλωμένων διαμερισμάτων, ξενοδοχείων, παραδοσιακών οικισμών, αγροτουριστικών μονάδων, ανέγερση και μίσθωση αυτών, ίδρυση και λειτουργία κέντρων διαμονής και παραθερισμού ημεδαπών και αλλοδαπών και κάθε άλλη τουριστική επιχείρηση ατομικού ή ομαδικού τουρισμού κλπ). Επίσης, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι οι δύο εταιρείες («.....» και «.....») δίνουν την εικόνα «συγγενών» επιχειρήσεων καθώς εταίρος της πρώτης είναι ο κ. .... με ενενήντα πέντε (95) εταιρικά μερίδια (επί συνόλου 100), έχων δηλαδή τον απόλυτο έλεγχο της εταιρείας. Στο Διοικητικό Συμβούλιο της δεύτερης, συμμετέχει επίσης ο ..... ως Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος με δικαίωμα εκπροσωπευτικής εξουσίας και δέσμευσης της εταιρείας με μόνη την υπογραφή αυτού (ΦΕΚ Τεύχος ΠΡΑ.Δ.Ι.Τ. αρ. φύλλου 119/12.02.2018). Επίσης, η βεβαίωση της «.....» με ημερομηνία 29.01.2019 που προσκομίζει η παρεμβαίνουσα, υπογράφεται από αναρμόδιο πρόσωπο, τον κ. ...., ο οποίος είναι απλό μέλος του Δ.Σ. της «.....», δίχως ουδεμία εκπροσωπευτική ή άλλου είδους εξουσία, ως προκύπτει εκ του καταστατικού αυτής, όπως αυτό έχει καταχωρηθεί στο ΓΕΜΗ. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, το έγγραφο αυτό όφειλε κατ' αρχήν να μη ληφθεί υπ' όψη από την αναθέτουσα αρχή. Τέλος, από τον ετήσιο πίνακα προσωπικού ο οποίος έχει κατατεθεί από την ανάδοχο εταιρεία στο Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας - Τμήμα Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων Ανατολικού Τομέα Αθηνών και αφορά το έτος 2018 και ο οποίος χορηγήθηκε στην προσφεύγουσα ανωνυμοποιημένα, δυνάμει της με αριθμ. πρωτ. 223280/23.05.2019 αίτησής της, κατόπιν της με αριθμ. πρωτ. 30251/23.05.2019 Εισαγγελικής Παραγγελίας), προκύπτει ότι η

παρεμβαίνουσα καθ' όλη τη διάρκεια του έτους 2018, δεν απασχολούσε κανέναν υπάλληλο με την ειδικότητα "διανομέας". Ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι τη διανομή είχαν αναλάβει άτομα με άλλη ειδικότητα (π.χ. εργάτες), τέτοια στον πίνακα προσωπικού υπάρχουν μόνο τέσσερα (αύξοντες αριθμοί 1, 9, 10, 23) και ένας υπάλληλος - 882, Οδηγός Αυτοκινούμενων Οχημάτων. Όσον αφορά δε τη χρηματοοικονομική ικανότητα της εταιρείας «.....», όπως αυτή αποτυπώνεται στους δύο τελευταίους δημοσιευμένους ισολογισμούς της των οικονομικών χρήσεων 2014 και 2015, προκύπτει αδιαμφισβήτητα το συμπέρασμα ότι και οι ως άνω δύο χρήσεις είναι ξεκάθαρα ζημιογόνες, με κύκλο εργασιών 613.171,61 ευρώ το 2014 και 192.562,88 ευρώ το 2015 (κατακόρυφη πτώση). Ομοίως, στην έκθεση διαχείρισης του Δ.Σ. της εταιρείας προς την Τακτική Γενική Συνέλευση της 30.06.2015, διατυπώνεται ξεκάθαρα ότι «η κλειόμενη χρήση 2015 δεν ήταν ικανοποιητική». Επομένως, κατά την προσφεύγουσα δημιουργείται η απορία πώς η συγκεκριμένη εταιρεία με τον προαναφερόμενο κύκλο εργασιών, με ζημιογόνες χρήσεις, ανέλαβε την υποχρέωση να χρηματοδοτήσει ένα κατά τα φαινόμενα εσωτερικής εκμετάλλευσης έργο προϋπολογισμού 392.958,60 ευρώ (ήτοι πολλαπλάσιου του κύκλου εργασιών της). Δεδομένου ότι δεν έχουν δημοσιευτεί και οι ισολογισμοί των οικονομικών χρήσεων 2016 και 2017 της εν λόγω εταιρείας, δεν υπάρχει πιο ξεκάθαρη εικόνα της οικονομικής πορείας και των χρηματοοικονομικών μεγεθών της. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα δεν άσκησε τη διακριτική της ευχέρεια να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα να προσκομιστούν α) η σύμβαση που έχει υπογραφεί για το εν λόγω έργο μεταξύ των δύο εταιρειών, β) η σχετική τριμηνιαία Κατάσταση Συμφωνητικών (Κατάσταση Συμφωνητικών παραγράφου 16 άρθρου 8 ν.1882/90) η οποία θα πρέπει να έχει υποβληθεί νομίμως και εμπροθέσμως στην αρμόδια ΔΟΥ (ήτοι να έχει υποβληθεί είτε τον Ιανουάριο 2018, είτε τον Απρίλιο 2018, δεδομένου ότι πρόκειται για έργο που ξεκίνησε την 01.01.2018), τα εκδοθέντα τιμολόγια καθώς και η Ομάδα Εργασίας που όφειλε να έχει συγκροτηθεί για το συγκεκριμένο έργο, τα μέλη της οποίας θα πρέπει να είναι μισθωτοί σχετικής ειδικότητας από 01.01.2018. (3) Με τον τρίτο λόγο, η προσφεύγουσα αμφισβητεί την οικονομική

