

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 13 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 6/3/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 308/7-3-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στον ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά της .../..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη ..., ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 21/2/2023, με αριθμό ... και με θέμα «Συμβάσεις - Διαγωνισμοί [(Διακήρυξη Διαγωνισμού με αριθμό .../21, για την «...» της Πράξης με Τίτλο «...» με Κωδικό ΟΠΣ ..., ΠΕΠ '...')]», καθώς επίσης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 5.363,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 1.072.580,65 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2021 προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης προμήθειας Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη

Αριθμός απόφασης: 654/2023

με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 24/5/2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 28/5/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε με τη Διακήρυξη η 28η/6/2021 και κατόπιν μετάθεσης, η 14η/7/2021.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς, από τους οποίους ένας (1) αποκλείστηκε και απέμειναν η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 26/11/2021 και με αριθμό ... επικυρώθηκαν τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα.

4. Κατά της παραπάνω απόφασης ανάδειξης της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου η ήδη προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ 2297/13-12-2021 προβάλλοντας ότι η παρεμβαίνουσα δεν πληρούσε τα κριτήρια καταλληλότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της σύμβασης. Η προδικαστική προσφυγή έγινε δεκτή με την απόφαση του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ με αριθμό 158/2022 με την αιτιολογία ότι από τα στοιχεία που συνυπέβαλε η παρεμβαίνουσα με το ΕΕΕΣ στον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς, τα οποία αξιολογήθηκαν για τη διασταύρωση της αλήθειας και της ακρίβειας των πληροφοριών που παρέσχε σχετικά με την πλήρωση του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας, προέκυψε ότι, σύμφωνα με το μόνο αποδεκτό κατά τους όρους της Διακήρυξης αποδεικτικό μέσο, ήτοι τη βεβαίωση του επαγγελματικού μητρώου του κράτους - μέλους εγκατάστασής της (...), κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της είχε γενική εμπορική δραστηριότητα, με αποτέλεσμα να μην πληρούται το κριτήριο επιλογής του όρου 2.2.4 της Διακήρυξης περί της συνέπειας της επαγγελματικής δραστηριότητας της παρεμβαίνουσας με το αντικείμενο του προκείμενου διαγωνισμού, το οποίο συνίσταται στην προμήθεια Κατόπιν δε της παραπάνω κρίσης της Αρχής, κρίθηκε ότι παρέίλκε η εξέταση των λοιπών λόγων της προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 654/2023

5. Κατά της παραπάνω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ η παρεμβαίνουσα άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών αίτηση ακύρωσης - αναστολής, η οποία έγινε δεκτή με την απόφαση του Δικαστηρίου με αριθμό 2103/2022 με την εξής αιτιολογία: «Επειδή, από τις προεκτεθείσες διατάξεις της διακήρυξης (2.2.4.1, 2.2.9.2.9.B και 3.2.1) συνάγεται ότι κάθε συμμετέχων στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται να ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της υπό σύναψη σύμβασης και να είναι εγγεγραμμένος - στην περίπτωση οικονομικού φορέα εγκατεστημένου σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης - σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής του. Τα δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας υποβάλλονται κατά το στάδιο της κατακύρωσης από τον οικονομικό φορέα που θα αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών η απόδειξη πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου αποδεικνύεται μέσω του ΕΕΕΣ, στο οποίο, ενόψει της αρχής της προαπόδειξης, που θεσπίζεται για το στάδιο αυτό με το άρθρο 2.2.9.1 της διακήρυξης, οι διαγωνιζόμενοι αρκεί να απαντήσουν θετικά ή αρνητικά στο οικείο πεδίο της ερώτησης “εγγραφή στο σχετικό εμπορικό μητρώο”, χωρίς να είναι υποχρεωμένοι να τεκμηριώσουν τη σχετική δήλωση. Η εξακρίβωση της ακρίβειας της δήλωσης αυτής απόκειται περαιτέρω στην αναθέτουσα αρχή, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Υπό τα δεδομένα αυτά, η θετική δήλωση της αιτούσας στο ΕΕΕΣ περί εγγραφής στο σχετικό εμπορικό μητρώο αρκούσε στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού για την προαπόδειξη της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, η δε εκ περισσού συνυποβολή του από 18.6.2021 αποσπάσματος του Μητρώου Εταιρειών της ... (...) - από το οποίο προκύπτει η εγγραφή της αιτούσας στο οικείο Μητρώο του κράτους εγκατάστασής της, ο εταιρικός σκοπός αυτής, συνιστάμενος στη διάθεση προϊόντων και τη συμμετοχή σε επιχειρήσεις στο εσωτερικό και εξωτερικό, όχι όμως και η συνάφεια της επαγγελματικής δραστηριότητάς της με το αντικείμενο του διαγωνισμού- δεν καθιστά απορριπτέα την προσφορά της, με την επιφύλαξη επαληθεύσεως της σχετικής δήλωσης κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης (πρβλ. ΣτΕ 894/2022, ΕΑ ΣτΕ 116/2019). Επομένως, παρίσταται μη νόμιμη η προεκτεθείσα αντίθετη κρίση της ΑΕΠΠ, κατ’ αποδοχή ως βάσιμου του σχετικού λόγου της υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 654/2023

αιτήσεως, είναι δε απορριπτέα ως αβάσιμα όσα αντίθετα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα».

6. Μετά τα παραπάνω, η αναθέτουσα αρχή απηύθυνε στην παρεμβαίνουσα πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και, κατόπιν της υποβολής τους, εξέδωσε την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία επικυρώθηκε το πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα οριστική ανάδοχος της σύμβασης.

7. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 (*ad hoc* ΔΕφΑθ 2103/2022). Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

8. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που δεν έχει αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, προβάλλει με έννομο συμφέρον λόγους αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας που επίσης συμμετέχει παραδεκτά. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η προσφεύγουσα στερείται πλέον εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής λόγω λήξης ισχύος της προσφοράς της είναι απορριπτέος. Και τούτο, πρωτίστως διότι η αναθέτουσα αρχή - η οποία, μάλιστα, δεν προκύπτει από τον φάκελο του διαγωνισμού ότι ζήτησε οποτεδήποτε την παράταση των προσφορών των διαγωνιζομένων που τις παρέτειναν αμφότερες αυτοβούλως - δεν έχει απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας για τον παραπάνω λόγο, με αποτέλεσμα να μην έχει ματαιωθεί η προσδοκία της να αναλάβει την υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. ΕΑ ΣτΕ 552/2010, σκ. 5, ΔΕφΘεσ/νίκης 148/2015, σκ. 5, πρβλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 880/2016, σκ. 5). Σε κάθε δε περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα με διαδοχικές δηλώσεις της, μεταγενέστερες της 15ης/10/2022, οπότε η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι έληξε η προσφορά της, παρέτεινε τη διάρκειά της, και αντίστοιχα τη διάρκεια της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, μέχρι τις 30/4/2023 (βλ. έγγραφο της προσφεύγουσας με ημερομηνία 9/11/2022 και αριθμό .../112534) και, στη συνέχεια, μέχρι τις 30/11/2023 (βλ. έγγραφο της

Αριθμός απόφασης: 654/2023

προσφεύγουσας με ημερομηνία 10/3/2023 και αριθμό .../113247), με αποτέλεσμα να διατηρεί την προσδοκία ανάληψης της σύμβασης και, αντίστοιχα, το έννομο συμφέρον της και κατά το κρίσιμο χρονικό σημείο της εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής (βλ. 880/2016, σκ. 10, πρβλ. ΣτΕ 4216/2011, ΔΕφΑΘ 907/2019, σκ. 11).

9. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στον θιγόμενο οικονομικό φορέα στις 7/3/2023 και υπέβαλε στις 21/3/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς.

10. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε παρέμβαση στις 17/3/2023 νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό. Επίσης, νόμιμα και εμπρόθεσμα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα με ημερομηνία 27/3/2023. Απαράδεκτα, ωστόσο, προβάλλονται με την παρέμβαση λόγοι αποκλεισμού της προσφοράς της προσφεύγουσας με αίτημα να ανακληθεί η αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας, διότι η παρέμβαση ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ ασκείται παραδεκτά μόνο προς διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης. Εξάλλου, η ΕΑΔΗΣΥ δεν νομιμοποιείται να εξετάσει λόγους που προβάλλονται με την παρέμβαση κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, διότι τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη κατά την ενδικοφανή διαδικασία διεύρυνση του αντικειμένου της διαφοράς, έτσι όπως αυτό προσδιορίστηκε από τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής (βλ. ΔΕφΠειρ 82/2021, ΔΕφΑΘ 214/2021, ΔΕφΠατρ 2/2021 κ.ά.).

11. Ο ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά την έναρξη της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης (20/5/2021), ορίζει τα εξής: *«Άρθρο 75 – Κριτήρια επιλογής ... 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α` ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό ... Άρθρο 79 - Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης ... 1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες*

Αριθμός απόφασης: 654/2023

σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α` 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: [...] β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών [...] ... Άρθρο 80 – Αποδεικτικά μέσα ... 3. Για την απόδειξη της απαίτησης της παρ. 2 του άρθρου 75, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού μητρώου του Παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α`, με το οποίο να πιστοποιούνται η εγγραφή τους σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά τους, σύμφωνα με όσα ορίζονται και στα άρθρα 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κατά περίπτωση. ... Άρθρο 104 - 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». Σύμφωνα δε με το Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α` του ν. 4412/2016, υπό τον τίτλο «Μητρώα», ορίζονται τα εξής: «Τα σχετικά επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα καθώς και οι δηλώσεις και τα πιστοποιητικά που αντιστοιχούν σε κάθε κράτος μέλος είναι: ... στην Αυστρία, το '...', το '...' και το '...'... Για τους σκοπούς της παρ. 2 του άρθρου 75, ως 'επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα' νοούνται τα περιλαμβανόμενα στο παρόν Παράρτημα, και, σε περίπτωση που έχουν επέλθει τροποποιήσεις σε εθνικό επίπεδο, τα μητρώα που τα αντικατέστησαν».

12. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα τον αναθέτοντα φορέα και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011, ΣτΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει με τις κρίσιμες για την επίλυση της κρινόμενης διαφοράς διατάξεις τα εξής: «1.3.1. Αντικείμενο της σύμβασης. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια Οι εν λόγω γέφυρες θα φυλάσσονται σε στρατιωτικές Μονάδες της ... και είναι επιφορτισμένες με την πολιτική προστασία. Τα υπό προμήθεια υλικά κατατάσσονται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): CPV ... ('...'), CPV ... ('...'), CPV ... ('...')» ... 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: ... 2.2.3.5.2 Εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. ... 2.2.4. Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. 2.2.4.1. 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 σύμβασης (π.χ. εμπορία ή / και κατασκευή μεταλλικών αρθρωτών γεφυρών). 2.2.4.2 Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ... 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 Μέσο Γενικό Ετήσιο Κύκλο Εργασιών*, των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων τουλάχιστον ίσο με το 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης, ήτοι, πεντακόσιες τριάντα έξι

Αριθμός απόφασης: 654/2023

χιλιάδες διακόσια ενενήντα ευρώ (536.290€). Διευκρινίζεται ότι ο ετήσιος κύκλος εργασιών πρέπει να προκύπτει από εγκεκριμένες οικονομικές καταστάσεις. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος ανάδοχος ασκεί οικονομική δραστηριότητα για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων, η εν λόγω προϋπόθεση θα εξετάζεται για το αντίστοιχο χρονικό διάστημα που λειτουργεί ή διαθέτει τα υπό προμήθεια είδη. Τα ανωτέρω στοιχεία δηλώνονται στο ΕΕΕΣ, Μέρος IV, ενότητα Β, Πεδίο 1 ... 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων. 2.2.8.1 Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. ... 2.2.9.1.1 Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: [...] 2.2.9.1.1.2 Πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 και άρθρο 79Α του ν.4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στο Παράρτημα «III», το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.1599/1986. ... 2.2.9.1.5 Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Δεδομένου ότι η στήριξη παρέχεται προκειμένου να ανταποκριθεί ο οικονομικός φορέας στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στις παρ. 2.2.5 και 2.2.6 της παρούσας, συμπληρώνονται επιπρόσθετα και οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με το Μέρος IV και τυχόν το Μέρος V για κάθε έναν από τους φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Το σύνολο των ΕΕΕΣ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, συνυποβάλλονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα εντός του φακέλου (φυσικού ή ηλεκτρονικού)

Αριθμός απόφασης: 654/2023

«Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Το/α χωριστό/ά ΕΕΕΣ θα πρέπει να είναι δεόντως συμπληρωμένο/α και υπογεγραμμένο/α από τον νόμιμο εκπρόσωπο του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79Α του ν.4412/2016. Εφόσον ο τρίτος φορέας είναι φυσικό πρόσωπο, το χωριστό ΕΕΕΣ υπογράφεται μόνο από αυτόν. Επισημαίνεται, τέλος, ότι οι κατασκευαστές/ παραγωγοί ή/και οι κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/υλικών/προϊόντων των οικονομικών φορέων/συμμετεχόντων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται και, συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΕΕΕΣ εκ μέρους τους. ... 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα. 2.2.9.2.1. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν.4412/2016 ... 2.2.9.2.6.2 Για τις παραγράφους 2.2.3.3 και 2.2.3.5.2 πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του ... 2.2.9.2.6.4 Αν το κράτος - μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 και στην περίπτωση της παραγράφου 2.2.3.5.2, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, η οποία πρέπει να φέρει και ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του υποψήφιου οικονομικού φορέα. ... 2.2.9.2.9.B2. για την απόδειξη της απαίτησης της καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας της

Αριθμός απόφασης: 654/2023

παραγράφου 2.2.4 προσκομίζουν: Πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους. Στην περίπτωση που χώρα δεν τηρεί τέτοιο μητρώο, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη – μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας ότι δεν τηρείται τέτοιο μητρώο και ότι ασκεί τη δραστηριότητα που απαιτείται για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού. Επισημαίνεται ότι, τα δικαιολογητικά που αφορούν στην απόδειξη της απαίτησης της παραγράφου 2.2.4 (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) γίνονται αποδεκτά, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών, φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος».

