

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια, και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος, σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Σταυρούλας Κουρή δυνάμει της υπ' αριθ. 14/2022 Πράξης Προέδρου της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 24/1/2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 144/27-1-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στ.. .., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (ο αναθέτων φορέας) που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (η παρεμβαίνουσα) που εδρεύει στο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. 1.1.2./2857/13.01.2022 απόφασης του αναθέτοντος φορέα, η οποία ελήφθη κατά την υπ' αριθ. 1076/13.01.2022 συνεδρίαση του Συμβουλίου Διεύθυνσης, με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα, καθώς επίσης και κάθε σχετικής και συναφούς συμπροσβαλλόμενης πράξης που ενσωματώνεται στην απόφαση κατακύρωσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 438/2022

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.890,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 24/1/2022 απόδειξη πληρωμής στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ ΕΛΛΑΔΑΣ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, η οποία ανέρχεται σε 378.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΟΥ ΕΡΓΟΥ ΣΤΗ ΓΕΩΓΡΑΦΙΚΗ ΠΕΡΙΟΧΗ ΤΩΝ ΝΟΜΩΝ ... & ... ΔΙΑΡΚΕΙΑΣ ΕΞΙ (6) ΜΗΝΩΝ». Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 378.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι συνολικά 468.720,00 ευρώ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 2/12/2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Το Συμβούλιο Διεύθυνσης του αναθέτοντος φορέα, κατά την υπ' αριθ. 1074/23.12.2021 (θέμα 12^ο) συνεδρίασή του επικύρωσε τα από 15/12/2021 πρακτικά ελέγχου και αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικών προσφορών κάνοντας δεκτές τις προσφορές αμφοτέρων των διαγωνιζόμενων και ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης την παρεμβαίνουσα. Στη συνέχεια, το ανωτέρω αποφαινόμενο όργανο του αναθέτοντος φορέα κατά την υπ' αριθ. 1076/Θέμα 12^ο/13.01.2022 συνεδρίασή του, επικύρωσε το από 5/1/2022 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού περί ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου και κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Ο αναθέτων φορέας ενημέρωσε τους διαγωνιζόμενους για την έκδοση της απόφασης κατακύρωσης με το υπ' αριθ. πρωτ. 4.2/46/14-1-2022 έγγραφό της που κοινοποιήθηκε διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού και ανήρτησε αμφοτέρες τις ανωτέρω αποφάσεις μαζί με τα επικυρωθέντα πρακτικά στις 20/1/2022. Η προσφεύγουσα άσκησε την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά της ανωτέρω απόφασης

Αριθμός απόφασης: 438/2022

κατακύρωσης, καθώς επίσης και κάθε σχετικής και συναφούς συμπροσβαλλόμενης πράξη η οποία ενσωματώνεται στην απόφαση κατακύρωσης.

3. Επειδή, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 18/11/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α ...

4. Επειδή, ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε από την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...», η οποία ιδρύθηκε με το άρθρο 1 του ν.δ. 496/1970 (Α' 73) για την οργάνωση, εκμετάλλευση και ανάπτυξη της ταχυδρομικής υπηρεσίας στη χώρα και παραμένει φορέας παροχής καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 2 του ν. 4053/2012 (Α'44), αποτελεί δε αναθέτοντα φορέα στον τομέα των ταχυδρομικών υπηρεσιών, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 224 παρ. 1 και 233 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147), με τον οποίο μεταφέρθηκε, μεταξύ άλλων, η Οδηγία 2014/25/ΕΕ στην εσωτερική έννομη τάξη, με περαιτέρω θέσπιση και εθνικών ρυθμίσεων σχετικά με τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας. Η υπό ανάθεση σύμβαση έχει ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών που τελούν σε άμεση σχέση με την άσκηση της ανωτέρω δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα. Επομένως, ο εν λόγω διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και την εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ, η οποία υπολείπεται του κατώτατου ορίου του άρθρου 15 περ. α' της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (άρθρο 235 περ. α' του ν. 4412/2016), δεν εμπίπτει μεν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας αυτής, εμπίπτει, όμως, στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016. Δεδομένου δε, ότι η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει τις 60.000,00 ευρώ και η διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.6.2017, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ (ΣτΕ 2278/2015, σκ. 5, ΕΑ ΣΤΕ 6/2019, σκ. 8, ΔΕΦΑΘ 367/2021, σκ. 3, 154/2021, σκ. 3, 55/2021, σκ. 3, 331/2019, σκ.3 κ.α.).

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2

Αριθμός απόφασης: 438/2022

του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 24/1/2022 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη μετά των επικυρωθέντων πρακτικών κοινοποιήθηκε στις 20/1/2022.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία συμμετέχει στον διαγωνισμό και έχει καταταγεί δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας μετά την παρεμβαίνουσα, ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον, συνιστάμενο στην προσδοκία ανάληψης της σύμβασης, κατόπιν αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στον θιγόμενο οικονομικό φορέα μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 27/1/2022.

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας υπέβαλε το υπ' αριθ. πρωτ. 4.2/144/10-2-2022 έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 10/2/2022, ήτοι μετά την πάροδο της δεκαπενθήμερης αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. β' Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, οι απόψεις του αναθέτοντος φορέα δεν λαμβάνονται υπόψη.

9. Επειδή, στις 7/2/2022 η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, παρέμβαση δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δεδομένου ότι με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι κατά της αποδοχής της προσφοράς της.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εντός της πενθήμερης προθεσμίας από την υποβολή των απόψεων συμπληρωματικό υπόμνημα διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 15/2/2022, του οποίου παρέλκει μεν η εξέταση κατά το μέρος του που αφορά τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα, λόγω του εκπροθέσμου των τελευταίων, αλλά, αυτό λαμβάνεται υπόψη καθ' ό μέρος αντικρούει προβαλλόμενους με την παρέμβαση ισχυρισμούς, ενόψει της εφαρμοστέας στην ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία αρχής της αντιμωλίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 51/2021, ΔΕφΠειρ 43/2022). Το από 21/2/2022 συμπληρωματικό υπόμνημα της προσφεύγουσας δεν λαμβάνεται υπόψη, διότι ότι κατατέθηκε μετά την πάροδο της πενθήμερης

Αριθμός απόφασης: 438/2022

αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. γ' εδ. τελευταίο Ν. 4412/2016, ενώ, σε κάθε περίπτωση, παρέλκει η εξέτασή του, διότι κατατέθηκε σε αντίκρουση υπομνήματος της παρεμβαίνουσας που δεν λαμβάνεται υπόψη λόγω εκπροθέσμου, σύμφωνα με την σκέψη που ακολουθεί.

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 16/2/2022, ήτοι μετά την πάροδο της πενθήμερης αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. γ' εδ. τελευταίο Ν. 4412/2016 από την υποβολή των απόψεων. Ως εκ τούτου, το συμπληρωματικό υπόμνημα της παρεμβαίνουσας δεν λαμβάνεται υπόψη.

12. Επειδή, με τις υπ' αριθ. 182/2022 και 423/2022 Πράξεις της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

13. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι *«μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, και ήδη, ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει με την προδικαστική προσφυγή ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, μολονότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν πληρούσαν του όρους της διακήρυξης και του νόμου και δεν αποδείχθηκε

Αριθμός απόφασης: 438/2022

ότι αυτή πληρούσε τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και του νόμου. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης προβάλλοντας ότι η παρεμβαίνουσα πρέπει να αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω i) Παράβασης των άρθρων 2.2.5.β. και 2.2.9.Β.3.β. της διακήρυξης – Μη πλήρωση της απαίτησης πιστοληπτικής ικανότητας, ii) Παράβασης των άρθρων 2.2.5.γ. και 2.2.9.Β.3.γ. της διακήρυξης – Μη πλήρωση της απαίτησης ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης έναντι τρίτων, iii) παράβασης των άρθρων 2.2.6.γ.-δ. και 2.2.9.Β.4.γ.-δ. της διακήρυξης – Μη πλήρωση της απαίτησης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, iv) Παράβασης των άρθρων 2.2.7. και 2.2.9.Β.5. της διακήρυξης – Μη πλήρωση της απαίτησης προτύπων διασφάλισης ποιότητας και προτύπων περιβαλλοντικής, v) Παράβασης των άρθρων 2.2.3.1. και 2.2.9.Β.1.α. της διακήρυξης – Μη πλήρωση της απαίτησης μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού λόγω αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης, vi) Παράβαση των άρθρων 2.2.3.4.β. και 2.2.9.2.Β.1.γ. – Μη πλήρωση της απαίτησης μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού σχετικών με την φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα, και vii) · Παράβαση του άρθρου 2.2.8.2. της διακήρυξης - Μη πλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης από την υπερβολάβο «...».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 305 Ν. 4412/2016, κατά τις διαδικασίες ανάθεσης του Βιβλίου ΙΙ οι αναθέτοντες φορές μπορούν να περιλαμβάνουν στις Διακηρύξεις τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 περί κριτηρίων επιλογής, 76 περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης έργου και 77 περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών. Σύμφωνα δε με το άρθρο 315 Ν. 4412/2016 «1. Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών) πραγματοποιείται σύμφωνα με όσα ορίζονται στα άρθρα 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα».

Αριθμός απόφασης: 438/2022

Περαιτέρω, οι διατάξεις των αναλόγως εφαρμοζόμενων κατά τα άνω άρθρων 103 και 104 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν με τις διατάξεις του Ν. 4782/2021 και ισχύουν στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία που εκκίνησε στις 18/11/2021, ορίζουν τα εξής: «103...1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α` 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1. [...] 104... 1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της

Αριθμός απόφασης: 438/2022

υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης».

16. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 103 Ν. 4412/2016, ο αναθέτων φορέας υποχρεούται, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων κατ' αρχήν από τον προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικών κατακύρωσης, να τον καλέσει να καλύψει, εντός δεκαήμερης προθεσμίας, τυχόν ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών - είτε με την υποβολή αρχικώς μη υποβληθέντος δικαιολογητικού είτε με τη συμπλήρωση αρχικώς μεν υποβληθέντος, αλλά μη πληρούντος τις απαιτήσεις της διακήρυξης δικαιολογητικού - σε περίπτωση κατά την οποία οι ελλείψεις αυτές επάγονται αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου. Η αρχική, δηλαδή, παράλειψη ή πλημμελής υποβολή εκ μέρους του αναδόχου κάποιου από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν συνεπάγεται αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αλλά υποχρεώνει, κατ' αρχήν, τον αναθέτοντα φορέα να προβεί στην οφειλόμενη κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή/και ελλιπούς δικαιολογητικού. Μόνον εφόσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου από τον αναθέτοντα φορέα και η εξέταση της συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα προς αυτήν, μπορεί ο αναθέτων φορέας να προβεί στην απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων που δεν θεραπεύτηκαν κατά την ανωτέρω διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 19, 29/2019, σκ. 11, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 13, ΔΕφΑΘ Ν42/2020). Περαιτέρω, η ΑΕΠΠ, όταν εξετάζει διαφορά επί κατακυρωτικής απόφασης σχετικά με την πληρότητα και το περιεχόμενο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οφείλει, στην περίπτωση που ακυρώσει την προσβαλλόμενη λόγω ελλείψεων ή ελαττωμάτων των κατ' αρχήν αποδεχθέντων από τον αναθέτοντα φορέα δικαιολογητικών κατακύρωσης, να αναπέμψει την υπόθεση στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου αυτός να εκπληρώσει προηγουμένως την ανωτέρω διαδικαστική υποχρέωσή του, ήτοι να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών και να εξετάσει τη συμμόρφωση του οικονομικού φορέα προς την πρόσκληση αυτή (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 21, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 14, ΔΕφΑΘ Ν42/2020, σκ. 10).

Αριθμός απόφασης: 438/2022

17. Επειδή, περαιτέρω, από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, προκύπτει ότι η συνδρομή των κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων ελέγχεται σε τρία χρονικά σημεία, ήτοι στον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, στον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και στον χρόνο εξέτασης της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. Συγκεκριμένα, το άρθρο 104 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, όπως ισχύει κατόπιν της τροποποίησής του με το άρθρο 44 Ν. 4782/2021, ορίζει ότι *«Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ»*. Σύμφωνα δε με την αιτιολογική έκθεση του άρθρου 44 Ν. 4782/2021, *«οι προϋποθέσεις και οι απαιτήσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, μόνο με την υποβολή του ΕΕΕΣ, ήτοι χωρίς να απαιτείται πλέον η υποβολή άλλων αποδεικτικών μέσων για το χρονικό εκείνο σημείο [...] Με τις προτεινόμενες διατάξεις μειώνεται το διοικητικό βάρος για τους οικονομικούς φορείς κατά τη φάση υποβολής των προσφορών και αποφεύγεται η επιβολή κυρώσεων σε συνεπείς οικονομικούς φορείς που εγκαίρως ενημερώνουν την αναθέτουσα αρχή για μεταβολές που έχουν επέλθει στο πρόσωπό τους»*. Επομένως, κατά τη ρητή βούληση του ίδιου του νομοθέτη, όπως αυτή εκφράζεται γνησίως στην αιτιολογική έκθεση, ο νόμος αρκείται πλέον ρητώς για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και της συνδρομής κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς στην υπεύθυνη δήλωσή τους που αποτυπώνεται στο ΕΕΕΣ, χωρίς να απαιτείται πλέον οι διαγωνιζόμενοι να συγκεντρώνουν τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα και να τα διαθέτουν σε ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 80 παρ. 12 Ν. 4412/2016, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους. Το περιεχόμενο της επελθούσας με τις ανωτέρω διατάξεις τροποποίησης, η οποία συνίσταται στον τρόπο απόδειξης στα διαφορετικά χρονικά σημεία της διαγωνιστικής διαδικασίας των – σε κάθε περίπτωση – απαιτούμενων να πληρούνται προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό, επιρρωνύεται πλήρως από την ερμηνεία της ΕΑΑΔΗΣΥ επί των ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 438/2022

διατάξεων (βλ. την υπ' αριθ. Α45/2020 Γνώμη του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ, υποπερ. (αα) του ν. 4013/2011 της ΕΑΑΔΗΣΥ επί του νομοσχεδίου), σύμφωνα με την οποία «με τις προτεινόμενες τροποποιήσεις στις διατάξεις του άρθρου 104, καταρχάς ορίζεται ρητά ότι το δικαίωμα, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, μόνο με την υποβολή του ΕΕΕΣ, ήτοι χωρίς να απαιτείται πλέον η υποβολή αποδεικτικών μέσων του άρθρου 80 που να καλύπτουν και το χρονικό διάστημα της υποβολής προσφοράς ή της αίτησης συμμετοχής, όπως προβλέπεται στην ισχύουσα μορφή του άρθρου. [...] Η προτεινόμενη ρύθμιση κινείται στην ορθή κατεύθυνση, καθώς απλοποιεί τη διαδικασία απόδειξης των όρων συμμετοχής κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, μειώνει τα διοικητικά βάρη και τις γραφειοκρατικές εμπλοκές που οφείλονται κατά κύριο λόγο σε αδυναμίες της δημόσιας διοίκησης, όπως λ.χ. της αδυναμίας έκδοσης από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές στο στάδιο της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, τα οποία να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής». Έτσι, σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 1 Ν. 4412/2016, «κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες 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 [...]», ενώ τα επιμέρους αποδεικτικά μέσα πρέπει να καλύπτουν μόνο τον χρόνο υποβολής του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης, χωρίς να απαιτείται πλέον να ανατρέχουν και στον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Αυτονοήτως, ενόψει και της φύσης του ΕΕΕΣ ως ενημερωμένης υπεύθυνης δήλωσης, τα κατά τις ανωτέρω διατάξεις δηλούμενα σε αυτό πρέπει να είναι αληθή και ακριβή, δηλαδή οι διαγωνιζόμενοι να διαθέτουν πράγματι τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τις οποίες συμπληρώνουν στα οικεία πεδία του εγγράφου, ενώ, κατ' άρθρο 103 παρ. 3 Ν. 4412/2016, εάν, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών του άρθρου 80, υποβαλλόμενων – κατ' άρθρα 103 παρ. 1 και 104 παρ. 1 περ. β' Ν. 4412/2016 – σε ισχύ κατά τον

Αριθμός απόφασης: 438/2022

χρόνο υποβολής του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ, σύμφωνα με το άρθρο 79 Ν. 4412/2016, είναι εκ προθέσεως απατηλά ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Αντίθετη ερμηνεία, ότι, δηλαδή, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει, παρ' όλα αυτά, να προσκομίζουν με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 Ν. 4412/2016 σε ισχύ τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (δηλαδή, εντέλει, η επιβολή της υποχρέωσης συγκέντρωσης και προσκόμισης διπλής σειράς των αποδεικτικών μέσων), αντίκειται τόσο στη γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, όπως αυτή ισχύει πλέον μετά την τροποποίησή της με το άρθρο 44 Ν. 4782/2021, όσο και στον ανωτέρω ρητά εκπεφρασμένο σκοπό του νόμου και καταλήγει σε επιβάρυνση των διαγωνιζομένων με διοικητικό φόρτο, από τον οποίο ο νομοθέτης θέλησε ρητώς να τους απαλλάξει.

Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα άποψη του μέλους του Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή με την τροποποίηση του άρθρου 104 βάσει του ν. 4782/2021 ουδόλως επήλθε οιαδήποτε μεταβολή ως προς την υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, τουναντίον επιβεβαιώθηκε η ήδη ισχύουσα υποχρέωση προσκόμισης μόνο του ΕΕΕΣ, ως προαποδεικτικού μέσου, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών. Αυτονοήτως δε πέραν του ΕΕΕΣ ουδέν άλλο αποδεικτικό μέσο μπορεί να γίνει δεκτό προς υποκατάσταση αυτού. Τυχόν δε υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής που υποστηρίζεται ανωτέρω, αφενός μεν αυτή έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016- το οποίο σημειωτέον επίσης τροποποιήθηκε με το νόμο 4782/2021- στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαποδεικτικό και όχι αποδεικτικό μέσο, αφετέρου συνεπάγεται το ανεφάρμοστον της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 – το οποίο ομοίως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021- σύμφωνα με το οποίο κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης

Αριθμός απόφασης: 438/2022

πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ο εν λόγω έλεγχος καθίσταται αδύνατος αν δεν προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (βλ. ΑΠΠ 297/2022)

18. Επειδή, 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, σχετικά με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα, τα εξής: «2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία 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 έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης και δεν τηρεί τους όρους αυτής ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα ο οποίος βρίσκεται σε μία εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση αυτή, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας [...] 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: α) μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών τριών (3) τελευταίων ετών (2018,2019,2020) ύψους κατ' ελάχιστο στο 100% του Προϋπολογισμού της σύμβασης (προ ΦΠΑ), β) πιστοληπτική ικανότητα ίση με το 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης (προ ΦΠΑ), γ) ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων με ανώτατο όριο ευθύνης για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης μέχρι 300.000 ευρώ. 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) Να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση

Αριθμός απόφασης: 438/2022

παροχής υπηρεσιών, ανάλογης της προκηρυσσόμενης, κατά το αντικείμενο, την τελευταία Ζετία. β) Να διαθέτουν κατά την τελευταία τριετία μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό 30 ατόμων. γ) Να διαθέτουν κατ' ελάχιστον 50 άτομα στον κύριο του έργου και να διατηρούν πάντοτε αυτόν τον ελάχιστο αριθμό για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Ο Ανάδοχος είναι υπεύθυνος για την υλοποίηση του έργου με συγκεκριμένες προδιαγραφές ποιότητας και χαρακτηριστικά της υπηρεσίας και ενδέχεται να εκτελείται με μηχανοκίνητα δίκυκλα ή αυτοκίνητα. δ) Να διαθέτουν προσωπικό των ειδικοτήτων που ζητούνται από το συγκεκριμένο έργο σε ποσοστό 100%. ε) Να διαθέτουν:

- έναν Υπεύθυνο Έργου με 10-ετή τουλάχιστον επαγγελματική εμπειρία σε Διαχείριση Έργων, ο οποίος να διαθέτει Πανεπιστημιακό Τίτλο Σπουδών, και Μεταπτυχιακό Τίτλο σπουδών,
- έναν Αναπληρωτή Υπεύθυνο Έργου με 5-ετή τουλάχιστον επαγγελματική εμπειρία σε Διαχείριση Έργων.

