

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.11.2019 κατατεθείσα και διαβιβασθείσα στο Κλιμάκιο την 14.11.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1400/14.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 4-11-2019, απόφασης Φ.800/1596/70005/Σ.18979/1-11-2019 της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ανακήρυξε οριστικό ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την «Αναβάθμιση δέκα αδειών μηχανογραφικού συστήματος κωδικοποίησης κατά, την προμήθεια πέντε νέων αδειών και τη συντήρηση συνολικά δεκαπέντε, για τρία έτη προς κάλυψη αναγκών του», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 235.000 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-6-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 20-6-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ποσού 1.175,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, με την από 14-11-2019 εμπρόθεσμη και νομότυπα υπογεγραμμένη προσφυγή του, ο προσφεύγων που κατέστη αποδεκτός και κατετάγη δεύτερος μειοδότης μετά τον νυν ανάδοχο και παρεμβαίνοντα, στρέφεται μετ' εννόμου συμφέροντος κατά της από 4-11-2019 κοινοποιηθείσας σε αυτόν, εκτελεστής πράξης ανάδειξης οριστικού αναδόχου και έγκρισης δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και τον ανέδειξε ανάδοχο, στην εμπίπτουσα λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ως άνω διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Προβάλλει δε ειδικότερα, ότι πρώτον, μη νομίμως ο παρεμβαίνων υπέβαλε μη πρωτότυπους και μη νομίμως μεταφρασμένους ισολογισμούς, δεύτερον, μη νομίμως κατέθεσε αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και πιστοποιητικά χωρίς επισημείωση APOSTILLE, τρίτον, κατέθεσε μη νόμιμες ένορκες βεβαιώσεις και τέταρτον, δεν κατέθεσε ποινικά μητρώα για όλους τους νόμιμους εκπροσώπους του. Με τις από 22-11-2019 Απόψεις της, η αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, ομοίως δε και ο παρεμβαίνων δια της από 25-11-2019 εμπρόθεσμης, κατόπιν της σε αυτόν από 15-11-2019 κοινοποίησης της προσφυγής και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούμενης παρέμβασης του. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά το άρ. 34 της διακήρυξης περί υποβολής και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης ορίζεται ότι «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η Αναθέτουσα Αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, που πρόκειται να γίνει η κατακύρωση «προσωρινό ανάδοχο», να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής 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 που περιγράφονται στο άρθρο 29 (Αποδεικτικά Μέσα) της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 23 έως 27 αυτής. 2. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο, ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf. Σε περίπτωση που τα υπόψη δικαιολογητικά υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. 3. Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον προσωρινό ανάδοχο, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα κατά περίπτωση δικαιολογητικά σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 15 (υποπαράγραφοι 1.2.1.1 έως 1.2.1.3) της Υ.Α. 56902/215/2 Ιουν 2017 (Β' 1924). ... 5. Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί 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, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, ειδοποίησής του. Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες....7. Η προσφορά του προσωρινού αναδόχου απορρίπτεται και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104 του Ν.4412/2016, καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε, για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους λόγους: α. Κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι ψευδή ή ανακριβή. β. Ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στον προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών. γ. Από τα παραπάνω δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 ή η πλήρωση μίας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων επιλογής των άρθρων 23 έως 27 της παρούσας διακήρυξης.». Επομένως, κατά τα ανωτέρω που έγιναν ανεπιφύλακτα αποδεκτά και συνιστούν το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας ως ειδικές περί αυτής διατάξεις, υπερισχύοντας κάθε τυχόν άλλου κανόνα και ασχέτως τυπικής ισχύος