και χρηματοοικονομική επάρκεια της παρεμβαίνουσας. Στο άρθρο 2.2.5 της Διακήρυξης, ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν «αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών της επιχείρησης των τριών τελευταίων ετών ή κατά το διάστημα λειτουργίας της αν αυτό είναι μικρότερο των 3 ετών, βεβαιώσεις τραπεζών για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης. Οι ενώσεις και οι κοινοπραξίες προμηθευτών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικά για κάθε προμηθευτή που συμμετέχει στην ένωση ή κοινοπραξία». Η παρεμβαίνουσα προσκόμισε σχετικά: α) την από 15.03.2019 (αριθμ. πρωτ. 15688) βεβαίωση καλής συνεργασίας της Παγκρήτιας Συνεταιριστικής Τράπεζας (και όχι βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας), η οποία βεβαιώνει ότι «η συνεργασία της εταιρείας με την Τράπεζα διεξάγεται σε απόλυτα ικανοποιητικό επίπεδο και ότι αποτελεί γι' αυτήν ένα συνεπή και αξιόπιστο πελάτη». Κατά την προσφεύγουσα, η βεβαίωση αυτή είναι ολοκληρωτικά αόριστη και ουδέν ασφαλές συμπέρασμα μπορεί να εξαχθεί σχετικά με την χρηματοοικονομική επάρκεια της εταιρείας. Από την τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας πρέπει να προκύπτει σαφώς ποιο ποσό διατίθεται στη διαγωνιζόμενη εταιρεία για χρηματοδότηση και πιστοδοτήσεις, ώστε να κριθεί αν καλύπτει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις πιστοληπτικής ικανότητας και ποιο ποσό, χωριστά, αφορά εγγυητικές επιστολές (η προσφεύγουσα επικαλείται σχετικά την ΜΠΑ 9146/2006). β) Η παρεμβαίνουσα προσκόμισε επίσης τους ισολογισμούς των τριών τελευταίων ετών, ήτοι των ετών 2015, 2016 και 2017, το περιεχόμενο των οποίων, όμως, αποδεικνύει ότι τα έτη 2015 και 2017, η εταιρεία όχι μόνο παρουσιάζει ζημιογόνες χρήσεις, αλλά και η συνολική καθαρή θέση της είναι αρνητική και μόνο το έτος 2016 εμφανίζεται ως θετική. Η προσφεύγουσα συμπεραίνει ότι η παρεμβαίνουσα επιδεικνύει περιορισμένη πιστοληπτική ικανότητα και φερεγγυότητα, η οποία θέτει εν αμφιβόλω την εν γένει ικανότητά της να ανταποκριθεί στις υψηλές απαιτήσεις του έργου. Ακόμη δε και εάν ήθελε υποτεθεί ότι το ζημιογόνο αποτέλεσμα μεταφερθεί σε νέες, μεταγενέστερες, χρήσεις, αυτό ουδεμία επιρροή ασκεί στη διαμόρφωση επί τα βελτίω της γενικής χρηματοοικονομικής επάρκειας της



διαγωνιζόμενης εταιρείας. Έχει δε κριθεί ως νόμιμος ο αποκλεισμός εταιρείας για το λόγο ότι υπέβαλε ζημιολογισμούς και, συνεπώς, κρίθηκε, ότι δεν έχει την απαιτούμενη χρηματοοικονομική επάρκεια (ΣΤΕ ΕΑ 198/2008). Όσον αφορά το σύνολο των προβαλλόμενων από εκείνη πλημμελειών, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι κατά το στάδιο ελέγχου των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο έλεγχος που ενεργείται στο πρόσωπο πλέον του προσωρινού αναδόχου έχει διπτό περιεχόμενο, καθώς αφενός μεν ελέγχεται η αλήθεια και ακρίβεια των δηλουμένων 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 που τίθενται με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις υπ' αριθμ. 2.1/1528/12.06.2019 Απόψεις του επισημαίνει ότι η αρμόδια Επιτροπή Αξιολόγησης μεταξύ άλλων εξέτασε: «Α. Την πλήρωση των όρων 2.2.4 “Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας” και 2.2.6 “Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα” της 3619 Διακήρυξης. Για την πλήρωση του όρου 2.2.4, η εταιρεία ..... υπέβαλε το 915/06.03.2018 Πιστοποιητικό του Βιοτεχνικού Επιμελητηρίου Πειραιά, σύμφωνα με την εν λόγω παράγραφο της 3619 Διακήρυξης όπου αναφέρεται ότι “Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κρότος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικό ή εμπορικό μητρώα που τηρούνται στο κρότος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α ' του ν.4412/2016”. Για την πλήρωση όρου 2.2.6, η εταιρεία ..... υπέβαλε κατάλογο που περιέχει 10 έργα των

ετών από 2014-2019, τα συμβατικά τιμήματα αυτών και την περιγραφή του αντικειμένου τους, αντίστοιχα. Το ένα εξ αυτών, της ....., από 01.01-31.12.2018, τιμήματος 392.958,60 ευρώ, παροχής υπηρεσιών παραλαβής, ταξινόμησης, καταγραφής, διανομής υλικού πόρτα - πόρτα και εισπράξεων, για το οποίο η εταιρεία προσκόμισε την από 29.01.2019 βεβαίωση καλής εκτέλεσης του έργου, καλύπτει τις απαιτήσεις της εν λόγω παραγράφου της 3619 Διακήρυξης όπου αναφέρεται ότι οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να υποβάλλουν “Κατάλογο στον οποίο να αναφέρονται τα κυριότερα έργα παροχής συναφών υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών, με μνεία για κάθε υλοποίηση έργου: του αναθέτοντα φορέα, είτε εμπίπτει στο δημόσιο είτε στον ιδιωτικό τομέα, της ημερομηνίας υλοποίησης του έργου, του ποσού του συμβατικού τιμήματος”, σε συνδυασμό με την παράγραφο 1 της 2.1/723/08.03.2019 επιστολής μας που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 08.03.2019, ως παροχή Διευκρινήσεων, μετά την υποβολή ερωτημάτων που τέθηκαν από ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς για τον εν λόγω Διαγωνισμό. Β. Την πλήρωση του όρου 2.2.5 “Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια” της 3619 Διακήρυξης. Για την πλήρωση του όρου αυτού, η εταιρεία ..... υπέβαλε αντίγραφα ισολογισμών των τριών τελευταίων ετών, ήτοι των ετών 2015, 2016 και 2017, σύμφωνα με την εν λόγω παράγραφο της 3619 Διακήρυξης όπου αναφέρεται ότι “Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: Αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών της επιχείρησης των τριών τελευταίων ετών ή κατά το διάστημα λειτουργίας της αν αυτό είναι μικρότερο των 3 ετών, βεβαιώσεις τραπεζών για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης...”».