13. Με τον **πρώτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν πληροί το κριτήριο επαγγελματικής καταλληλότητας της Διακήρυξης, ήτοι την απαίτηση άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας συναφούς με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν πληροί το επίμαχο κριτήριο, διότι, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της δεν ασκούσε δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι εμπορία ή κατασκευή μεταλλικών αρθρωτών γεφυρών, παρά μόνο γενικό εμπόριο. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τα δύο υποβληθέντα από την παρεμβαίνουσα πιστοποιητικά του οικείου μητρώου της χώρας εγκατάστασής της (...) τα οποία φέρουν ημερομηνίες 18/6/2021 και

Αριθμός απόφασης: 654/2023

21/11/2021 προκύπτει ότι μόνο κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης πληρούσε η παρεμβαίνουσα την επίμαχη απαίτηση της Διακήρυξης.

14. Η αναθέτουσα αρχή προβάλλει με τις απόψεις της ότι για την επαλήθευση της πλήρωσης του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας της Διακήρυξης έλαβε υπόψη της: α) την Βεβαίωση επαγγελματικής άδειας του Οικονομικού Επιμελητηρίου ... με ημερομηνία 7/7/2021, β) την Επιβεβαίωση του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ... με ημερομηνία 21/11/2022, γ) το Απόσπασμα δεδομένων από το Πληροφοριακό Σύστημα Επιχειρήσεων του Ομοσπονδιακού Υπουργείου Ψηφιοποίησης και Οικονομίας της ... με ημερομηνία 1/7/2021, και δ) το Πιστοποιητικό του Οργανισμού ... με ημερομηνία 15/10/2021, με βάση τα οποία κρίθηκε ότι αποδεικνύεται η καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας της παρεμβαίνουσας τόσο στο εμπόριο όσο και στον σχεδιασμό και κατασκευή συναρμολογούμενων αρθρωτών μεταλλικών γεφυρών.

15. Η παρεμβαίνουσα επικαλείται σειρά εγγράφων από τα οποία προκύπτει, κατά τους ισχυρισμούς της, ότι στις 14/7/2021, οπότε υπέβαλε προσφορά στον προκείμενο διαγωνισμό, διέθετε το κριτήριο καταλληλότητας της Διακήρυξης, διότι δραστηριοποιείτο στο αντικείμενο της «τεχνολογίας μετάλλων για μεταλλικές και μηχανολογικές κατασκευές σε συνδυασμό με τεχνολογία μετάλλων για τον τομέα της σιδηρουργίας και κατασκευής οχημάτων, τεχνολογία μετάλλων για γεωργικά μηχανήματα και μηχανήματα δομικών έργων» που πληροί τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, καθώς επίσης και ότι είχε άδεια αρχιτεχνίτη δομικών έργων. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι την 1η/3/2023 της μεταβιβάστηκε με συμβόλαιο αγοραπωλησίας ο επιχειρησιακός κλάδος κατασκευής χαλύβδινων γεφυρών της ... και, επομένως, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (14/7/2021) διέθετε την αντίστοιχη επαγγελματική δραστηριότητα.

16. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει ότι, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να πληρούν το κριτήριο καταλληλότητας της συνάφειας της επαγγελματικής τους δραστηριότητας με το αντικείμενο της σύμβασης, όπως αυτό ειδικότερα προσδιορίζεται στο άρθρο 1.3.1 της Διακήρυξης, ήτοι να δραστηριοποιούνται στην αγορά της εμπορίας ή/και κατασκευής μεταλλικών αρθρωτών γεφυρών,

Αριθμός απόφασης: 654/2023

όπως επιβεβαιώνεται και από την επεξήγηση σχετικά με το συναφές αντικείμενο στην προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 2.2.4.1 της Διακήρυξης. Ειδικά δε για τους αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς, για την απόδειξη της πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου απαιτείται από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης, η προσκόμιση πιστοποιητικού/βεβαίωσης του αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου της χώρας εγκατάστασής τους, σύμφωνα με τις προβλέψεις του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016, με το οποίο να πιστοποιείται αφενός, η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου, το ειδικό επάγγελμά τους.

17. Περαιτέρω, από τις διατάξεις του άρθρου 2.2.9.2.1 της Διακήρυξης, οι οποίες αντιστοιχούν προς τις διατάξεις του άρθρου 104 ν. 4412/2016, προκύπτει ότι η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής από τους διαγωνιζόμενους πρέπει να διαπιστώνεται σε τρία χρονικά σημεία, ήτοι στον χρόνο υποβολής της προσφοράς, στον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Όπως κρίθηκε (βλ. ΣτΕ 1939/2022, σκ. 20, κ.α.), η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016 κατόπιν της τροποποίησής της με τον ν. 4782/2021, ερμηνευόμενη σύμφωνα με τους δεσμευτικούς κανόνες της οδηγίας 2014/24, έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να αποδεικνύει την μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού με την προσκόμιση των αντίστοιχων αποδεικτικών μέσων, από τα οποία να προκύπτει ότι τόσο κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Κατά συνέπεια, για την απόδειξη της συνδρομής του επίμαχου κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας απαιτείται, ενόψει των προπαρατεθεισών διαταξεων της Διακήρυξης, η προσκόμιση από τους αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς βεβαιώσεων του μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 της χώρας εγκατάστασής τους, από τις οποίες να προκύπτει η συνάφεια της επαγγελματικής τους δραστηριότητας με το αντικείμενο της σύμβασης τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους όσο και τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

18. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα συμπλήρωσε και υπέβαλε το

Αριθμός απόφασης: 654/2023

ΕΕΕΣ, όπου δήλωσε, προς προκαταρκτική απόδειξη της επαγγελματικής της καταλληλότητας, ότι είναι εγγεγραμμένη στο οικείο επαγγελματικό μητρώο της χώρας εγκατάστασής της. Παρά την απαίτηση της Διακήρυξης για προσκόμιση με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής μόνο του ΕΕΕΣ και της εγγύησης συμμετοχής, η παρεμβαίνουσα ανάρτησε κατά την υποβολή της προσφοράς της στο ΕΣΗΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα στις 14/7/2021, απόσπασμα με ημερομηνία 18/6/2021 από τα βιβλία του Μητρώου Εταιρειών της ... (...) που αποτελεί μητρώο του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' Ν. 4412/2016, από το οποίο προκύπτει η εγγραφή της παρεμβαίνουσας στο Μητρώο, με δραστηριότητα την «*διάθεση προϊόντων*» και την «*συμμετοχή σε επιχειρήσεις στο εσωτερικό και το εξωτερικό*» (αρχείο Legal_Representation_Certificate_...).