Τα παραπάνω στελέχη θα πρέπει να έχουν σχέση εξαρτημένης μισθωτής εργασίας ή/και εξωτερικής συνεργασίας με τον υποψήφιο ανάδοχο.

2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης

Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να διαθέτουν σε ισχύ κατά την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς τις παρακάτω πιστοποιήσεις:

- Πιστοποιητικό ποιότητας ISO 9001:2015 στον τομέα Διαχείρισης Ανθρωπίνων Πόρων, το οποίο να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης.
- Πιστοποιητικό ποιότητας περί Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία ISO 45001:2018 στον τομέα Διαχείρισης Ανθρωπίνων Πόρων, το οποίο να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης.
- Πιστοποιητικό ποιότητας Επιχειρησιακής Συνέχειας (Business Continuity Management Systems) ISO 22301:2012 στον τομέα Διαχείρισης Ανθρωπίνων Πόρων, το οποίο να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης.
- Σύστημα διαχείρισης περιβαλλοντικής ασφάλειας ISO14001:2004, το οποίο έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης.

Οι ανωτέρω πιστοποιήσεις κρίνονται απαραίτητες λόγω της σημασίας των παρεχόμενων υπηρεσιών κατά την εκτέλεση του έργου. [...]

2.2.8.2. Υπεργολαβία.

Ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει

Αριθμός απόφασης: 438/2022

τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, ο αναθέτων φορέας ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της ως άνω παραγράφου 2.2.3. [...] 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής. 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 δια του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση(2.2.5 – 2.2.7). Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, οι υπεργολάβοι υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες δηλώσουν ότι πληρούν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, οι οποίες επέλθουν ή για τις οποίες λάβουν γνώση μετά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και μέχρι την ημέρα της έγγραφης πρόσκλησης για την σύναψη του συμφωνητικού οι προσφέροντες οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί τον αναθέτοντα φορέα. 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) 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

Αριθμός απόφασης: 438/2022

συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. Το ΕΕΕΣ φέρει υπογραφή με ημερομηνία εντός του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο μπορούν να υποβάλλονται προσφορές. Αν στο διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ της ημερομηνίας υπογραφής του ΕΕΕΣ και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έχουν επέλθει μεταβολές στα δηλωθέντα στοιχεία, εκ μέρους του, στο ΕΕΕΣ, ο οικονομικός φορέας αποσύρει την προσφορά του, χωρίς να απαιτείται απόφαση του αναθέτοντος φορέα. Στη συνέχεια μπορεί να την υποβάλει εκ νέου με επίκαιρο ΕΕΕΣ. Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ. Κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, καθώς και της συνοδευτικής υπεύθυνης δήλωσης, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 2.2.3 της παρούσας, για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.[...] Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) υποβάλλεται επίσης από όλους τους φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.7 καθώς και από όλους τους υπεργολάβους στους οποίους πρόκειται να ανατεθεί αθροιστικά τμήμα(τα) της σύμβασης, το (α) οποίο(α) υπερβαίνουν σωρευτικά το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης.

2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα. Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί από

Αριθμός απόφασης: 438/2022

προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. [...] α) για την παράγραφο 2.2.3.1 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, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. 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 στην ως άνω παράγραφο 2.2.3.1.B.3. [...] γ) για την παράγραφο 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Ιδίως οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα προσκομίζουν: i) Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, από το οποίο προκύπτει ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή δικαστική εκκαθάριση ή ότι δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης. Για τις ΙΚΕ προσκομίζεται επιπλέον και πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. περί μη έκδοσης απόφασης λύσης ή κατάθεσης αίτησης λύσης του νομικού προσώπου, ενώ για τις ΕΠΕ προσκομίζεται επιπλέον πιστοποιητικό μεταβολών. ii) Πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. από το οποίο προκύπτει ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει λυθεί και τεθεί υπό εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων. iii) Εκτύπωση της καρτέλας "Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης" από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων, όπως αυτά εμφανίζονται στο *taxisnet*, από την οποία να προκύπτει η μη αναστολή της επιχειρηματικής δραστηριότητάς τους. Προκειμένου για τα σωματεία και τους συνεταιρισμούς, το Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας εκδίδεται για τα σωματεία από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, και για τους συνεταιρισμούς για το χρονικό διάστημα έως τις 31.12.2019 από το Ειρηνοδικείο και μετά την παραπάνω ημερομηνία από το Γ.Ε.Μ.Η.Β.3. β) Για την απόδειξη της πιστοληπτικής ικανότητας οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: 438/2022

φορείς προσκομίζουν σχετικές βεβαιώσεις από αναγνωρισμένα εντός της Ε.Ε. Χρηματοπιστωτικά Ιδρύματα. γ) Ασφαλιστήριο συμβόλαιο με το απαιτούμενο από τη διακήρυξη φυσικό αντικείμενο, ποσό κάλυψης κινδύνου και διάρκεια. [...] Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: [...] β) Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α'75), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία αναγράφονται τα στοιχεία της παρούσης διαδικασίας για την οποία υποβάλλει την προσφορά, και θα αναφέρει το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό της τελευταίας τριετίας. γ) Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α'75), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία αναγράφονται τα στοιχεία της παρούσης διακήρυξης για την οποία υποβάλλει την προσφορά, και θα αναφέρει ρητά ότι θα διαθέσει τον ελάχιστο αριθμό ατόμων που ζητείται από την οικεία Διακήρυξη (50) στον κύριο του έργου και πως θα διατηρεί πάντοτε αυτόν τον ελάχιστο αριθμό για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Επίσης θα αναφέρει ρητά ότι τα ανωτέρω άτομα θα διαθέτουν κατ' ελάχιστο δίπλωμα οδήγησης Α ή Β κατηγορίας κατά περίπτωση και να είναι απόφοιτοι δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης. δ) Κατάλογο προσωπικού ο οποίος θα πληροί σε ποσοστό 100% τις ζητούμενες ειδικότητες της ομάδας έργου, το οποίο θα είναι άμεσα διαθέσιμο προς εργασία κατά την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης. ε) Δήλωση στην οποία θα δηλώνεται ο υπεύθυνος του έργου και ο αναπληρωτής του συνοδευόμενη από τα βιογραφικά σημειώματα αυτών από τα οποία θα προκύπτει η κάλυψη των απαιτήσεων της παραγράφου 2.2.6 (ε). Β.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα αναγραφόμενα στην εν λόγω παράγραφο πιστοποιητικά εκδιδόμενα από ανεξάρτητους οργανισμούς πιστοποίησης που να βεβαιώνουν, ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με τα ανωτέρω πρότυπα – συστήματα διασφάλισης ποιότητας. Επισημαίνεται, πως ο αναθέτων φορέας θα αποδέχεται επίσης και άλλα αποδεικτικά μέσα σχετικής συμμόρφωσης, όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα, να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος. [...] Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στον αναθέτοντα φορέα, σε έντυπη μορφή

Αριθμός απόφασης: 438/2022

και σε κλειστό-ούς φάκελο-ους, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι: [...]γ) ιδιωτικά έγγραφα τα οποία δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ή δεν φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α της παρ. 2 του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 ή δεν συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση για την ακρίβειά τους [...] Σε περίπτωση μη υποβολής ενός ή περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, ο αναθέτων φορέας δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή τους, σύμφωνα με το άρθρο 310 του ν. 4412/2016. [...] 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών. Ο αναθέτων φορέας με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: [...] β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπείς, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα με το άρθρο 310 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης, [...] ιβ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης, εφόσον αυτές δεν θεραπευτούν από τον προσφέροντα με την υποβολή ή τη συμπλήρωσή τους, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα με τα άρθρα 102 και 103 του ν.4412/2016, ιγ) εάν από τα δικαιολογητικά του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4. επ., περί κριτηρίων επιλογής [...] 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου- Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, ο αναθέτων φορέας αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: 438/2022

διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. Ειδικότερα, το σύνολο των στοιχείων και δικαιολογητικών της ως άνω παραγράφου αποστέλλονται από αυτόν σε μορφή ηλεκτρονικών αρχείων με μορφότυπο PDF, σύμφωνα με τα ειδικώς οριζόμενα στην παράγραφο 2.4.2.5 της παρούσας. [...]».

19. Επειδή, με τον **πρώτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ισχυριζόμενη ότι η τελευταία δεν απέδειξε προσηκόντως την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.5.β' της Διακήρυξης, ήτοι την απαίτηση πιστοληπτικής ικανότητας, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, καθώς επίσης και ότι, σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα δεν πληροί την εν λόγω απαίτηση. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται τα εξής: «4.1. Η βεβαίωση της «...» (επιπλέον της μη πλήρωσης της σχετικής απαίτησης της διακήρυξης λόγω ποσού όπως εκτίθεται στη συνέχεια) φέρει ημερομηνία από 29.12.2021, δηλαδή εκδόθηκε μετά τον κρίσιμο χρόνο της υποβολής της προσφοράς από την «...» και με βεβαιότητα απευθύνθηκε η «...» στην εν λόγω τράπεζα μετά την ανάδειξη αυτής ως μειοδότη, διότι ρητώς η τράπεζα αναφέρεται σε προσκόμιση της επιστολής κατά την υποβολή των δικαιολογητικών 'μειοδότη' από την '...'. Συνεπώς, αποδεικνύεται ότι η '...' κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς δεν πληρούσε το σχετικό κριτήριο επιλογής, διότι η ως άνω επιστολή (ακόμα και εάν ήθελε κριθεί ότι πληροί την απαίτηση της διακήρυξης βάσει ποσού, το οποίο αμφισβητούμε) είναι σαφώς μεταγενέστερη του χρόνου συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς της '...'. Δεδομένου του συστατικού χαρακτήρα της εν λόγω επιστολής αναφορικά με την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου επιλογής από την '...', αποδεικνύεται ότι κατά το χρόνο της υποβολής της προσφοράς της η '...' δεν πληρούσε το σχετικό κριτήριο επιλογής. 4.2. Η από 29.12.2021 βεβαίωση της «...» αφορά τις υπ' αριθμούς,,,,,,,,,,,,,, διακηρύξεις, της '...',

Αριθμός απόφασης: 438/2022

οι οποίες είναι απολύτως ίδιες αναφορικά με το συγκεκριμένο όρο απαίτησης πιστοληπτικής ικανότητας, ήτοι έχουν, κάθε μία από αυτές, ίσης αξίας προϋπολογισμό, δηλαδή 378.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, και απαιτούν, κάθε μια από αυτές, πιστοληπτική ικανότητα σε ποσοστό 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ), δηλαδή 189.000,00 ευρώ (βλ. και προσκομιζόμενες σχετικές διακηρύξεις). Συγκεκριμένα, οι σχετικοί απολύτως ίδιοι όροι των ως άνω διακηρύξεων έχουν ως ακολούθως: άρθρο 2.2.5.β. της διακήρυξης 'Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: β) πιστοληπτική ικανότητα ίση με το 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης (προ ΦΠΑ)', άρθρο 2.2.9.Β.3.β. της διακήρυξης 'Για την απόδειξη της πιστοληπτικής ικανότητας οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν σχετικές βεβαιώσεις από αναγνωρισμένα εντός της Ε.Ε. χρηματοπιστωτικά ιδρύματα'. Ο συνολικός προϋπολογισμός των ανωτέρω διακηρύξεων ανέρχεται στο ποσό των 6.804.000,00 ευρώ και, επομένως, η συνολική απαιτούμενη πιστοληπτική ικανότητα ορίζεται στο ποσό των 2.646.000,00 ευρώ. Εν προκειμένω η από 29.12.2021 επιστολή της '...' αναφέρεται σε όρια 'Για χρηματοδοτήσεις μέχρι ποσού ευρώ δύο εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00) - Για πάσης φύσεως εγγυητικές επιστολές: επιστολές μέχρι ποσού ευρώ δύο εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00)'. Δεδομένου ότι δεν υπολογίζεται για την πλήρωση των απαιτήσεων πιστοληπτικής ικανότητας το ποσό που αφορά την έκδοση εγγυητικών επιστολών (βλ. ενδεικτικά ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13, ΑΕΠΠ 1255/2021), η πιστοληπτική ικανότητα, την οποία επικαλείται η '...', ανέρχεται μόλις στο ποσό των 2.000.000,00 ευρώ, το οποίο υπολείπεται του συνολικού απαιτούμενου ποσού των 2.646.000,00 ευρώ για το σύνολο των διαγωνισμών για τους οποίους προσκομίζεται η σχετική βεβαίωση. Το ποσό των 2.000.000,00 για χρηματοδοτήσεις, δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι καλύπτει κάθε μία περίπτωση διαγωνιστικής διαδικασίας ξεχωριστά, διότι ήδη έχει κριθεί ότι η βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας πρέπει να αναφέρει το συγκεκριμένο διαγωνισμό για τον οποίο εκδίδεται, προκειμένου να αποφευχθεί η προσκόμισή της σε άλλους διαγωνισμούς (ΕΑ ΣτΕ 2095/2021). Δεδομένου ότι η εν λόγω επιστολή προσκομίζεται ως αποδεικτικό πλήρωσης των απαιτήσεων πιστοληπτικής ικανότητας συνολικά διακηρύξεων, μεταξύ των οποίων και της εξεταζόμενης περίπτωσης, δεν είναι δυνατός ένας επιμερισμός

Αριθμός απόφασης: 438/2022

του αναφερόμενου ποσού προς πλήρωση της σχετικής απαίτησης αναφορικά με ορισμένους μόνο διαγωνισμούς. Περαιτέρω, δεν είναι δυνατή ούτε η αντικατάσταση της εν λόγω επιστολής, διότι θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη αντικατάσταση υποβληθέντος δικαιολογητικού κατακύρωσης. Συνεπώς, αποδεικνύεται ότι η '...' δεν πληρούσε κατά το χρόνο συμμετοχής και κατά το χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης την απαίτηση πιστοληπτικής ικανότητας. Επιπλέον, το σχετικό ιδιωτικό αντίγραφο έχει υποβληθεί ηλεκτρονικώς χωρίς επικύρωση κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων, ενώ δεν φέρει ηλεκτρονική υπογραφή. Δεδομένου ότι υφίσταται ένα μόνο πρωτότυπο αρχείο, αυτό δεν μπορεί να προσκομιστεί σε 18 διαγωνιστικές διαδικασίες, ώστε να καλυφθεί η έλλειψη της μη επικύρωσης. Κατά τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι δεν υφίσταται περίπτωση μη προσκόμισης δικαιολογητικού ή έλλειψης σε υποβληθέν δικαιολογητικό κατακύρωσης αλλά αντιθέτως αποδεικνύεται ότι η '...' δεν πληρούσε την απαίτηση πιστοληπτικής ικανότητας κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης». Η **παρεμβαίνουσα** αντιτάσσει ως προς τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής τα εξής: «Α) Καμία υποχρέωση δεν είχε η εταιρεία μας στην έκδοση βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Β) Κάθε διακήρυξη είναι αυτοτελής και δεν υφίσταται η ύπαρξη δέσμευσης ορίου πιστοδότησης για την εκτέλεση έκαστου έργου που αναφέρεται στη υποβληθείσα βεβαίωση. Ακόμα και όμως στη περίπτωση που δεχόμασταν τον παράλογο ισχυρισμό του αθροίσματος των ζητούμενων ορίων πιστοληπτικής ικανότητας, ήτοι το 50% του προϋπολογισμού για κάθε διαγωνισμό, η εταιρεία μας πληροί σε ποσοστό 100% την υποτιθέμενη απαίτηση αφού το όριο πιστοδοτήσεων ανέρχεται στο ποσό των 4.000.000,00 ευρώ. Γ) Εφόσον δεν απαιτείται από τη διακήρυξη, ουδείς διαχωρισμός δύναται να γίνει στη πιστοληπτική ικανότητα της εταιρείας μας ήτοι στο εγκεκριμένο όριο πιστοδοτήσεων της που ανέρχεται στο ποσό των 4.000.000,00 ευρώ. Δ) Καμία υποχρέωση δεν είχε η εταιρεία μας για την υποβολή επικυρωμένης βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας».

20. Επειδή, ως προς το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, με το οποίο προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι η παρεμβαίνουσα δεν απέδειξε τη συνδρομή στο

Αριθμός απόφασης: 438/2022

πρόσωπό της του προσόντος χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5.β' της Διακήρυξης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, λεκτέα τα εξής:

Ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 17), από το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, σε συμμόρφωση με το οποίο έχει συμπεριληφθεί στη Διακήρυξη η σχετική διάταξη του άρθρου 2.2.9.2, δεν απαιτείται πλέον να υποβληθεί με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης αποδεικτικό μέσο με χρόνο ισχύος που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η συνδρομή της αντίστοιχης προϋπόθεσης συμμετοχής έχει δηλωθεί αληθώς στο ΕΕΕΣ. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, το υπόδειγμα του ΕΕΕΣ που προσαρτάται στη Διακήρυξη (Παράρτημα II) περιείχε στο περί χρηματοοικονομικής επάρκειας ερώτημα πεδία για τη δήλωση αφενός του κριτηρίου του άρθρου 2.2.5.α' της Διακήρυξης σχετικά με τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών και αφετέρου του κριτηρίου του άρθρου 2.2.5.γ' της Διακήρυξης σχετικά με την ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικού κινδύνου. Αντίθετα, δεν περιείχε πεδίο για τη δήλωση της επίμαχης προϋπόθεσης του άρθρου 2.2.5.γ' της Διακήρυξης σχετικά με την πιστοληπτική ικανότητα. Ενόψει αυτού, η παρεμβαίνουσα συνυπέβαλε παραδεκτώς – πράγμα που δεν αμφισβητείται, άλλωστε, από την προσφεύγουσα - με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής την από 30/11/2021 υπεύθυνη δήλωση με το εξής περιεχόμενο: *«Σε περίπτωση που η '...' ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος για το ως άνω έργο η εταιρεία θα προσκομίσει τραπεζική βεβαίωση που θα αποδεικνύει ότι η πιστοληπτική της ικανότητα είναι πάνω από το 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης»* (πρβλ. ΣΤΕ 2095/2021, σκ. 11). Ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω, η εν λόγω δήλωση της παρεμβαίνουσας αρκούσε, για την απόδειξη της συνδρομής του ανωτέρω προσόντος κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (2/12/2021), χωρίς να απαιτείται η παρεμβαίνουσα να προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης το αποδεικτικό μέσο της βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας ισχύον κατά το χρονικό εκείνο σημείο, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Και τούτο, διότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας έχει συστατικό χαρακτήρα και θα έπρεπε υπάρχει

Αριθμός απόφασης: 438/2022

ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ώστε να θεωρηθεί ότι το εν λόγω προσόν συνέτρεχε στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας και κατά την χρονική εκείνη στιγμή, είναι αβάσιμος. Ειδικότερα, περιεχόμενο και σκοπός του επίμαχου αποδεικτικού μέσου είναι η βεβαίωση προς τον αναθέτοντα φορέα ότι ο διαγωνιζόμενος διαθέτει δυνατότητα να χρηματοδοτηθεί στο απαιτούμενο από τον οικείο όρο της Διακήρυξης ύψος, η οποία (δυνατότητα) εδράζεται στα στοιχεία που έχει στη διάθεσή του το εκδόν τραπεζικό ίδρυμα (συνεργασία με τον οικονομικό φορέα, συναλλακτική συμπεριφορά, φερεγγυότητα, οικονομική και περιουσιακή κατάσταση, οργάνωση επιχείρησης κ.λπ., βλ. ΑΕΠΠ 561/2018). Επομένως, η πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα δεν αποκτάται με την έκδοση της τραπεζικής βεβαίωσης, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι η οικεία βεβαίωση έχει συστατικό χαρακτήρα, αλλά υφίσταται ή όχι βάσει των οικονομικών στοιχείων της διαγωνιζόμενης επιχείρησης. Εφόσον δε η πιστοληπτική ικανότητα υφίσταται κατά τα άνω, αυτή διαπιστώνεται και βεβαιώνεται απλώς με το αντίστοιχο τραπεζικό έγγραφο αποδεικτικού χαρακτήρα. Έτσι, δεν απαιτείται να έχει εκδοθεί προηγουμένως η τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, προκειμένου να μπορεί ο οικονομικός φορέας να δηλώσει υπεύθυνα στο ΕΕΕΣ ή σε συμπληρωματική υπεύθυνη δήλωση, όπως εν προκειμένω, τη συνδρομή του εν λόγω προσόντος, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι το διαθέτει κατά τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, προκειμένου να το αποδείξει κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκομίζοντας το απαιτούμενο αποδεικτικό μέσο εκδοθέν παραδεκτώς κατά χρόνο, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 12 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, στην προκειμένη περίπτωση, στις 31/12/2021 η παρεμβαίνουσα υπέβαλε φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, στον οποίο περιεχόταν, προς απόδειξη της πλήρωσης του προσόντος χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5.β' της Διακήρυξης, η από 29/12/2021 βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της ... ισχύουσα κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Με τα δεδομένα αυτά, εφόσον η παρεμβαίνουσα υπέβαλε, ως όφειλε σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του νόμου και τις διακήρυξης, για την απόδειξη της συνδρομής του επίμαχου προσόντος: α) κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς υπεύθυνη δήλωση

Αριθμός απόφασης: 438/2022

συμπληρωματικά προς το ΕΕΕΣ που δεν περιείχε σχετικό πεδίο και β) κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης το προβλεπόμενο αποδεικτικό μέσο της τραπεζικής βεβαίωσης, δεν απαιτείτο να υποβάλει οτιδήποτε άλλο, και συγκεκριμένα τραπεζική βεβαίωση καλύπτουσα κατά χρόνο την ημερομηνία υποβολής προσφοράς. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος κατά το πρώτο σκέλος αυτού.

21. Επειδή, επί των ισχυρισμών που προβάλλονται με το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής ότι η παρεμβαίνουσα, σε κάθε περίπτωση, δεν πληροί το ανωτέρω προσόν του άρθρου 2.2.5.β' της Διακήρυξης, λεκτέα τα εξής:

Κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων των άρθρων 2.2.5 και 2.2.9.2.Β.3.β' της Διακήρυξης, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα ίση με το 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης (προ ΦΠΑ) αποδεικνυόμενη με την υποβολή σχετικής βεβαίωσης αναγνωρισμένου εντός της Ε.Ε. χρηματοπιστωτικού ιδρύματος. Από τις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης δεν απαιτείται μεν η βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας να έχει συγκεκριμένο περιεχόμενο, ενόψει, όμως, του με αυτή αποδεικνύεται η πλήρωση κριτηρίου επιλογής τεθέντος προκειμένου να ελεγχθεί η ικανότητα των οικονομικών φορέων να ανταποκριθούν στην εκτέλεση της προκειμένης σύμβασης, απαιτείται η οικεία βεβαίωση να έχει εκδοθεί για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, ώστε να αποφευχθεί η προσκόμισή της και σε άλλους διαγωνισμούς (βλ. ΣτΕ 2095/2021, ΔΕΦΑΘ 363/2015, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 162/2010). Περαιτέρω, η πιστοληπτική ικανότητα αποτελεί επιμέρους στοιχείο του υπό 2.2.5 της Διακήρυξης κριτηρίου περί χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, το οποίο ανάγεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 Ν. 4412/2016, εφαρμοστέες εν προκειμένω δυνάμει της πρόβλεψης του άρθρου 305 παρ. 2 Ν. 4412/2016, σε *«απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης»*. Στο συγκεκριμένο πλαίσιο, επομένως, η πιστοληπτική ικανότητα άπτεται της ικανότητας χρηματοδότησης του οικονομικού φορέα, η οποία αποδεικνύεται με κατάλληλη τραπεζική βεβαίωση περί του διαθέσιμου υπέρ

Αριθμός απόφασης: 438/2022

του οικονομικού φορέα ορίου χρηματοδότησης, στην οποία δεν εμπίπτει η έκδοση εγγυητικών επιστολών (βλ. ΔΕΦΑΘ 264/2016, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 77/2008, ΑΕΠΠ 1255/2021). Στην προκείμενη περίπτωση, για την απόδειξη της πιστοληπτικής της ικανότητας, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε την από 29/12/2021 βεβαίωση της ..., στην οποία αναφέρεται ότι αυτή εκδόθηκε στο πλαίσιο συμμετοχής της παρεμβαίνουσας σε δεκατέσσερις (14) συνολικά διαγωνισμούς, μεταξύ των οποίων και ο προκείμενος, και βεβαιώνεται ότι η παρεμβαίνουσα διαθέτει όρια «Για χρηματοδοτήσεις μέχρι ποσού ευρώ δύο εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00) και Για εγγυητικές επιστολές μέχρι ποσού ευρώ δύο εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00)». Κατ' αρχάς, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω, το διαθέσιμο για έκδοση εγγυητικών επιστολών ποσό των 2.000.000,00 ευρώ δεν τεκμηριώνει την πιστοληπτική ικανότητα της παρεμβαίνουσας, κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης. Επομένως, όσον αφορά τη συνδρομή του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, η πιστοληπτική ικανότητα της παρεμβαίνουσας ανέρχεται στο ποσό του βεβαιούμενου ορίου χρηματοδότησης, ήτοι σε ποσό 2.000.000,00 ευρώ. Και ναι μεν, με το προσκομισθέν έγγραφο βεβαιώνεται ότι το όριο χρηματοδότησης της παρεμβαίνουσας ανέρχεται στο ως άνω ποσό των 2.000.000,00 ευρώ, το οποίο υπερβαίνει κατά πολύ το 50% της εκτιμώμενης αξίας της επίμαχης υπό ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ ($378.000,00/2=189.000,00$). Ωστόσο, ενόψει αφενός της υποχρέωσης οι βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας να εκδίδονται για τη συμμετοχή σε συγκεκριμένο διαγωνισμό, προκειμένου να αποδεικνύεται η πλήρωση του σχετικού κριτηρίου επιλογής που σχετίζεται με τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να εκτελέσουν τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην προσκομίζονται αυτές σε άλλους διαγωνισμούς, και αφετέρου του γεγονότος ότι στην ως άνω βεβαίωση αναφέρονται σωρευτικά δεκατέσσερις (14) διαγωνισμοί, καθένας από τους οποίους απαιτεί να αποδεικνύεται πιστοληπτική ικανότητα της παρεμβαίνουσας ποσού τουλάχιστον 178.000,00 (βλ. σχετικά προσφυγής), με τη συγκεκριμένη τραπεζική βεβαίωση δεν παρέχεται η απαιτούμενη από τη Διακήρυξη διαβεβαίωση της εκδούσας τράπεζας ότι η παρεμβαίνουσα διαθέτει επαρκές όριο χρηματοδότησης για την πλήρωση του κριτηρίου χρηματοοικονομικής επάρκειας ενός εκάστου των αναφερόμενων σε αυτή διαγωνισμών αυτοτελώς, αφού το βεβαιούμενο όριο

Αριθμός απόφασης: 438/2022

χρηματοδότησης δεν επαρκεί ποσοτικά για το σύνολο των απαιτήσεων, για την κάλυψη των οποίων χορηγήθηκε η βεβαίωση (14x189.000,00=2.646.000,00). Αντίθετη ερμηνεία - ότι, δηλαδή, μπορούν να σωρεύονται σε ένα έγγραφο περισσότερες βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας για διαφορετικούς διαγωνισμούς, χωρίς, όμως, το βεβαιούμενο συνολικό όριο χρηματοδότησης του οικονομικού φορέα να μπορεί να καλύψει ποσοτικά τα απαιτούμενα από κάθε Διακήρυξη ξεχωριστά - , θα σήμαινε ότι θα μπορούσε να γίνει δεκτή για την απόδειξη του κριτηρίου πιστοληπτικής ικανότητας της Διακήρυξης μία τραπεζική βεβαίωση γενικής χρήσης, υπό την προϋπόθεση ότι το αναφερόμενο σε αυτή ποσό θα υπερέβαινε το απαιτούμενο από τη συγκεκριμένη διακήρυξη ποσό και η οποία (βεβαίωση) θα μπορούσε να προσκομίζεται σε αόριστο αριθμό άλλων διαγωνισμών, χωρίς η τράπεζα να επιβεβαιώνει, ενόψει των απαιτήσεων καθενός από αυτούς, το διαθέσιμο όριο χρηματοδότησης του οικονομικού φορέα. Το ενδεχόμενο, όμως, αυτό, όπως προλέχθη, αποκρούεται από την πάγια νομολογία των Δικαστηρίων, ενόψει του σκοπού έκδοσης της βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας (βλ. ανωτέρω ΣτΕ 2095/2021, ΔΕφΑθ 363/2015, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 162/2010). Απορριπτέος, όμως, ως αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι πρέπει να απορριφθεί η προσκομισθείσα βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, διότι, ως ιδιωτικό έγγραφο έπρεπε να υποβληθεί νομίμως επικυρωμένη, δεδομένου ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε, σύμφωνα με τη δυνατότητα που της παρεχόταν από τον προπαρατεθέντα όρο του άρθρου 2.4.2.5. της Διακήρυξης, την από 27/12/2021 υπεύθυνη δήλωση περί ακρίβειας των προσκομισθέντων ιδιωτικών εγγράφων. . Ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 16), και λαμβανομένων υπόψη και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας περί έκδοσης της απαιτούμενης βεβαίωσης σε ένα έγγραφο για περισσότερους διαγωνισμούς για πρακτικούς λόγους («για συντομία») και περί της εν γένει δυνατότητας συμπλήρωσης/διευκρίνισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η διαπιστούμενη πλημμέλεια της βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας της παρεμβαίνουσας δεν άγει άνευ ετέρου σε αποκλεισμό της, αλλά υποχρεώνει τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 103 παρ. 2 και 315 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3.2. της Διακήρυξης, να καλέσει την παρεμβαίνουσα να συμπληρώσει ή/και να διασαφηνίσει το εν

Αριθμός απόφασης: 438/2022

λόγω στοιχείο, η δε ΑΕΠΠ, και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, δεν μπορεί να υποκαταστήσει τον αναθέτοντα φορέα στην άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας. Και τούτο, ανεξαρτήτως του ότι οι επίμαχοι όροι της Διακήρυξης δεν παρουσιάζουν οποιαδήποτε ασάφεια, όπως αορίστως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, κατά το δεύτερο σκέλος αυτού, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, προκειμένου η υπόθεση να αναπεμφθεί και ο αναθέτων φορέας να ασκήσει την προβλεπόμενη στα άρθρα 103 Ν. 4412/2016 και 3.2. της Διακήρυξης αρμοδιότητά του κατά τα ανωτέρω.

Επειδή, κατά την ειδική γνώμη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή, ο πρώτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός, με την κάτωθι αιτιολογία και ειδικότερα, κατ' αποδοχή του πρώτου σκέλους αυτού: Από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 2.2.5 β', 2.2.9, 2.2.9.1, 2.2.9.2 Β3 β', 2.4.6, 3.2 της διακήρυξης προκύπτει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ άλλων, την ζητούμενη από το άρθρο 2.2.9.2 Β3 β' βεβαίωση από αναγνωρισμένο εντός της Ε.Ε. χρηματοπιστωτικό ίδρυμα προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 β' της διακήρυξης, προϋπόθεση η οποία πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και, περαιτέρω, κατά τον χρόνο υπογραφής της σύμβασης. Συνεπώς, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να προσκομίζεται η ως άνω ζητούμενη βεβαίωση χρηματοπιστωτικού ιδρύματος, η οποία να καλύπτει, όχι μόνο τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης αλλά και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ώστε ν' αποδεικνύεται η σύμφωνη με τη διακήρυξη συνδρομή του υπό κρίση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής στο πρόσωπο του προσφέροντος. Πλην, όμως, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων, ως βάσιμα, άλλωστε, ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ουδόλως προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.5 β και 2.2.9.2 Β3 β' της διακήρυξης, η οποία να καλύπτει και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς.

Αριθμός απόφασης: 438/2022

Δοθέντος δε ότι το ΕΕΕΣ υποβάλλεται προς τον σκοπό προαπόδειξης και όχι απόδειξης, ουδόλως αρκεί η δήλωση στο ΕΕΕΣ περί συνδρομής του σχετικού κριτηρίου ποιοτικής επιλογής. Ούτε εξάλλου με την τροποποίηση του άρθρου 104 βάσει του ν. 4782/2021 επήλθε οιαδήποτε μεταβολή ως προς την υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, τουναντίον επιβεβαιώθηκε η ήδη ισχύουσα υποχρέωση προσκόμισης μόνο του ΕΕΕΣ, ως προαποδεικτικού μέσου, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών. Αυτονοήτως δε πέραν του ΕΕΕΣ ουδέν άλλο αποδεικτικό μέσο μπορεί να γίνει δεκτό προς υποκατάσταση αυτού. Ειδικότερα δε σχετικά με την παραπομπή σε άλλο έγγραφο εκτός του ΤΕΥΔ έχει σχετικά κριθεί ότι: *«το περιεχόμενο της προσφοράς και ο τρόπος απόδειξης των προϋποθέσεων συμμετοχής που πρέπει να πληρούν οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν εναπόκεινται στη διακριτική ευχέρεια των διαγωνιζομένων, αλλά καθορίζονται, κατ' επιταγή των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπουν τη διαγωνιστική διαδικασία, βάσει δεσμευτικών διατάξεων της διακήρυξης. Εν προκειμένω, η διακήρυξη ορίζει ότι η προσφορά που υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς απαρτίζεται από τους (υπο)φακέλους των δικαιολογητικών συμμετοχής και της οικονομικής προσφοράς, εκ των οποίων ο πρώτος περιέχει το ΕΕΕΣ και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Το δε ΕΕΕΣ αποτελεί το ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τους όρους που καθορίζονται στη διακήρυξη. Συνεπώς, εφ' όσον η διακήρυξη δεν προβλέπει ειδικώς την προσκόμιση άλλου δικαιολογητικού κατά την υποβολή της προσφοράς σχετικά με τον ορισμό εκπροσώπου/συντονιστή, ο ορισμός αυτού πρέπει να περιλαμβάνεται στο ΕΕΕΣ, σε απάντηση του ειδικού, άλλωστε προς τούτο, πεδίου του Μέρους II Κεφάλαιο Α σχετικά με τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση, μη ούσης επιτρεπτής της υποκατάστασης του προβλεπόμενου από τη διακήρυξη (προ)αποδεικτικού εγγράφου (ΕΕΕΣ) με την υποβολή άλλων εγγράφων που είτε δεν προβλέπονται στη διακήρυξη είτε η προσκόμισή*

Αριθμός απόφασης: 438/2022

τους προβλέπεται μεν αλλά σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας (πρβλ. Ε.Α. 145/2019). Τυχόν δε υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής που υποστηρίζεται ανωτέρω, αφενός μεν αυτή έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016- το οποίο σημειωτέον επίσης τροποποιήθηκε με το νόμο 4782/2021- στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαποδεικτικό και όχι αποδεικτικό μέσο, αφετέρου συνεπάγεται το ανεφάρμοστον της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 – το οποίο ομοίως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021- σύμφωνα με το οποίο κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ο εν λόγω έλεγχος καθίσταται αδύνατος αν δεν προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (βλ. ΑΠΠ 297/2022) Σε διαφορετική περίπτωση θα καθίστατο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που δηλώνουν λ.χ απατηλά ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος εν τέλει της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Δεδομένου δε ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των ζητούμενων από τη διακήρυξη αποδεικτικών μέσων περί μη συνδρομής των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κατ' ακολουθίαν μη απόδειξης της συνδρομής των σχετικών προϋποθέσεων στο πρόσωπο του υποψηφίου συντρέχει δεσμία αρμοδιότητα και όχι διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει διαγωνιζόμενο, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός, ώστε πριν τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος, ο τελευταίος να κληθεί να υποβάλλει δικαιολογητικό κατακύρωσης που ουδέποτε υπέβαλε (βλ. άρθρα 103 παρ. 2 και 315 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3.2. της διακήρυξης). Σημειώνεται ακόμη ότι αλυσιτελώς προβάλλεται ότι η μη ύπαρξη σχετικού πεδίου στο ΕΕΕΣ συνεπάγεται την μη υποχρέωση υποβολής (κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης) δικαιολογητικού που προβλέπεται από τη διακήρυξη, το οποίο να καλύπτει το χρόνο υποβολής των προσφορών, καθώς, αφενός μεν η

Αριθμός απόφασης: 438/2022

προαπόδειξη/απόδειξη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής δεν εξαρτάται από τον τρόπο διατύπωσης του ΕΕΕΣ αλλά από τους ρητούς και απαραίτατους όρους της διακήρυξης κι, αφετέρου, εν προκειμένω ουδόλως ήταν υποχρεωτική η χρήση συγκεκριμένου μόνο προτύπου, το οποίο ρητώς κατά τη διακήρυξη αναρτήθηκε μόνο προς διευκόλυνση των διαγωνιζομένων, ενώ το ΕΕΕΣ που έπρεπε να συμπληρωθεί κατά το άρθρο 2.2.9.1 της διακήρυξης είναι το τυποποιημένο έντυπο του Κανονισμού 2016/7, κατάλληλα, εννοείται, προσαρμοσμένο στους όρους της υπό κρίση διακήρυξης (βλ. άρθρο 2.2.9.1 : « το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1). Στο δε Παράρτημα ρητώς αναφέρεται ότι: «Το πρότυπο ΕΕΕΣ αναρτάται ξεχωριστά στο διαγωνισμό και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης. Αναρτάται σε αρχείο PDF, ψηφιακά υπογεγραμμένο, και σε αρχείο XML για την διευκόλυνση των οικονομικών φορέων προκειμένου να συντάξουν μέσω της εφαρμογής <https://esp dint.eprocurement.gov.gr/> τη σχετική απάντησή τους. [Αναλυτικές οδηγίες και πληροφορίες για τον τρόπο χρήσης και συμπλήρωσης ηλεκτρονικών ΕΕΕΣ και της χρήση του υποσυστήματος Promitheus ESPDint είναι αναρτημένες σε σχετική θεματική ενότητα στη Διαδικτυακή Πύλη (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ.]».