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της Προδικαστικής Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα ότι προσκόμισε όλα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης με την υποβολή της προσφοράς της και η προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτών μετά την αποσφράγιση των προσφορών, αλλά ενώ είχε τη δυνατότητα να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της υπ’ αριθμ.

973/22.04.2019 (θέμα 10<sup>ο</sup>) απόφασης, με την οποία ο αναθέτων φορέας έκρινε ότι η προσφορά της ήταν αποδεκτή και την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο, παρέλειψε να το πράξει. Η παρεμβαίνουσα συμπεραίνει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία προσκόμισε εκ νέου μετά τη σχετική υπ' αριθμ. 2.1/201/06.05.2019 Πρόσκληση του αναθέτοντος φορέα, προβάλλονται όψιμα, καταχρηστικά, απαράδεκτα και αόριστα. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι: (1) Η υπό κρίση Προσφυγή στερείται προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής ή προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών. Στη συνέχεια, επικαλούμενη τις διατάξεις του άρθρου 22 της ΥΑ 56902/2015/2017 (ΦΕΚ 1924/Β) σχετικά με τη λειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ, του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση καθώς και το Π.Δ. 150/2001 για τις ηλεκτρονικές υπογραφές αλλά και νομολογία της ΑΕΠΠ για περιπτώσεις έλλειψης της ηλεκτρονικής υπογραφής, επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής ως απαράδεκτης. (2) Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται περαιτέρω ότι η άσκηση της Προσφυγής είναι εκπρόθεσμη, για τον λόγο ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης είχαν υποβληθεί μαζί με την προσφορά και η προσφεύγουσα παρέλειψε να προσβάλει με Προδικαστική Προσφυγή την υπ' αριθμ. 973/22.04.2019 (θέμα 10ο) απόφαση, με την οποία τα δικαιολογητικά της είχαν κριθεί πλήρη. (3) Επιχειρώντας να αντικρούσει τον πρώτο και τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, οι οποίοι σχετίζονται με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι τα έργα του καταλόγου με αριθμού 7, 8, 9 και 10 έχουν *«υπό ευρεία έννοια άμεση συνάφεια με το έργο της Διακήρυξης, αφού βάσει του αντικειμένου των παραπάνω συμβάσεων απαιτείται συναλλαγή με ευρύ κοινό, άγνωστο στους υπαλλήλους μας και με τα απαραίτητα στοιχεία διαφορετικότητας και διαχείρισης χρημάτων, που απαιτούνται και την εκτέλεση των υπηρεσιών που περιγράφονται στη διακήρυξη. Σημειωτέον ότι το υπό στοιχείο 3 του καταλόγου εργασιών, αναληφθέν έργο με την εταιρεία '.....' για παροχή υπηρεσιών παραλαβής, καταγραφής, διανομής υλικού πόρτα-πόρτα και εισπράξεων, για το οποίο από το στάδιο της κατάθεσης της τεχνικής και*

οικονομικής προσφοράς μας έχουμε καταθέσει την από 29.1.2019 βεβαίωση καλής εκτέλεσης της παραπάνω εταιρείας, ανήκουσας στον ιδιωτικό τομέα, έχει απόλυτη συνάφεια με τις υπηρεσίες της διακήρυξης και καλύπτει ως ιδιωτικό έργο και τις απαιτήσεις της παραγράφου 2.2.6 της διακήρυξης και του με αρ. πρωτ. 2.1./723/8.3.2019 εγγράφου της Αναθέτουσας Αρχής». Επικαλείται δε τις διευκρινίσεις που δόθηκαν από τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα με τις οποίες το κατώτατο ποσό αξίας έργων παροχής συναφών υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών που απαιτείται ώστε να πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 2.2.6 Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, πρέπει να υπερκαλύπτει τουλάχιστον το ύψος του προϋπολογισμού για την υπηρεσία του θέματος και ο οικονομικός φορέας πρέπει να έχει υλοποιήσει επιτυχώς τουλάχιστον ένα έργο την τελευταία τριετία με συμβατικό τίμημα αντίστοιχο του προϋπολογισμού του Διαγωνισμού. Σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, το αποδεικτικό μέσο για την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής ήταν οι συμβάσεις με δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς για έργα συναφή με αυτό της Διακήρυξης. Η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι προσκόμισε τα αποδεικτικά μέσα που απαιτούσε η Διακήρυξη και επισημαίνει ότι το γεγονός της τροποποίησης του άρθρου 4 του καταστατικού της την 6.2.2019 ουδεμία επιρροή ασκεί, αφού δεν υπήρχε όρος στη Διακήρυξη που να απαιτεί σκοπό ταχυδρομικών υπηρεσιών προγενέστερων του έτους ή της διετίας και ούτω καθ' εξής. Κατά την παρεμβαίνουσα, η απορία της προσφεύγουσας πώς υλοποιήθηκε η παραπάνω σύμβαση το 2018 είναι κενή περιεχομένου, αβάσιμη και αναπόδεικτη και ως εκ τούτου απορριπτέα. Περαιτέρω τονίζει ότι οι αναφορές της προσφεύγουσας στη μετοχική σύνθεση της μίας εταιρείας και τους εταίρους της άλλης εταιρείας δεν μπορούν να αποτελέσουν επ' ουδενί λόγο προσφυγής και είναι και αυτοί κενοί περιεχομένου, αφού από τους όρους της Διακήρυξης προκύπτει σαφέστατα η υποχρέωση κάθε οικονομικού φορέα να καταθέσει και να επικαλεστεί συμβάσεις με δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα. Η εταιρεία ..... είναι ανώνυμη εταιρεία του ιδιωτικού τομέα και αποτελεί τελείως διαφορετικό νομικό πρόσωπο από την παρεμβαίνουσα και διαφορετική νομική οντότητα, με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις και άλλα αντικείμενα. Από δε τον προσκομιζόμενο