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

αυτού, ενσωματώνοντας την οικεία διάταξη του άρ. 103 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ως είχε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και θέσπισης των όρων της διαδικασίας, προ της τροποποίησης της διάταξης αυτής με το άρ. 43 παρ. 12^α Ν.4605/2019 (ΦΕΚ Α 52/1.4.2016), προκύπτει ότι σε περίπτωση ελλείψεων ή και εν όλω μη υποβολής ορισμένων ή και όλων εκ των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα υποχρεούται να παράσχει προθεσμία και να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο για συμπλήρωση ή το πρώτον υποβολή αυτών, χωρίς να έχει υποχρέωση ή δυνατότητα να τον αποκλείσει άνευ ετέρου και τούτο όχι μόνο σε περίπτωση πλημμελώς υποβληθέντων δικαιολογητικών, αλλά ακόμη και αν εν όλω παρελείφθησαν να υποβληθούν ρητά απαιτούμενα δικαιολογητικά. Εξάλλου, στο ως άνω άρ. 34 της διακήρυξης παρέπεμψε και η αναθέτουσα με την από 5-7-2019 και με αρ. πρωτ. κλήση του παρεμβαίνοντος προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης (μετά την εξ αυτής ακύρωση και μη εξέτασης της προηγούμενης υποβολής τους, αφού η διαδικασία, κατόπιν της Απόφασης ΑΕΠΠ 439/2019, ακυρώθηκε και επανήλθε προς επαναξιολόγηση στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών). Επομένως, σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι βάσιμοι, ουδόλως η αποδοχή τους δύναται να επιφέρει αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος, όπως ο προσφεύγων αιτείται, αλλά αναπομπή στην αναθέτουσα προς κλήση του παρεμβαίνοντος για συμπληρώσεις επί των εντοπιζόμενων πλημμελειών και ελλείψεων.

4. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτει ότι κατ' άρ. 24 της διακήρυξης θεσπίσθηκε κριτήριο επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και δη περί μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών για τις οικονομικές χρήσεις 2015, 2016 και 2017 (*«Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις πριν το έτος διενέργειας της διαδικασίας (2015, 2016, 2017) τουλάχιστον ίσο με το 50% του ύψους της εκτιμώμενης αξίας της παρούσας, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. ... 3. Ο ελάχιστος απαιτούμενος μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών ορίζεται σε εκατόν σαράντα πέντε χιλιάδες επτακόσια ευρώ (145.700,00€).»*). Κατά το δε άρθρο 29 παρ. 11 της διακήρυξης περί των δικαιολογητικών κατακύρωσης για την απόδειξη του παραπάνω κριτηρίου ορίζεται ότι *«11. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 24 της παρούσας «Οικονομική και Χρηματοοικονομική*

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

Επάρκεια», οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα κάτωθι απαιτούμενα δικαιολογητικά:

α. Οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων των τριών (3) τελευταίων οικονομικών χρήσεων πριν το έτος διενέργειας της διαδικασίας (2015, 2016, 2017), στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας ή σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση των ανωτέρω, δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου γενικού κύκλου εργασιών, συνυποβάλλοντας νόμιμα αντίγραφα φορολογικών δηλώσεων (φορολογίας εισοδήματος ή εκκαθαριστικών ΦΠΑ).

β. 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.», άρα απαιτείται η υποβολή ως δικαιολογητικών κατακύρωσης οικονομικών καταστάσεων εκ των οποίων προκύπτει ο οικείος κύκλος εργασιών και συγκεκριμένα καταστάσεις εκ των οποίων τεκμηριώνεται το χρηματοοικονομικό αυτό στοιχείο, δηλαδή κατά τη λογιστική πρακτική ζητήθηκαν οι οικείες καταστάσεις αποτελεσμάτων χρήσης, αφού εξ αυτών προκύπτει ο κύκλος εργασιών ανά έτος, ενώ επιπλέον, ρητά η διακήρυξη αρκέστηκε και σε «απόσπασμα», δηλαδή μέρος από μια τέτοια, σε κάθε περίπτωση, συγκεκριμένη χρηματοοικονομική κατάσταση. Κατά το δε άρ. 18 παρ. 4 της διακήρυξης περί της γλώσσας υποβολής των εγγράφων των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ορίζεται ότι «*Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α΄188). Ειδικά τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα μπορούν να συνοδεύονται από μετάφραση τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο.*».