19. Με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης η παρεμβαίνουσα υπέβαλε σχετικά με την απόδειξη του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας: α) το έγγραφο του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ... (...) με ημερομηνία 22/11/2022 με τίτλο (σύμφωνα με την επικυρωμένη μετάφραση) «*Επιβεβαίωση*», με το οποίο βεβαιώνεται η εγγραφή της παρεμβαίνουσας στο Εμποροδικείο ..., ότι το αντικείμενο της δραστηριότητάς της είναι η τεχνολογία μετάλλων για μεταλλικές και μηχανολογικές κατασκευές σε συνδυασμό με τεχνολογία μετάλλων για τον τομέα της σιδηρουργίας και κατασκευής οχημάτων, τεχνολογία μετάλλων για γεωργικά μηχανήματα και μηχανήματα δομικών έργων, το ιστορικό της απόκτησης από την παρεμβαίνουσα των στοιχείων ενεργητικού της ... και ότι δεν έχει κινηθεί κατά της παρεμβαίνουσας διαδικασία αφερεγγυότητας, β) απόσπασμα από το Μητρώο Εταιρειών της ... (...) με ημερομηνία 21/11/2022, από το οποίο προκύπτει ότι η επιχειρηματική δραστηριότητα της παρεμβαίνουσας συνίσταται στον «*Σχεδιασμό, κατασκευή, εγκατάσταση και διανομή χαλύβδινων γεφυρών*», γ) απόσπασμα από τη βάση δεδομένων του πληροφοριακού συστήματος επιχειρήσεων που τηρείται από το Ομοσπονδιακό Υπουργείο Ψηφιοποίησης και Οικονομίας της ... (...) με ημερομηνία 21/11/2022, από το οποίο προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα διαθέτει άδεια για άσκηση του νομοθετικά κατοχυρωμένου επαγγέλματος με αντικείμενο την «*τεχνολογία μετάλλων για μεταλλικές και μηχανολογικές κατασκευές σε συνδυασμό με τεχνολογία μετάλλων για τον τομέα της σιδηρουργίας και κατασκευής οχημάτων, τεχνολογία μετάλλων για γεωργικά*

Αριθμός απόφασης: 654/2023

μηχανήματα και μηχανήματα δομικών έργων (συναφές επάγγελμα)», δ) απόσπασμα από την ίδια παραπάνω βάση δεδομένων με ημερομηνία 1/7/2021 και με το ίδιο, όπως παραπάνω, περιεχόμενο, ε) Έγγραφο του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ... (...) με ημερομηνία 7/7/2021, με το οποίο βεβαιώνεται η εγγραφή της παρεμβαίνουσας στο Επιμελητήριο και η κατοχή άδειας εμπορίου, άδειας τεχνολογίας μετάλλων για μεταλλικές και μηχανολογικές κατασκευές και άδειας κατασκευαστή, και στ) έγγραφο του Οικονομικού Επιμελητηρίου ... (...) με ημερομηνία 5/7/2021, με το οποίο βεβαιώνεται η κατοχή των παραπάνω αδειών.

20. Όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν προέκυψε η πλήρωση από την παρεμβαίνουσα του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας του άρθρου 2.2.4.1 της Διακήρυξης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Ειδικότερα, όπως έχει ήδη διαπιστωθεί και από το αρμόδιο Δικαστήριο (βλ. την προαναφερθείσα απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αριθμό 2103/2022), από το απόσπασμα με ημερομηνία 18/6/2021 από το Μητρώο Εταιρειών της ... (...), το οποίο υπέβαλε η παρεμβαίνουσα με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικής προσφοράς, προκύπτει η εγγραφή της στο οικείο Μητρώο του κράτους εγκατάστασής της, ο εταιρικός σκοπός της συνιστάμενος στη διάθεση προϊόντων και τη συμμετοχή σε επιχειρήσεις στο εσωτερικό και εξωτερικό, όχι όμως και η συνάφεια της επαγγελματικής δραστηριότητάς της με το αντικείμενο του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, από την παραπάνω βεβαίωση εγγραφής στο Μητρώο, η οποία είχε εκδοθεί εντός των τριάντα (30) εργάσιμων ημερών που προηγούνταν από την υποβολή της προσφοράς (14/7/2021), προκύπτει ότι κατά τον κρίσιμο εκείνο χρόνο η παρεμβαίνουσα δραστηριοποιείτο γενικώς στο εμπόριο, όχι, όμως, και η συνάφεια της επαγγελματικής της δραστηριότητας με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, όπως αυτό ειδικότερα προσδιορίζεται στο άρθρο 1.3.1 της Διακήρυξης και επαναλαμβάνεται στο άρθρο 2.2.4.1 της Διακήρυξης συνιστάμενο στην εμπορία ή/και κατασκευή μεταλλικών αρθρωτών γεφυρών.

21. Και ναι μεν, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε, ως όφειλε, με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης απόσπασμα από το Μητρώο Εταιρειών της ... (...) με ημερομηνία 21/11/2022, στο οποίο αναγράφεται η δραστηριότητα «Σχεδιασμό, κατασκευή, εγκατάσταση και διανομή χαλύβδινων γεφυρών»,

Αριθμός απόφασης: 654/2023

αλλά το έγγραφο αυτό αποδεικνύει ότι η παρεμβαίνουσα ασκούσε επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης μόνο κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όχι, όμως, και κατά τον, επίσης κρίσιμο χρόνο, υποβολής της προσφοράς της (14/7/2021). Αντίθετα, προκύπτει από το αρχικά υποβληθέν απόσπασμα από το Μητρώο Επιχειρήσεων (...) με ημερομηνία 18/6/2021 και επιβεβαιώνεται από το προσκομιζόμενο και επικαλούμενο από την προσφεύγουσα απόσπασμα με ιστορικά δεδομένα του ίδιου Μητρώου με ημερομηνία 3/3/2023, στο οποίο καταγράφονται οι επιμέρους καταχωρίσεις στοιχείων της παρεμβαίνουσας, ότι η τροποποίηση της επαγγελματικής της δραστηριότητας από «*Διάθεση προϊόντων. Συμμετοχή σε επιχειρήσεις στο εσωτερικό και εξωτερικό*» σε «*Σχεδιασμό, κατασκευή, εγκατάσταση και διανομή χαλύβδινων γεφυρών*» καταχωρίστηκε στο Μητρώο σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς της, και συγκεκριμένα στις 10/3/2022, κατόπιν υποβολής σχετικής αίτησης στις 8/3/2022. Κατά συνέπεια, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (14/7/2021) η παρεμβαίνουσα δεν πληρούσε το κριτήριο επαγγελματικής καταλληλότητας του άρθρου 2.2.4.1 της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα στοιχεία του οικείου αυστριακού Μητρώου ... που αποτελεί αρμόδιο μητρώο κατά τις προβλέψεις του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016.

22. Με τα παραπάνω δεδομένα, και ενόψει του ότι η συνδρομή του κριτηρίου καταλληλότητας αποδεικνύεται, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης και του νόμου, για τους αλλοδαπούς φορείς μόνο με τη βεβαίωση εγγραφής τους στα μητρώα του Παραρτήματος, αβάσιμα η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται με την παρέμβασή της ότι η πλήρωση του επίμαχου προσόντος κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της αποδεικνύεται από άλλα έγγραφα, ανεξάρτητα από το περιεχόμενο των εγγράφων αυτών. Ειδικότερα, τα αποσπάσματα από τη βάση δεδομένων του πληροφοριακού συστήματος επιχειρήσεων που τηρείται από το Ομοσπονδιακό Υπουργείο Ψηφιοποίησης και Οικονομίας της ... (...) δεν μπορούν να γίνουν δεκτά, διότι δεν αποτελούν βεβαιώσεις εγγραφής σε επαγγελματικό μητρώο, και ιδίως σε μητρώο του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016. Ομοίως, τα προαναφερθέντα έγγραφα των Επιμελητηρίων ... και ..., ανεξαρτήτως του περιεχομένου τους, δεν αποτελούν

Αριθμός απόφασης: 654/2023

νόμιμα αποδεικτικά μέσα, διότι τα επιμελητήρια αυτά δεν περιλαμβάνονται μεταξύ των μητρώων του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016. Τέλος, δεν μπορεί να γίνει δεκτός ούτε ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι για τη διαπίστωση της συνάφειας της επαγγελματικής δραστηριότητας της παρεμβαίνουσας με το αντικείμενο της σύμβασης έλαβε υπόψη της το υποβληθέν πιστοποιητικό ISO, διότι το αποδεικτικό αυτό μέσο τεκμηριώνει, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, τη συμμόρφωση της παρεμβαίνουσας με συγκεκριμένο πρότυπο διασφάλισης ποιότητας, αλλά δεν αποτελεί αποδεικτικό μέσο πλήρωσης του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας, σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.4.2 και 2.2.9.2. της Διακήρυξης και με τις προβλέψεις του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016. Κατόπιν όλων των παραπάνω, ο πρώτος λόγος τα προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

23. Με τον **δεύτερο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθούν, διότι, κατά παράβαση των άρθρων 2.2.3.1 και 2.2.9 της Διακήρυξης, δεν υπέβαλε απόσπασμα ποινικού μητρώου για τον Διαχειριστή και νόμιμο εκπρόσωπό της κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, Ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής προβάλλεται βάσιμα, καθόσον, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού και συνομολογεί η παρεμβαίνουσα, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, διαχειριστής και νόμιμος εκπρόσωπός της ήταν το παραπάνω φυσικό πρόσωπο, για το οποίο δεν υποβλήθηκε απόσπασμα ποινικού μητρώου, με αποτέλεσμα να μην έχει αποδειχθεί προσηκόντως η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.1 της Διακήρυξης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Ωστόσο, η εν λόγω πλημμέλεια των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν οδηγεί αυτόματα σε αποκλεισμό της, αλλά υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να την καλέσει να υποβάλει το ελλείπον δικαιολογητικό συμμετοχής, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, οι οποίες τυγχάνουν εφαρμογής κατ' άρθρο 22 ν. 4903/2022 στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία που ήταν εκκρεμής την 1^η/6/2022, χωρίς να έχει στο μεταξύ αποκλειστεί οριστικά η παρεμβαίνουσα, ούτε να έχει μεσολαβήσει αντίθετη δικαστική κρίση ως προς το επίμαχο ζήτημα. Η δε ΕΑΔΗΣΥ δεν μπορεί να

Αριθμός απόφασης: 654/2023

υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή στην άσκηση αυτής της αρμοδιότητας. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος της με το οποίο έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς να καλέσει την παρεμβαίνουσα να υποβάλει το παραπάνω ελλείπον αποδεικτικό μέσο.

24. Με τον **τρίτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν απορριπτέα, διότι, παρά το γεγονός ότι στηρίχτηκε στις ικανότητες τρίτου για την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, δεν συμπλήρωσε προσηκόντως τα πεδία του ΕΕΕΣ σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα ... δήλωσε στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ σχετικά με τον απαιτούμενο για την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών της τριετίας 2018-2020 το ποσό των 60.133.666,67 ευρώ και υπέβαλε ως αποδεικτικό μέσο οικονομικές καταστάσεις τρίτου οικονομικού φορέα, ήτοι της Με τον τρόπο αυτό, πάντα κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα δεν απέδειξε ότι πληροί η ίδια το επίμαχο κριτήριο επιλογής ούτε δήλωσε προσηκόντως τη στήριξη στις ικανότητες της Επιπρόσθετα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας δεν μπορούσε να παράσχει οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, διότι βρισκόταν σε κατάσταση αφερεγγυότητας κατά την κρίσιμη χρονική περίοδο. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε δικές της οικονομικές καταστάσεις, προκειμένου να αποδείξει ότι πληροί αυτοτελώς το επίμαχο κριτήριο επιλογής.

25. Η αναθέτουσα αρχή προβάλλει σε σχέση με τον προκείμενο λόγο της προδικαστικής προσφυγής ότι έλαβε υπόψη της τα εξής στοιχεία: α) Συμβολαιογραφικό έγγραφο που αναφέρεται στην αγοραπωλησία του επιχειρηματικού τμήματος της «...» από την «...» και στο ότι η «...» είναι ο μοναδικός μέτοχος της «...», β) Έγγραφο διαβεβαίωση από το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο ... ότι η «...» έχοντας αποκτήσει το επιχειρησιακό μέρος της «...» δικαιούται να χρησιμοποιεί ιστορικά δεδομένα όπως ισολογισμούς και έργα αναφοράς, με βάση τα οποία κρίθηκε ότι αποδεικνύεται η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός απόφασης: 654/2023

26. Η παρεμβαίνουσα ... αντιτάσσει σε σχέση με τον κρινόμενο λόγο της προδικαστικής προσφυγής ότι ήδη από τον Μάρτιο 2021 είχε ολοκληρωθεί η μεταβίβαση στην ίδια του συνόλου των στοιχείων της επιχειρηματικής μονάδας της ... μέσω «συμφωνίας αγοράς και εκχώρησης κλάδου επιχείρησης», με την οποία η παρεμβαίνουσα απέκτησε την επιχειρηματική μονάδα κατασκευής γεφυρών της ..., με αποτέλεσμα, κατά τους ισχυρισμούς της, να υπεισέλθει ως καθολική διάδοχος στα περιουσιακά στοιχεία, τις αρμοδιότητες, τα δικαιώματα, τις συμβάσεις, τους πελάτες, όλους τους εργαζόμενους, τις υποχρεώσεις και τις απαιτήσεις του κλάδου κατασκευής γεφυρών της δικαιοπαρόχου της. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι, εφόσον εξαγόρασε την επιχειρηματική μονάδα κατασκευής γεφυρών της ..., δικαιούται «να χρησιμοποιήσει εκτός άλλων, και τις οικονομικές της καταστάσεις, καθώς έχει αποκτήσει πρόσβαση στο σύνολο της εμπειρίας της στον κατασκευαστικό κλάδο».

27. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς ΕΕΕΣ, έχοντας συμπληρώσει το οικείο πεδίο του Μέρους IV σχετικά με το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ως εξής: «*B: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουνε προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη/γνωστοποίηση. Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών. Ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής προκήρυξης/γνωστοποίησης ή των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης είναι ο εξής: Αριθμός ετών: 3. Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών: 60133666.67 EUR. Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι*». Επιπρόσθετα δε υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών: α) ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις ετών 2018, 2019 και 2020 του Ομίλου της ... και των θυγατρικών της, β) έγγραφο της ... με ημερομηνία 21/4/2021 και με θέμα «Μεταφορά της επιχειρησιακής δραστηριότητας κατασκευής γεφυρών από την ... στην ...», το οποίο περιέχει συνοπτική περιγραφή της συμφωνίας

Αριθμός απόφασης: 654/2023

αγοραπωλησίας της επιχειρησιακής μονάδας μεταξύ των δύο προαναφερθέντων οικονομικών φορέων, και γ) έγγραφο του νόμιμου εκπροσώπου της με ημερομηνία 21/7/2021 σχετικά με την εταιρική αναδιάρθρωση της

28. Η αναθέτουσα αρχή ζήτησε διευκρινίσεις από την παρεμβαίνουσα σχετικά με την παραπάνω δήλωσή της στο ΕΕΕΣ και με τον τρόπο πλήρωσης του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Σε απάντηση του ερωτήματος της αναθέτουσας αρχής, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε στις 11/11/2021 έγγραφο του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ... (...) με ημερομηνία 5/11/2021, στο οποίο επαναλαμβανόταν συνοπτικά το περιεχόμενο της προαναφερθείσας αγοραπωλησίας και έγγραφο του Συμβολαιογράφου ... Dr ... με ημερομηνία 4/11/2021, με το οποίο πιστοποιείται η ολοκλήρωση της μεταβίβασης.

29. Στη συνέχεια, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, προς απόδειξη της πλήρωσης του παραπάνω τεκμηρίου, ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις ετών 2018, 2019 και 2020 του Ομίλου της ... και των θυγατρικών της.

30. Τέλος, με την παρέμβασή της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, η παρεμβαίνουσα συνυπέβαλε τα προαναφερθέντα έγγραφα και, επιπρόσθετα: α) απόσπασμα της σύμβασης πώλησης (σύμβασης εξαγοράς στοιχείων ενεργητικού) μεταξύ της ... και της ... με ημερομηνία 19/2/2021 και β) γνωμοδότηση της ... με ημερομηνία 21/11/2021 σχετικά με τη συμμετοχή της ... στον επίμαχο διαγωνισμό.

31. Από τα προαναφερθέντα στοιχεία, αλλά και από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου, προκύπτουν τα εξής:

Η παρεμβαίνουσα εταιρεία συστάθηκε στις 12/2/2014 με την επωνυμία "...". Στις 6/2/2021 καταχωρίστηκε στο οικείο μητρώο της ... (...) η μετονομασία της σε Με σύμβαση πώλησης (σύμβαση εξαγοράς στοιχείων ενεργητικού) μεταξύ της ... (πωλήτρια) και της παρεμβαίνουσας ... (αγοράστρια) με ημερομηνία 19/2/2021, μεταβιβάστηκε από την πρώτη στη δεύτερη, με ισχύ από 1/3/2021, επιχείρηση που εξειδικεύεται στην κατασκευή χαλύβδινων γεφυρών. Σύμφωνα με το άρθρο 2 της παραπάνω σύμβασης, η παρεμβαίνουσα αγόρασε από την ... το σύνολο των στοιχείων του ενεργητικού που ανήκουν στη λειτουργία της επιχείρησης κατασκευής

Αριθμός απόφασης: 654/2023

χαλύβδινων γεφυρών, τα οποία απαριθμούνται στο άρθρο 2.2 της σύμβασης εξαντλητικά («η *ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ* αποτελείται εξαντλητικά από τα εξής στοιχεία (στο εξής καλούμενα ένα συντομία *ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΠΩΛΗΣΗΣ*)») και συνίστανται στα αναληφθέντα έργα, στα έργα για τα οποία έχει υποβληθεί δεσμευτική προσφορά, στα έργα που βρίσκονται στο στάδιο υποβολής προσφοράς, στο πελατολόγιο, στις λοιπές συμβατικές σχέσεις, στον εξοπλισμό της επιχείρησης και της επιχειρηματικής δραστηριότητας, συμπεριλαμβανομένων των αδειών λογισμικού, στα μηχανήματα, στα οχήματα, στην τεχνογνωσία, στα εμπορικά έγγραφα, συμπεριλαμβανομένων και των δεδομένων ιστορικού, στους εργαζόμενους, στα αποθέματα και στις απαιτήσεις.

32. Μετά την ολοκλήρωση της μεταβίβασης, όπως συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της, η πωλήτρια ... διατήρησε την νομική της προσωπικότητα και συνέχισε τη δραστηριότητά της, και επομένως, οι προαναφερθείσες εταιρείες παρέμειναν δύο αυτοτελή νομικά πρόσωπα. Στις 19/5/2021 η παρεμβαίνουσα έγινε μοναδική μέτοχος της ..., η οποία κατέστη θυγατρική της (βλ. ιδίως γνωμοδότηση της ...). Πάντως, από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι η παραπάνω συμφωνία είχε ως αποτέλεσμα την καθολική διαδοχή της ... από την παρεμβαίνουσα. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και υπό την εκδοχή της καθολικής διαδοχής, η παρεμβαίνουσα κατέστη καθολική διάδοχος στη μεταβιβασθείσα σε αυτή περιουσία, ενώ η ... διατήρησε τη νομική προσωπικότητα και αυτοτέλειά της, καθώς επίσης και τα στοιχεία που δεν μεταβιβάστηκαν και αναφέρονται στη σύμβαση (άρθρο 2.3). Επισημαίνεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν επικαλείται ούτε προσκομίζει μεταφρασμένες συγκεκριμένες διατάξεις του αυστριακού δικαίου, από τις οποίες να προκύπτει ότι η σύμβαση πώλησης (σύμβασης εξαγοράς στοιχείων ενεργητικού) μεταξύ της ... και της ... έχει έννομες συνέπειες καθολικής διαδοχής, πέραν της μεταβίβασης των στοιχείων ενεργητικού και της υποκατάστασης της αγοράστριας στα συναφή δικαιώματα και υποχρεώσεις, όπως προκύπτει από το προσκομισθέν συμβατικό κείμενο, σύμφωνα και με την ερμηνεία του με τις υποβληθείσες νομικές γνωμοδοτήσεις.

33. Με τα παραπάνω δεδομένα, είναι βάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η παρεμβαίνουσα επικαλέστηκε προς πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5

Αριθμός απόφασης: 654/2023

της Διακήρυξης, ήτοι της απαίτησης να διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων τουλάχιστον ίσο με το 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης (536.290€), τον κύκλο εργασιών του τρίτου οικονομικού φορέα ..., χωρίς να δηλώσει στο ΕΕΕΣ τη στήριξή του σε αυτόν. Ενόψει δε των προαναφερθέντων στοιχείων, η σύμβαση πώλησης του επιχειρηματικού κλάδου κατασκευής γεφυρών της παραπάνω εταιρείας προς την παρεμβαίνουσα δεν κατέστησε τον κύκλο εργασιών ίδιο στοιχείο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρεμβαίνουσας. Και τούτο, διότι ο κύκλος εργασιών (τζίρος) παρελθουσών χρήσεων δεν αποτελεί στοιχείο ενεργητικού, αλλά μέγεθος της κατάστασης αποτελεσμάτων χρήσης ενός οικονομικού φορέα ή ενός ομίλου επιχειρήσεων, το οποίο αντικατοπτρίζει τη δραστηριότητά του κατά τη συγκεκριμένη διαχειριστική χρήση. Έτσι, εύλογα ο κύκλος εργασιών δεν περιλαμβάνεται και στο άρθρο 2.2 της προαναφερθείσας σύμβασης μεταξύ των εξαντλητικά απαριθμούμενων μεταβιβαζόμενων στοιχείων ενεργητικού της κατασκευαστικής επιχείρησης χαλύβδινων γεφυρών της ... προς την παρεμβαίνουσα. Αλυσιτελώς προβάλλει η παρεμβαίνουσα ότι με τη σύμβαση της μεταβιβάστηκαν, μεταξύ άλλων, και τα εμπορικά έγγραφα συμπεριλαμβανομένων και των δεδομένων ιστορικού, διότι στην προκείμενη περίπτωση δεν αμφισβητείται το δικαίωμά της να χρησιμοποιεί τις εγκεκριμένες οικονομικές καταστάσεις και να αναφέρεται σε αυτές, αλλά η δυνατότητά της να επικαλείται τον κύκλο εργασιών που αποτυπώνεται σε αυτές ως στοιχείο ίδιας οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Επομένως, ανεξάρτητα από τη μεταβίβαση της επιχείρησης κατασκευής χαλύβδινων γεφυρών από την ... προς την παρεμβαίνουσα, ο κύκλος εργασιών διαχειριστικών χρήσεων που προηγούνταν της μεταβίβασης αποτελεί στοιχείο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της πωλήτριας, ήτοι τρίτου οικονομικού φορέα που εξακολουθεί να υπάρχει και διαφοροποιείται από την προσφέρουσα, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Τα ίδια ισχύουν και σε περίπτωση, όπως η προκείμενη, κατά την οποία η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την οποία επικαλέστηκε η παρεμβαίνουσα, ανήκει σε εταιρεία του ίδιου επιχειρηματικού ομίλου, δεδομένου ότι πρόκειται για διακριτές επιχειρήσεις και επομένως, τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις

Αριθμός απόφασης: 654/2023

περί στήριξης στις ικανότητες τρίτων (πρβλ. ΔΕΕ, απόφαση της 2/12/1999, Holst Italia SpA, C-176/98, ΕΑ ΣΤΕ 205/2019, σκ.9, 284/2013, 844/2008, σκ. 9).

34. Από τις προηγούμενες σκέψεις προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα συμμετείχε στον διαγωνισμό επικαλούμενη, για την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών τρίτου οικονομικού φορέα. Παρόλα αυτά, κατά παράβαση του άρθρου 79 παρ. 1 ν. 4412/2016, απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου, ενώ δεν παρείχε ούτε τα στοιχεία της δανείζουσας επιχείρησης, γεγονός που καθιστά την προσφορά της απορριπτέα (πρβλ. ΔΕφΠειρ 57/2018, σκ. 8, ΔΕφΠάτρας 69/2020 κ.α.). Δεδομένης της παραπάνω πλημμέλειας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρέλκει η εξέταση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας σχετικά με την αφερεγγυότητα του τρίτου δανείζοντος οικονομικού φορέα και με την παράλειψη προσκόμισης των οικονομικών καταστάσεων της ίδιας της παρεμβαίνουσας. Κατόπιν όλων των παραπάνω, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

35. Με τον **τέταρτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθούν, διότι όλα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που έχουν εκδοθεί από δημόσιες αρχές ή υπηρεσίες ή φορείς της Αυστρίας φέρουν επισημείωση που επικυρώνει τα στοιχεία όχι του εκδότη τους, αλλά του συμβολαιογράφου που έχει εκδώσει τα επικυρωμένα αντίγραφά τους. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, *«είτε δεν πρέπει να γίνει δεκτό πως τα έγγραφα αυτά φέρουν Επισημείωση (αφού η επ' αυτών Επισημείωση δεν αναφέρεται στον εκδότη τους, στην υπογραφή του, στην ιδιότητά του, στην σφραγίδα που αυτός επιθέτει, κ.λπ.), είτε, εάν γίνει δεκτό πως φέρουν Επισημείωση, τότε δεν μπορεί να γίνει δεκτό πως έχουν εκδοθεί αρμοδίως, αφού σε μία τέτοια περίπτωση εκδότης τους θα είναι ο κατά τα ανωτέρω Συμβολαιογράφος τον οποίο και αφορά (επικυρώνει) η Επισημείωση»*. Ο κρινόμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, με το παραπάνω περιεχόμενο, είναι αόριστος, διότι δεν προσδιορίζονται τα έγγραφα, την εγκυρότητα των οποίων αμφισβητεί η προσφεύγουσα, παρά αμφισβητείται συλλήβδην το περιεχόμενο του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο οποίος περιέχει έγγραφα ιδιωτικά

Αριθμός απόφασης: 654/2023

και δημόσια, εκδοθέντα από πλήθος διαφορετικών αρχών/ιδιωτών. Ενόψει δε του ότι οι επικαλούμενες από την προσφεύγουσα διατάξεις προβλέπουν πλήθος αρμόδιων για την επισημείωση APOSTILLE ... αρχών ανάλογα με το είδος των επικυρούμενων εγγράφων, η παράλειψή της να προσδιορίσει τις πλημμέλειες καθενός από τα υποβληθέντα έγγραφα, καθιστά τον ισχυρισμό της ανεπίδεκτο εκτίμησης, δεδομένου ότι η ΕΑΔΗΣΥ είναι υποχρεωμένη, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 1 και 5 ν. 4412/2016 να αποφαίνεται μόνο επί των προβαλλόμενων νομικών και πραγματικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος, χωρίς να δύναται να προσδιορίσει η ίδια τις νομικές πλημμέλειες καθενός από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Σε κάθε δε περίπτωση, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ούτε ποια είναι τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη γεγονότα που δεν έχουν αποδειχθεί προσηκόντως από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά. Κατόπιν όλων των παραπάνω, ο τέταρτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

36. Με τον **πέμπτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα, κατά παράβαση του άρθρου 104 παρ. 2 ν. 4412/2016, παρέλειψε να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή για οψιγενείς μεταβολές στοιχείων της, και ειδικότερα για μεταβολές ως προς τη νόμιμη εκπροσώπησή της και ως προς το αντικείμενο της επαγγελματικής της δραστηριότητας, και, ως εκ τούτου, πρέπει να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της *«ως αυτόθροη ως γνωστό συνέπεια όταν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν ανταποκρίνονται σε ότι όφειλε να έχει υποβληθεί»*. Κατ' αρχάς, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως προβαλλόμενος χωρίς έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, η οποία δεν προβάλλει ότι στις, κατά τους ισχυρισμούς της, όψιμες μεταβολές των στοιχείων της παρεμβαίνουσας θεμελιώνονται λόγοι αποκλεισμού της, παρά μόνο ότι έπρεπε να καταπέσει η εγγύηση συμμετοχής της.

37. Σε κάθε περίπτωση, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος διότι δεν βρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του νόμου και της Διακήρυξης. Ειδικότερα, το άρθρο 3.2.6 της Διακήρυξης προβλέπει ότι *«σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε*

Αριθμός απόφασης: 654/2023

δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης ότι πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του». Στην προκείμενη περίπτωση, η μεταβολή ως προς τη νόμιμη εκπροσώπηση, στο μέτρο που από αυτήν δεν προκύπτει η συνδρομή κάποιου λόγου αποκλεισμού ή η μη πλήρωση κάποιου κριτηρίου επιλογής, δεν αφορά σε προϋπόθεση συμμετοχής και, ως εκ τούτου, δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής της παραπάνω διάταξης. Όσον αφορά στην τροποποίηση της επαγγελματικής δραστηριότητας της παρεμβαίνουσας, ο λόγος αποκλεισμού έγκειται στην μη πλήρωση του οικείου κριτηρίου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όπως κρίθηκε στο πλαίσιο εξέτασης του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής, και όχι στην οψιγενή μεταβολή που συνίσταται στην εκ των υστέρων τροποποίηση της επαγγελματικής της δραστηριότητας κατά τρόπο που να καλύπτει την απαίτηση της Διακήρυξης, ώστε, και στην περίπτωση αυτή, να μην τίθεται ζήτημα εφαρμογής της παραπάνω διάταξης. Κατά συνέπεια, ο πέμπτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

38. Με τον **έκτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν έπρεπε να γίνουν δεκτά, διότι το πιστοποιητικό της αρμόδια αυστριακής αρχής που προσκόμισε προς απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του προπαρατεθέντος άρθρου 2.2.3.5.2 της Διακήρυξης δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις, ενώ η παρεμβαίνουσα, κατά παράβαση του άρθρου 2.2.9.2.6.4 της Διακήρυξης, δεν προσκόμισε ένορκη βεβαίωση, αλλά υπεύθυνη δήλωση.

Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, προς απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.5.2 της Διακήρυξης, τη βεβαίωση του Εμποροδικείου ... με ημερομηνία 21/11/2021, σύμφωνα με την οποία «*επί του παρόντος δεν εκκρεμεί διαδικασία αφερεγγυότητας*» ενώπιον του Δικαστηρίου σε σχέση με την παρεμβαίνουσα. Όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, από το περιεχόμενο αυτού του εγγράφου της αρμόδιας αυστριακής αρχής δεν προκύπτει η μη συνδρομή των

Αριθμός απόφασης: 654/2023

επιμέρους περιπτώσεων του άρθρου 2.2.3.5.2 της Διακήρυξης, ήτοι ότι η παρεμβαίνουσα δεν τελεί υπό πτώχευση, δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης, δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο, δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού, και δεν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου.

39. Σύμφωνα, όμως, με το προπαρατεθέν άρθρο 2.2.9.2.6.4 της Διακήρυξης, εφόσον δεν εκδίδεται το οικείο πιστοποιητικό από την αρμόδια αρχή της χώρας εγκατάστασης του οικονομικού φορέα, αυτός μπορεί να προσκομίσει ένορκη βεβαίωση ενώπιον δικαστικής ή διοικητικής αρχής ή συμβολαιογράφου και μόνο όταν δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, αυτή αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση τη γνησιότητα της οποίας βεβαιώνει η αρμόδια αρχή ή ο συμβολαιογράφος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1065/2007, 818/2003). Αντ' αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της με ημερομηνία 23/11/2022, με το εξής περιεχόμενο: *«η εταιρεία μας δεν τελεί υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή από αναγκαστική διαχείριση ή δικαστική εκκαθάριση και δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή άλλη ανάλογη διαδικασία ούτε έχει κατατεθεί αίτηση για αντίστοιχη διαδικασία, το οποίο αποδεικνύεται από τα πιστοποιητικά του Εμποροδικείου της ... και της κεντρικής Εισαγγελίας Δίωξης Οικονομικού Εγκλήματος και Διαφθοράς του Υπουργείου Δικαιοσύνης της ... όπου αναφέρεται ότι δεν υπάρχει καμία εγγραφή για την εταιρεία μας».* Όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, με το παραπάνω περιεχόμενο, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν ήταν πλήρη. Ωστόσο, η εν λόγω πλημμέλεια των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν οδηγεί αυτόματα σε αποκλεισμό της, αλλά υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να την καλέσει να υποβάλει την ελλείπουσα ένορκη βεβαίωση, στην περίπτωση που εκδίδεται τέτοια στη χώρα εγκατάστασής της, άλλως υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 2.2.9.2.6.4 της Διακήρυξης, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, οι οποίες τυγχάνουν εφαρμογής κατ' άρθρο 22 ν. 4903/2022 στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία που ήταν εκκρεμής την 1^η/6/2022, χωρίς να έχει στο μεταξύ αποκλειστεί οριστικά η παρεμβαίνουσα, ούτε να έχει μεσολαβήσει

Αριθμός απόφασης: 654/2023

αντίθετη δικαστική κρίση ως προς το επίμαχο ζήτημα. Η δε ΕΑΔΗΣΥ δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή στην άσκηση αυτής της αρμοδιότητας. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να γίνει δεκτός ο έκτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος της με το οποίο έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς να καλέσει την παρεμβαίνουσα να υποβάλει το παραπάνω ελλείπον αποδεικτικό μέσο.

40. Επειδή, ενόψει όσων έγιναν δεκτά στις σκέψεις 13-22 και 24-34, οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες της προσφοράς της παρεμβαίνουσας παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της στον διαγωνισμό και την κατακύρωση σε αυτήν του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, παρέλκει η αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να καλέσει την παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με το άρθρο 103 ν. 4412/2016, να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, στις περιπτώσεις που κρίθηκε, σύμφωνα με τα παραπάνω, ότι είναι εφαρμοστέα η διάταξη αυτή.

41. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 3 Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

Αριθμός απόφασης: 654/2023