από την προσφεύγουσα πίνακα προσωπικού προκύπτει αβίαστα το γεγονός ότι η εταιρεία της απασχολεί 98 άτομα ως προσωπικό με διάφορες ειδικότητες, όπως οδηγούς και ταμίες εισπράξεων, που μπόρεσαν να φέρουν με ευκολία σε πέρας την υλοποίηση της παραπάνω σύμβασης για υπηρεσίες παραλαβής, καταγραφής, διανομής υλικού πόρτα - πόρτα και εισπράξεων καθ' όλη τη διάρκεια του 2018. Ο ισχυρισμός επίσης ότι η σύμβαση αυτή δεν αναρτήθηκε στη Δ.Ο.Υ., πέραν του γεγονότος ότι είναι αναπόδεικτος και αόριστος, περαιτέρω -κατά την παρεμβαίνουσα- δεν συνεπάγεται καμία ακυρότητα οποιασδήποτε σύμβασης τυχόν δεν αναρτηθεί στη Δ.Ο.Υ., αφού δεν αποτελεί τυπικό υποχρεωτικό στοιχείο για την σύναψή της, οι υποχρεώσεις και τα δικαιώματα των συμβαλλομένων εξακολουθούν και υπάρχουν και τα αρμόδια δικαστήρια επιλαμβάνονται απείρων υποθέσεων με συμβάσεις που δεν εκτελέστηκαν σωστά ασχέτως αν αναρτήθηκαν στη Δ.Ο.Υ. Σχετικά δε με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για τους δημοσιευμένους ισολογισμούς της εταιρείας ..... των ετών 2014 και 2015 που προσκομίζει καθώς και για τη μη δημοσίευση των ισολογισμών 2016 και 2017, κατά την παρεμβαίνουσα είναι αόριστοι και αβάσιμοι. Σε κάθε περίπτωση, αναφέρει ότι *«η εξουσία ελέγχου των λόγων της εκάστοτε προσφυγής από το επιλαμβανόμενο την εξέταση αυτής κλιμάκιο, αυτονόητα προσδιορίζεται και περιορίζεται από το συγκεκριμένο και ορισμένο των ενώπιον του προβαλλόμενων ισχυρισμών τους οποίους ελέγχει κατά νόμο και ουσία κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, εφόσον σε κάθε περίπτωση συγκεκριμενοποιεί ο ούτως ή άλλως καταρχήν φέρων το βάρος απόδειξης, αλλά άνευ ετέρου διατηρεί το βάρος επίκλησης των ισχυρισμών του, προσφεύγων τουλάχιστον το ουσιαστικό υπόβαθρο του προβαλλόμενου εξ αυτού λόγου. Δεν είναι δυνατόν όμως το Κλιμάκιο να ερευνά αλληπάλληλες αόριστες και εν όλω αναπόδεικτες αιτιάσεις άνευ ορισμένου και συγκεκριμένου ισχυρισμού»*. (4) Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρεμβαίνουσας, η τελευταία επισημαίνει ότι η Διακήρυξη δεν απαιτούσε κατώτατο όριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ούτε ελάχιστο ποσό πιστοληπτικής ικανότητας. Αντίθετα, απαιτούσε την προσκόμιση

αντιγράφων ή αποσπασμάτων ισολογισμών της τελευταίας τριετίας καθώς και βεβαίωση τράπεζας για την πιστοληπτική της ικανότητα, στοιχεία τα οποία προσκόμισε. Ειδικότερα, προσκόμισε ήδη κατά το στάδιο κατάθεσης της τεχνικής και οικονομικής της προσφοράς αντίγραφα των τελευταίων τριών ισολογισμών της, ετών 2015, 2016 και 2017 καθώς και α) την από 15.3.2019 με αρ. πρωτ. 15690/15.3.2019 Βεβαίωση Πιστοληπτικής Ικανότητας της Παγκρήτιας Τράπεζας για τη συμμετοχή της στον υπ` αρ. 3619 ανοικτό διαγωνισμό προϋπολογισμού 383.225,81€ και β) την από 15.3.2019 με αρ. πρωτ. 15688/15.3.2019 Βεβαίωση Καλής Συνεργασίας της Παγκρήτιας Τράπεζας για τη συμμετοχή της στον υπ` αρ. 3619 ανοικτό διαγωνισμό προϋπολογισμού 383.225,81€. Όσον αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με την συνολική καθαρή θέση της παρεμβαίνουσας για τα έτη 2015 και 2017, η τελευταία τους χαρακτηρίζει αόριστους, καταχρηστικούς, αναπόδεικτους και αβάσιμους, καθώς σε κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν αναφέρεται όρος για τζίρους, κύκλους εργασιών και καθαρή θετική θέση. Κατά την παρεμβαίνουσα, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν προσέβαλε τους προαναφερόμενους όρους της Διακήρυξης εμπρόθεσμα, της στερεί το έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειας της παρεμβαίνουσας λόγω μη πλήρωσης όρων, που δεν προεβλέπονται στη Διακήρυξη.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε το από 09.07.2019 Υπόμνημα, προκειμένου να αντικρούσει της Απόψεις του αναθέτοντος φορέα και την Παρέμβαση. (1) Όσον αφορά τις Απόψεις, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι ο αναθέτων φορέας περιορίστηκε σε μία σείρα και απλή παράθεση πραγματικών περιστατικών, η οποία δεν απαντάει σε κανένα σημείο επί των τιθέμενων με την Προσφυγή ζητημάτων. Κατά την προσφεύγουσα, ο αναθέτων φορέας, μετά την άσκηση της Προσφυγής, θα μπορούσε είτε να ακυρώσει την προσβαλλόμενη, απορρίπτοντας την προσφορά της παρεμβαίνουσας, είτε να καλέσει την τελευταία να προσκομίσει: α) τη σύμβαση που έχει υπογραφεί μεταξύ των εταιρειών ..... και ..... για την εκτέλεση του έργου της διανομής «πόρτα - πόρτα», β) τη σχετική τριμηνιαία κατάσταση συμφωνητικών