Με τον από 6-8-2019 φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης του, ο παρεμβαίνων μεταξύ άλλων υπέβαλε (αρχείο 12 φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης) πίνακα που μεταξύ άλλων, αναφέρει ανάλυση του κύκλου εργασιών της από διάφορες πηγές, σε κάθε περίπτωση αναφέρεται ρητά και με σαφήνεια στο στοιχείο «Ανάπτυξη Κύκλου Εργασιών», το έγγραφο δε αυτό υπεβλήθη και σε πρωτότυπο συνταχθέν στη γερμανική και σε επικυρωμένη από δικηγόρο μετάφραση στην ελληνική και σε αυτό αναγράφεται και ο κύκλος εργασιών για τα έτη 2015, 2016 και 2017 σε επίπεδο

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

επιχείρησης-προσφέροντος και σε επίπεδο ομίλου διακριτά. Πλην όμως, εκ του ως άνω εγγράφου δεν προκύπτει ότι αυτό συνιστά απόσπασμα από κάποια οικονομική κατάσταση, αλλά παραπέμπει σε απλό πίνακα σύνθεσης επιμέρους στοιχείων διάφορων οικονομικών καταστάσεων και άρα, δεν πληροί τα εκ της διακήρυξης απαιτούμενα και δεν λαμβάνεται υπόψη προς πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής. Επιπλέον, με τα αρχεία 13 και 14 του ίδιου φακέλου, ο παρεμβαίνων υπέβαλε και αναλυτικές χρηματοοικονομικές καταστάσεις ως ελέγχθησαν και φέρουν οικεία έκθεση από τους ορκωτούς ελεγκτές και καλύπτουν τα ίδια ως άνω έτη 2015, 2016 και 2017. Τα έγγραφα είναι συνταγμένα στην αγγλική από την ελεγκτική εταιρεία, ως μετάφραση, όπως αναφέρεται στην οικεία έκθεση, από τη γερμανική και περαιτέρω μεταφράσθηκε επί αυτών, αλλά με επικυρωμένη από δικηγόρο μετάφραση, ειδικά η φράση «κύκλος εργασιών» με χειρόγραφη σημείωση του επικυρόντος τη μετάφραση, δίπλα στην αντίστοιχη στην αγγλική λέξη «revenue», περιέχεται δε πλήθος άλλων άσχετων με την επίδικη απαίτηση του κριτηρίου 24, χρηματοοικονομικών στοιχείων, που δεν μεταφράσθηκαν. Πλην όμως, οι ως άνω εκθέσεις, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο τους, δεν συνιστούν απλές μεταφράσεις γερμανικού πρωτοτύπου, αλλά πρωτοτύπως συνταγμένες στην αγγλική εκθέσεις που ενσωματώνουν απόσπασμα των συνολικών οικονομικών καταστάσεων της επιχείρησης, όπως οι τελευταίες δημοσιεύθηκαν στα γερμανικά. Συνεπώς, ο παρεμβαίνων υπέβαλε οικονομικές καταστάσεις που δεν μεταφράσθηκαν από τη γλώσσα πρωτότυπης σύνταξης τους, ήτοι τα γερμανικά στην ελληνική, ενώ επιπλέον η μετάφραση στην ελληνική εκ του ήδη μεταφρασμένου, άνευ επικύρωσης, από τη γερμανική στην αγγλική, ήταν όλως ατελής, αφορούσε μια μεμονωμένη λέξη («κύκλος εργασιών») και ούτως, δεν συνιστούσε, διατηρουμένου του υπολοίπου κειμένου σε ανεπικύρωτη στην αγγλική, μετάφραση, την κατά τη διακήρυξη απαιτούμενη επικυρωμένη μετάφραση της εν γένει υποβαλλόμενης κατάστασης. Άρα, βασίμως προβάλλεται ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

5. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής και σε συνέχεια του περιεχομένου του άρ. 18 παρ. 4 της διακήρυξης, που αναφέρθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, προκύπτει ότι όσον αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που συνίστανται σε αλλοδαπά δημόσια έγγραφα, αυτά υποβάλλονται κατά τη Συνθήκη της Χάγης, σύμφωνα και με τον Ν. 1497/1984, ήτοι με επισημείωση APOSTILLE, προκειμένου να θεωρηθούν ως παραδεκτός υποβληθέντα. Πλην όμως, η εφαρμογή