22. Με τον **δεύτερο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ισχυριζόμενη ότι η τελευταία δεν απέδειξε προσηκόντως την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.5.γ' της Διακήρυξης, ήτοι την απαίτηση ασφάλισης αστικής ευθύνης, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, καθώς επίσης και ότι, σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα δεν πληροί την εν λόγω απαίτηση. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται τα εξής: «5.1. Το ασφαλιστήριο συμβόλαιο (επιπλέον της μη πλήρωσης της σχετικής απαίτησης λόγω ποσού όπως εκτίθεται στη συνέχεια) εκδόθηκε μόλις την 31.12.2021, δηλαδή δεν υφίστατο κατά το χρόνο της συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς της «...» στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπώς, αποδεικνύεται ότι η «...» κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς δεν πληρούσε το σχετικό κριτήριο επιλογής, διότι το σχετικό ασφαλιστήριο συμβόλαιο εκδόθηκε σε μεταγενέστερο χρόνο της συμμετοχής

και υποβολής της προσφοράς της «...». Δεδομένου του συστατικού χαρακτήρα του ασφαλιστηρίου συμβολαίου αναφορικά με την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου επιλογής από την «...», αποδεικνύεται ότι κατά το χρόνο της υποβολής της προσφοράς της η «...» δεν πληρούσε το σχετικό κριτήριο επιλογής. 5.2. Το υπ' αριθμό ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο αφορά τις υπ' αριθμούς (σε σύνολο 32) διακηρύξεις της '...', οι οποίες είναι απολύτως ίδιες αναφορικά με το συγκεκριμένο όρο απαίτησης ασφάλισης έναντι τρίτων, ήτοι απαιτούν, κάθε μία από αυτές, ποσό ασφάλισης 300.000,00 ευρώ (βλ. προσκομιζόμενες σχετικές διακηρύξεις). Συγκεκριμένα, οι σχετικοί απολύτως ίδιοι όροι των ως άνω διακηρύξεων έχουν ως ακολούθως: άρθρο 2.2.5.γ. της διακήρυξης 'Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: γ) ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων με ανώτατο όριο ευθύνης για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης μέχρι 300.000 ευρώ', άρθρο 2.2.9.B.3.γ. της διακήρυξης, απαιτείται για την απόδειξη της πλήρωσης της απαίτησης του άρθρου 2.2.9.B.3.γ. 'Ασφαλιστήριο συμβόλαιο με το απαιτούμενο από τη διακήρυξη φυσικό αντικείμενο, ποσό κάλυψης κινδύνου και διάρκεια'. Επομένως, η συνολική απαίτηση ποσού κάλυψης αστικής ευθύνης, των ως άνω διακηρύξεων, έναντι τρίτων ορίζεται στο ποσό των 9.600.000,00 ευρώ, το οποίο δεν καλύπτεται από το προσκομιζόμενο ασφαλιστήριο αστικής ευθύνης. Το ανώτατο όριο ασφαλιζόμενου κεφαλαίου του προσκομιζόμενου ασφαλιστηρίου αστικής ευθύνης είναι 300.000,00 ευρώ. Δηλαδή, εάν κατά παράβαση του νόμου και της διακήρυξης η '...' αναδειχθεί ανάδοχος και εν συνεχεία κατά την εκτέλεση του αντικειμένου μίας εκ των ανωτέρω διακηρύξεων επέλθει ασφαλιστικό γεγονός, το σχετικό ποσό θα εξαντληθεί, μερικώς ή ολικώς, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται κάλυψη κατά την εκτέλεση του αντικειμένου των λοιπών διακηρύξεων του οριζόμενου στις διακηρύξεις ποσού των 300.000,00 ευρώ για εκάστη περίπτωση. Επιπλέον, το σχετικό ιδιωτικό αντίγραφο έχει υποβληθεί ηλεκτρονικώς χωρίς επικύρωση κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων, ενώ δεν φέρει ηλεκτρονική υπογραφή. Κατά τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι δεν υφίσταται περίπτωση μη προσκόμισης δικαιολογητικού ή έλλειψης σε υποβληθέν δικαιολογητικό κατακύρωσης αλλά αντιθέτως

Αριθμός απόφασης: 438/2022

αποδεικνύεται ότι η ‘...’ δεν πληρούσε την απαίτηση ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Για τους λόγους αυτούς έπρεπε η προσφορά της ‘...’ να απορριφθεί και να αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία». Η **παρεμβαίνουσα** αντιτάσσει ως προς τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής τα εξής: «[...] νομίμως και ορθώς η εταιρεία μας προς απόδειξη πλήρωσης της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης, στο μεν στάδιο συμμετοχής προέβη στη συμπλήρωση του σχετικού πεδίου του ΕΕΕΣ δια της συμπλήρωσης του ποσού 300.000 € στην οικεία απαίτηση της υπό κρίση Διακήρυξης, στο δε στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως προσωρινός ανάδοχος, υπέβαλε το ανωτέρω Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο, για την ορθότητα και πληρότητα του οποίου θα αναφερθούμε εκτενώς κατωτέρω, με ημερομηνία έναρξης την 30/12/2021, καθώς για το προγενέστερο χρονικό διάστημα η πλήρωση της εν λόγω απαίτησης καλύπτεται από το ορθώς συμπληρωθέν και υποβληθέν από την εταιρεία μας ΕΕΕΣ. Β. Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν βρίσκουν έρεισμα στη Διακήρυξη. Εάν ο Αναθέτων Φορέας ήθελε το ασφαλιστήριο συμβόλαιο να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς θα έπρεπε να το προβλέπει ρητά στις διατάξεις της Διακήρυξης, όπερ έπραξε στα Κριτήρια Επιλογής, άρθρο 2.2.7-Πρότυπα Διασφάλισης Ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαείρισης, όπου ρητά αναφέρεται ότι : ‘..Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να διαθέτουν σε ισχύ κατά την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς τις παρακάτω πιστοποιήσεις....’. Γ. Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν βρίσκουν έρεισμα [i]στην αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή τόσο του εθνικού όσο και του ενωσιακού δικαίου και διέπει και την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, και η οποία επιβάλλει να μην υιοθετούνται στο πλαίσιο μιας διαγωνιστικής διαδικασίας μέτρα, τα οποία είναι υπέρμετρα επαχθή και δυσανάλογα του σκοπού που καλούνται να εξυπηρετήσουν, [ii]στο τι προσπαθεί να προασπίσει η εν λόγω απαίτηση καθώς και [iii]στη λογική. Είναι ευκόλως εννοούμενο ότι η εν λόγω απαίτηση είναι εφαρμοστέα κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης προκειμένου να υπάρχει ενεργή ασφαλιστική κάλυψη κατά την έναρξη του έργου. Ειδικά, από τη

Αριθμός απόφασης: 438/2022

διατύπωση του όρου της διακήρυξης 2.2.9.2.B.3.γ), σύμφωνα με τον οποίο το ασφαλιστήριο συμβόλαιο θα πρέπει να περιγράφει ‘...το απαιτούμενο απ’ τη διακήρυξη φυσικό αντικείμενο, ποσό κάλυψης κινδύνου και διάρκεια’, υποδηλώνεται ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο μπορεί να τεθεί σε ισχύ και θα πρέπει να τεθεί σε ισχύ μετά την απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου το γρηγορότερο δεδομένου ότι μόνο τότε θα είναι σε θέση ο προσωρινός Ανάδοχος να γνωρίζει αν μειοδότησε στην διαγωνιστική διαδικασία και συνεπώς να θέσει σε ισχύ ασφαλιστήριο συμβόλαιο με το απαιτούμενο από τη διακήρυξη φυσικό αντικείμενο και διάρκεια, συμμορφούμενος με τον σχετικό όρο. Θα ήταν άστοχο, οικονομικά επαχθές, ατελέσφορο έως παράλογο, ούτε προκύπτει τέτοια απαίτηση από τους όρους του διαγωνισμού, ένας υποψήφιος οικονομικός φορέας που συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία, να έχει εκ των προτέρων σε ισχύ ασφαλιστήριο συμβόλαιο για ένα έργο που δεν έχει ξεκινήσει και στο στάδιο της συμμετοχής δεν ξέρει καν εάν ποτέ θα ξεκινήσει, αφού δεν γνωρίζει αν θα είναι ο μειοδότης! Περαιτέρω, εάν τύχουν εφαρμογής οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, το ασφαλιστήριο δεν θα μπορούσε να έχει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη διάρκεια. Τούτο διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας θα έπρεπε να τεθεί σε ισχύ το αργότερο μία ημέρα πριν την υποβολή της προσφοράς και να συμπεριλάβει την εξάμηνη διάρκεια του έργου. Όμως, κανείς δεν θα μπορούσε να προβλέψει σε εκείνη τη φάση του διαγωνισμού ποια θα πρέπει να είναι η διάρκεια του ασφαλιστηρίου, αφού κανείς δεν γνωρίζει σε πόσο χρόνο η διαγωνιστική διαδικασία θα τελεσφορήσει, φτάνοντας στο στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο, του οποίου προαπαιτούμενο, είναι η υποβολή του εν λόγω δικαιολογητικού [...] Η εταιρεία μας υπέβαλε το ζητούμενο από την οικεία διακήρυξη δικαιολογητικό “Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο” της εταιρείας ... (Αριθμός Συμβολαίου ... και όχι ... όπως λανθασμένα αναφέρει η ... στην προσφυγή της) σε απόλυτη συμμόρφωση με τους όρους αυτής, αποδεικνύοντας το ζητούμενο, ήτοι την ασφαλιστική κάλυψη του συγκεκριμένου έργου με ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων με ανώτατο όριο ευθύνης για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης 300.000,00 ευρώ αποκλειστικά για το συγκεκριμένο έργο. Ανατρέχοντας στη σελίδα 5 από 12 του εν λόγω Ασφαλιστηρίου αναφέρεται ρητώς ότι: “Όρια Αποζημίωσης Αστικής Ευθύνης προς τρίτους - Ισχύουν ξεχωριστά για κάθε

Αριθμός απόφασης: 438/2022

ένα εκ των ασφαλιζόμενων έργων. Σωματικές Βλάβες κατά άτομο : Ευρώ 300.000,00,. Υλικές Ζημιές σε περιουσία τρίτων κατά ατύχημα και ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων : Ευρώ 300.000,00 - Ανώτατο Όριο αποζημίωσης κατά γεγονός (Σωματικές Βλάβες και Υλικές Ζημιές) : Ευρώ 300.000,00. Ανώτατο Όριο ευθύνης της Εταιρίας για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης : Ευρώ 300.000,00'. Από τα ανωτέρω προκύπτει με απόλυτη σαφήνεια ότι πληρούται το ζητούμενο από την Διακήρυξη όριο κάλυψης του ασφαλιστηρίου αστικής ευθύνης έναντι τρίτων ύψους μέχρι 300.000,00€ καθώς, το όριο αυτό καλύπτεται από το Ασφαλιστήριο ως αυτόνομο και διαθέσιμο όριο κάλυψης ανά έργο ξεχωριστά και όχι ενιαίο για το σύνολο των 32 έργων, τα οποία περιγράφονται σε αυτό. Συνεπώς, σύμφωνα με τη συλλογιστική υπολογισμού της προσφεύγουσας, το άθροισμα των ορίων κάλυψης του ασφαλιστηρίου αστικής ευθύνης έναντι τρίτων, των ανωτέρω έργων ΠΡΑΓΜΑΤΙ ανέρχεται στο ποσό των 9.600.000,00 ευρώ και καλύπτεται».

23. Επειδή, ως προς το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, με το οποίο προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι η παρεμβαίνουσα δεν απέδειξε τη συνδρομή στο πρόσωπό της του προσόντος χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5.γ' της Διακήρυξης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, λεκτέα τα εξής:

Ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 17), από το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, σε συμμόρφωση με το οποίο έχει συμπεριληφθεί στη Διακήρυξη η σχετική διάταξη του άρθρου 2.2.9.2, δεν απαιτείται πλέον να υποβληθεί με τον φάκελο τον δικαιολογητικών κατακύρωσης αποδεικτικό μέσο με χρόνο ισχύος που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η συνδρομή της αντίστοιχης προϋπόθεσης συμμετοχής έχει δηλωθεί αληθώς στο ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, ο οικονομικός φορέας δηλώνει υπεύθυνα στο ΕΕΕΣ τη συνδρομή του κατά περίπτωση απαιτούμενου προσόντος συμμετοχής, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι το διαθέτει κατά τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, άλλως συντρέχει αυτοτελής λόγος αποκλεισμού λόγω ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ του άρθρου 2.4.6.β' της Διακήρυξης. Εν προκειμένω, σύμφωνα με τους προπαρατεθέντες υπ' αριθ. 2.2.5.γ' και 2.2.9.2.Β.3.γ' όρους της Διακήρυξης,

Αριθμός απόφασης: 438/2022

για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να διαθέτουν, ως κριτήριο επιλογής χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας, ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων με το απαιτούμενο από τη διακήρυξη φυσικό αντικείμενο και με ανώτατο όριο ευθύνης για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης μέχρι 300.000 ευρώ. Στο δε ΕΕΕΣ (Μέρος IV.B) περιείχεται σχετικό ερώτημα με το εξής περιεχόμενο: «Ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων. Το ασφαλισμένο ποσό στην ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων του οικονομικού φορέα είναι το εξής:...». Εξάλλου, για την ύπαρξη ασφάλισης αστικής ευθύνης, αυτονόητα απαιτείται η σύναψη της οικείας σύμβασης μεταξύ του ασφαλιστή και του ασφαλιζόμενου, άλλως δεν νοείται ασφαλιστική κάλυψη έναντι του ανωτέρω κινδύνου. Ενόψει, επομένως, της απαίτησης της Διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού να διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι ως προσόν χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας ασφαλιστήριο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν, για την παραδεκτή συμμετοχής τους στον διαγωνισμό, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους να είναι ασφαλισμένοι, ήτοι ήδη συμβεβλημένοι με ασφαλιστική εταιρεία, ώστε να είναι ακριβής η σχετική δήλωσή τους στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ. Η παρεμβαίνουσα συμπλήρωσε το ανωτέρω πεδίο του ΕΕΕΣ με το ποσόν «300.000», σύμφωνα με την απαίτηση της Διακήρυξης. Κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οπότε και η παρεμβαίνουσα προσκόμισε το υπ' αριθ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο της ... με ισχύ από 30/12/2021 έως 31/03/2022 και με ημερομηνία έκδοσης την 31/12/2021, προέκυψε ότι η επικαλούμενη σύμβαση ασφάλισης είχε συναφθεί κατά την ανωτέρω ημερομηνία, ενώ, περαιτέρω, δεν προέκυψε από τη συγκεκριμένη σύμβαση ότι η παρεμβαίνουσα ήταν, κατά τον χρόνο συμμετοχής της στον διαγωνισμό, ασφαλισμένη για αστική ευθύνη έναντι τρίτων. Στη συγκεκριμένη, δηλαδή, περίπτωση (σε αντίθεση με ό,τι αναφέρθηκε ανωτέρω για το βεβαιωτικού χαρακτήρα τραπεζικό έγγραφο περί πιστοληπτικής ικανότητας), η ασφαλιστική σύμβαση δεν αποτελεί απλώς αποδεικτικό μέσο περί συνδρομής του οικείου κριτηρίου επιλογής, αλλά αυτή καθαυτή η ύπαρξή της κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς συνιστά την επίμαχη προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό που πρέπει να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ και να αποδειχθεί με σχετικό αποδεικτικό μέσο προσκομιζόμενο κατά τον χρόνο

Αριθμός απόφασης: 438/2022

υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Απορριπτέος είναι δε ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι *«η εν λόγω απαίτηση είναι εφαρμοστέα κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης προκειμένου να υπάρχει ενεργή ασφαλιστική κάλυψη κατά την έναρξη του έργου»*, διότι η ασφαλιστική κάλυψη απαιτείτο από το άρθρο 2.2.5.γ' της Διακήρυξης ως κριτήριο επιλογής, και όχι ως συμβατική υποχρέωση, και ως εκ τούτου, όπως προεκτέθηκε, έπρεπε να ισχύει και κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, πράγμα το οποίο καθίστατο απολύτως σαφές από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2.2.9.2. της Διακήρυξης. Περαιτέρω είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός ότι δεν ήταν δυνατή για τους διαγωνιζόμενους η ασφαλιστική κάλυψή τους πριν την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, διότι, όπως προκύπτει από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης ενόψει και του σκοπού της θέσπισης κριτηρίων επιλογής, αυτοί μπορούσαν ευχερώς να αντιληφθούν ότι για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής ήταν απαραίτητη η ασφαλιστική κάλυψη των οικονομικών φορέων για αστική ευθύνη έναντι τρίτων για τη δραστηριότητα που αποτελεί το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι την παροχή ταχυδρομικού έργου. Τέλος, απορριπτέοι ως απαράδεκτοι είναι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας από τον ανωτέρω όρο της Διακήρυξης, και ειδικότερα ότι *«θα ήταν άστοχο, οικονομικά επαχθές, ατελέσφορο έως παράλογο, ούτε προκύπτει τέτοια απαίτηση από τους όρους του διαγωνισμού, ένας υποψήφιος οικονομικός φορέας που συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία, να έχει εκ των προτέρων σε ισχύ ασφαλιστήριο συμβόλαιο για ένα έργο που δεν έχει ξεκινήσει και στο στάδιο της συμμετοχής δεν ξέρει καν εάν ποτέ θα ξεκινήσει, αφού δεν γνωρίζει αν θα είναι ο μειοδότης»*, διότι με τους ανωτέρω ισχυρισμούς αμφισβητείται ανεπιδικάτως από την παρεμβαίνουσα, επ' ευκαιρία της άσκησης της κρινόμενης προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς της, η νομιμότητα του επίμαχου υπ' αριθ. 2.2.5.γ' όρου της Διακήρυξης (βλ. ΟΛΣΤΕ 1819/2020, ΕΑ ΣΤΕ 349/2017, 228/2013 κ.α.). Ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 16), και λαμβανομένων υπόψη και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας περί της εν γένει δυνατότητας συμπλήρωσης/διευκρίνισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το γεγονός ότι από τα ήδη προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν προέκυψε η

Αριθμός απόφασης: 438/2022

αμφισβητούμενη συγκεκριμένα από την προσφεύγουσα ασφάλιση της παρεμβαίνουσας κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της δεν άγει άνευ ετέρου σε αποκλεισμό της, αλλά υποχρεώνει τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 103 παρ. 2 και 315 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3.2. της Διακήρυξης, να καλέσει την παρεμβαίνουσα να συμπληρώσει το εν λόγω στοιχείο, η δε ΑΕΠΠ, και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, δεν μπορεί να υποκαταστήσει τον αναθέτοντα φορέα στην άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας. Και τούτο, ανεξαρτήτως του ότι οι επίμαχοι όροι της Διακήρυξης δεν παρουσιάζουν οποιαδήποτε ασάφεια, όπως αορίστως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, κατά τα άνω, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, προκειμένου η υπόθεση να αναπεμφθεί και ο αναθέτων φορέας να ασκήσει την προβλεπόμενη στα άρθρα 103 Ν. 4412/2016 και 3.2. της Διακήρυξης αρμοδιότητά του κατά τα ανωτέρω.

24. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού κατά το δεύτερο σκέλος αυτού, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, σε κάθε περίπτωση, η ανωτέρω σύμβαση ασφάλισης, ενόψει του γεγονότος ότι, όπως προκύπτει από το περιεχόμενό της, έχει εκδοθεί για την κάλυψη περισσότερων συμβάσεων του αναθέτοντος φορέα, δεν καλύπτει την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη απαίτηση ασφάλισης του οικονομικού φορέα έως του ποσού των 300.000,00 ευρώ ανά κίνδυνο. Ο ισχυρισμός αυτός απορριπτέται ως αβάσιμος, διότι στην ανωτέρω σύμβαση ασφάλισης ρητώς αναφέρονται τα εξής: «*Όριο Αποζημίωσης Αστικής Ευθύνης προς τρίτους - Ισχύουν ξεχωριστά για κάθε ένα εκ των ασφαλιζόμενων έργων- Σωματικές Βλάβες κατά άτομο : Ευρώ 300.000,00- Υλικές Ζημιές σε περιουσία τρίτων κατά ατύχημα και ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων: Ευρώ 300.000,00- Ανώτατο Όριο αποζημίωσης κατά γεγονός (Σωματικές Βλάβες και Υλικές Ζημιές): Ευρώ 300.000,00- Ανώτατο Όριο ευθύνης της Εταιρίας για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης : Ευρώ 300.000,00*». Επομένως, με το εν λόγω ασφαλιστήριο αποδεικνύεται η συνδρομή του ανωτέρω κριτηρίου επιλογής κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Απορριπτέος ως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι πρέπει να απορριφθεί το προσκομισθέν ασφαλιστήριο συμβόλαιο, διότι, ως ιδιωτικό έγγραφο έπρεπε να υποβληθεί νομίμως επικυρωμένο, δεδομένου ότι η παρεμβαίνουσα

Αριθμός απόφασης: 438/2022

υπέβαλε, σύμφωνα με τη δυνατότητα που της παρεχόταν από τον προπαρατεθέντα όρο του άρθρου 2.4.2.5. της Διακήρυξης, την από 27/12/2021 υπεύθυνη δήλωση περί ακρίβειας των προσκομισθέντων ιδιωτικών εγγράφων. Ως εκ τούτου, ο δεύτερος λόγος αποκλεισμού είναι απορριπτέος κατά το σκέλος του αυτό.

Επειδή κατά την μειοψηφούσα γνώμη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή, ο λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, με την κάτωθι αιτιολογία και ειδικότερα, κατ' αποδοχή του πρώτου σκέλους αυτού: Από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 2.2.5 γ', 2.2.9, 2.2.9.1, 2.2.9.2 Β3 γ', 2.4.6, 3.2 της διακήρυξης προκύπτει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ άλλων, το ζητούμενη από το άρθρο 2.2.9.2 Β3 γ' ασφαλιστήριο συμβόλαιο με το απαιτούμενο από τη διακήρυξη φυσικό αντικείμενο, ποσό κάλυψης κινδύνου και διάρκεια προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 γ' της διακήρυξης, προϋπόθεση η οποία πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και, περαιτέρω, κατά τον χρόνο υπογραφής της σύμβασης. Συνεπώς, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να προσκομίζεται το ασφαλιστήριο συμβόλαιο που να καλύπτει, όχι μόνο τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης αλλά και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ώστε ν' αποδεικνύεται η σύμφωνη με τη διακήρυξη συνδρομή του υπό κρίση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής στο πρόσωπο του προσφέροντος. Πλην, όμως, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων, ως βάσιμα, άλλωστε, ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ουδόλως προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ασφαλιστήριο συμβόλαιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.5 γ και 2.2.9.2 Β3 γ' της διακήρυξης, που να καλύπτει και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Αντιθέτως δε ο παρεμβαίνων συνομολογεί ότι ουδόλως διαθέτει τέτοιο ασφαλιστήριο συμβόλαιο που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Δοθέντος δε ότι το ΕΕΕΣ υποβάλλεται προς τον σκοπό προαπόδειξης και όχι απόδειξης, ουδόλως αρκεί η δήλωση στο ΕΕΕΣ περί συνδρομής του σχετικού

Αριθμός απόφασης: 438/2022

κριτηρίου ποιοτικής επιλογής. Ούτε εξάλλου με την τροποποίηση του άρθρου 104 βάσει του ν. 4782/2021 επήλθε οιαδήποτε μεταβολή ως προς την υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, τουναντίον επιβεβαιώθηκε η ήδη ισχύουσα υποχρέωση προσκόμισης μόνο του ΕΕΕΣ, ως προαποδεικτικού μέσου, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών. Αυτονοήτως δε πέραν του ΕΕΕΣ ουδέν άλλο αποδεικτικό μέσο μπορεί να γίνει δεκτό προς υποκατάσταση αυτού. Τυχόν δε υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής που υποστηρίζεται ανωτέρω, αφενός μεν αυτή έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016- το οποίο σημειωτέον επίσης τροποποιήθηκε με το νόμο 4782/2021- στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαποδεικτικό και όχι αποδεικτικό μέσο, αφετέρου συνεπάγεται το ανεφάρμοστον της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 – το οποίο ομοίως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021- σύμφωνα με το οποίο κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ο εν λόγω έλεγχος καθίσταται αδύνατος αν δεν προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (βλ. ΑΠΠ 297/2022) Σε διαφορετική περίπτωση θα καθίστατο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που δηλώνουν λ.χ απατηλά ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος εν τέλει της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως, άλλωστε συμβαίνει εν προκειμένω που ο παρεμβαίνων ρητώς δηλώνει ότι δεν διαθέτει ασφαλιστήριο συμβόλαιο που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς κι, επομένως, δεν συντρέχει στο πρόσωπό του το υπό κρίση κριτήριο ποιοτικής επιλογής, πλην, όμως, δήλωσε στο ΕΕΕΣ ότι το διέθετε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του. Δεδομένου δε ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των ζητούμενων από

τη διακήρυξη αποδεικτικών μέσων περί μη συνδρομής των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κατ' ακολουθίαν μη απόδειξης της συνδρομής των σχετικών προϋποθέσεων στο πρόσωπο του υποψηφίου συντρέχει δεσμία αρμοδιότητα και όχι διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει διαγωνιζόμενο, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός τόσο λόγω της μη υποβολής δικαιολογητικού κατακύρωσης όσο και λόγω της μη απόδειξης της συνδρομής στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, κατά ρητή συνομολόγηση τούτου από τον ίδιο. Για τον ανωτέρω λόγο, άλλωστε, δεν είναι δυνατή εν προκειμένω η κλήση του παρεμβαίνοντος προς προσκόμιση του δικαιολογητικού, το οποίο αποδεδειγμένα δεν διαθέτει, κατά ρητή συνομολόγηση του ίδιου (βλ. 3.2 ii της διακήρυξης).

25. Επειδή, με τον **τρίτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ισχυριζόμενη ότι η τελευταία δεν απέδειξε προσηκόντως την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής των άρθρων 2.2.6.γ' και 2.2.6.δ' της Διακήρυξης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, καθώς επίσης και ότι, σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα δεν πληροί την εν λόγω απαίτηση. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται τα εξής: «[...] η '...' κατά τον χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης όφειλε να διαθέτει τουλάχιστον 1600 εργαζομένους με τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα, όπως απαιτούνται από τη διακήρυξη. Ωστόσο, εκ των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών από την '...' δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των εν λόγω απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ειδικότερα, η '...' δεν αποδεικνύει την πλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης και το νόμου αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα διότι: 1. Δεν αποδεικνύει ότι διαθέτει η ίδια, ως εργαζόμενους της, το απαιτούμενο προσωπικό με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα, που απαιτούνται από τη διακήρυξη. Δεν προσκομίζεται κανένα σχετικό αποδεικτικό έγγραφο, όπως π.χ. πίνακας προσωπικού πίνακας προσωπικού όπως το σχετικό αρχείο εκτυπώνεται από το σύστημα 'ΕΡΓΑΝΗ', ώστε να αποδεικνύεται ότι το σχετικό προσωπικό που ειδικώς αναφέρεται στον προσκομιζόμενο κατάλογο αποτελούσε προσωπικό της '...' κατά το χρόνο της συμμετοχής και της υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο της

Αριθμός απόφασης: 438/2022

υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Αντιθέτως, από την σχετική υπεύθυνη δήλωση, που έχει υποβάλλει η ‘...’ αναφορικά με το μέσο ετήσιο αριθμό εργαζομένων της, αποδεικνύεται ότι αυτός είναι εξαιρετικά μικρός, δηλαδή μόλις περίπου 200 άτομα κατά μέσο όρο στην τελευταία τριετία, αριθμός που υπολείπεται σαφώς του συνολικώς απαιτούμενου αριθμού προσωπικού άνω των 1600 ατόμων για το σύνολο των διαγωνισμών στους οποίους έχει συμμετάσχει. 2. Η απαίτηση προσκόμισης εγγράφου, το οποίο αποδεικνύει τη σχέση εξαρτημένης εργασίας μεταξύ της ‘...’ των αναφερόμενων εργαζομένων στον απαιτούμενο κατάλογο προσωπικού υφίσταται εκ του νόμου, βάσει των άρθρων 75 παρ. 4 και 78 παρ. 1 ν. 4416/2012 και περαιτέρω, ειδικώς, η διακήρυξη προβλέπει στο άρθρο 2.2.8.1. τους κανόνες στήριξης σε τρίτο αναφορικά με την πλήρωση των απαιτήσεων τεχνική και επαγγελματικής ικανότητας. Εφόσον δεν υφίσταται, διότι δεν αποδεικνύεται, σχέση εξαρτημένης εργασίας μεταξύ της ‘...’ και του αναφερόμενου προσωπικού στον προσκομιζόμενο κατάλογο, το εν λόγω προσωπικό είτε υπάγεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας σε έτερη εταιρεία είτε δεν συνδέεται με την ‘...’ με σχέση εξαρτημένης εργασίας, και κατά συνέπεια η ‘...’, δεν απέδειξε την πλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης και του νόμου και όφειλε τηρήσει της διατάξεις περί στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα, τις οποίες προφανώς δεν τήρησε. 3. Δεδομένου ότι α. η ‘...’ δεν απέδειξε ότι συνδέεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με το αναφερόμενο στον προσκομιζόμενο κατάλογο προσωπικό, ως όφειλε βάσει των διατάξεων του ν. 4412/2016, κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς και της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, β. είναι δε γνωστό στη σχετική αγορά των συναλλασσομένων ότι η ‘...’ χρησιμοποιεί υπεργολάβους και δεν συνδέεται η ίδια με το προσωπικό που τελικώς εκτελεί τη σχετική υπηρεσία, γ. από έτερη υπεύθυνη δήλωση, προσκομιζόμενη από την ‘...’ στο πλαίσιο του αυτού διαγωνισμού, αναφορικά με το μέσο όρο του απασχολούμενου με σχέση εξαρτημένης εργασίας προσωπικού, αποδεικνύεται ότι αυτός είναι εξαιρετικά μικρός και υπολείπεται του απαιτούμενου αριθμού προσωπικού για την κάλυψη του συνόλου των αντίστοιχων απαιτήσεων του εν λόγω διαγωνισμού και των λοιπών διαγωνισμών της ‘...’ στις οποίες έχει συμμετάσχει, αποδεικνύεται ότι η ‘...’ δεν συνδέεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με το αναφερόμενο στον

Αριθμός απόφασης: 438/2022

προσκομιζόμενο κατάλογο προσωπικό. Βάσει των ανωτέρων η εταιρεία μας ευλόγως αμφισβητεί ότι το αναφερόμενο στον προσκομιζόμενο κατάλογο προσωπικό συνδέεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με την ‘...’. Συνεπώς, η ‘...’ παραβίασε τις σχετικές διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης. Εφόσον το αναφερόμενο στον προσκομιζόμενο κατάλογο προσωπικό δεν συνδέεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με την ‘...’, όφειλε αυτή να τηρήσει τις διατάξεις περί στήριξης σε τρίτο, τις οποίες δεν τήρησε. Κατά τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι δεν υφίσταται περίπτωση μη προσκόμισης δικαιολογητικού ή έλλειψης σε υποβληθέν δικαιολογητικό κατακύρωσης αλλά αντιθέτως αποδεικνύεται ότι η ‘...’ δεν πληρούσε τις σχετικές απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο της υποβολής των σχετικών δικαιολογητικών κατακύρωσης». Η **παρεμβαίνουσα** αντιτάσσει ως προς το ανωτέρω τα εξής: «2. Η εταιρεία μας, συμφώνως με τις ως άνω προβλέψεις της Διακήρυξης, κατά το στάδιο της συμμετοχής και της υποβολής της προσφοράς υπέβαλε στα σ ετικά πεδία κανονικά συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ ενώ στο στάδιο της κατακύρωσης υπέβαλε την από 27.12.2021 σχετική υπεύθυνη δήλωση και τον από 29.12.2021 κατάλογο προσωπικού, το περιεχόμενο των οποίων πληροί άνευ ουδεμίας αμφιβολίας τις ως άνω απαιτήσεις της διακήρυξης ως προς τη συγκεκριμένη τεχνική και επαγγελματική ικανότητά μας να εκτελέσουμε το συγκεκριμένο έργο και την απόδειξη αυτής. Κατ’ επέκταση, η εταιρεία μας εξάντλησε την υποχρέωσή της προς τη πλήρωση και απόδειξη των συγκεκριμένων απαιτήσεων τόσο στα πλαίσια της συμμετοχής όσο και στα πλαίσια της κατακύρωσης. Κατά συνέπεια νομίμως ο Αναθέτων Φορέας τα έκανε αποδεκτά ως αποδείξεις πλήρωσης και κατακύρωσε στην εταιρεία μας την εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Αυτό το γεγονός είναι αρκετό προκειμένου να απορριφθεί ο υπό κρίση λόγος προσφυγής. 3. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί που προβάλλει η εταιρεία ... για να αποδείξει ότι η εταιρεία μας δεν πληροί τις εν λόγω απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και συγκεκριμένα ότι: α) οφείλαμε κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς καθώς και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης να διαθέτουμε τουλάχιστον 1600 εργαζομένους με τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα που απαιτούνται από τη διακήρυξη, β) δεν προσκομίσαμε κανένα αποδεικτικό έγγραφο όπως πχ πίνακα προσωπικού από το σύστημα

Αριθμός απόφασης: 438/2022

‘ΕΡΓΑΝΗ’ για να αποδείξουμε ότι το αναφερόμενο στο σχετικό κατάλογο προσωπικό αποτελούσε προσωπικό της εταιρείας μας κατά το χρόνο της υποβολής τόσο της προσφοράς όσο και των δικαιολογητικών κατακύρωσης γ) εφόσον δεν αποδεικνύουμε τη σχέση εξαρτημένης εργασίας μεταξύ ημών και του προσωπικού, το τελευταίο υπάγεται σε έτερη εταιρεία ή δεν συνδέεται με την εταιρεία μας και δ) ο μέσος ετήσιος αριθμός εργαζομένων μας είναι εξαιρετικά μικρός και υπολείπεται του συνολικού αριθμού των 1600 ατόμων που κατά τη γνώμη τους θα έπρεπε να διαθέτουμε, είναι αυθαίρετοι, προεχόντως απαράδεκτοι, αβάσιμοι νόμω και ουσία, προβάλλονται δε όλως προσχηματικά από την προσφεύγουσα καθόσον: 3.Α. Τίποτε απ’ αυτά που αναφέρονται στην ανωτέρω παράγραφο και επικαλείται η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή δεν αναφέρονται στη Διακήρυξη του εν θέματι διαγωνισμού και κατά συνέπεια εν μπορεί να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας μας. Συγκεκριμένα, ως προσφιλή και επαναλαμβανόμενη τακτική της προσφεύγουσας στην προσφυγή της, παραβλέπει ακόμη μια φορά εσκεμμένα να αναγνωρίσει και να αποδεχθεί την αυτοτέλεια τόσο του εν θέματι διαγωνισμού όσο και των υπολοίπων που επικαλείται στην προσφυγή της. 3.Α.1. Στο πλαίσιο αυτό, προσπαθεί να συνδέσει ανεξάρτητες και αυτοτελείς διακηρύξεις μεταξύ τους, από τους όρους των οποίων δεν προκύπτει από πουθενά η (βολική για αυτήν κατά τα άλλα) δήθεν απαίτηση που ισχυρίζεται η εταιρεία ... περί σωρευτικού υπολογισμού του αριθμού των 50 ατόμων που θα υλοποιήσουν την κάθε σύμβαση, ώστε να προκύπτει ότι θα έπρεπε να διαθέτουμε 1600 άτομα! Με μια προσεκτική ανάγνωση της Διακήρυξης του διαγωνισμού εύκολα γίνεται αντιληπτό ότι δεν προκύπτει από πουθενά σύνδεση ή αλληλεξάρτηση μεταξύ των διακηρύξεων των έργων ούτε υπάρχει όρος, αναφορά ούτε καν υπαινιγμός που να επαληθεύει έστω και εν μέρει τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, κάτι το οποίο προφανώς δεν θα μπορούσε να υπάρχει καθώς πρόκειται για αυτοτελείς, αυτόνομες και ανεξάρτητες διαγωνιστικές διαδικασίες. [...] 3Β. [...] Με απλά λόγια, η Διακήρυξη μέσω των ανωτέρω όρων, κάνει λόγο για διαθέσιμο στον Αναθέτοντα Φορέα προς απασχόληση προσωπικό και όχι για ήδη απασχολούμενο και απαιτεί την δέσμευση του υποψήφιου Αναδόχου, ότι εφόσον μειοδοτήσει ΘΑ διαθέσει από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης έργου τους απαιτούμενους πόρους με τα απαιτούμενα προσόντα για την εκτέλεση του έργου με τις προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης: 438/2022

που ορίζει ο Αναθέτων Φορέας. Η ρήση του όρου 'προσωπικό', όπως γίνεται αντιληπτό δεν αφορά 'προσωπικό' που ήδη απασχολείται κατά την προσφορά, αλλά κατάλογο προσώπων που ΘΑ απασχοληθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και ΘΑ είναι άμεσα διαθέσιμο προς εργασία κατά την ημέρα υπογραφής της σύμβασης. Προς επίρρωση δε του ισχυρισμού μας υπογραμμίζεται ότι, η Διακήρυξη δεν ζητά τη προσκόμιση συμβάσεων εργασίας ή πίνακα προσωπικού απ το 'ΕΡΓΑΝΗ' προς απόδειξη της πλήρωσης του σχετικού όρου, αλλά απλώς υποβολή υπεύθυνης δήλωσης από τον ενδιαφερόμενο φορέα ότι δεσμεύεται ότι θα μπορεί να διαθέσει άμεσα 50 εργαζόμενους. Θα ήταν άλλωστε άτοπο έως παράλογο να υπήρχε η απαίτηση από τον Αναθέτοντα Φορέα ο κάθε συμμετέχων στη διαδικασία να έχει ήδη προσλάβει το απαιτούμενο προσωπικό χωρίς να γνωρίζει το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας (και μάλιστα 1600 άτομα σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της εταιρείας ...!)».