(κατάσταση συμφωνητικών παραγράφου 16 άρθρου 8 Ν. 1882/90) η οποία θα πρέπει να έχει υποβληθεί νομίμως και εμπροθέσμως στην αρμόδια ΔΟΥ (ήτοι να έχει υποβληθεί είτε τον Ιανουάριο 2018, είτε τον Απρίλιο 2018, δεδομένου ότι πρόκειται για έργο που ξεκίνησε την 01/01/2018), γ) τα εκδοθέντα τιμολόγια καθώς και δ) την Ομάδα Εργασίας που όφειλε να έχει συγκροτηθεί για το συγκεκριμένο έργο, τα μέλη της οποίας θα πρέπει να είναι μισθωτοί σχετικής ειδικότητας από 01.01.2018. Κατά την προσφεύγουσα, από τις Απόψεις του αναθέτοντος φορέα συνάγεται τεκμήριο ομολογίας των προβαλλόμενων λόγων.

(2) Αντικρούοντας την ασκηθείσα Παρέμβαση, η προσφεύγουσα αναφέρει στο Υπόμνημά της ότι: α) Σχετικά με την ψηφιακή υπογραφή, η παρεμβαίνουσα επικαλείται νομολογία που έχει εκδοθεί σε περιπτώσεις στις οποίες κατά τον έλεγχο της υπογραφής προέκυψε ότι είναι «μη έγκυρη», γεγονός το οποίο δεν συντρέχει εν προκειμένω. Αντίθετα, από τον έλεγχο της υπογραφής προκύπτει ότι είναι έγκυρη και ότι το έγγραφο δεν έχει τροποποιηθεί ή καταστραφεί από τότε που εφαρμόστηκε η πιστοποίηση. Επίσης στις ιδιότητες της υπογραφής εμφανίζεται το μήνυμα «*το πιστοποιητικό του υπογράφοντος είναι έγκυρο και δεν έχει ανακληθεί*». β) Σχετικά με τον ισχυρισμό περί εκπρόθεσμης άσκησης της Προσφυγής, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η νομολογία που επικαλείται η παρεμβαίνουσα έχει εκδοθεί υπό το προγενέστερο κανονιστικό πλαίσιο, ότι με το νέο νομοθετικό πλαίσιο προβλέπεται ρητά ότι ο έλεγχος στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου έχει διπτό περιεχόμενο και αφορά τόσο στον χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και στον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ότι το γεγονός ότι προσκόμισε τα δικαιολογητικά σε χρόνο κατά τον οποίο δεν ήταν υποχρεωμένη να το πράξει και ότι ο αναθέτων φορέας τα εξετάζει στο στάδιο πριν την κατακύρωση. γ) Αντικρούοντας τον ισχυρισμό περί συνάφειας των έργων που περιλαμβάνονται στον υποβληθέντα κατάλογο με το υπό ανάθεση έργο, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι υιοθετώντας την εξήγηση αυτή, όλα τα έργα θα τελούσαν σε συνάφεια με το αντικείμενο οποιασδήποτε διακήρυξης, κάτι που αντίκειται, εκτός των κανόνων δικαίου, και στην κοινή λογική. Με βάση δε την διευκρίνιση που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, τα έργα αυτά όφειλαν να μη ληφθούν καθόλου υπ' όψη

λόγω μη συναφούς αντικειμένου με αυτό της Διακήρυξης. Ειδικά για το έργο υπ' αριθμ. 3, το οποίο κρίνεται από την προσφεύγουσα συναφές, η προσφεύγουσα θεωρεί ότι, εφόσον η διανομή δεν συμπεριλαμβανόταν στον καταστατικό της σκοπό, δεν είναι δυνατό να το έχει εκτελέσει. Περαιτέρω, επαναλαμβάνει τους ισχυρισμούς περί «συγγενών» επιχειρήσεων, περί έκδοσης βεβαίωσης από πρόσωπο που δεν είχε εξουσία να το πράξει, περί μη συμπερίληψης στο προσωπικό της εργαζομένων με τις σχετικές ειδικότητες, περί παράλειψης υποβολής της σύμβασης στη ΔΟΥ και περί αδυναμίας χρηματοδότησης του εν λόγω έργου από την ..... δ) Σχετικά με την οικονομική και τη χρηματοοικονομική επάρκεια, η προσφεύγουσα τονίζει ότι η βεβαίωση καλής συνεργασίας είναι κάτι διαφορετικό από τη βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας και δεν μπορούν να είναι ίδιες κατά περιεχόμενο. Επίσης, παραπέμπει στη σελ. 21 της Προσφυγής της, όπου αναλύεται ειδικότερα το εκ του νόμου ελάχιστο περιεχόμενο της τραπεζικής βεβαίωσης και παρατίθεται ενδεικτική νομολογία επί του θέματος αυτού. Τέλος, αναφέρει ότι εκ των προσαγομένων ισολογισμών των τριών τελευταίων ετών είναι ξεκάθαρο ότι κατά τα έτη 2015 και 2017, η εταιρεία όχι μόνο παρουσιάζει ζημιογόνες χρήσεις, αλλά και η συνολική καθαρή θέση της είναι αρνητική, μόνο δε κατά το έτος 2016 εμφανίζεται ως θετική, ώστε να τίθεται εν αμφιβόλω εν γένει η ικανότητά της να ανταποκριθεί στις υψηλές απαιτήσεις του έργου.

12. 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.

13. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 (Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών), όπως ίσχυε κατά την ημερομηνία έκδοσης της Διακήρυξης, προβλεπόταν ότι: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον

ημέρες. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων

κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 104 του 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 [...]».

15. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

16. Επειδή, στις παραγράφους 2.2.5 και 2.2.6 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: Αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών της επιχείρησης των τριών τελευταίων ετών ή κατά το διάστημα λειτουργίας της αν αυτό είναι μικρότερο των 3 ετών, βεβαιώσεις τραπεζών για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης. Οι

ενώσεις και οι κοινοπραξίες προμηθευτών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικά για κάθε προμηθευτή που συμμετέχει στην ένωση ή κοινοπραξία. 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Κατάλογο στον οποίο να αναφέρονται τα κυριότερα έργα παροχής συναφών υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών, με μνεία για κάθε υλοποίηση έργου: του αναθέτοντα φορέα, είτε εμπίπτει στο δημόσιο είτε στον ιδιωτικό τομέα, της ημερομηνίας υλοποίησης του έργου, του ποσού του συμβατικού τιμήματος. Οι ενώσεις και οι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικά για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση ή κοινοπραξία». Επίσης, στην παράγραφο 2.2.9.2 (Αποδεικτικά μέσα) προβλέπεται ότι: «[...] B.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα αναγραφόμενα στην εν λόγω παράγραφο δικαιολογητικά. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο. B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα αναγραφόμενα στην εν λόγω παράγραφο δικαιολογητικά [...]». Τέλος, στο υπ' αριθμ. 2.1/723/08.03.2019 Έγγραφο παροχής διευκρινίσεων, το οποίο αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 08.03.2019 αναφέρεται ότι: «Σε απάντηση ερωτημάτων που υποβλήθηκαν για τον Ανοικτό Διαγωνισμό του θέματος επισημαίνουμε τα εξής: 1. Το κατώτατο αποδεκτό ποσό αξίας έργων παροχής συναφών υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών που απαιτείται έτσι ώστε να πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 2.2.6 Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, πρέπει να υπερκαλύπτει τουλάχιστον το ύψος του προϋπολογισμού για την υπηρεσία του θέματος. Ο οικονομικός φορέας να έχει υλοποιήσει επιτυχώς τουλάχιστον ένα έργο την τελευταία τριετία, με συμβατικό τίμημα αντίστοιχο του προϋπολογισμού του Διαγωνισμού. 2. Ως απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας νοούνται και οι συμβάσεις με δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς, εφόσον πρόκειται για έργα συναφή με αυτό της Διακήρυξης.

3. Ως συνάφεια του προκηρυσσόμενου έργου θεωρείται οποιαδήποτε παροχή υπηρεσιών σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, όπως αυτή προσδιορίζεται στην επισυναπτόμενη της Διακήρυξης Τεχνική Περιγραφή Απαιτήσεων [...] 5. Δεν απαιτείται από την Διακήρυξη του Διαγωνισμού κατώτατο όριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. 6. Βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας από το ΤΜΕΔΕ είναι αποδεκτές. 7. Τα αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών της επιχείρησης των τριών τελευταίων ετών που απαιτείται να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς αφορούν τα τρία τελευταία έτη 2016, 2017 και 2018. Σε περίπτωση που δεν έχουν οριστικοποιηθεί και δεν έχει παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία για τη σύνταξη και υποβολή των οικονομικών καταστάσεων για τη χρήση του 2018, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς μπορούν να υποβάλουν τα απαιτούμενα στοιχεία που αναφέρονται στον όρο 2.2.2 των Διακηρύξεων για τις χρήσεις των ετών 2015, 2016 και 2017 (των τριών τελευταίων ετών που έχουν δημοσιευθεί) [...] 12. Δεν απαιτείται από την Διακήρυξη του Διαγωνισμού ελάχιστο ποσό πιστοληπτικής ικανότητας».

17. 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).

18. Επειδή, 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. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες

εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

19. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

20. 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 διττό περιεχόμενο, αφενός μεν ελέγχεται η αλήθεια και ακρίβεια των δηλούμενων στο ΤΕΥΔ, ήτοι επαληθεύεται εάν κατ' αληθή και ορθή δήλωση του διαγωνιζομένου, αυτός πληρούσε την εκάστοτε απορρέουσα από το σχετικό δικαιολογητικό αίτηση 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.

21. Επειδή, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, για τον λόγο ότι δεν φέρει προηγμένη ψηφιακή υπογραφή, είναι αβάσιμος, καθώς από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού αρχείου της Προσφυγής που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 09.06.2019 καθώς και του αρχείου που κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την ίδια ημέρα, προκύπτει ευχερώς ότι στην τελευταία σελίδα έχει τεθεί η ψηφιακή υπογραφή του κ. ...., η οποία φέρει ημερομηνία (09.06.2019) και ώρα (15:30:02) και είναι καθόλα σύμφωνη με τις διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου (Ν. 4412/2016 και ΥΑ 56902/215/2017) σχετικά με την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής. Όσον

αφορά δε τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας περί εκπρόθεσμης άσκησης της Προσφυγής για τον λόγο ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της είχαν κατατεθεί ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς, αυτός θα πρέπει να εξεταστεί στη συνέχεια κατά περίπτωση πριν την εξέταση εκάστου λόγου.

22. Επειδή, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι η τελευταία, ανταποκρινόμενη στη σχετική απαίτηση της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης και στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης της πλήρωσης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, συμπεριέλαβε στο υποβληθέν ΤΕΥΔ κατάλογο, στον οποίο αναφέρονται τα κυριότερα έργα παροχής συναφών υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών, με μνεία για κάθε υλοποίηση έργου: του αναθέτοντα φορέα, της ημερομηνίας υλοποίησης του έργου και του ποσού του συμβατικού τιμήματος. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα γνώριζε το αντικείμενο αλλά και τη χρονολογία υλοποίησης των επικαλούμενων από εκείνη έργων ήδη κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, αλλά παρέλειψε να προβάλει τις αιτιάσεις της ασκώντας Προδικαστική Προσφυγή κατά της υπ' αριθ. 2.1/1138/24.04.2019 απόφασης και εντός 10 ημερών από την κοινοποίησή της μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 24.04.2019. Ως εκ τούτου η προσφεύγουσα αμφισβητεί ανεπικαίρως τα αναγραφόμενα στο ΤΕΥΔ σχετικά με τα υπ' αριθμ. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 και 10 έργα, τα οποία επικαλείται η παρεμβαίνουσα για να στοιχειοθετήσει την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη εμπειρία. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι οι αιτιάσεις που αφορούν στα έργα αυτά μπορούν να προβληθούν και στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω του διπτού χαρακτήρα του ελέγχου που διενεργείται στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου να διαπιστώνεται η ορθότητα των στοιχείων που δηλώθηκαν προαποδεικτικώς τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά το στάδιο της κατακύρωσης, θα πρέπει να επισημανθεί ότι εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν στηρίζει τους ισχυρισμούς της στα δικαιολογητικά κατακύρωσης αλλά στα δηλωθέντα στο ΤΕΥΔ (συνάφεια των επικαλούμενων έργων με την υπό ανάθεση υπηρεσία, υλοποίησή τους εντός της τελευταίας τριετίας). Κατά



