

**Η**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**  
**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε την 1<sup>η</sup> Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 23.06.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 956/23.06.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «....», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «....» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 08.07.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ..../29-05-2023 (θέμα ... οικονομικό) απόφαση του ΔΣ του ....., στην οποία ενσωματώθηκε η ..../20-03- 2023 (θέμα .... οικονομικό) απόφαση του ίδιου οργάνου, και κάθε άλλη συναφής πράξη και παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ρητή ή σιωπηρή, μεταγενέστερη ή προγενέστερη προς το σκοπό να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας «....» κατά το σκέλος που αφορά στο τμήμα 38 «ΒΙΟΛΟΓΙΚΟΙ ΔΕΙΚΤΕΣ» της υπό ανάθεση σύμβασης.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. .... ποσού € 600,00.

## **Αριθμός απόφασης: 1312/2023**

2. Επειδή, στις 10-05-2022 η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε τη διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια αναλώσιμων υλικών χειρουργείου για τις ανάγκες του νοσοκομείου (α/α ΕΣΗΔΗΣ: .....,1, ΑΔΑΜ: .....).

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, για το τμήμα 38 «ΒΙΟΛΟΓΙΚΟΙ ΔΕΙΚΤΕΣ» προϋπολογισθείσας αξίας 44.175 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, υπέβαλε προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με τα οικεία πρακτικά της επιτροπής διαγωνισμού αποσφραγίστηκαν οι προσφορές των διαγωνιζόμενων, διαπιστώθηκε η πληρότητα των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών όλων των διαγωνιζόμενων, και δη της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, ενώ μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών η τελευταία αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότης για το τμήμα 38. Τα ανωτέρω πρακτικά επικυρώθηκαν με την υπ' αριθμ. ..../20-03-2023 (θέμα .... οικονομικό) απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής. Στη συνέχεια, με το οικείο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Με την υπ' αριθμ. ..../29-05-2023 (θέμα .... οικονομικό) απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το τελευταίο αυτό πρακτικό. Στην τελευταία αυτή απόφαση ενσωματώθηκε και η προγενέστερη απόφαση του ίδιου οργάνου κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.3.1 της διακήρυξης (σελίδα 34).

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 13.06.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 23.06.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα στο τμήμα 38 του διαγωνισμού.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 23.06.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. ..../06.07.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε

## **Αριθμός απόφασης: 1312/2023**

στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 10.07.2023 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 23.06.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 03.07.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος στο τμήμα 38.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η 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. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι στην προσφορά της παρεμβαίνουσας συντρέχει σοβαρή ουσιώδης πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης που είχε σαν συνέπεια την πρόωρη καταγγελία της και επιπλέον δεν προσκόμισε επανορθωτικά μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο: Η παρεμβαίνουσα στο μέρος III.Γ του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της στο ερώτημα «Έχει υποστεί ο

## **Αριθμός απόφασης: 1312/2023**

οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση» απάντησε θετικά παραθέτοντας τα εξής «Η εταιρεία .... κηρύχθηκε έκπτωτη από την ανάθεση για την προμήθεια ελαστικών γαντιών μη αποστειρωμένων μεγέθους *medium* στο .... αξίας μόλις 920 ευρώ πλέον ΦΠΑ, δυνάμει της υπ' αριθμ πρωτ. ..../ 2-10-2020 απόφασης του ..., καθώς δεν προέβη στην παράδοση αυτών. Ωστόσο, η μη παράδοση των συμβατικών υλικών οφειλόταν αποκλειστικά σε λόγους ανωτέρας βίας που σε καμία περίπτωση δεν αφορούσαν την ... και τους οποίους μη αξιολογώντας ορθά, παρέβλεψε η αναθέτουσα αρχή καθ' υπέρβαση του άρθρου 203 παρ. 3β του Ν. 4412/2016, καίτοι ενήμερη εξ αρχής, καθώς λόγω της παρούσης συγκυρίας της παγκόσμιας πανδημίας υπήρξε αδυναμία από τον ξένο κατασκευαστικό οίκο στην παράδοση των εν λόγω υλικών.».

Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από την ανωτέρω δήλωση συντρέχει στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας ο κρίσιμος λόγος αποκλεισμού περί σοβαρής ουσιώδους πλημμέλειας κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης που είχε σαν συνέπεια την πρόωρη καταγγελία της και ως εκ τούτου όφειλε να επικαλεστεί συγκεκριμένα επανορθωτικά μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, προκειμένου να αρθεί ο κατ' αρχήν αποκλεισμός της.

Η περίπτωση στ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 ορίζει πως οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: «[...] στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.». Επομένως η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβεί στον αποκλεισμό υποψήφιου οικονομικού φορέα στην περίπτωση που έχει κριθεί έκπτωτος για σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, με αποτέλεσμα η τελική εκτίμηση της σοβαρότητας της πλημμέλειας να εναπόκειται στην κρίση της εκάστοτε

αναθέτουσας αρχής που σκοπεύει να αναθέσει τη σύμβαση. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα κηρύχθηκε έκπτωτη από προηγούμενη σύμβαση κατά το έτος 2020 για την προμήθεια ελαστικών γαντιών μη αποστειρωμένων μεγέθους medium στο ... αξίας 920 ευρώ πλέον ΦΠΑ, επικαλούμενη λόγους ανωτέρας βίας εξαιτίας της πανδημίας του κορωνοϊού. Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, ο ανωτέρω λόγος έκπτωσης της από προηγούμενη σύμβαση δεν αποτελεί σοβαρό ή επαναλαμβανόμενο πλημμέλημα, αφού σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι υπήρξε δόλια συμπεριφορά εκ μέρους της, η οποία μπορεί να οδηγήσει σε αμφιβολία εν προκειμένω την αναθέτουσα αρχή για το αν θα είναι σε θέση να εκτελέσει την επίμαχη προμήθεια. Εξάλλου, όπως και η ίδια η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται, η προηγούμενη έκπτωση της παρεμβαίνουσας δεν κρίθηκε σοβαρή πλημμέλεια από την επιτροπή διαγωνισμού και γι' αυτό το λόγο δεν της κάλεσε για να εκθέσει τυχόν επανορθωτικά μέτρα. Επομένως, αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο λόγος έκπτωσης της παρεμβαίνουσας είναι ιδιαιτέρως σοβαρός, ώστε να εμπίπτει στην περίπτωση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016 και να οδηγήσει στον άνευ ετέρου αποκλεισμό της. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος υπό κρίση λόγος είναι αβάσιμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι για το τμήμα 38.2 της διακήρυξης δεν συμμορφώνεται με τις τεχνικές προδιαγραφές. Ειδικότερα αναφέρει ότι δεν πληροί την απαίτηση για καταλληλότητα του βιολογικού δείκτη σε θερμοκρασίες από 121°C – 135°C και ότι δεν διαθέτει επωαστήρα που να εκτυπώνει σε πραγματικό χρόνο, αφού στα υποβληθέντα έγγραφα δηλώνεται ότι «οι Βιολογικοί δείκτες ... AttestTM είναι κατάλληλοι για κύκλους αποστείρωσης με υποβοήθηση κενού σε 132°C και 135°C», ενώ αντίστοιχη αναφορά υπάρχει και στο προσπέκτους. Συνεπώς, το είδος που προσφέρει η παρεμβαίνουσα δεν ενδείκνυται για χρήση σε προγράμματα 121-135°C.