26. Επειδή, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 17), από το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, σε συμμόρφωση με το οποίο έχει συμπεριληφθεί στη Διακήρυξη η σχετική διάταξη του άρθρου 2.2.9.2, δεν απαιτείται πλέον να υποβληθεί με τον φάκελο τον δικαιολογητικών κατακύρωσης αποδεικτικό μέσο με χρόνο ισχύος που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η συνδρομή της αντίστοιχης προϋπόθεσης συμμετοχής έχει δηλωθεί αληθώς στο ΕΕΕΣ. Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα απάντησε θετικά ως προς την συνδρομή στο πρόσωπό της του ανωτέρω κριτηρίου επιλογής και περιέγραψε αναλυτικότερα τον τρόπο πλήρωσής του στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ και, επομένως, δεν όφειλε να προσκομίσει κανένα άλλο αποδεικτικό μέσο σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, από τον συνδυασμό των προπαρατεθέντων άρθρων 2.2.6.γ', 2.2.6.δ' και 2.2.9.2.Β.4.β', γ' και δ' της Διακήρυξης προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε, προς πλήρωση των προσόντων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των ανωτέρω περιπτώσεων του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, να υποβάλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα περιοριστικά απαριθμούμενα στο άρθρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης τρία στοιχεία, ήτοι α) υπεύθυνη δήλωση περί του μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού της τελευταίας τριετίας, β)

Αριθμός απόφασης: 438/2022

υπεύθυνη δήλωση ότι θα διαθέσει στον κύριο του έργου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τον ελάχιστο απαιτούμενο αριθμό πενήντα (50) ατόμων, τα οποία θα διαθέτουν κατά περίπτωση δίπλωμα οδήγησης Α' ή Β' κατηγορίας και να είναι απόφοιτοι δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης και γ) κατάλογο του άμεσα διαθέσιμου κατά την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης προσωπικού που θα καλύπτει σε ποσοστό 100% της ζητούμενες ειδικότητες. Σε συμμόρφωση με τους ανωτέρω όρους της Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης την από 27/12/2021 υπεύθυνη δήλωση περί του μέσου απασχολούμενου κατ' έτος εργατοϋπαλληλικού προσωπικού της τελευταίας τριετίας, την από 27/12/2021 υπεύθυνη δήλωση με περιεχόμενο «1. Η εταιρεία '... θα διαθέσει τον ελάχιστο αριθμό ατόμων που ζητείται από την οικεία Διακήρυξη (50) στον κύριο του έργου και θα διατηρεί πάντοτε αυτόν τον ελάχιστο αριθμό για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. 2. Τα ανωτέρω άτομα διαθέτουν κατ' ελάχιστο δίπλωμα οδήγησης Α' ή Β' κατηγορίας κατά περίπτωση και είναι απόφοιτοι δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης και 3. Τα ανωτέρω άτομα πληρούν σε ποσοστό 100% τις ζητούμενες ειδικότητες της ομάδας έργου και θα είναι άμεσα διαθέσιμα προς εργασία κατά την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης» και τον από 29/12/2021 κατάλογο διαθέσιμου προσωπικού με τις σχετικές ειδικότητες. Με τα ανωτέρω δικαιολογητικά, η παρεμβαίνουσα απέδειξε, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, χωρίς να απαιτείται η υποβολή οποιουδήποτε άλλου αποδεικτικού μέσου, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Ειδικότερα, η Διακήρυξη δεν απαιτεί να διαθέτει ο προσωρινός ανάδοχος ούτε κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του απαιτούμενο προσωπικό ούτε να αποδεικνύει με πίνακα προσωπικού εκτυπωμένο από την «ΕΡΓΑΝΗ» την απασχόληση του εν λόγω προσωπικού με σχέση εξαρτημένης εργασίας, αλλά απλώς να δηλώνεται η δέσμευση του προσωρινού ανάδοχου να διαθέσει το εν λόγω προσωπικό, χωρίς, μάλιστα, να προσδιορίζεται ο τρόπος σύνδεσής του με αυτό. Περαιτέρω, εφόσον δεν απαιτείται από τη Διακήρυξη η απόδειξη καθ' οιονδήποτε χρόνο σχέσης εξαρτημένης εργασίας με το προσωπικό που πρόκειται να απασχοληθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης, η παρεμβαίνουσα δεν είχε υποχρέωση ούτε να δηλώσει ότι αυτή συνδέεται με τον τρόπο αυτό με το προσωπικό που

Αριθμός απόφασης: 438/2022

προτίθεται να απασχολήσει ούτε, σε αντίθετη περίπτωση, να επικαλεστεί στήριξη σε ικανότητες τρίτου, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Επομένως, όλοι οι στηριζόμενοι στην παραδοχή της προσφεύγουσας ότι το προσωπικό που πρόκειται να διατεθεί από τον ανάδοχο της σύμβασης άμεσα, κατά την υπογραφή της, και καθ' όλο τον χρόνο εκτέλεσής της πρέπει να συνδέεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με τον διαγωνιζόμενο, που προβάλλονται με τον προκείμενο λόγο είναι απορριπτέοι, διότι η παραδοχή αυτή δεν βρίσκει, όπως προεκτέθηκε, κανένα έρεισμα στη Διακήρυξη. Για τους λόγους αυτούς, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

Επειδή, κατά την μειοψηφούσα γνώμη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή, ο τρίτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, με την κάτωθι αιτιολογία: Από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 2.2.6 γ', 2.2.6.δ ' 2.2.9, 2.2.9.1, 2.2.9.2 Β4 γ', δ' 2.4.6, 3.2 της διακήρυξης προκύπτει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ άλλων, τα ζητούμενα από το άρθρο 2.2.9.2 Β4 γ' δ' δικαιολογητικά, ήτοι 1. Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α'75), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία αναγράφονται τα στοιχεία της παρούσης διακήρυξης για την οποία υποβάλλει την προσφορά, και θα αναφέρει ρητά ότι θα διαθέσει τον ελάχιστο αριθμό ατόμων που ζητείται από την οικεία Διακήρυξη (50) στον κύριο του έργου και πως θα διατηρεί πάντοτε αυτόν τον ελάχιστο αριθμό για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Επίσης θα αναφέρει ρητά ότι τα ανωτέρω άτομα θα διαθέτουν κατ' ελάχιστο δίπλωμα οδήγησης Α ή Β κατηγορίας κατά περίπτωση και να είναι απόφοιτοι δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης. 2. Κατάλογο προσωπικού ο οποίος θα πληροί σε ποσοστό 100% τις ζητούμενες ειδικότητες της ομάδας έργου, το οποίο θα είναι άμεσα διαθέσιμο προς εργασία κατά την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης προς απόδειξη του κριτηρίου της τεχνικής κι επάρκειας του άρθρου 2.2.6 γ', δ' της διακήρυξης, προϋπόθεση η οποία πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και, περαιτέρω, κατά τον χρόνο υπογραφής της σύμβασης. Συνεπώς, με τα δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 438/2022

κατακύρωσης θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να προσκομίζονται τα ανωτέρω δικαιολογητικά που να καλύπτουν όχι μόνο τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης αλλά και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ώστε ν' αποδεικνύεται η σύμφωνη με τη διακήρυξη συνδρομή του υπό κρίση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής στο πρόσωπο του προσφέροντος. Πλην, όμως, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων, ως βάσιμα, άλλωστε, ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ουδόλως προσκόμισε τα ανωτέρω δικαιολογητικά που να καλύπτουν και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Δοθέντος δε ότι το ΕΕΕΣ υποβάλλεται προς τον σκοπό προαπόδειξης και όχι απόδειξης, ουδόλως αρκεί η δήλωση στο ΕΕΕΣ περί συνδρομής του σχετικού κριτηρίου ποιοτικής επιλογής. Ούτε εξάλλου με την τροποποίηση του άρθρου 104 βάσει του ν. 4782/2021 επήλθε οιαδήποτε μεταβολή ως προς την υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, τουναντίον επιβεβαιώθηκε η ήδη ισχύουσα υποχρέωση προσκόμισης μόνο του ΕΕΕΣ, ως προαποδεικτικού μέσου, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών. Τυχόν δε υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής που υποστηρίζεται ανωτέρω, αφενός μεν αυτή έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016- το οποίο σημειωτέον επίσης τροποποιήθηκε με το νόμο 4782/2021- στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαποδεικτικό και όχι αποδεικτικό μέσο, αφετέρου συνεπάγεται το ανεφάρμοστον της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 – το οποίο ομοίως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021- σύμφωνα με το οποίο κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ο εν λόγω έλεγχος καθίσταται αδύνατος αν δεν προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (βλ. ΑΠΠ 297/2022) Σε διαφορετική περίπτωση θα καθίστατο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που δηλώνουν λ.χ απατηλά ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι

Αριθμός απόφασης: 438/2022

αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος εν τέλει της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Δεδομένου δε ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των ζητούμενων από τη διακήρυξη αποδεικτικών μέσων περί μη συνδρομής των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κατ' ακολουθίαν μη απόδειξης της συνδρομής των σχετικών προϋποθέσεων στο πρόσωπο του υποψηφίου συντρέχει δεσμία αρμοδιότητα και όχι διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει διαγωνιζόμενο, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός και να κληθεί ο παρεμβαίνων να προσκομίσει τα μη υποβληθέντα ανωτέρω δικαιολογητικά κατακύρωσης, δυνάμει του άρθρου 3.2 της διακήρυξης.

27. Επειδή, με τον **τέταρτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η **προσφεύγουσα** προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα έπρεπε να αποκλειστεί λόγω μη πλήρωσης της προϋπόθεσης συμμετοχής του άρθρου 2.2.7. της Διακήρυξης περί προτύπων διασφάλισης ποιότητας. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα «προσκόμισε το έγγραφο με τίτλο ISO 9001:2015/24.05.2021, το έγγραφο με τίτλο ISO 14001:2015/14.06.2021, το έγγραφο με τίτλο ISO 22301/20.09.2021, το έγγραφο με τίτλο ISO 45001:2018/14.06.2021, τα οποία έχουν εκδοθεί από την εταιρεία '...' με έδρα την ... της ... (βλ. σελ. 2 εκάστου εγγράφου, με αναφορά σε 'Head Office:, ...') και υπογράφονται από τον πρόεδρο '...'. Η ως άνω εταιρεία δεν είναι πιστοποιημένη από την εθνικό φορέα διαπιστεύσεων της Ελλάδας, την 'Εθνικό Σύστημα Διαπιστεύσεων ΑΕ', ούτε από αντίστοιχο διαπιστευμένο οργανισμό άλλου κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Συνεπώς, τα ως άνω έγγραφα δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης και του νόμου και δεν αποδεικνύουν την πλήρωση των σχετικών απαιτήσεων από την '...'. Κατά τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι δεν υφίσταται περίπτωση μη προσκόμισης δικαιολογητικού ή έλλειψης σε υποβληθέν δικαιολογητικό κατακύρωσης αλλά αντιθέτως αποδεικνύεται ότι η «...» δεν πληρούσε την απαίτηση προτύπων διασφάλισης ποιότητας και προτύπων περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης». Η **παρεμβαίνουσα** αντιτάσσει ως προς τα ανωτέρω τα εξής: «α. Σύμφωνα με τα

Αριθμός απόφασης: 438/2022

άρθρα 2.2.7 και 2.2.9.2.B.5 της διακήρυξης ουδεμία απαίτηση υφίσταται όπως ο φορέας πιστοποίησης να είναι υποχρεωτικά είτε ο εθνικός φορέας της χώρας δηλ. το Εθνικό Σύστημα Διαπιστεύσεων (ΕΣΥΔ), είτε αντίστοιχος διαπιστευμένος φορέας άλλου κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή την Ευρωπαϊκή Συνεργασία για τη Διαπίστευση (European Cooperation for Accreditation – EA). Ο δε σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας στον υπό κρίση λόγο προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτως, αφού ερείδεται σε δημιουργία νέου λόγου απόρριψης προσφορών και απαιτήσεων σε σχέση με την διακήρυξη, σε έμμεση ανεπίκαιρη αμφισβήτηση του περιεχομένου της, που κατέστη όμως ανεπιφύλακτα αποδεκτή από το σύνολο των συμμετεχόντων. Περαιτέρω, όπως έχει ήδη κριθεί ‘... και το αρ. 82 Ν.4412/201 ουδόλως ορίζει ειδικό τρόπο διαπίστευσης των φορέων πιστοποίησης, αλλά ζητά απλώς να είναι διαπιστευμένοι, θα συνιστούσε δε πρόδηλο περιορισμό στο δικαίωμα συμμετοχής οικονομικών φορέων από άλλα κράτη μέλη ή τρίτες ώρες, αν επιβαλλόταν τα πιστοποιητικά τους να προέρχονται όχι απλά από (εν γένει) εθνικά διαπιστευμένους οργανισμούς αλλά ειδικώς από τον ΕΣΥΔ...’ (ΑΕΠΠ 772/2021, σκέψη 3, σελ.). β. Ο φορέας πιστοποίησης ... είναι διεθνής Φορέας Πιστοποίησης, δραστηριοποιείται πάνω από δεκαετία στην Ελλάδα, έχει έδρα την ... και είναι από τους μεγαλύτερους φορείς πιστοποίησης παγκόσμια (με γραφεία, εκτός από την Ελλάδα, σε πενήντα έξι ώρες σε όλο τον κόσμο – www.....com). Τα πιστοποιητικά που χορηγεί είναι πιστοποιητικά ISO όπως ζητείται στη διακήρυξη ήτοι, είναι πιστοποιητικά που εκδίδονται μετά από τη θέση σε εφαρμογή, τη λειτουργία και το συστηματικό έλεγχο εφαρμογής συστημάτων ποιότητας που βασίζονται στα καθορισμένα πρότυπα του Διεθνούς Οργανισμού Τυποποίησης (International Organization for Standardization - ISO), τα οποία αναγνωρίζονται διεθνώς σε παγκόσμιο επίπεδο. γ. Ο εν λόγω φορέας πιστοποίησης ..., είναι διαπιστευμένος από τη Διεθνή Υπηρεσία Διαπίστευσης (International Accreditation Service – IAS) των ΗΠΑ - που είναι πιθανά ο μεγαλύτερος Φορέας Διαπίστευσης Παγκόσμια με πάνω από 1000 πιστοποιητικά Διαπίστευσης σε Φορείς Πιστοποίησης – και από το Παγκόσμιο Ίδρυμα Διαπιστεύσεων (International Accreditation Forum - IAF), με αποτέλεσμα τα πιστοποιητικά του να αναγνωρίζονται σε παγκόσμιο επίπεδο και φυσικά και στη Ελλάδα ως ισότιμα με τα εκδιδόμενα από φορείς διαπιστευμένους από το ΕΣΥΔ, βάσει του Πολυμερούς Συμφώνου (MLA)

Αριθμός απόφασης: 438/2022

αμοιβαίας αναγνώρισης του IAF, στο οποίο είναι μέλη ο IAS, ο ΕΣΥΔ και η Ευρωπαϊκή Συνεργασία για τη Διαπίστευση (European Cooperation for Accreditation – EA). Για το λόγο αυτό και προς απόδειξη της καθολικότητας της ισχύος τους, τα υποβληθέντα από την εταιρεία μας ως άνω πιστοποιητικά φέρουν τις επισημάνσεις (logos) του IAS και του IAF και δύναται άμεσα να διακριβωθεί η ισχύς τους σε παγκόσμιο επίπεδο μέσω του επίσημου εργαλείου αναζήτησης του IAF στον ακόλουθο σύνδεσμο στο διαδίκτυο: <https://www.iafcertsearch.org/> δ. Προς επίρρωση δε των ανωτέρω, αναφέρεται ότι στην Απόφαση 772/2021 η ΑΕΠΠ αποφαινεται ότι ‘... η IAF δεν είναι ‘αμερικάνικος’...αλλά παγκόσμιος οργανισμός διαπίστευσης και συγχρόνως φορέας-σύμφωνο πολυμερούς αναγνώρισης όπου μετέχει ο ΕΣΥΔ, αναγνωρίζοντας τα οικεία πιστοποιητικά διαπιστευμένων από τους συμμετέχοντες έτερους φορείς διαπίστευσης, φορέων πιστοποίησης, όπως η IAF.’ (ΑΕΠΠ 772/2021, σκέψη 3, σελ.10). Επίσης, στην ιστοσελίδα του ΕΣΥΔ και συγκεκριμένα στο σύνδεσμο για τη διεθνή αναγνώριση <https://esyd.gr/main/diethnis-anagnorisi/> αναφέρεται χαρακτηριστικά ‘...Άμεση συνέπεια της ένταξης στις Συμφωνίες MLA είναι ότι οι εθνικοί φορείς διαπίστευσης όλων των ευρωπαϊκών ωρών, οφείλουν να υποστηρίζουν την αποδοχή στη χώρα τους, των εκθέσεων δοκιμών, των βεβαιώσεων και των πιστοποιητικών, που εκδίδουν οι διαπιστευμένοι από το Ε.ΣΥ.Δ. φορείς και εργαστήρια, και να τις αναγνωρίζουν ως ισότιμες προς τις εκθέσεις, τις βεβαιώσεις και τα πιστοποιητικά των εργαστηρίων και φορέων που έχουν διαπιστεύσει οι ίδιοι. Η παραπάνω αναγνώριση επεκτείνεται αυτόματα σε παγκόσμια κλίμακα.’, υπογραμμίζοντας με το τρόπο αυτό τη σημαντικότητα της ένταξης σε Συμφωνίες Αμοιβαίας Αναγνώρισης MLA ως προς την αμοιβαία αναγνώριση των πιστοποιητικών σε παγκόσμιο επίπεδο».