συνέπεια, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας για τα έργα υπ' αριθμ. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 και 10 (πρώτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής) θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Αντίθετα, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας για το έργο υπ' αριθμ. 3 (με τίτλο «Παροχή υπηρεσιών παραλαβής, καταγραφής, διανομής υλικού πόρτα - πόρτα και εισπράξεων» και προϋπολογισμό 392.958,60€ πλέον ΦΠΑ, το οποίο εκτελέστηκε το 2018 για λογαριασμό της εταιρείας «.....») προέκυψαν από τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να αποδειχθεί η ορθότητα των στοιχείων που δηλώθηκαν προαποδεικτικά στο ΤΕΥΔ και παραδεκτά προβάλλονται στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Το γεγονός ότι η παρεμβαίνουσα είχε υποβάλει τα εν λόγω αποδεικτικά μέσα ήδη κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της δεν δημιουργήσε υποχρέωση στον αναθέτοντα φορέα να τα εξετάσει, ούτε στην προσφεύγουσα να προβάλει τις αιτιάσεις της κατά των εν λόγω αποδεικτικών μέσων κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών. Κατά συνέπεια, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με το έργο υπ' αριθμ. 3 του καταλόγου προβάλλονται παραδεκτά και θα πρέπει να εξεταστούν ως προς την ουσιαστική βασιμότητά τους.

23. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, που σχετίζεται με το υπ' αριθμ. 3 έργο του καταλόγου («Παροχή υπηρεσιών παραλαβής, καταγραφής, διανομής υλικού πόρτα - πόρτα και εισπράξεων»), επισημαίνονται τα εξής: α) Καταρχάς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το εν λόγω έργο δεν έπρεπε να ληφθεί υπόψη επειδή είναι ιδιωτικό και δεν είναι δυνατός ο έλεγχος των δαπανών του μέσω ΚΗΜΔΗΣ είναι αβάσιμος και δεν ερείδεται στις διατάξεις της Διακήρυξης. Ειδικότερα, στην παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης προβλέπεται ρητά ότι οι προσφέροντες μπορούν να συμπεριλάβουν στην επικαλούμενη εμπειρία τους όλα τα συναφή έργα της τελευταίας τριετίας, «είτε είναι ιδιωτικά είτε είναι δημόσια». Η δε καταχώριση στοιχείων συμβάσεων στο ΚΗΜΔΗΣ αυτονόητα καταλαμβάνει μόνο τις δημόσιες συμβάσεις, για τον λόγο ότι χρηματοδοτούνται από δημόσιο χρήμα. β)

Λαμβάνοντας υπόψη ότι η Διακήρυξη στα άρθρα 2.2.6 και 2.2.9.2 παρ. Β.4 προέβλεπε ότι τόσο για τη δήλωση σε επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης όσο και για την απόδειξη των δηλωθέντων στο ΤΕΥΔ αρκούσε η προσκόμιση καταλόγου συναφών έργων, εκτελεσθέντων εντός της τελευταίας τριετίας, με αναφορά στο αντικείμενο, τον προϋπολογισμό, τον αναθέτοντα φορέα και τον χρόνο εκτέλεσης του έργου, διαπιστώνεται ότι ο αναθέτων φορέας δεν θα μπορούσε να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας για λόγους που δεν προβλέπονται στη Διακήρυξη. Ειδικότερα, το γεγονός ότι έως την 06.02.2019 οι υπηρεσίες διανομής δεν περιλαμβάνονταν στον καταστατικό σκοπό λειτουργίας της παρεμβαίνουσας δεν θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε απόρριψη της προσφοράς της. Οι διατάξεις της Διακήρυξης, όπως αναφέρεται και στις σκέψεις 18 και 19 ανωτέρω, δεσμεύουν τόσο τον αναθέτοντα φορέα όσο και τους λοιπούς συμμετέχοντες, και δεν μπορούν να τροποποιούνται εκ των υστέρων, αιφνιδιάζοντας τους προσφέροντες. γ) Η προσφεύγουσα επιχειρεί να αποδείξει ότι η παρεμβαίνουσα και η «.....» είναι συγγενείς επιχειρήσεις και ότι δεν επιτρέπεται η επίκληση από τον ένα φορέα εμπειρίας, η οποία αποκτήθηκε για λογαριασμό του άλλου. Ωστόσο, από τις κείμενες διατάξεις -συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων της Διακήρυξης- δεν διαπιστώνεται η ύπαρξη κάποιου κωλύματος ή ασυμβιβάστου, ώστε να μην μπορεί η παρεμβαίνουσα να επικαλεστεί στο ΤΕΥΔ της την εμπειρία της σε έργο, το οποίο υλοποίησε για λογαριασμό εταιρείας της οποίας ο νόμιμος εκπρόσωπος συμπίπτει με τον εταίρο της κατά ποσοστό 95%. δ) Ομοίως, λαμβάνοντας υπόψη ότι η Διακήρυξη δεν προέβλεπε την απόδειξη υλοποίησης των επικαλούμενων έργων από βεβαίωση υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο, αλλά από προσκόμιση καταλόγου συνταχθέντος από τον προσφέροντα, συνάγεται ότι ο αναθέτων φορέας δεν θα μπορούσε να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας, για τον λόγο ότι υπέβαλε βεβαίωση υπογεγραμμένη από άλλο μέλος του Δ.Σ. ε) Για τον ίδιο λόγο, δεν θα μπορούσε να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας επειδή κατά το έτος 2018 δεν περιλαμβάνονταν στην κατάσταση προσωπικού της επιχείρησης υπάλληλοι με την ιδιότητα «διανομείς». στ) Επιπροσθέτως, τα οικονομικά