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Στο επίμαχο τμήμα 38 της διακήρυξης περιλαμβάνονται τα είδη με α/α 38.1 «**ΒΙΟΛΟΓΙΚΟΙ ΔΕΙΚΤΕΣ ΚΑΤΑΛΛΗΛΟΙ ΓΙΑ ΕΛΕΓΧΟ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ ΦΟΡΤΙΟΥ ΣΕ ΚΥΚΛΟΥΣ**

*ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ ΜΕ ΥΠΟΒΟΗΘΗΣΗ ΚΕΝΟΥ ΣΕ 132°C – 135°C ΚΑΙ ΧΡΟΝΟ ΕΠΩΑΣΗΣ < 25ΛΕΠΤΩΝ» και 38.2 «ΒΙΟΛΟΓΙΚΟΙ ΔΕΙΚΤΕΣ ΚΑΤΑΛΛΗΛΟΙ ΓΙΑ ΕΛΕΓΧΟ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ ΦΟΡΤΙΟΥ ΣΕ ΚΥΚΛΟΥΣ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ ΜΕ ΥΠΟΒΟΗΘΗΣΗ ΚΕΝΟΥ ΣΕ 121°C – 135°C ΚΑΙ ΧΡΟΝΟ ΕΠΩΑΣΗΣ 1 ΩΡΑΣ».*

Στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης ορίζεται ότι όσον αφορά στο είδος με α/α 38.2 πρέπει «ΟΙ ΒΙΟΛΟΓΙΚΟΙ ΔΕΙΚΤΕΣ ΝΑ ΕΙΝΑΙ ΚΑΤΑΛΛΗΛΟΙ ΓΙΑ ΘΕΡΜΟΚΡΑΣΙΕΣ ΚΛΙΒΑΝΙΣΜΟΥ ΑΠΟ 121° C- 135° C» (σελίδα 59). Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα φύλλο υπέβαλε φύλλο συμμόρφωσης και προσπέκτους με τα ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ - ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ signed» και «AA.38-PROSPECTUS ΟΙΚΟΥ ...», από τα οποία προκύπτει ότι το προσφερόμενο προϊόν από αυτή διαθέτει βιολογικούς δείκτες 3MTM AttestTM που είναι κατάλληλοι για κύκλους αποστείρωσης με υποβοήθηση κενού σε 132°C και 135°C. Επομένως, όπως συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή και βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, το προσφερόμενο προϊόν από την παρεμβαίνουσα δεν πληροί την ρητή απαίτηση της διακήρυξης για καταλληλότητα του βιολογικού δείκτη σε θερμοκρασίες από 121°C- 135°C. Η παρεμβαίνουσα αβάσιμα ισχυρίζεται ότι οι απαιτούμενοι βιολογικοί δείκτες δεν απαιτείται να λειτουργούν στους 121°C, προσπαθώντας με αυτό τον τρόπο απαραδέκτως στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού να μεταβάλει προς όφελός της την ρητή απαίτηση της διακήρυξης. Επίσης, απαραδέκτως με την παρέμβασή της προβάλλει λόγους αποκλεισμού της προσφεύγουσας για το προσφερόμενο από αυτή προϊόν για το ίδιο τμήμα, αφού σκοπός της παρέμβασης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ είναι μόνο η διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης.

Περαιτέρω, όσον αφορά την εκτύπωση των αποτελεσμάτων, οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης ορίζουν ότι πρέπει «Ο ΕΠΩΑΣΤΗΡΑΣ ΝΑ ΕΚΤΥΠΩΝΕΙ ΤΟ ΙΣΤΟΡΙΚΟ ΤΩΝ ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΩΝ ΣΕ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΟ ΧΡΟΝΟ». Η παρεμβαίνουσα, προς πλήρωση της ως άνω απαίτησης έχει υποβάλει για το προσφερόμενο προϊόν το τεχνικό έγγραφο «εγχειρίδιο χειριστή», το οποίο στη σελίδα 165 αναφέρει επί λέξει ότι: «Στον ...Attest™ Αυτόματο Επωαστήρα .... εάν το επιθυμείτε μπορείτε να απολαύσετε πρόσθετες ιδιότητες όπως: • Προβολή των αρχείων των τελευταίων 100 Βιολογικών Δεικτών (Δηλαδή το Ιστορικό των Αποτελεσμάτων). • Εκτύπωση τεκμηρίωσης ή/και αποθήκευση τεκμηρίωσης ως ηλεκτρονικό αρχείο.». Επίσης, στις σελίδες