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

της Συνθήκης αυτής, έχει κατά το ενωσιακό, αλλά και το εθνικό δίκαιο της Ελληνικής Δημοκρατίας περιοριστεί κατόπιν του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/1191 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Ιουλίου 2016, για την προώθηση της ελεύθερης κυκλοφορίας των πολιτών μέσω της απλούστευσης των απαιτήσεων για την υποβολή ορισμένων δημόσιων εγγράφων στην Ευρωπαϊκή Ένωση και την τροποποίηση του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1024/2012 και δη από 16-2-2019 σύμφωνα με το άρ. 37 του Κανονισμού αυτού, περί ενάρξεως ισχύος του, αφού συγκεκριμένα δημόσια έγγραφα, εκδοθέντα από αρχές κράτους-μέλους, τα οποία έγγραφα αφορούν γεγονότα που υπάγονται στο κατ' άρ. 2 αυτού πεδίο εφαρμογής του, απαλλάσσονται κατά το άρ. 4 αυτού, από κάθε μορφής επικύρωση ή παρόμοια διατύπωση και άρα, και από την επισημείωση APOSTILLE. Σημειωτέον, ότι ο ως άνω Κανονισμός ως πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο έχει άμεση εφαρμογή στα κράτη-μέλη, άρα τροποποιεί στο εθνικό δίκαιο της Ελληνικής Δημοκρατίας, ως νεότερος νόμος, κάθε άλλη αντίθετη σε αυτόν διάταξη νόμου, απορρέουσα από διεθνή σύμβαση ή μη και κατ' αποτέλεσμα, εφόσον το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης παρέπεμψε στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο του Ν. 1497/1984, αυτοδικαίως συνάγεται ότι το πεδίο εφαρμογής του τελευταίου περιορίζεται δια του ως άνω Κανονισμού και άρα, περιορίζεται και η οικεία απαίτηση όσον αφορά τις αποδεικτικές απαιτήσεις της διακήρυξης, Όμως, κατ' άρ. 2 παρ. 1-2 του ως άνω Κανονισμού, το πεδίο εφαρμογής του αφορά γεγονότα που σχετίζονται με «1. ... α) γέννηση· β) το ότι ένα πρόσωπο βρίσκεται στη ζωή· γ) θάνατος· δ) όνομα· ε) γάμος, περιλαμβανομένων της ικανότητας για σύναψη γάμου και της οικογενειακής κατάστασης· στ) διαζύγιο, δικαστικός χωρισμός ή ακύρωση γάμου· ζ) καταχωρισμένη συμβίωση, περιλαμβανομένων της ικανότητας για σύναψη σχέσης καταχωρισμένης συμβίωσης και της κατάστασης από άποψη καταχωρισμένης συμβίωσης· η) λύση σχέσης καταχωρισμένης συμβίωσης, δικαστικός χωρισμός ή ακύρωση καταχωρισμένης συμβίωσης· θ) γονική ιδιότητα· ι) υιοθεσία· ια) κατοικία και/ή διαμονή· ιβ) ιθαγένεια ιγ) λευκό ποινικό μητρώο, υπό τον όρο ότι τα σχετικά με το γεγονός αυτό δημόσια έγγραφα εκδίδονται για πολίτη της Ένωσης από τις αρχές του κράτους μέλους της ιθαγένειάς του. 2. Ο παρών κανονισμός εφαρμόζεται επίσης σε δημόσια έγγραφα των οποίων η υποβολή μπορεί να απαιτηθεί από πολίτες της Ένωσης που κατοικούν σε κράτος μέλος του οποίου δεν είναι υπήκοοι, όταν οι πολίτες αυτοί επιθυμούν να ψηφίσουν ή να είναι υποψήφιοι στις εκλογές του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου ή σε δημοτικές εκλογές στο κράτος μέλος κατοικίας τους, υπό τους