στοιχεία της εταιρείας «.....» για τα έτη 2014 και 2015, τα οποία επικαλείται η προσφεύγουσα, καθώς και οι προβληματισμοί της για τα οικονομικά στοιχεία της εν λόγω επιχείρησης κατά τα έτη 2016 και 2017, δεν στοιχειοθετούν λόγους αποκλεισμού. ζ) Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ήταν στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα να ζητήσει πρόσθετα δικαιολογητικά, όπως η σύμβαση μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων, οι τριμηνιαίες καταστάσεις συμφωνητικών, τα τιμολόγια και η ομάδα έργου, είναι αβάσιμος, καθώς η Διακήρυξη δεν προβλέπει σχετική δυνατότητα. Συμπερασματικά, θα πρέπει να αναφερθεί ότι ο αναθέτων φορέας θα είχε τη δυνατότητα να ζητήσει την υποβολή των προαναφερόμενων δικαιολογητικών μόνο εάν το είχε προβλέψει ρητά στη Διακήρυξη. Η προσφεύγουσα επικαλείται πλείστους προβληματισμούς της αναφορικά με το κατά πόσο ήταν νόμιμη ή εφικτή η υλοποίηση του επίμαχου έργου από την παρεμβαίνουσα, χωρίς ωστόσο να αποδεικνύει ότι το έργο τελικώς δεν εκτελέστηκε. Ωστόσο, εάν θεωρούσε ότι οι όροι των άρθρων 2.2.6 και 2.2.9.2 παρ. Β4 της Διακήρυξης δεν διασφαλίζουν την απόδειξη, κατά τρόπο ικανοποιητικό, της πλήρωσης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από τους συμμετέχοντες, θα μπορούσε να είχε προσβάλει εμπροθέσμως και προσηκόντως τους όρους αυτούς, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Καταληκτικά, και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

24. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, ο οποίος αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των προσφερόντων, θα πρέπει να σημειωθούν τα εξής: Σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.5 και 2.2.9.2 παρ. Β.3 της Διακήρυξης αλλά και τις διευκρινίσεις που παρασχέθηκαν με το υπ' αριθμ. 2.1/723/08.03.2019 έγγραφο του αναθέτοντα φορέα, οι προσφέροντες έπρεπε να διαθέτουν και να προσκομίσουν αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών της επιχείρησης των τριών τελευταίων ετών ή κατά το διάστημα λειτουργίας της αν αυτό είναι μικρότερο των 3 ετών, βεβαιώσεις τραπεζών για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης. Σε

περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς, για βάσιμο λόγο, δεν ήταν σε θέση να προσκομίσουν τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορούσαν να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο. Επίσης, σε περίπτωση που δεν είχαν οριστικοποιηθεί οι οικονομικές καταστάσεις του έτους 2018, μπορούσαν να υποβάλουν για τα έτη 2015, 2016 και 2017. Θα πρέπει να τονισθεί ότι δεν απαιτήθηκε κατώτατο όριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ούτε ελάχιστο ποσό πιστοληπτικής ικανότητας. Η παρεμβαίνουσα, ανταποκρινόμενη στις απαιτήσεις της Διακήρυξης, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της ηλεκτρονικής προσφοράς της, υπέβαλε τους ισολογισμούς των ετών 2015, 2016 και 2017 καθώς και τις υπ' αριθμ. 15688/15.03.2019 και 15690/15.03.2019 Βεβαιώσεις της Παγκρήτιας Συνεταιριστικής Τράπεζας περί καλής συνεργασίας και πιστοληπτικής ικανότητας, αντίστοιχα. Δεδομένου ότι, όπως αναφέρεται και ανωτέρω, δεν τέθηκε κατώτατο όριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ούτε ελάχιστο ποσό πιστοληπτικής ικανότητας, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί αδυναμίας απόδειξης της πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής αποδεικνύονται αβάσιμες. Η παρεμβαίνουσα κάλυψε το ελάχιστο περιεχόμενο που απαιτούσε η Διακήρυξη και, κατά συνέπεια, ο αναθέτων φορέας δεν θα μπορούσε να αποκλείσει την προσφορά της. Εάν η προσφεύγουσα θεωρούσε ότι οι όροι της Διακήρυξης δεν ήταν κατάλληλα διατυπωμένοι ώστε να διασφαλίσουν την συμμετοχή εταιρειών με καλύτερα οικονομικά στοιχεία, θα έπρεπε να είχε προσβάλει τους όρους των άρθρων 2.2.5 και 2.2.9.2 παρ. Β.3 της Διακήρυξης εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Πλέον, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων της Διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης του αναθέτοντος φορέα. Κατά συνέπεια, και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

25. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ο οποίος προβάλλεται με τι από 09.07.2019 Υπόμνημα, ότι από τις Απόψεις του αναθέτοντος φορέα

συνάγεται τεκμήριο ομολογίας, δεν είναι βάσιμος για τους εξής λόγους: Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (Διαδικασία εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής), «σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων». Εν προκειμένω, ο αναθέτων φορέας απέστειλε τις υπ' αριθμ. 2.1/1528/12.06.2019 Απόψεις, στις οποίες αν και πράγματι δεν απάντησε αναλυτικά στους λόγους της Προσφυγής, ωστόσο ρητά ανέφερε αφενός ότι το έργο που παρασχέθηκε στην «.....» καλύπτει τις απαιτήσεις της παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης και αφετέρου ότι από την Επιτροπή ελέγχθηκε η πλήρωση των προϋποθέσεων της παρ. 2.2.5 της Διακήρυξης σχετικά με την οικονομική και τη χρηματοοικονομική επάρκεια της παρεμβαίνουσας. Συμπερασματικά, κρίνεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις συνδρομής τεκμηρίου ομολογίας.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η ασκηθείσα Παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 1.916,13€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 1.916,13€.

**Αριθμός απόφασης: 812/2019**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15.07.2019 και εκδόθηκε την 29.07.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κουρή Σταυρούλα**

**Τσουλούφα Αργυρώ**