28. Επειδή, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 17), από το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, σε συμμόρφωση με το οποίο έχει συμπεριληφθεί στη Διακήρυξη η σχετική διάταξη του άρθρου 2.2.9.2, δεν απαιτείται πλέον να υποβληθεί οποτεδήποτε αποδεικτικό μέσο με χρόνο ισχύος που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η συνδρομή της αντίστοιχης προϋπόθεσης συμμετοχής έχει δηλωθεί αληθώς στο ΕΕΕΣ. Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα απάντησε θετικά ως προς την κατοχή των απαιτούμενων

Αριθμός απόφασης: 438/2022

πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης και, επομένως, δεν όφειλε να προσκομίσει κανένα άλλο αποδεικτικό μέσο σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επειδή, κατά την ειδική γνώμη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή, ο παρεμβαίνων όφειλε να προσκομίσει τα δικαιολογητικά του άρθρου 2.2.9.2 Β5 ώστε να καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, προϋπόθεση, η οποία, ωστόσο, συντρέχει εν προκειμένω κι, επομένως, ο λόγος της προσφυγής, ως προς αυτό το σκέλος του, πρέπει απορριφθεί ως αβάσιμος. Περαιτέρω, σύμφωνα με το προπαρατεθέν άρθρο 86 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όταν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν τη συμμόρφωση των οικονομικών φορέων με πρότυπα διασφάλισης παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας, τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Ουδόλως, όμως, ο νόμος απαιτεί η ανωτέρω διαπίστευση του φορέα πιστοποίησης να έχει χορηγηθεί οπωσδήποτε από το ΕΣΥΔ ή φορέα διαπίστευσης κράτους μέλους της ΕΕ. Ομοίως, η Διακήρυξη δεν περιέχει ειδικό όρο σχετικά με την αποδοχή σχετικών πιστοποιητικών ανεξάρτητου φορέα διαπιστευμένου αποκλειστικά από το ΕΣΥΔ ή από φορέα διαπίστευσης κράτους μέλους της ΕΕ. Ενόψει αυτού, δεν μπορεί να συναχθεί σχετική υποχρέωση ούτε σύμφωνα με το μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της Γραμματείας Διοίκησης του ΕΣΥΔ (σχετ. 4 υπομνήματος της προσφεύγουσας). Περαιτέρω, το άρθρο 2 Ν. 4468/2017 ορίζει σχετικά με τις αρμοδιότητες του ΕΣΥΔ τα εξής: «1. Στο Ε.ΣΥ.Δ. ανατίθεται η υλοποίηση, η εφαρμογή και η διαχείριση του Εθνικού Συστήματος Διαπίστευσης. 2. Το Ε.ΣΥ.Δ. αποτελεί τον επίσημο τεχνικό σύμβουλο της πολιτείας σε θέματα διαπίστευσης και εκπροσωπεί τη χώρα σε διεθνείς οργανισμούς αρμόδιους για τα θέματα αυτά. 3. Το Ε.ΣΥ.Δ. χορηγεί πιστοποιητικά διαπίστευσης σε φορείς πιστοποίησης, σε φορείς επιθεώρησης και ελέγχου, σε περιβαλλοντικούς επαληθευτές και σε εργαστήρια δοκιμών και εργαστήρια μετρολογίας, που έχουν την έδρα τους ή υποκαταστήματά τους στην Ελλάδα ή στην αλλοδαπή. Επίσης, αποφασίζει για την απόρριψη, την ανάκληση ή την αναστολή της διαπίστευσης των ανωτέρω φορέων. 4. Το Ε.ΣΥ.Δ. δύναται να συμμετέχει σε Συμφωνίες Αμοιβαίας Αναγνώρισης, οι οποίες συνάπτονται μεταξύ Εθνικών

Αριθμός απόφασης: 438/2022

Φορέων Διαπίστευσης». Δυνάμει της παρ. 4 του ανωτέρω άρθρου το ΕΣΥΔ έχει προσχωρήσει στην συμφωνία αμοιβαίας αναγνώρισης (Multilateral Recognition Agreement – MLA) του Διεθνούς Φόρουμ Διαπίστευσης (International Accreditation Forum – IAF), σύμφωνα με την οποία οι συμμετέχοντες εθνικοί φορείς διαπίστευσης δεσμεύονται να αναγνωρίζουν αμοιβαία τις διαπιστεύσεις που χορηγούνται από τα λοιπά μέρη της συμφωνίας σε οργανισμούς πιστοποίησης και, επομένως, να αναγνωρίζουν και τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας που εκδίδονται από ανεξάρτητους οργανισμούς πιστοποίησης διαπιστευμένους από τους λοιπούς συμμετέχοντες στην διεθνή συμφωνία φορείς διαπίστευσης. Εν προκειμένω, όπως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, από την ελεύθερα προσβάσιμη στην ιστοσελίδα <https://www.iafcertsearch.org/> ηλεκτρονική βάση δεδομένων του IAF, επιβεβαιώνεται ότι η ίδια διαθέτει εν ισχύ τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά ISO (πράγμα που, άλλωστε, δεν αμφισβητείται από την παρεμβαίνουσα), τα οποία έχουν εκδοθεί από τον φορέα πιστοποίησης με την επωνυμία «...» και έδρα στην Η εν λόγω εταιρεία αποτελεί ανεξάρτητο φορέα πιστοποίησης διαπιστευμένο από τον φορέα διαπίστευσης με την επωνυμία «International Accreditation Service (IAS)» και έδρα στις Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής, ο οποίος έχει, όπως και ο ελληνικός φορέας διαπίστευσης ΕΣΥΔ, υπογράψει τη διεθνή συμφωνία αμοιβαίας αναγνώρισης του IAF. Ως εκ τούτου, ενόψει της συμμετοχής αμφοτέρων του ΕΣΥΔ και του IAS στην ανωτέρω συμφωνία αμοιβαίας αναγνώρισης, τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας της παρεμβαίνουσας που έχουν εκδοθεί από τον διαπιστευμένο από τον IAS ανεξάρτητο φορέα πιστοποίησης πληρούν τις προϋποθέσεις του άρθρου 86 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και της Διακήρυξης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επειδή, κατά την ειδική γνώμη του μέλους Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή: Κατ' άρ. 82 παρ. 1 Ν. 4412/2016 *“Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί*

Αριθμός απόφασης: 438/2022

από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη-μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας. Περαιτέρω, κατά τον Κανονισμό (ΕΚ) 765/2008 και δη στο άρ. 4 παρ. 1 αυτού προβλέπεται ότι “Κάθε κράτος μέλος ορίζει έναν και μόνο εθνικό οργανισμό διαπίστευσης.”, στο άρ. 5 ότι “1. Οι εθνικοί οργανισμοί διαπίστευσης, όταν τους ζητηθεί από οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης, αξιολογούν κατά πόσον ο οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης διαθέτει την τεχνική επάρκεια που απαιτείται για την υλοποίηση μιας συγκεκριμένης δραστηριότητας αξιολόγησης της συμμόρφωσης και, σε θετική περίπτωση, οι εθνικοί οργανισμοί διαπίστευσης εκδίδουν πιστοποιητικό διαπίστευσης προς το σκοπό αυτό.... 3. Ο εθνικός οργανισμός διαπίστευσης εποπτεύει τους οργανισμούς αξιολόγησης της συμμόρφωσης για τους οποίους έχει εκδώσει πιστοποιητικό διαπίστευσης. 4. Όταν ο εθνικός οργανισμός διαπίστευσης διαπιστώσει ότι ένας οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης, ο οποίος έλαβε πιστοποιητικό διαπίστευσης, δεν διαθέτει πλέον την τεχνική επάρκεια για να πραγματοποιήσει μια συγκεκριμένη δραστηριότητα αξιολόγησης της συμμόρφωσης ή έχει διαπράξει σοβαρή παράβαση των υποχρεώσεών του, ο εθνικός οργανισμός διαπίστευσης λαμβάνει όλα τα κατάλληλα μέτρα, μέσα σε εύλογο χρονικό πλαίσιο, για τον περιορισμό, την αναστολή ή την ανάκληση του πιστοποιητικού διαπίστευσής του.”, το δε άρ. 7 ότι “1. Όταν ένας οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης ζητά διαπίστευση, την ζητά από τον εθνικό οργανισμό διαπίστευσης του κράτους μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένος ή από τον εθνικό οργανισμό διαπίστευσης στον οποίο έχει προσφύγει το εν λόγω κράτος μέλος σύμφωνα με το άρθρο 4 παράγραφος 2. Εντούτοις, ένας οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης μπορεί να ζητήσει διαπίστευση από εθνικό οργανισμό διαπίστευσης διαφορετικό από εκείνους που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν το

Αριθμός απόφασης: 438/2022

κράτος μέλος στο οποίο είναι εγκατεστημένος έχει αποφασίσει να μη δημιουργήσει εθνικό οργανισμό διαπίστευσης και δεν έχει προσφύγει σε εθνικό οργανισμό διαπίστευσης άλλου κράτους μέλους σύμφωνα με το άρθρο 4 παράγραφος 2·β) όταν οι εθνικοί οργανισμοί διαπίστευσης που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο δεν πραγματοποιούν διαπίστευση όσον αφορά τις δραστηριότητες αξιολόγησης της συμμόρφωσης για τις οποίες ζητείται διαπίστευση· γ) όταν οι εθνικοί οργανισμοί διαπίστευσης που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο δεν έχουν υποβληθεί επιτυχώς στην αξιολόγηση από ομοτίμους βάσει του άρθρου 10 όσον αφορά τις δραστηριότητες αξιολόγησης της συμμόρφωσης για τις οποίες ζητείται διαπίστευση. 2. Όταν ένας εθνικός οργανισμός διαπίστευσης λαμβάνει αίτηση βάσει της παραγράφου 1 στοιχείο β) ή γ), ενημερώνει τον εθνικό οργανισμό διαπίστευσης του κράτους μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένος ο αιτών οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης. Στην περίπτωση αυτή, ο εθνικός οργανισμός διαπίστευσης του κράτους μέλους, στο οποίο είναι εγκατεστημένος ο αιτών οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης, μπορεί να συμμετάσχει ως παρατηρητής. 3. Ένας εθνικός οργανισμός διαπίστευσης μπορεί να ζητήσει από άλλον εθνικό οργανισμό διαπίστευσης να πραγματοποιήσει μέρος της αξιολόγησης. Στην περίπτωση αυτή, το πιστοποιητικό διαπίστευσης εκδίδεται από τον αιτούντα οργανισμό.”. Κατά το δε άρ. 2 ΟΡΙΣΜΟΙ του ανωτέρω Κανονισμού ορίζονται οι εξής έννοιες «10. διαπίστευση»: βεβαίωση από εθνικό οργανισμό διαπίστευσης ότι ένας οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης πληροί τις απαιτήσεις που έχουν τεθεί με εναρμονισμένα πρότυπα και, όπου είναι εφαρμοστέο, τις τυχόν πρόσθετες απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων αυτών που καθορίζονται στα αντίστοιχα τομεακά συστήματα, για να εκτελεί μια συγκεκριμένη δραστηριότητα αξιολόγησης της συμμόρφωσης· 11. «εθνικός οργανισμός διαπίστευσης»: ο μόνος οργανισμός κράτους μέλους που εκτελεί τη διαπίστευση επί τη βάση εξουσίας που του παρέχει το κράτος αυτό· 12. «αξιολόγηση της συμμόρφωσης»: η διαδικασία με την οποία αποδεικνύεται κατά πόσον πληρούνται οι ειδικές απαιτήσεις που αφορούν προϊόν, διαδικασία, υπηρεσία, σύστημα, πρόσωπο ή φορέα· 13. «οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης»: οργανισμός ο οποίος πραγματοποιεί δραστηριότητες αξιολόγησης της συμμόρφωσης, συμπεριλαμβανομένων βαθμονομήσεων, δοκιμών, πιστοποίησης και επιθεώρησης”. Συνεπώς, κατά

Αριθμός απόφασης: 438/2022

τα ανωτέρω, οι πιστοποιήσεις εκδίδονται από οργανισμούς αξιολόγησης συμμόρφωσης οικονομικών φορέων, οι οποίοι οργανισμοί αξιολόγησης πρέπει με τη σειρά τους να είναι διαπιστευμένοι από τον μοναδικό ανά κράτος-μέλος εθνικό οργανισμό διαπίστευσης, που είναι αυτός του τόπου εγκατάστασης του οργανισμού αξιολόγησης συμμόρφωσης (πιστοποιητή). Υπάρχει η δυνατότητα διαπίστευσης πιστοποιητή από εθνικό οργανισμό διαπίστευσης άλλου από αυτού της χώρας εγκατάστασης, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις του παραπάνω άρ. 7, οι οποίες ουδόλως τυγχάνουν επίκλησης ότι συνέτρεχαν εν προκειμένω ούτε οιοσδήποτε επικαλείται διασυννοριακή διαπίστευση. Παρά τα ανωτέρω, επειδή στο άρθρο 2.2.7 ζητείται τα πιστοποιητικά να έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα και ταυτόχρονα το άρθρο 2.2.9.2 Β προς απόδειξη του ανωτέρω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής ορίζει ότι: *«Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα αναγραφόμενα στην εν λόγω παράγραφο πιστοποιητικά εκδιδόμενα από ανεξάρτητους οργανισμούς πιστοποίησης»*, προκύπτει αμφισημία σχετικά με το αν τα ζητούμενα πιστοποιητικά πρέπει να έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα και όχι απλά ανεξάρτητο οργανισμό πιστοποίησης και αν σε κάθε περίπτωση η διαπίστευση μπορεί να προέρχεται, δυνάμει συμφωνίας με τρίτες χώρες και από άλλους φορείς και όχι μόνο εθνικούς/ευρωπαϊκούς φορείς διαπίστευσης κι, επομένως δεν είναι δυνατόν ν'αποκλεισθεί προσφορά δυνάμει τέτοιου (αμφίσημου) όρου». Για τους λόγους αυτούς, ο τέταρτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή, με τον **πέμπτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προβάλλοντας ότι αυτή δεν απέδειξε προσηκόντως τη μην συνδρομή στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.1 της Διακήρυξης σχετικά με την μη ύπαρξη αμετάκλητης καταδίκης για τα προβλεπόμενα από τη Διακήρυξη ποινικά αδικήματα. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται τα εξής: *«Οι σχετικοί λόγοι αποκλεισμού προβλέπονται και στο ΕΕΕΣ στο μέρος III.A.. Η '...' κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκόμισε τα υπ' αριθμούς πρωτοκόλλου, ... και ... αντίγραφα ποινικών μητρώων. Το σύνολο των ως άνω ποινικών*

Αριθμός απόφασης: 438/2022

μητρών έχουν εκδοθεί σε χρόνο μεταγενέστερο της συμμετοχής και της υποβολής της προσφοράς της ‘...’ στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Επισημαίνεται ότι εγγραφή στο ποινικό μητρώο δύναται να διαγραφεί σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του Ποινικού Κώδικα και του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (βλ. ενδεικτικά 568 επ. Κώδικα Ποινικής Δικονομίας). Συνεπώς, εκ των προσκομιζόμενων αντιγράφων ποινικών μητρών δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού κατά τον χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς. Δεδομένου ότι δεν είναι δυνατόν να προσκομιστεί ποινικό μητρώο το οποίο θα αποτυπώνει την προηγούμενη κατάσταση του προσώπου το οποίο αφορά, αποδεικνύεται ότι δεν υφίσταται περίπτωση μη προσκόμισης δικαιολογητικού ή έλλειψης σε υποβληθέν δικαιολογητικό κατακύρωσης αλλά αντιθέτως ότι η ‘...’ δεν απόδειξε τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού κατά το στάδιο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς». Η **παρεμβαίνουσα** αντιτάσσει στα ότι «νομίμως και ορθώς η εταιρεία μας προς απόδειξη πλήρωσης της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης, στο μεν στάδιο συμμετοχής προέβη στη συμπλήρωση του σχετικού πεδίου του ΕΕΕΣ δια της άρνησης συνδρομής στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού λόγω αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης, στο δε στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως προσωρινός ανάδοχος, υπέβαλε το ανωτέρω αναφερόμενα ποινικά μητρώα (υπ’ αριθμούς πρωτοκόλλου, ... και ...), καθώς για το προγενέστερο χρονικό διάστημα η πλήρωση της εν λόγω απαίτησης καλύπτεται από το ορθώς συμπληρωθέν και υποβληθέν από την εταιρεία μας ΕΕΕΣ [...]».

30. Επειδή, όσον αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με την απόδειξη της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 17), από το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, σε συμμόρφωση με το οποίο έχει συμπεριληφθεί στη Διακήρυξη η σχετική διάταξη του άρθρου 2.2.9.2, δεν απαιτείται πλέον να υποβληθεί με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης αποδεικτικό μέσο με χρόνο ισχύος που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η συνδρομή της αντίστοιχης προϋπόθεσης συμμετοχής έχει δηλωθεί αληθώς στο ΕΕΕΣ. Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα απέδειξε την μη συνδρομή στο πρόσωπό της

Αριθμός απόφασης: 438/2022

του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού απαντώντας αρνητικά στα οικεία πεδία του υποβληθέντος με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής ΕΕΕΣ και, επομένως, δεν όφειλε να προσκομίσει κανένα άλλο αποδεικτικό μέσο σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Στη συνέχεια, στις 31/12/2021, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε παραδεκτώσ με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα εκδοθέντα σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 12 Ν. 4412/2016 (πράγμα που, άλλωστε, δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα). Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε σε συμμόρφωση με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 2.2.9.2.Β.1.α' της Διακήρυξης αποσπάσματα ποινικών μητρώων με αρ. πρωτ. α) ... για τον ..., β) ... για τον ..., γ) ... για τον ... και δ) ... για τον, τα οποία ήταν απαραίτητα, αλλά και επαρκή, για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.1., όπως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα. Τέλος, η προσφεύγουσα αμφισβητεί με την απόδειξη της μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού από την παρεμβαίνουσα με τους προπαρατεθέντες ισχυρισμούς που απερρίφθησαν κατά τα άνω, αλλά δεν προβάλλει με συγκεκριμένο τρόπο ότι ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού συνέτρεχε σε οποιονδήποτε κρίσιμο χρόνο στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας ούτε επικαλείται οποιοδήποτε στοιχείο σχετικά και, επομένως, ο περί συνδρομής του λόγου αποκλεισμού ισχυρισμός της είναι απορριπτέος ως αόριστος. Κατόπιν των ανωτέρω, και ο πέμπτος λόγος αποκλεισμού της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος. Επειδή, κατά την ειδική γνώμη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή, με την τροποποίηση του άρθρου 104 βάσει του ν. 4782/2021 ουδόλως επήλθε οιαδήποτε μεταβολή ως προς την υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, τουναντίον επιβεβαιώθηκε η ήδη ισχύουσα υποχρέωση προσκόμισης μόνο του ΕΕΕΣ, ως προαποδεικτικού μέσου, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών. Αυτονοήτως δε πέραν του ΕΕΕΣ ουδέν άλλο αποδεικτικό μέσο μπορεί να γίνει δεκτό προς υποκατάσταση αυτού. Τυχόν δε

Αριθμός απόφασης: 438/2022

υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής που υποστηρίζεται ανωτέρω, αφενός μεν αυτή έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016- το οποίο σημειωτέον επίσης τροποποιήθηκε με το νόμο 4782/2021- στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαποδεικτικό και όχι αποδεικτικό μέσο, αφετέρου συνεπάγεται το ανεφάρμοστον της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 – το οποίο ομοίως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021- σύμφωνα με το οποίο κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ο εν λόγω έλεγχος καθίσταται αδύνατος αν δεν προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (βλ. ΑΠΠ 297/2022). Πλην, όμως, ειδικά σε ο,τι αφορά τα ποινικά μητρώα προκύπτει εκ του ειδικότερου περιεχομένου τους ότι καλύπτουν και αυτόν τον χρόνο παρά το γεγονός ότι εκδόθηκαν μεταγενέστερα κι, επομένως ο λόγος της προσφυγής πρέπει ν' απορριφθεί.