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

όρους που καθορίζονται στην οδηγία 93/109/EK και στην οδηγία 94/80/EK του Συμβουλίου, αντίστοιχα.». Επομένως, όσον αφορά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, αβασίμως προβάλλει ότι τα πιστοποιητικά ποινικού μητρώου έπρεπε να έχουν επισημειωθεί με σφραγίδα APOSTILLE, βασίμως όμως ισχυρίζεται ότι το απόσπασμα μητρώου πτωχεύσεων και τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας, εφόσον οι οικείοι φορείς είναι δημόσιες αρχές, έπρεπε να φέρουν τέτοια επισημείωση. Περαιτέρω, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ως προς τις σχετικές ένορκες βεβαιώσεις, καθώς αυτές αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, ως προερχόμενα και εκδοθέντα εξ ιδιωτών και επομένως για αυτά ούτε κατά νόμο ούτε κατά τη διακήρυξη προβλέφθηκε η επισημείωση APOSTILLE, αλλά η επικυρωμένη μετάφραση κατά τα ειδικότερα περί αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων οριζόμενα στο άρ. 18 παρ. 4 της διακήρυξης. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής προκύπτει ως εν μέρει βάσιμος και δη όσον αφορά το απόσπασμα μητρώου πτωχεύσεων, ενώ όσον αφορά τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας, η αναθέτουσα όφειλε να ζητήσει από τον παρεμβαίνοντα (προκειμένου να κρίνει αν απαιτείται APOSTILLE ή επικυρωμένη μετάφραση), να αποσαφηνίσει κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, που είναι εφαρμοστέα και επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης, συμπληρωματικά ως προς το άρ. 103 Ν. 4412/2016 και για την περίπτωση ασαφειών μεταξύ άλλων, εάν προέρχονται από φορείς με ιδιότητα ιδιώτη ή δημόσιας αρχής.

6. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής περί του προσώπου που βεβαιώνει ένορκως τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού κατά το άρ. 29 παρ. 7 της διακήρυξης προκύπτει ότι ο όρος αυτός προέβλεπε ότι «*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 υποπαραγράφους 1 α, 1β, 1γ 1δ, και 1ε του άρθρου 22 της παρούσας, 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.*». Εν προκειμένω, από τον παρεμβαίνοντα υπεβλήθη τέτοια ένορκη βεβαίωση ενώπιον του, εκ μέρους του και αυτός εξ ονόματος του παρεμβαίνοντος και ενώ κατά την από 5-4-2019 υποβληθείσα απόφαση του παρεμβαίνοντος, ο ίδιος εξουσιοδοτήθηκε

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

από τη ΓΣ των Διευθυντών του να υπογράψει έγγραφα που απαιτούνται για τη συμμετοχή του παρεμβαίνοντος στην προκείμενη διαδικασία και μεταξύ άλλων να προβαίνει σε «κατάθεση και παραλαβή των απαραίτητων εγγράφων», σημείο εκ του οποίου προκύπτει η εξουσιοδότηση σε αυτόν να καταθέτει κάθε έγγραφο σχετικό με τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Πλην όμως, ουδόλως αναφέρθηκε στην εξουσιοδότηση αυτή και αρμοδιότητα και νομιμοποίηση του να δηλώνει και να βεβαιώνει ενόρκως για λογαριασμό της επιχείρησης ή σε κάθε περίπτωση να υπογράψει κάθε εν γένει έγγραφο για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, αλλά απλώς να τα καταθέτει, ενέργεια που διαφοροποιείται από τη σύνταξη, έκδοση και υπογραφή αυτών. Άρα, το ως άνω πρόσωπο δεν νομιμοποιείται προς τέτοια βεβαίωση και άρα, η υποβολή της ένορκης βεβαίωσης του, βάσει της εξουσιοδότησης που είχε λάβει δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρ. 29 παρ. 7 της διακήρυξης. Επιπλέον, σε κάθε περίπτωση, υπεβλήθησαν σε επικυρωμένη μετάφραση στην ελληνική, μετά του συνταχθέντος στην αγγλική πρωτοτύπου και οι αντίστοιχες «ένορκες δηλώσεις» («sworn declarations») των και, που δια της από 10-7-2019 απόφασης της εταιρίας εξουσιοδοτήθηκαν να υπογράφουν από κοινού όλα τα απαραίτητα έγγραφα και δηλώσεις και να υπογράφουν οποιοδήποτε έγγραφο απαιτείται για τη συμμετοχή της εταιρείας στη διαδικασία του διαγωνισμού. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων δεν προκύπτει ότι το ως άνω έγγραφο συντάχθηκε και συνιστά βεβαίωση ενώπιον του κατά το εθνικό δίκαιο της χώρας εγκατάστασης του οικονομικού φορέα αρμοδίου οργάνου ούτε ενώπιον οιοδήποτε εν γένει οργάνου ούτε φέρει ημερομηνία βεβαίωσης, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να ληφθεί υπόψη ούτε ως «ένορκη βεβαίωση» ούτε ως «υπεύθυνη δήλωση». Συνεπώς, δεν υπεβλήθη από τον παρεμβαίνοντα παραδεκτή ένορκη βεβαίωση ή αν αυτή δεν προβλέπεται στο κράτος εγκατάστασης του, υπεύθυνη δήλωση κατά τους ορισμούς του άρ. 29 παρ. 7 της διακήρυξης και άρα, ο τρίτος λόγος της προσφυγής προκύπτει ως βάσιμος.

7. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, περί μη υποβολής του συνόλου των απαιτούμενων ποινικών μητρώων, προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του, επίσημη έντυπη εκτύπωση από το εμπορικό μητρώο, εκ της οποίας προκύπτει στο σημ. 4.β το σύνολο των διευθυνόντων συμβούλων (.....,,), για τους οποίους υπεβλήθησαν τα ποινικά τους μητρώα και στο σημ. 5 ΠΛΗΡΕΞΟΥΣΙΟΤΗΤΑ, η ύπαρξη τριών προσώπων ονόματι, και με ιδιότητα πληρεξουσίου δρώντος από κοινού μαζί με έναν γενικό διευθυντή ή άλλον

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο. Κατά το άρ. 29 παρ. 6^α της διακήρυξης ορίζεται ότι «Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: α. Για τις υποπαραγράφους 1α και 1β απόσπασμα του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμο έγγραφο που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και στα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή στα πρόσωπα που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στις υποπαραγράφους 1α και 1β.β.», ενώ κατ' άρ. 22 παρ. 1β προβλέπεται ότι «Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται, επίσης, όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά: (1) Στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές. (2) Στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου. (3) Στις περιπτώσεις των συνεταιρισμών τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου. (4) Σε όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις νομικών προσώπων, στους νόμιμους εκπροσώπους τους.». Κατά την ως άνω διάταξη της διακήρυξης, ο παρεμβαίνων είχε υποχρέωση υποβολής των οικείων προς απόδειξη απουσίας του σχετικού λόγου αποκλεισμού, ποινικών μητρώων καταρχήν, όχι μόνο για τα μέλη του διαχειριστικού και εκπροσωπευτικού του οργάνου, αλλά και για τα πρόσωπα με εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή εν γένει ελέγχου επί της επιχείρησής του, πρόβλεψη που όμως εν συνεχεία και κατ' άρ. 22 παρ. 1β, στο οποίο παραπέμπει και το άρ. 29 παρ. 6^α, εξειδικεύεται και αποσαφηνίζεται με ειδικό προσδιορισμό των υπόχρεων προσώπων αναλόγως νομικής μορφής του οικονομικού φορέα, εξειδίκευση που δεν δύναται να ερμηνευθεί παρά ως συγκεκριμενοποίηση των οικείων προσώπων περί τα οποία η υποχρέωση και όχι ως απλός ενδεικτικός προσδιορισμός μιας εκ περισσοτέρων ομάδων συνυποχρέων επί του ιδίου προσώπου. Αντίθετη δε άποψη, θα προσέκρουε στην