167 και 168 αναφέρει επί λέξει ότι: « Η σελίδα *Status (Κατάσταση)* παρέχει τη ρύθμιση παραμέτρων του ....*Attest™* Αυτόματου Επωαστήρα ... και την οθόνη LCD σε πραγματικό χρόνο. Από αυτήν τη σελίδα, ο χρήστης μπορεί να πλοηγηθεί στο. εξής: •τη σελίδα *History (Ιστορικό)* κάνοντας κλικ στην επιλογή *History (Ιστορικό)* στα αριστερά της οθόνης. •τη σελίδα *Results Detail (Λεπτομέρειες αποτελεσμάτων)* κάνοντας κλικ στον αριθμό υποδοχής μιας κατειλημμένης υποδοχής (δηλ. μια υποδοχή που διαθέτει επί του παρόντος BA επώασης). Αν ο χρήστης κάνει κλικ σε μια μη κατειλημμένη υποδοχή, μεταφέρεται στη σελίδα *History (Ιστορικό)*. b) Σελίδα *Results Detail (Λεπτομέρειες αποτελεσμάτων)*. Αυτή η σελίδα προσφέρει την ατομική εγγραφή ενός επωασμένου BA. Για πλήρη τεκμηρίωση, ο χρήστης μπορεί να εκτυπώσει ένα αντίγραφο ή/και να αποθηκεύσει την εγγραφή ως ηλεκτρονικό αρχείο. Ο ...*Attest™*Α ντύματος Επωαστήρας 490 αποθηκεύει αποτελέσματα για τους τελευταίους 100 επωασμένους BA στο ενσωματωμένο λογισμικό. Η σελίδα *History (Ιστορικό)* της Εφαρμογής Αικτύου του ...*Attest™* Αυτόματου Επωαστήρα 490 προσφέρει μια σύνοψη αυτών των τελευταίων 100 αποτελεσμάτων. 4. Εκτύπωση/Αρχειοθέτηση. Αφού καταστεί διαθέσιμο το αποτέλεσμα BA, εκτυπώστε ή αρχειοθετήστε τη σελίδα *Results Detail (Λεπτομέρειες αποτελεσμάτων)* για να δημιουργήσετε μια εγγραφή. Η σελίδα μπορεί να εκτυπωθεί ή/και να αποθηκευτεί ως ηλεκτρονικό αρχείο.». Επομένως, από τις ως άνω τεχνικές προδιαγραφές του προσφερόμενου προϊόντος (επωαστήρα) συνάγεται ότι έχει τη δυνατότητα εκτύπωσης των αποτελεσμάτων σε πραγματικό χρόνο και ο αντίθετος ισχυρισμός της προσφεύγουσας κρίνεται αβάσιμος.

12. Επειδή, τέλος η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να προσκομίσει δικαιολογητικά κατακύρωσης που να είναι σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η έρευνα της συνδρομής των προϋποθέσεων ή των λόγων αποκλεισμού των οικονομικών φορέων λαμβάνει χώρα, κατά τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 2.2.8 της