31. Επειδή, με τον **έκτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προβάλλοντας ότι αυτή δεν απέδειξε προσηκόντως τη μη συνδρομή στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.β' της Διακήρυξης ότι δεν τελεί υπό πτώχευση ή μία από τις συναφείς καταστάσεις που προβλέπονται στον ανωτέρω όρο της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται τα εξής: «Οι σχετικοί λόγοι αποκλεισμού προβλέπονται και στο ΕΕΕΣ στο μέρος III.B.. Η εταιρεία '...' συστήθηκε την 07.10.2004, όπως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα από την ίδια έγγραφα και την ελευθέρως προσβάσιμη υπηρεσία του Γενικού Εμπορικού Μητρώου. Η '...' κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν προσκόμισε το απαιτούμενο πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου αναφορικά με την κατάθεση αίτησης λύσης της εταιρείας, δεδομένου ότι για το χρονικό διάστημα από 01.03.2013 έως 31.12.2015, η εξέταση των αιτήσεων λύσης αποτελούσε αρμοδιότητα του Ειρηνοδικείου. Επιπλέον, δεν προσκομίστηκε το πιστοποιητικό του Εφετείου Αθηνών αναφορικά με τις διαδικασίες των άρθρων 44, 45, 46, 46α, 46β, 46γ του ν. 1892/1990, ο οποίος ίσχυε κατά το χρόνο σύστασης και λειτουργίας της '...' έως την κατάργησή του βάσει των διατάξεων

Αριθμός απόφασης: 438/2022

του Πτωχευτικού Κώδικα. Στο προσκομισθέν πιστοποιητικό ... δικαστικής φερεγγυότητας αναφέρεται ότι δεν δύναται να βεβαιωθεί εάν έχει κατατεθεί αίτηση και έχει εκδοθεί απόφαση αναφορικά με την υπαγωγή σε εκκαθάριση. Ωστόσο τη σχετική απαίτηση μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού δεν την καλύπτει και δεν αποδεικνύει με άλλο τρόπο η '...'. Επίσης, η προσκομισθείσα ένορκη βεβαίωση δεν αναφέρεται στις περιπτώσεις λύσεις ή/και, μη (απλής και όχι ειδικής) εκκαθάρισης, ενώ για τις λοιπές περιπτώσεις στις οποίες αναφέρεται, η σχετική ένορκη βεβαίωση δεν έχει το απαιτούμενο εκ του νόμου περιεχόμενο, δηλαδή δεν υφίσταται αναφορά σε πιστοποιητικά τα οποία δεν εκδίδονται και στο ειδικότερο περιεχόμενο της ένορκης βεβαίωσης το οποίο καλύπτει τη σχετική απαίτηση. Προσκομίζεται δε το υπ' αριθμό ... γενικό πιστοποιητικό του Γενικού Εμπορικού Μητρώου, το οποίο έχει εκδοθεί σε χρόνο μετά την συμμετοχή και την υποβολή της προσφοράς στη διαγωνιστική διαδικασία και, επομένως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των σχετικών λόγων αποκλεισμού για το χρόνο πριν τη συμμετοχή και την υποβολή της προσφοράς στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, προσκομίζεται η από 28.12.2021 εκτύπωση καρτέλας 'Στοιχεία Μητρώου / Επιχείρησης', η οποία έχει εκδοθεί σε χρόνο μετά την συμμετοχή και την υποβολή της προσφοράς και, επομένως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή του σχετικού λόγου αποκλεισμού, δηλαδή της αναστολής εργασιών, για το χρόνο πριν από την συμμετοχή και την υποβολή της προσφοράς. Δηλαδή η εταιρεία θα μπορούσε να είχε αναστείλει τις σχετικές δραστηριότητες της και κατόπιν να εκκινήσει εκ νέου αυτές. Κατά τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι δεν υφίσταται περίπτωση μη προσκόμισης δικαιολογητικού ή έλλειψης σε υποβληθέν δικαιολογητικό κατακύρωσης αλλά αντιθέτως αποδεικνύεται ότι η '...' δεν πληρούσε την απαίτηση μη συνδρομής των συγκεκριμένων ως άνω λόγων αποκλεισμού κατά τον χρόνο της συμμετοχής και της υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης». Η **παρεμβαίνουσα** αντιτάσσει στα ανωτέρω τα εξής: «2.1 Η εταιρεία μας προσκόμισε ως όφειλε και σε πλήρη συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, για τη απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3.4 περίπτωση β' τα κάτωθι δικαιολογητικά: i) Το με αριθμό ... ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ, εκδοθέν την 07.12.2021 το οποίο φέρει αριθμό επαλήθευσης ... μέσω της υπηρεσίας της Επαλήθευσης

Αριθμός απόφασης: 438/2022

Πιστοποιητικών (<https://extapps.solon.gov.gr/mojwp/faces/PreviewCertificate>) προς απόδειξη ότι η εταιρεία μας δεν τελεί υπό πτώ ευση, δεν έχει υπα θεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης, δεν τελεί υπό αναγκαστική δια είριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο, δεν έχει υπα θεί σε διαδικασία πτω ευτικού συμβιβασμού και δεν έχει υπα θεί σε διαδικασία εξυγίανσης, ούτε βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. ii) Το με. Αριθ.Πρωτ.: ... ΓΕΝΙΚΟ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ του Γ.Ε.Μ.Η. εκ του οποίου προκύπτει ότι : α) δεν έχει παρέλθει ο εκ του καταστατικού ορισμένος ρόνος διάρκειας της, β) δεν έχει καταχωρισθεί στη Μερίδα της εταιρείας στο ΓΕΜΗ, απόφαση Γενικής Συνέλευσης για λύση της εταιρείας & θέση αυτής σε εκκαθάριση και γ) δεν έχει περιέλθει στην στο ΓΕΜΗ αίτηση, αγωγή ή δικαστική απόφαση για λύση της εταιρείας και διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστή ή συν-εκκαθαριστή, ούτε απόφαση που να τη θέτει υπό αναγκαστική δια είριση ή ειδική εκκαθάριση. iii) Εκτύπωση της καρτέλας “Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης” από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων, όπως αυτά εμφανίζονται στο *taxisnet* με ημερομηνία 28/12/2021, για την απόδειξη της μη αναστολής των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων της εταιρεία μας. 2.2. Τα ως άνω πιστοποιητικά συνοδεύονται συμπληρωματικά από i] την με αριθμό 7.116 ένορκη βεβαίωση του νομίμου Εκπροσώπου της Εταιρείας για τον Παρόντα διαγωνισμό, η οποία υποβλήθηκε ως απαραίτητο δικαιολογητικό και συμπληρωματικό έγγραφο για όσα πιστοποιητικά δεν εκδίδονται στην Ελλάδα από τις αρμόδιες αρχές ή για όσα από αυτά δεν καλύπτουν στο σύνολό τους όλες τις περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.4. περίπτωση Β και από ii] το με αριθμό ... Πιστοποιητικό του Ειρηνοδικείου Χαλανδρίου. Η εταιρεία μας συμπληρωματικά και χωρίς καμία υποχρέωση προσκόμισε επιπλέον το πιστοποιητικό του Ειρηνοδικείου καθότι αυτό έχει πλέον καταργηθεί και αντικατασταθεί από το ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ και την ένορκη βεβαίωση, καθότι στο Επιγραφικό αποθετήριο πιστοποιητικών (e-Certis) δεν υπάρχει σ ετική δήλωση αδυναμίας έκδοσης πιστοποιητικού αναφορικά με τους λόγους αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4. περίπτωση Β, για τα οποία θα γίνει εκτενής λόγος κατωτέρω [...] i) Για όλους τους λόγους αποκλεισμού που αναφέρονται στη παράγραφο 2.2.3.4. περίπτωση β, εκδίδονται πιστοποιητικά τα οποία σαφώς έχουν οριστεί τόσο στη διακήρυξη

Αριθμός απόφασης: 438/2022

όσο και στο Επιγραμμικό αποθετήριο πιστοποιητικών (e-Certis) και είναι αυτά που ζητούσε η Διακήρυξη, ήτοι i) Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας απ' το αρμόδιο Πρωτοδικείο, ii) Πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η., iii) Εκτύπωση της καρτέλας "Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης" απ' την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων και τα οποία προσκομίστηκαν από την εταιρεία μας. ii) τα αναφερόμενα πιστοποιητικά (δικαστικής φερεγγυότητας και ΓΕΜΗ) αποδεικτικό έγγραφο (εκτύπωση της καρτέλας "Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης") καλύπτουν και απαντούν σε όλες τις περιπτώσεις αποκλεισμού, που ορίζονται εξαντλητικά στο Νόμο και τη Διακήρυξη. Εάν για κάποιες από τις περιπτώσεις δεν εκδιδόταν πιστοποιητικό, το γεγονός αυτό θα έπρεπε να αναφέρεται στο e-certis, ώστε να εκδίδεται η απαιτούμενη επίσημη δήλωση - αρνητική βεβαίωση. [...]

α) πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου περί μη κατάθεσης αίτησης λύσης της εταιρείας για το χρονικό διάστημα 01.03.2013 έως 31.12.2015. Το εν λόγω πιστοποιητικό δεν εκδιδόταν ποτέ από το αρμόδιο κατά τόπον Ειρηνοδικείο Χαλανδρίου. Το μόνο πιστοποιητικό που εκδιδόταν για την χρονική αυτή περίοδο είναι το πιστοποιητικό περί μη διορισμού /αντικατάσταση εκκαθαριστή-συνεκκαθαριστή, το οποίο εκ του περισσού, η εταιρεία μας έχει προσκομίσει. Αυτές τις καταστάσεις ήρθε να επιλύσει η έκδοση του πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας σύμφωνα και με τη σχετική εγκύκλιο με Αρ. Πρωτ: ... [...]

Όμως, ακόμη και αν δεχτούμε την ύπαρξη του, έχει καταργηθεί και αντικατασταθεί με το πιστοποιητικό ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ του πρωτοδικείου (βλ. ανωτέρω). Εκτός των άλλων η μη λύση της εταιρείας βεβαιώνεται τόσο από το Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας όσο και από το κατατεθειμένο και απαιτούμενο από τη διακήρυξη πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ. β) πιστοποιητικό του εφετείο αναφορικά με τις διαδικασίες των άρθρων 44, 45, 46, 4 α, 4 β, 4 γ του ν. 1892/1990. Το εν λόγω πιστοποιητικό, όφειλε να γνωρίζει ότι έχει καταργηθεί με το άρθρο 181 του νέου Πτωχευτικού Κώδικα (Ν.3588/2007-ΦΕΚ 153/Α/10-7-2007) και πλέον έχει αντικατασταθεί με το πιστοποιητικό ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ του πρωτοδικείου (βλ. ανωτέρω). γ) πιστοποιητικό αναφορικά με την υπαγωγή σε εκκαθάριση. [...]

Αποδείχθηκε αδιαμφισβήτητα ότι από το άρθρο 81 ν.4412/201 και από το γράμμα της Διακήρυξης σε συνδυασμό με το Επιγραμμικό αποθετήριο πιστοποιητικών (e-Certis), ποια είναι τα πιστοποιητικά που πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 438/2022

προσκομισθούν και ότι δεν υπάρ ει περίπτωση (λόγος αποκλεισμού) για τον οποίο δεν εκδίδεται πιστοποιητικό. Η διατύπωση της περίπτωσης 6 στο πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας απλά υποδηλώνει την αναρμοδιότητα του Πρωτοδικείου να βεβαιώσει περί της κοινής εκκαθάρισης ή μη ανωνύμου εταιρείας, καθώς η αρμοδιότητα αυτή ανήκει στο ΓΕΜΗ και για τον λόγο αυτό ζητείται η προσκόμιση του σχετικού πιστοποιητικού από το ΓΕΜΗ. [...]Στην απίθανη περίπτωση κατά την οποία κριθεί ότι υφίσταται πιστοποιητικό που αφορά στους λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.4.β και το οποίο δεν εκδίδεται, η εταιρεία μας έχει υποβάλει την με αριθμό ... ένορκη βεβαίωση του νομίμου Εκπροσώπου της Εταιρείας για τον παρόντα διαγωνισμό, στην οποία αναφέρεται ρητά και αναλυτικά ότι η εταιρεία δεν τελεί στις περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.4. περίπτωση β', αναφέροντας αυτές μία προς μία και ότι η ένορκη βεβαίωση αυτή συνιστά απαραίτητο δικαιολογητικό και συμπληρωματικό έγγραφο για όσα πιστοποιητικά δεν εκδίδονται στην Ελλάδα από τις αρμόδιες αρχές ή για όσα από αυτά δεν καλύπτουν στο σύνολό τους όλες τις περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.4. περίπτωση Β. δ) Τέλος η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ΔΗΘΕΝ θα μπορούσαμε να είχαμε αναστείλει τις δραστηριότητες μας κατά την υποβολή της προσφοράς και να τις είχαμε εκκινήσει εκ νέου σε μεταγενέστερο χρόνο. Ισχυρισμός ο οποίος είναι παντελώς αβάσιμος καθώς όπως αποδεικνύεται από την Εκτύπωση της καρτέλας “Στοιχεία Μητρώου/Επιχείρησης” η εταιρεία μας δραστηριοποιείται σε διάφορους κλάδους αδιάκοπα. τουλάχιστον από το 2008. Β.1. Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ως προς τον χρόνο έκδοσης των πιστοποιητικών δεν βρίσκουν έρεισμα στο νόμο 4412/2016 (βλέπετε συμπληρωματικά ανωτέρω υπό Β.ΙΙ). Σύμφωνα με το νέο άρθρο 104 ν. 4412/2016-Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές, όπως αυτό εισήχθη δια του άρθρου 44 του ν. 4782/2021, με έναρξη ισχύος από 1/6/2021[...]».

32. Επειδή, όσον αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με την απόδειξη της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 17), από το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, σε συμμόρφωση με το οποίο έχει συμπεριληφθεί στη Διακήρυξη η σχετική διάταξη του άρθρου 2.2.9.2, δεν

Αριθμός απόφασης: 438/2022

απαιτείται πλέον να υποβληθεί με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης αποδεικτικό μέσο με χρόνο ισχύος που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η συνδρομή της αντίστοιχης προϋπόθεσης συμμετοχής έχει δηλωθεί αληθώς στο ΕΕΕΣ. Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα απέδειξε την μη συνδρομή στο πρόσωπό της του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού απαντώντας αρνητικά στα οικεία πεδία του υποβληθέντος με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής ΕΕΕΣ και, επομένως, δεν όφειλε να προσκομίσει κανένα άλλο αποδεικτικό μέσο σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Στη συνέχεια, στις 31/12/2021, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε παραδεκτώς με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα εκδοθέντα σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 12 Ν. 4412/2016 (πράγμα που, άλλωστε, δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα). Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε σε συμμόρφωση με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 2.2.9.2.Β.1.γ' α) το από 7/12/2021 υπ' αριθ. ... πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, β) το από 13/12/201 υπ' αριθ. ... γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ και γ) την από 28/12/2021 εκτύπωση από το TAXISNET, τα οποία ήταν απαραίτητα, αλλά και επαρκή, για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.β', όπως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα. Ειδικότερα, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 2.2.3.4.β' και 2.2.9.2.Β.1.γ' της Διακήρυξης, σε συνδυασμό με το υπ' αριθ. πρωτ. 13535/29-3-2021 έγγραφο του Υπουργείου Δικαιοσύνης με θέμα «Διαδικασία έκδοσης Ενιαίου Πιστοποιητικού Δικαστικής Φερεγγυότητας» (ΑΔΑ: Ω1Α2Ω-41Τ), προκύπτει ότι για ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες, όπως η παρεμβαίνουσα, αρκεί προς απόδειξη της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγο αποκλεισμού η προσκόμιση με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας, ενώ ουδόλως απαιτείται οποιοδήποτε συμπληρωματικό πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου ή Εφετείου, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Όπως δε, περαιτέρω, προκύπτει από το ανωτέρω έγγραφο του Υπουργείου Δικαιοσύνης, η έκδοση των αναφερόμενων από την προσφεύγουσα πιστοποιητικών έχει καταργηθεί,

Αριθμός απόφασης: 438/2022

κατόπιν της εισαγωγής του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας. Προκύπτει δε και εξ αντιδιαστολής από την ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης περί υποβολής πιστοποιητικού Ειρηνοδικείου για το διάστημα ως 31-12-2019 ειδικά για τους συνεταιρισμούς, ότι ουδέν πρόσθετο απαιτείται για τους λοιπούς οικονομικούς φορείς, όπως, εν προκειμένω η παρεμβαίνουσα που αποτελεί ημεδαπή ανώνυμη εταιρεία (βλ. ΑΕΠΠ 1697/2021). Τέλος, η προσφεύγουσα αμφισβητεί μεν την απόδειξη της μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού από την παρεμβαίνουσα με τους προπαρατεθέντες ισχυρισμούς που απερρίφθησαν κατά τα άνω, αλλά δεν προβάλλει με συγκεκριμένο τρόπο ότι αυτός συνέτρεχε σε οποιονδήποτε κρίσιμο χρόνο στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας ούτε επικαλείται οποιοδήποτε στοιχείο σχετικά και, επομένως, ο περί συνδρομής του λόγου αποκλεισμού ισχυρισμός της είναι απορριπτέος ως αόριστος. Κατόπιν των ανωτέρω, και ο έκτος λόγος αποκλεισμού της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος. Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα άποψη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή, ο λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός, ώστε να κληθεί ο παρεμβαίνων, πριν τον αποκλεισμό του, να προσκομίσει τα μη υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης που να καλύπτουν και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Ειδικότερα, με την τροποποίηση του άρθρου 104 βάσει του ν. 4782/2021 επήλθε οιαδήποτε μεταβολή ως προς την υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίζει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, τουναντίον επιβεβαιώθηκε η ήδη ισχύουσα υποχρέωση προσκόμισης μόνο του ΕΕΕΣ, ως προαποδεικτικού μέσου, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών. Αυτονοήτως δε πέραν του ΕΕΕΣ ουδέν άλλο αποδεικτικό μέσο μπορεί να γίνει δεκτό προς υποκατάσταση αυτού. Τυχόν δε υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής που υποστηρίζεται ανωτέρω, αφενός μεν αυτή έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016- το οποίο σημειωτέον επίσης τροποποιήθηκε με το νόμο 4782/2021- στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι το ΕΕΕΣ συνιστά προαποδεικτικό και όχι αποδεικτικό μέσο, αφετέρου συνεπάγεται το ανεφάρμοστον της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 – το οποίο ομοίως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021-

Αριθμός απόφασης: 438/2022

σύμφωνα με το οποίο κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ο εν λόγω έλεγχος καθίσταται αδύνατος αν δεν προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα αποδεικτικά μέσα περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής τα οποία θα καλύπτουν και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (βλ. ΑΠΠ 297/2022).

33. Επειδή, με τον **έβδομο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα επαναλαμβάνει τους προβαλλόμενους α) με τον έκτο λόγο της προσφυγής και β) με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής και σχετικά με την απόδειξη της μη συνδρομής των οικείων λόγων αποκλεισμού της δηλωθείσας από την παρεμβαίνουσα υπεργολάβου. Ειδικότερα, προβάλλεται, με ισχυρισμούς πανομοιότυπους με αυτούς που προβλήθηκαν κατά τα άνω για την ίδια την παρεμβαίνουσα, ότι δεν απεδείχθη αφενός η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4..β' στο πρόσωπο της υπεργολάβου και αφετέρου η κατοχή από αυτήν των απαιτούμενων από το άρθρο 2.2.7 της Διακήρυξης πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας Ως προς το πρώτο σκέλος του έβδομου λόγου της προδικαστικής προσφυγής, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. ανωτέρω σκέψη 28) και του γεγονότος ότι για την υπεργολάβο υπεβλήθησαν το απαιτούμενα από τη Διακήρυξη αποδεικτικά μέσα, ήτοι το ... ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ και εκτύπωση της καρτέλας μητρώου από το TAXISNET, ο έβδομος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος κατά το πρώτο σκέλος του, διότι απεδείχθη σύμφωνα με τη διακήρυξη η μη συνδρομή στο πρόσωπο της υπεργολάβου του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού. Σχετικά με την μειωψηφούσα άποψη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή ισχύει ό,τι και ανωτέρω αντιστοίχως εκτέθηκε. Περαιτέρω, ως προς το δεύτερο σκέλος του έβδομου λόγου της προδικαστικής προσφυγής, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω (βλ. σκέψη 24) και του γεγονότος ότι υπεβλήθησαν για την υπεργολάβο τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη αποδεικτικά μέσα, ήτοι πιστοποιητικό ISO εκδοθέν από τον διαπιστευμένο ανεξάρτητο φορέα πιστοποίησης ..., το οποίο γίνεται δεκτό ως αποδεικτικό μέσο για τους λόγους που παρατέθηκαν ανωτέρω (βλ. σκ. 28), ο έβδομος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος και κατά το δεύτερο σκέλος αυτού. Παρομοίως,

Αριθμός απόφασης: 438/2022

σχετικά με την ειδική γνώμη του μέλους του Κλιμακίου Γερασιμούλας-Μαρίας Δρακονταειδή ισχύει ό,τι και ανωτέρω αντιστοίχως εκτέθηκε.

34. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

35. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, κατά τα ανωτέρω.

36. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί,

37. Επειδή, κατόπιν της αποδοχής της προσφυγής, πρέπει να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 24 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ελευθερία Καλαμιώτη

Παναγιώτα Καλαντζή