αρχή της σαφήνειας του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας, κατά την οποία μόνο οι σαφείς και μονοσήμαντοι όροι δύνανται να δημιουργήσουν δεσμευτικές υποχρεώσεις των μετεχόντων, σε αντίθετη δε περίπτωση, ήτοι ασαφών ή αντιφατικών όρων, η αντίφαση δεν δύναται να λειτουργήσει εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, ήτοι αυξητικά επί των υποχρεώσεων του και δη προς κάλυψη κάθε ενδεχόμενης ερμηνείας του ανά περίπτωση όρου, αλλά ως υποχρεώσεις αυτού παραμένουν μόνο όσες αδιαμφισβήτητα προσδιορίζονται, με αποτέλεσμα η επί των υποχρεώσεων αυτών ερμηνεία να λειτουργεί συσταλτικά και μόνο επί όσων προκύπτουν ευθέως και άνευ δυνατότητας εναλλακτικής ερμηνείας εκ του γραμματικού περιεχομένου του όρου. Επομένως, στην περίπτωση του παρεμβαίνοντος, νομικού προσώπου με τη νομική μορφή της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*), κατά το οικείο εμπορικό μητρώο και την εκεί καταχώρηση των στοιχείων του, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η οικεία υποχρέωση υποβολής ποινικών μητρώων υφίστατο μόνο για τα κατά το σημ. 4β της ως άνω εκτύπωσης από το εμπορικό μητρώο του Ειρηνοδικείου, πρόσωπα των διευθυνόντων συμβούλων και μελών του οικείου οργάνου της γενικής συνέλευσης αυτών, αναφερόμενοι στο σημ. 4β του ανωτέρω εγγράφου ως «*Εκτελεστικό Συμβούλιο, διευθύνοντες σύμβουλοι, εταίροι προσωπικής ευθύνης, διευθυντές, άτομα με εξουσιοδότηση να εκπροσωπούν και ειδική πληρεξουσιότητα εκπροσώπησης*», ως οι οριζόμενοι εκ του ως άνω εγγράφου νόμιμοι εκπρόσωποι του και όχι και για κάθε άλλο άτομο, φέρον πληρεξουσιότητα ή καθ' οιονδήποτε τρόπο εξουσιοδότηση, που επιτρέπει σε σύμπραξη με άλλα πρόσωπα, εκτέλεση εκπροσωπευτικών ενεργειών ως προς το νομικό πρόσωπο, μεταξύ των οποίων και τα πρόσωπα που ορίζονται στο αυτοτελές σημ. 5 ΠΛΗΡΕΞΟΥΣΙΟΤΗΤΑ του ως άνω εγγράφου. Άρα, για τα τελευταία αυτά τρία πρόσωπα δεν υφίστατο υποχρέωση υποβολής ποινικών μητρώων και συνεπώς, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

8. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω και κατ' αποδοχή του πρώτου, δεύτερου και τρίτου λόγου της Προσφυγής, αυτή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της άνευ ετέρου αποδοχής του παρεμβαίνοντος και να απορριφθεί καθ' ο μέρος αιτείται τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του. Να γίνει εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, κατά το αντίστοιχο μέρος κατά το οποίο απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος όρισε ως ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα κατά προηγούμενη παράλειψη κλήσης του τελευταίου προς συμπληρωματική υποβολή

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

όλων όσων, κατά τους ανωτέρω τέσσερις λόγους ελλείπουν ή υπεβλήθησαν πλημμελώς. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση της ανωτέρω παράλειψης, καλώντας τον παρεμβαίνοντα να υποβάλει επικυρωμένες στην ελληνική μεταφράσεις εκ του γερμανικού πρωτοτύπου, των οικονομικών καταστάσεων που ο παρεμβαίνων υπέβαλε ως αρχεία 13 και 14 της προσφοράς του, δεύτερον, το απόσπασμα μητρώου πτωχεύσεων με επισημείωση APOSTILLE και επίσης με APOSTILLE τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας, ειδικώς εφόσον προέρχονται από δημόσιες αρχές, κατόπιν διευκρίνισης που περαιτέρω θα πρέπει να παράσχει ο παρεμβαίνων η αναθέτουσα όφειλε να ζητήσει από τον παρεμβαίνοντα (προκειμένου να κρίνει αν απαιτείται APOSTILLE ή επικυρωμένη μετάφραση) και τρίτον, παραδεκτές κατά τη σκ. 6 ένορκες βεβαιώσεις με το περιεχόμενο των κατ' άρ. 29 παρ. 7 της διακήρυξης, των προσώπων και ή εφόσον δεν προβλέπεται τέτοια στο κράτος καταγωγής των προσώπων αυτών ή εγκατάστασης του οικονομικού φορέα, υπεύθυνες δηλώσεις αυτών, διευκρινίζοντας συγχρόνως περί του τι σχετικώς ισχύει και αν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση στο οικείο κράτος.

9. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 1.175,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την απόφαση με αρ. πρωτ. της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ανακήρυξε οριστικό ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα, κατά παράλειψη όσων ορίζονται στη σκ. 8.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα προς άρση της ως άνω παράλειψης της, δια όσων ενεργειών ορίζονται στη σκ. 8.

Αριθμός Απόφασης: 1372/2019

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.175,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2019.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