### **Αριθμός απόφασης: 1312/2023**

διακήρυξης (σελίδα 20), σε τρία χρονικά στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι (1) κατά την υποβολή της προσφοράς, ως προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, (2) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και μόνο για τον προσωρινό ανάδοχο, και (3) κατά την σύναψη της σύμβασης και μόνο για τον οριστικό ανάδοχο, οπότε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης θα πρέπει να καλύπτουν οπωσδήποτε τα δύο πρώτα κατά σειρά χρονικά σημεία. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα αβάσιμα ισχυρίζονται ότι οι κρίσιμες ιδιότητες των προσωρινών αναδόχων κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς αποδεικνύονται δια της υποβολής ΕΕΕΣ χωρίς να χρειάζεται να συγκεντρώνουν τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα και να τα διαθέτουν σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τους. Όπως έχει κριθεί με την απόφαση 1939/2022 ΣτΕ, το ΕΕΕΣ λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης των απαιτούμενων προϋποθέσεων συμμετοχής για τις ανάγκες του σταδίου υποβολής της προσφοράς, προκειμένου να μην υποχρεούνται να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά μέσα όλοι οι διαγωνιζόμενοι. Δεν αποτελεί όμως οριστική απόδειξη συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών κατά τον χρόνο συμμετοχής για τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίζεται να ανατεθεί η σύμβαση, η υποχρέωση του οποίου να αποδείξει ότι πληροί τις προϋποθέσεις αυτές και κατά τον χρόνο συμμετοχής με τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα παραμένει ακέραια και απλώς μετατίθεται σε επόμενο στάδιο το χρονικό σημείο προσκόμισης αποδεικτικών μέσων αναγόμενων και στον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Η πρόβλεψη περί προσκόμισης «ενημερωμένων δικαιολογητικών» από τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίστηκε η ανάθεση της σύμβασης προϋποθέτει ότι προσκομίζονται πάντως δικαιολογητικά που καλύπτουν και τον χρόνο συμμετοχής. Μόνο με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να προβεί στις αναγκαίες επαληθεύσεις για την πλήρωση των προϋποθέσεων στα χρονικά σημεία που πρέπει αυτές να συντρέχουν, και αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της διαδικασίας, με τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα κριτήρια συμμετοχής και την ανάθεση της σύμβασης σε οικονομικό φορέα που απέκτησε τις προϋποθέσεις σε στάδιο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς. Διαφορετική ερμηνεία της λειτουργίας του ΕΕΕΣ, όχι μόνο ως μέσου προκαταρκτικής, αλλά και οριστικής απόδειξης ότι οι προϋποθέσεις πληρούνται κατά τον χρόνο υποβολής της



## **Αριθμός απόφασης: 1312/2023**

προσφοράς, θα καθιστούσε αδύνατο τον έλεγχο της αλήθειας όσων έχουν δηλωθεί στο ΕΕΕΣ και την εξακρίβωση ότι μεταγενέστερες μεταβολές που δηλώνονται είναι πράγματι οψιγενείς, θα είχε δε ως παρεπόμενη συνέπεια την πλήρη αποδυνάμωση του συστήματος κυρώσεων λόγω ψευδών δηλώσεων ή απόκρυψης πληροφοριών, αφού θα είναι αδύνατη ή ιδιαιτέρως δυσχερής η απόδειξη στοιχειοθέτησης του πραγματικού των σχετικών παραβάσεων. Εξ άλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει ανά πάσα στιγμή όλα τα δικαιολογητικά πριν από την ανάθεση, επαφιέμενη στην απόλυτη, και δυσχερώς ελέγξιμη εκ μέρους των διαγωνιζομένων, ευχέρειά της, δεν συνιστά αποτελεσματικό μέσο αποτροπής ψευδών δηλώσεων συμμετοχής. Άλλωστε, τυχόν αδυναμία ορισμένων δημοσίων υπηρεσιών να εκδώσουν δικαιολογητικά που ανατρέχουν σε παρελθόντα χρόνο, την οποία πάντως ο επιμελής διαγωνιζόμενος μπορεί να αντιμετωπίσει μεριμνώντας για την έκδοσή τους όταν υποβάλλει την προσφορά, δεν μπορεί να δικαιολογήσει την πρόβλεψη ενός συστήματος απόδειξης που στηρίζεται κατ' ουσίαν στα προκαταρκτικώς δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ από τον οικονομικό φορέα, δεδομένου μάλιστα ότι δεν διασφαλίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είναι πράγματι σε θέση να προβεί στις απαιτούμενες επαληθεύσεις ώστε να αναθέσει τη σύμβαση σε οικονομικό φορέα που αποδεδειγμένα πληροί τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής τόσο κατά τον χρόνο συμμετοχής όσο και κατά τον χρόνο ανάθεσης. Έτι περαιτέρω, το σύστημα απόδειξης θα στερείτο της απαιτούμενης διαφάνειας, διότι άνευ προσκομίσεως από τον υποψήφιο ανάδοχο των δικαιολογητικών που ανάγονται στον χρόνο υποβολής της προσφοράς, οι λοιποί διαγωνιζόμενοι - οι οποίοι δεν έχουν τη δυνατότητα γνώσης πολλών εξ αυτών λόγω νόμιμων περιορισμών - δεν θα έχουν τη δυνατότητα να αμφισβητήσουν αποτελεσματικά την αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ του υποψηφίου αναδόχου και εντεύθεν τη σχετική κρίση της αναθέτουσας αρχής, και να συμβάλουν έτσι αποτρεπτικά και σε ενδεχόμενο συμπαιγνίας μεταξύ αναθετουσών αρχών και οικονομικών φορέων. Εν όψει των ανωτέρω, η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 κατόπιν της τροποποίησέως της με τον ν. 4782/2021 - η οποία άλλωστε απλώς επιβεβαίωσε τα ισχύοντα βάσει της προϊσχύουσας ρύθμισης, ότι δηλαδή οι προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται με την υποβολή του ΕΕΕΣ, χωρίς να μεταβάλει το κανονιστικό της περιεχόμενο ή τις κρίσιμες διατάξεις του άρθρου 79 περί ΕΕΕΣ, ερμηνευόμενη σύμφωνα με τους δεσμευτικούς κανόνες

### **Αριθμός απόφασης: 1312/2023**

της οδηγίας 2014/24, έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να προσκομίζει αποδεικτικά μέσα, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι τόσο κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς όσο και κατά το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως βασίμως προβάλλεται από την προσφεύγουσα.

Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την προσφορά της στις 30-05-2022 και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στις 30-03-2023. Από την επισκόπηση των δικαιολογητικών της προκύπτει ότι δεν κατέθεσε φορολογική ενημερότητα που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αφού το υπ' αριθμ. πρωτ. ....02-03-2023 αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας (ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ...) καλύπτει μόνο το χρονικό σημείο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεν έχει αναδρομική ισχύ. Επίσης, δεν κατέθεσε ασφαλιστική ενημερότητα που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, αφού το υπ' αριθμ. πρωτ. ....14-03-2023 αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας (ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «ΕΦΚΑ\_Ασφαλιστική Ενημερότητα\_....pdf») καλύπτει μόνο το χρονικό σημείο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τέλος, δεν κατέθεσε βεβαίωση περί εγγραφής σε επιμελητήριο που να έχει εκδοθεί προ 30 εργάσιμων ημερών από την υποβολή του και να καλύπτει το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς, αφού το υπ' αριθμ. πρωτ. ..../14-03-2023 πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ (ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «ΕΒΕΑ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΓΓΡΑΦΗΣ-ΕΙΔΙΚΟΥ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΟΣ.pdf») εκδόθηκε μετά την υποβολή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Επομένως, η παρεμβαίνουσα δεν κατέθεσε δικαιολογητικά κατακύρωσης που να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο της προσφοράς της και ως εκ τούτου η προσφορά της πρέπει να απορριφθεί, γενομένων δεκτών ως βάσιμων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: 1312/2023**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας για το τμήμα 38, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 01<sup>η</sup> Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 21<sup>η</sup> Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ**

**Η Γραμματέας**

**ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ**