

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2-7-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/614/3-7-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του αναθέτοντος φορέα «ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΑ ΑΕ», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί η κοινοποιηθείσα σε αυτόν από 20.6.2018 Απόφαση της 928/19.6.2018 (θέμα 3ο) Συνεδρίασης Συμβουλίου Διεύθυνσης του αναθέτοντος, στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης της διακήρυξης με αρ. 6717 Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών Υποστήριξης του Τμήματος Σχεδιασμού και Λειτουργίας Δεμάτων και Logistics, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής (CPV: 60161000-4), εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 383.870,96 ευρώ που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002503495 την 28-12-2017 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α 51670 την 2-1-2018.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ'άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 22177141695808280053194000 και ποσού ευρώ 1.940,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Τραπέζης Πειραιώς της 2-7-2018.

2. Επειδή, η από 2-7-2018 προδικαστική προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περατώσεως σταδίου δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών. Ειδικότερα, ο προσφεύγων έγινε αποδεκτός στη διαδικασία και στρέφεται κατά της αποδοχής του μόνου έτερου αποδεκτού διαγωνιζομένου, ήτοι της ενώσεως οικονομικών φορέων «...». Ο δε προσφεύγων επικαλείται με τον μόνο λόγο της προσφυγής του ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος δεν αποδεικνύει την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας που αφορά τις υπηρεσίες μεταφοράς δεμάτων κατά το CPV, η οποία αποδεικνύεται αποκλειστικά από το σχετικό πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ, ενώ δεν αποδεικνύεται από το ΤΕΥΔ και την τεχνική προσφορά το τμήμα των εργασιών που θα εκτελεστούν από την ... ως μέλους της ένωσης, ζητήματα που εξάλλου δεν επιλύθηκαν με το από 25-5-2018 διευκρινιστικό υπόμνημα και τα συνοδευτικά έγγραφα που υπέβαλε η παραπάνω ένωση στον αναθέτοντα. Ειδικότερα με τον πρώτο ειδικότερο ισχυρισμό του ο προσφεύγων επικαλείται μη άσκηση εκ μέρους της ... δραστηριότητας τηλεφωνικής εξυπηρέτησης πελάτων, με τον δεύτερο ισχυρισμό μη άσκηση εκ μέρους της ... υπηρεσιών επεξεργασίας δεδομένων, με τον τρίτο ισχυρισμό μη άσκηση εκ μέρους της ... έλεγχο διαδικασιών ορθής φόρτωσης σάκων και εμπορευματοκιβωτίων και αποσφράγιση αποστολών και των φυσικών ελέγχων αντικειμένων, με τον τέταρτο ισχυρισμό αιτιάται ότι η επίκληση εκ μέρους της ένωσης άσκησης από την ... «γενικής επιστασίας» δεν μνημονεύεται στο ΤΕΥΔ και στην τεχνική προσφορά, ενώ αντίθετα ως «συντονιστής» καταγράφεται στο ΤΕΥΔ η ..., ενώ οι αναφερόμενες δραστηριότητες στο πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ είναι εξαιρετικά γενικές και δεν συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης ούτε υφίσταται κάποια εν γένει δραστηριότητα της ..., η οποία να συνδέεται με το αντικείμενο της διακήρυξης, ενώ εξάλλου αφού η ... στερείται της δυνατότητας εκτέλεσης συγκεκριμένης δραστηριότητας και του αντίστοιχου τμήματος του έργου είναι

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

αδύνατον να παρέχει υπηρεσίες διαχείρισης του εν λόγω τμήματος ή των υπηρεσιών διαχείρισης της διαδικασίας του.

3. Επειδή, κατά την Απόφαση 373/2018, σκ. 10-11, κρίθηκε επί της προηγούμενης προσφυγής του νυν προσφεύοντος κατά της απόφασης της αναθέτουσας να αποδεχθεί την προσφορά της παραπάνω ένωσης τα εξής. «10... Όσον αφορά τον δεύτερο ειδικότερο ισχυρισμό του τρίτου λόγου της προσφυγής, προκύπτει ότι ο όρος 2.2.4 της διακήρυξης περί κριτηρίου επιλογής ως προς την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας θεσπίζεται σύμφωνα με το γράμμα του για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία, αδιακρίτως αν μετέχουν σε ένωση με έτερους οικονομικούς φορείς ή μη. Σημειωτέον δε, ότι, βλ. ανωτέρω σκ. 9, η πρόβλεψη του άρ. 254 παρ. 3 Ν. 4412/2016 περί ευχέρειας του αναθέτοντος να θεσπίσει όρους περί των απαιτήσεων που κάθε μέλος ένωσης πρέπει να πληροί αφορά αποκλειστικά τα κριτήρια ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ενώ και η αντίστοιχη διάταξη του άρ. 19 παρ. 2 εδ. β' του Βιβλίου Ι αφορά τα κριτήρια αυτά ως και τα κριτήρια περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (σημειωτέον δε ότι ακόμη και για τις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών υπηρεσιών, όπου ρητά ορίζεται ότι τα υπόλοιπα κριτήρια επιλογής αρκεί να συντρέχουν στο πρόσωπο κάποιου εκ των μελών, άνευ ευχέρειας της αναθέτουσας να αποφασίσει αντιθέτως, και πάλι τα κριτήρια του άρ. 75 παρ. 2, ήτοι περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας θα πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο κάθε μέλους). Περαιτέρω, ακόμη και η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 προβλέπεται αποκλειστικώς για τα κριτήρια ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Σε κανένα δε σημείο του Ν. 4412/2016 δεν υφίσταται περίπτωση και πρόβλεψη συμμετοχής προσφέροντος σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, χωρίς τα οικεία κριτήρια ειδικώς ως προς την καταλληλότητα του για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας κατ' άρ. 75 παρ. 2 Ν. 4412/2016, να απαιτείται να συντρέχουν απευθείας στο πρόσωπό του. Εξυπακούεται πάντως, ότι η επαγγελματική δραστηριότητα για την οποία οι

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

προσφέροντες, άρα και τα μέλη ένωσης πρέπει να είναι κατάλληλοι, είναι αυτή του συμβατικού αντικειμένου και ειδικότερα, όταν αυτό αναλύεται σε περισσότερες επιμέρους εργασίες, του μέρους του συμβατικού αντικειμένου στο οποίο θα αναμιχθούν και το οποίο θα εκτελέσουν. Κατά το δε Παράρτημα 1-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ ΕΡΓΟΥ, άρ. 1 και 4 της διακήρυξης ορίζεται ότι “αντικείμενο του έργου είναι η υποστήριξη των εργασιών της παραλαβής και επίδοσης δεμάτων ΕΛΤΑ, καθώς και η εκτέλεση των λοιπών συναφών εργασιών που σχετίζονται με την λειτουργία της Υπηρεσίας Δεμάτων...”, ενώ επιπλέον η περιγραφή του έργου συνίσταται στα εξής “Παραλαβή σάκων και εμπορευματοκιβωτίων από τα σημεία παραγωγής. Αποσφράγιση αποστολών. Καταχώρηση δεδομένων. Φυσικοί έλεγχοι αντικειμένων. Επιστροφές. Τηλεφωνική εξυπηρέτηση πελατών. Υλοποίηση διαλογής δεμάτων εντός των Μονάδων Παραγωγής. Παραλαβή και προετοιμασία Υπηρεσιακού Οχήματος ΕΛΤΑ. Μέριμνα για ορθή φόρτωση σάκων και εμπορευματοκιβωτίων στο υπηρεσιακό όχημα, στη βάση της δυναμικότητάς του. Εκφόρτωση και παράδοση των σάκων και εμπορευματοκιβωτίων σε Μονάδες Παραγωγής, υλοποίηση έργου διαμετακόμισης και αποσφράγισης αποστολών, όπου και όταν απαιτείται, εντός του προβλεπόμενου ωραρίου εργασίας. Έργο οδήγησης, παραλαβής και επίδοσης δεμάτων από και στην έδρα των πελατών. Επιστροφή και παράδοση αντικειμένων. Παράδοση οχήματος.”. Η δε έτερη διαγωνιζομένη μετέχει ως ένωση προσφερόντων, περίπτωση κατά την οποία δηλαδή, τα μέλη αυτής μετέχουν τα ίδια στη διαδικασία ανάθεσης ως προσφέροντες, υποβάλλουν κοινή προσφορά και εν τέλει αναλαμβάνουν ευθέως εκ της κοινής προσφοράς τους και της κοινής συμμετοχής τους στη διαδικασία υποχρεώσεις έναντι της αναθέτουσας, οι οποίες υποχρεώσεις ανάγονται πάντως στην εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, την ανάληψη του οποίου από κοινού διεκδικούν δια της κοινής προσφοράς τους (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 237, 269/2018 περί της διακρίσεως ένωσης προσφερόντων, υπεργολάβου και τρίτου οικονομικού φορέα). Δια του δε ιδιωτικού συμφωνητικού συστάσεως της ένωσης, βλ. ανωτέρω σκ. 7, τα μέλη αυτής, άρ. 4 συμφωνητικού, ανέλαβαν να συνεργαστούν για την εκτέλεση του έργου κατά τους όρους της διακήρυξης και της

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

υπογραφεσόμενης τυχόν σύμβασης και να διαθέσουν τα κατάλληλα εξειδικευμένα άτομα που κρίνονται αναγκαία για την επιτυχή υλοποίηση του έργου. Ούτε όμως από τα οικεία ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης αυτής ούτε από την τεχνική προσφορά της, κατέστη δυνατό να εντοπιστεί τι ακριβώς θα εκτελέσει, αν η ένωση καταστεί ανάδοχος, το μέλος αυτής ..., πράγμα που σε κάθε περίπτωση δεν προβάλλεται μεν δια της προκείμενης προσφυγής, πλην όμως συνιστά αναγκαίο προαπαιτούμενο για την εξέταση της εκ μέρους της πλήρωσης του όρου 2.2.4 της διακήρυξης ως προς την καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας και ειδικότερα αν ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας. Αναφέρει δε στο ΤΕΥΔ του το ως άνω μέλος την εγγραφή του στο ΓΕΜΗ, πλην όμως στο Μέρος II Ενότητα Α αυτού, όπου ερωτάται για τον ρόλο του στην ένωση απαντά "Υπεύθυνος φια συγκεκριμένα καθήκοντα", χωρίς εξ αυτής της απάντησης να προκύπτει ποιες εργασίες του συμβατικού αντικειμένου θα εκτελέσει. Και ναι μεν, κατά τα ανωτέρω δεν απαιτείται μέλος ένωσης προσφερόντων που θα εκτελέσει συγκεκριμένες εργασίες από το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου, να πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας προς άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, ήτοι συννόμως να ασκεί την οικεία δραστηριότητα για το σύνολο των εργασιών, ήτοι και για εργασίες που δεν θα εκτελέσει, πλην όμως θα πρέπει προφανώς να τα πληροί για τα συγκεκριμένα καθήκοντα και μέρη του συμβατικού αντικειμένου που θα αναλάβει στο πλαίσιο της κοινής ανάληψης της σύμβασης, κατ' αποτέλεσμα της κοινής προσφοράς, άρα θα πρέπει να προκύπτει το αντικείμενο και η έκταση που θα αναλάβει. Εξάλλου, κατά το προσκομισθέν από τον προσφεύγοντα πιστοποιητικό ΓΕΜΗ του μέλους της έτερης διαγωνιζόμενης ένωσης, "...” προκύπτει μεταξύ άλλων ως καταστατικός του σκοπός υπό ζ' η παροχή υπηρεσιών υποστήριξης της επιχειρηματικότητας, η οποία έχει σχέση με το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο μεν, πλην όμως δεν συνδέεται πρόδηλα με κάποια από τις εργασίες του, ως ανωτέρω αναλύθηκαν, οι οποίες συνίστανται σε ταχυδρομικές και εν γένει μεταφορικές υπηρεσίες, ως και τηλεφωνική εξυπηρέτηση. Και ναι μεν, η προσκόμιση των οικείων αποδεικτικών δεν απαιτείτο μετά της υποβολής της προσφοράς, αλλά αφορούσε κατ' άρ. 2.2.9.2 παρ. Β2 δικαιολογητικό

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

κατακύρωσης, κατά το δε τρέχον στάδιο αρκεί να δηλώνεται η συνδρομή του οικείου κριτηρίου επιλογής στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης κατά τον όρο 2.2.9.1. της διακήρυξης. Πλην όμως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), η παραπάνω επιταχυμένη διαδικασία προκαταρκτικής απόδειξης, που τίθεται ιδίως για τη διευκόλυνση της συμμετοχής και την ενίσχυση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα το ΤΕΥΔ και δια αυτού προβαίνοντα σε υπεύθυνες δηλώσεις και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξής του ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται και δη με επίκληση συγκεκριμένων περί του αντιθέτου λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο δια προδικαστικής προσφυγής αυτού, πολλώ δε μάλλον, χωρίς αυτό όμως να είναι και αναγκαίο, όταν αυτός αποδεικνύει δια προσκομιζόμενων εγγράφων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. το ενδεχόμενο βασιμότητας της αμφισβήτησής του, άρα και την ενδεχόμενη αναλήθεια ή το προδήλως ανέφικτο και μη πραγματικό των δηλουμένων και της ίδιας της προσφοράς. Σε αντίθετη περίπτωση η διαδικασία θα κατέληγε σε παράλογα αποτελέσματα, επιτρέποντας τη συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που είτε ψεύδονται με την προσφορά τους είτε είναι προδήλως μη ικανοί να την υλοποιήσουν είτε η προσφορά τους είναι εν τέλει μη νόμιμη και ως εκ τούτου δεν θα είναι σε θέση και δεν θα επιτραπεί να αναλάβουν τη σύμβαση, άρα και να οριστικοποιηθεί η τυχόν κατακύρωση σε αυτούς. Μια τέτοια εξέλιξη εκτός ότι επιβαρύνει καταρχήν του αναθέτοντες αλλά και τους ίδιους τους διαγωνιζομένους, δεδομένου του ατελέσφορου της συνέχισης της συμμετοχής τους στον διαγωνισμό, βλάπτει προεχόντως το ίδιο το συμφέρον του αναθέτοντος δια αναποτελεσματικών χρονοτριβών και δια της προσβολής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων και ως προς την υποβολή και αξιολόγηση των προσφορών τους, εξισώνοντας φορείς δυνάμενους να

αναλάβουν τη σύμβαση με τους μη δυνάμενους και νομίμως προσφέροντες με μη νομίμως προσφέροντες, επιτρέποντας τη δημοσιοποίηση στο ευρύ κοινό των οικονομικών προσφορών φορέων που δεν θα έπρεπε να μετέχουν σε μεταγενέστερο στάδιο και ατελεσφόρως μετέχουν, νοθεύοντας ούτως τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό και δημιουργώντας επιπλοκές, φόρτο και κινδύνους κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών με την ανάγκη κλήσης αναπληρωματικών επιλαχόντων μειοδοτών, αν τυχόν υπάρχουν τέτοιοι κατ' άρ. 103 παρ. 2 έως και 5 Ν. 4412/2016, με πιθανότητα ματαίωσης, ελλείπει άλλων αποδεκτών υποψηφίων αναδόχων, να ανακύπτει στο τελικό αυτό στάδιο ενώ θα μπορούσε να προκύψει σε προγενέστερο στάδιο εξοικονομώντας χρόνο και χρήμα για την αναθέτουσα. Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία εκτός του ότι είναι όλως αντίθετη στην ίδια τη λογική και τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, λειτουργεί περαιτέρω εις βάρος της οικονομίας της διαδικασίας, της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του συμφέροντος του αναθέτοντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη αυτόν και τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και έτσι, δεν δύναται να γίνει δεκτή. 11. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, προκύπτει πάντως, ότι δεν αποκλείεται η ως άνω νόμιμη δραστηριότητα του παραπάνω μέλους της έτερης διαγωνιζομένης να είναι σχετική με το αντικείμενο που αυτό θα αναλάβει στο πλαίσιο της ένωσης, πλην όμως λόγω σχετικής ασάφειας της προσφοράς της έτερης διαγωνιζομένης ένωσης, είναι αδύνατη η συναγωγή κρίσης εάν όντως πληροί το μέλος αυτό ή όχι το οικείο κατ' άρ. 2.2.4 κριτήριο επιλογής, ασχέτως της δηλώσεως στο ΤΕΥΔ του ότι το πληροί και λαμβάνοντας υπόψη το πιστοποιητικό ΓΕΜΗ που προσκομίζει ο προσφεύγων. Συνεπώς, η ασάφεια περί του μέρους του συμβατικού αντικειμένου για το οποίο το παραπάνω μέλος της έτερης διαγωνιζομένης ενώσεως μετέχει συνιστά αυτόθροα ασάφεια και περί την εκ μέρους του, και κατ' αποτέλεσμα την εκ μέρους της ενώσεως εν όλω, πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής του άρ. 2.2.4 της διακήρυξης. Επομένως, η προσβαλλομένη έσφαλε καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την ως άνω προσφορά παρά την ως άνω ασάφεια και άνευ προηγούμενης ζήτησης διευκρινίσεων για την τυχόν άρση αυτής. Ούτως,

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

πρέπει, βάσει του όρου 3.1.1. της διακήρυξης και της εκεί παραπομπής στο άρ. 102 Ν. 4412/2016, αλλά και της αντιστοίχου διάταξης του Βιβλίου ΙΙ ήτοι του άρ. 310 Ν. 4412/2016, αμφότερες οι οποίες καθιερώνουν δεσμία αρμοδιότητα του αναθέτοντος να ζητήσει διευκρινίσεις προς άρση τυχόν ασάφειας της προσφοράς, εφόσον επίκειται αποκλεισμός προσφέτοντος, να ακυρωθεί, κατά εν μέρει αποδοχή του δεύτερου ειδικότερου ισχυρισμού του τρίτου λόγο της προσφυγής, η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της ως άνω ενώσεως άνευ ετέρου και κατά παράλειψη ζήτησης κατ' άρ. 310 παρ. 5 και του όρου 3.1.1 της διακήρυξης, διευκρινίσεων την ένωση αυτή, όσον αφορά το ειδικότερο αντικείμενο που θα αναλάβει το μέλος της ..., σύμφωνα με την προσφορά της, ώστε περαιτέρω ο αναθέτων και λαμβάνοντας υπόψη την οικεία διευκρίνιση να εξετάσει εάν το μέλος αυτό και κατά συνέπεια η ένωση στην οποία μετέχει πληρούν το οικείο κριτήριο επιλογής του όρου 2.2.4, κατ' αντιπαραβολή του ως άνω αντικειμένου με τις δραστηριότητες τις οποίες ασκεί νομίμως βάσει της όποιας ισχύουσας καταχώρησης περί την εταιρεία ... στο ΓΕΜΗ.».

4. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 11-7-2018 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ επικαλείται ότι κατόπιν της αναπομπής δια της Απόφασης ΑΕΠΠ 373/2018 ζήτησε διευκρινίσεις από την ένωση εταιρειών.., η οποία υπέβαλε Υπόμνημα με το οποίο διευκρινίζει ότι η εταιρεία ... θα αναλάβει να εκτελέσει τα ακόλουθα τμήματα του δημοπρατούμενου έργου i. την τηλεφωνική εξυπηρέτηση πελάτων από κοινού με την εταιρεία ..., ii. την καταχώρηση δεδομένων από κοινού με την εταιρεία ..., iii. τη μέριμνα και τον έλεγχο από την εταιρεία ... των διαδικασιών ορθής φόρτωσης σάκων και εμπορευματοκιβωτίων που θα πραγματοποιείται από την εταιρεία ..., iv. την αποσφράγιση αποστολών και τους φυσικούς ελέγχους αντικειμένων από κοινού με την εταιρεία ..., v. τη γενική επιστασία, την υποστήριξη του όλου έργου και τη διαχείριση της ομαλής εκτέλεσης των μερικότερων τμημάτων του έργου, είτε αυτά εκτελούνται από την εταιρεία ... είτε από κοινού, εις τρόπον ώστε να διασφαλίζεται η αρτιότητα και η καλή εκτέλεση όχι μόνο ενός εκάστου των τμημάτων του έργου ξεχωριστά, αλλά και όλων μαζί εν συνόλω. Η παραπάνω Ένωση προσκόμισε επίσης αντίγραφο

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

της μερίδας της εταιρείας ... στο TAXIS και το με αρ. πρωτ. Πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ, από όπου φαίνεται δραστηριότητα με ΚΑΔ 70221700 Υπηρεσίες διαχείρισης επιχειρηματικών διαδικασιών και 70222000 Υπηρεσίες διαχείρισης έργων εκτός των κατασκευαστικών, ενώ επίσης προσκόμισε το με αρ. πρωτ. ... Γενικό Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ του ΕΒΕΑ, στο οποίο αναφέρεται το Καταστατικό της ίδιας εταιρείας που δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ/ΤΑΕ-ΕΠΕ ... από το οποίο προκύπτει ως σκοπός η παροχή υπηρεσιών υποστήριξης της επιχειρηματικότητας και η αντιπροσώπευση των προϊόντων και υπηρεσιών επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην ημεδαπή ή αλλοδαπή. Η δε αναθέτουσα επικαλείται ότι από τα παραπάνω προκύπτει πως η εταιρεία ... πληροί το κριτήριο 2.2.4 περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, καθώς το μέρος του συμβατικού αντικείμενου που θα εκτελέσει είναι συναφές με την επαγγελματική της δραστηριότητα, απεδέχθη δε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική προσφορά της παραπάνω ένωσης εταιρειών ως τεχνικά αποδεκτής και σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης.

5. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί ανάθεσης γενικής υπηρεσίας του Βιβλίου ΙΙ, και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 20-6-2018, και άσκηση την 2-7-2018, ήτοι την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά από την από 30/6/2018, ήτοι τη δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό της. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του, αφού εκρίθη ως αποδεκτός δια της προσβαλλομένης και συνεπώς, προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό του μόνου έτερου αποδεκτού διαγωνιζομένου. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

6. Επειδή, κατά τον όρο 2.2.4 της διακήρυξης «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας.», ενώ κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β7 «Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 254 παρ. 2 του ν. 4412/2016.». Και ναι μεν ο τελευταίος όρος αναφέρεται σε δικαιολογητικά που προσκομίζονται στο στάδιο της κατακύρωσης, πλην όμως αφορά ακριβώς τη δι' αυτών απόδειξη της ορθότητας και συμφωνίας με τους όρους της διακήρυξης όσων αναγράφηκαν και δηλώθηκαν στα οικεία ΕΕΕΣ, μεταξύ των οποίων και η πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.4. Εξάλλου, το άρ. 254 παρ. 2 Ν. 4412/2016 κατά το οποίο «Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτοντες φορείς δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής.» και το οποίο σκοπεί να κατοχυρώσει ίση μεταχείριση για τις ενώσεις οικονομικών φορέων, προκειμένου να διευκολύνει τη σύμπραξη μεταξύ μικρομεσαίων και όχι μόνο, επιχειρήσεων με ομοειδές αντικείμενο προς τον σκοπό εκ μέρους τους δυνατότητας διεκδίκησης ανάληψης δημοσίων συμβάσεων, ουδόλως δύναται να ερμηνευθεί με τρόπο που εν τέλει θα επιφυλάσσει διακριτική και ευνοϊκότερη μεταχείριση στις ενώσεις από ό,τι σε μεμονωμένους μετέχοντες.

7. Επειδή, περαιτέρω, δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 καμία περίπτωση συμμετοχής σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης οικονομικού φορέα που δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας ως προς το προκείμενο ανά περίπτωση συμβατικό αντικείμενο ούτε καν με στήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016, η οποία δεν νοείται και δεν προβλέπεται ειδικώς ως προς τα κριτήρια επιλογής περί την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Και τούτο συνιστά μια αυτονόητη

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

νομοθετική επιλογή με προφανή έννοια, καθώς ο νομοθέτης ενωσιακός και εθνικός, σκοπεύει στη μη εμπλοκή με την ανάληψη ενός συμβατικού αντικειμένου ενός οικονομικού φορέα που δεν ασκεί την οικεία δραστηριότητα, τουλάχιστον νομίμως (επί παραδείγματι, η αντίθετη ερμηνεία θα κατέληγε εν τέλει να παρέχονται υπηρεσίες καθαριότητας από επιχειρήσεις που πωλούν ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό και να αναλαμβάνονται συντηρήσεις μηχανολογικού εξοπλισμού από οικονομικούς φορείς δραστηριοποιούμενους στη σίτιση). Εξάλλου, οι οικονομικοί φορείς που συνιστούν μέλη μιας ένωσης οικονομικών φορέων ή κοινοπραξίας είναι όλοι «προσφέροντες» κατά την έννοια του άρ. 2 παρ. 1 περ. 12 Ν. 4412/2016 και όλοι ήτοι έκαστος αυτοτελώς «συμμετέχουν» στη διαδικασία με αυτή την ιδιότητα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018, σκ. 8 και άρ. 254 παρ. 2 και 255 Ν. 4412/2016). Άρα κάθε ένας από αυτούς πρέπει να πληροί τα οικεία κριτήρια καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Και ναι μεν, αν δεν προβλέπεται από τα οικεία έγγραφα της σύμβασης το αντίθετο, είναι δυνατόν η ένωση να αξιολογείται ενιαία, ήτοι ως μια και μόνη προσφορά ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, δηλαδή τα οικεία επιμέρους προσόντα να μπορούν να πληρωθούν συνδυαστικά, ήτοι με συνάθροιση των επιμέρους ικανοτήτων κάθε μετέχοντος και αν και αυτά δεν φθάνουν να λάβει χώρα στήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα για τα εναπομείναντα που τα μέλη της ένωσης δεν πληρούν ούτε κατά συνδυασμό των ίδιων ικανοτήτων τους. Ούτως, αν δεν προβλέπεται το αντίθετα στη διακήρυξη, είναι δυνατόν ένα κριτήριο ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, όπως επί παραδείγματι ένα πιστοποιητικό διαχείρισης ποιότητας ή η κατοχή ενός συγκεκριμένου τεχνικού μέσου να πληρείται και από ένα από τα περισσότερα μέλη της ένωσης, καλύπτοντας ούτως την οικεία απαίτηση υπέρ της ένωσης συνολικά. Πλην όμως, τούτο δεν είναι δυνατόν ως προς τα κριτήρια καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, για τα οποία δεν προβλέπεται καν στήριξη σε ικανότητες τρίτων, ήτοι δεν επιτρέπεται να μετέχει στη διαδικασία μια ένωση περισσότερων οικονομικών φορέων, εκ των οποίων μόνο ένας ή ορισμένοι νομίμως ασκούν τη δραστηριότητα που αποτελεί το

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

συμβατικό αντικείμενο και οι υπόλοιποι όχι. Αυτό που είναι δυνατόν στην περίπτωση αυτή και τούτο μόνο στην ειδικότερη εκδοχή που το συμβατικό αντικείμενο αποτελείται από περισσότερα επιμέρους αντικείμενα και δραστηριότητες (επί παραδείγματι πώληση νωπών κρεάτων, νωπών αλιευμάτων και σπρωροκηπευτικών, δηλαδή ένα αντικείμενο αποτελούμενο από τρεις αυτοτελείς επαγγελματικές κατά νόμο δραστηριότητες) είναι τα επιμέρους μέλη της ένωσης να αναλαμβάνουν έκαστο ένα διακριτό μέρος του συμβατικού αντικειμένου, δηλαδή ένα μέρος που αφορά ορισμένες αυτοτελείς επαγγελματικές δραστηριότητες (στο παραπάνω παράδειγμα ένας οικονομικός φορέας την προμήθεια νωπών κρεάτων, ένας άλλος την προμήθεια νωπών αλιευμάτων και ένας τρίτος την προμήθεια σπρωροκηπευτικών και ούτως και οι τρεις μαζί να δύνανται να εκτελέσουν το συμβατικό αντικείμενο), οπότε και αρκεί η εκ μέρους εκάστου οικονομικού φορέα-μέλους της ένωσης νόμιμη άσκηση της δραστηριότητας που αντιστοιχεί στο ειδικότερο επιμέρους μέρος του συμβατικού αντικειμένου που θα αναλάβει να εκτελέσει στο πλαίσιο της παραπάνω ένωσης (δηλαδή ο προμηθευτής των νωπών κρεάτων θα πρέπει νομίμως να ασκεί τη δραστηριότητα χονδρεμπόρου κρεάτων, αντίστοιχα δε και οι άλλοι δύο, χωρίς να απαιτείται ο προμηθευτής των κρεάτων να έχει ως δραστηριότητα και τα άλλα δύο αντικείμενα, εφόσον βέβαια κατά την ίδια την προσφορά και τα οικεία ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δεν αναλαμβάνει να τα εκτελέσει ο ίδιος). Πλην όμως, και πάλι, δεν είναι δυνατόν να μετέχει στη διαδικασία, άρα και να προσφέρει κατά νόμο, οικονομικός φορέας που δεν ασκεί νομίμως καμία από τις επίμαχες δραστηριότητες που αποτελούν το συμβατικό αντικείμενο και δη τις δραστηριότητες αυτές ακριβώς που αντιστοιχούν στο μέρος εκείνο που κατά τις ίδιες τις δηλώσεις στα ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης, θα αναλάβει έκαστος να εκτελέσει. Επομένως, ναι μεν η σύσταση ένωσης οικονομικών φορέων δεν προϋποθέτει ότι όλα τα μέλη της θα εκτελούν, άρα και θα ασκούν την οικεία δραστηριότητα που αφορά το σύνολο των επιμέρους εργασιών, πλην όμως σε κάθε περίπτωση προϋποθέτει ότι τα μέλη της θα ασκούν κάποιο μέρος του συμβατικού αντικειμένου και επομένως θα ασκούν νομίμως κάποια επαγγελματική δραστηριότητα, από αυτές που το συγκροτούν και η οποία θα πρέπει να αντιστοιχεί στο μέρος του αντικειμένου που έκαστη δηλώνει εντός της

κοινής προσφοράς ότι θα εκτελέσει. Για αυτό εξάλλου στο Μέρος II Ενότητα Α και του ΤΕΥΔ και του ΕΕΕΣ υπάρχει αυτοτελές ερώτημα περί του αν ο οικονομικός φορέας μετέχει από κοινού με άλλους στη διαδικασία και αν ναι, με ποια ειδικότερα καθήκοντα.

8. Επειδή, κατ' άρ. 1.3 της διακήρυξης «*Αντικείμενο της σύμβασης είναι η επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών υποστήριξης των εργασιών παραλαβής κι επίδοσης δεμάτων ΕΛΤΑ, καθώς και η εκτέλεση των λοιπών συναφών εργασιών που σχετίζονται με την λειτουργία της Υπηρεσίας Δεμάτων, σύμφωνα με τους όρους της παρούσας Διακήρυξης και της επισυναπτόμενης τεχνικής περιγραφής απαιτήσεων.*». Κατά το δε Παράρτημα 1-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ ΕΡΓΟΥ, άρ. 1 και 4 της διακήρυξης ορίζεται ότι «*αντικείμενο του έργου είναι η υποστήριξη των εργασιών της παραλαβής και επίδοσης δεμάτων ΕΛΤΑ, καθώς και η εκτέλεση των λοιπών συναφών εργασιών που σχετίζονται με την λειτουργία της Υπηρεσίας Δεμάτων...*», ενώ επιπλέον η περιγραφή του έργου συνίσταται στα εξής «*Παραλαβή σάκων και εμπορευματοκιβωτίων από τα σημεία παραγωγής. Αποσφράγιση αποστολών. Καταχώρηση δεδομένων. Φυσικοί έλεγχοι αντικειμένων. Επιστροφές. Τηλεφωνική εξυπηρέτηση πελατών. Υλοποίηση διαλογής δεμάτων εντός των Μονάδων Παραγωγής. Παραλαβή και προετοιμασία Υπηρεσιακού Οχήματος ΕΛΤΑ. Μέριμνα για ορθή φόρτωση σάκων και εμπορευματοκιβωτίων στο υπηρεσιακό όχημα, στη βάση της δυναμικότητάς του. Εκφόρτωση και παράδοση των σάκων και εμπορευματοκιβωτίων σε Μονάδες Παραγωγής, υλοποίηση έργου διαμετακόμισης και αποσφράγισης αποστολών, όπου και όταν απαιτείται, εντός του προβλεπόμενου ωραρίου εργασίας. Έργο οδήγησης, παραλαβής και επίδοσης δεμάτων από και στην έδρα των πελατών. Επιστροφή και παράδοση αντικειμένων. Παράδοση οχήματος.*». Δηλαδή, ο ανάδοχος θα παρέχει υπηρεσίες μεταφοράς και παράδοσης δεμάτων, συνεισφέροντας με δικά του μέσα και προσωπικό στις οικείες διανομές, πράγμα που επιρρωνύεται και από το CPV 6061000-4 Υπηρεσίες Μεταφοράς Δεμάτων, ενώ μέρος του φυσικού αντικείμενου είναι και η επίβλεψη παραλαβής, φορτοεκφορτώσεις, ηλεκτρονικές

και φυσικές καταχωρήσεις δεδομένων, διαλογή και τηλεφωνική εξυπηρέτηση πελατών. Σε κάθε περίπτωση τα δια των διευκρινίσεων της παραπάνω ένωσης σημεία I, II, III και IV, που επικαλείται ότι θα εκτελεί το μέλος της ..., δηλαδή τηλεφωνική εξυπηρέτηση πελατών, καταχώρηση δεδομένων, μέριμνα και έλεγχο των διαδικασιών ορθής φόρτωσης σάκων και εμπορευματοκιβωτίων που θα πραγματοποιείται από την ...και η αποσφράγιση αποστολών και φυσικοί έλεγχοι αντικειμένων, συνιστούν μέρος του παραπάνω συμβατικού αντικειμένου. Ναι μεν το γεγονός ότι επικαλείται ότι θα εκτελεί τα ανωτέρω από κοινού ή επιβλέποντας εργασίες που θα εκτελεί το προσωπικό της ... δεν καθιστά ασαφή την παραπάνω περιγραφή, αφού ουδόλως αποκλείεται μια εντός του συμβατικού αντικειμένου εργασία να εκτελείται από περισσότερα μέλη μιας ένωσης από κοινού, ομού, συνεργατικά και συγχρόνως. Όμως, η το πρώτον με τις διευκρινίσεις επίκληση, ως σημείο V, ότι η ... θα εκτελεί καθήκοντα γενικής επιστασίας αντιφάσκει με τις δηλώσεις στα οικεία ΤΕΥΔ ότι η ... θα είναι υπεύθυνη για συγκεκριμένα καθήκοντα και η ... θα είναι συντονιστής ένωσης, όπως βάσιμα υποστηρίζει ο προσφεύγων. Εξάλλου, αυτή καθαυτή και μόνη της η γενική επιστασία της εκτέλεσης ενός συμβατικού αντικειμένου από έναν άλλο οικονομικό φορέα δεν συνιστά εκτέλεση μέρους του συμβατικού αντικειμένου ούτε δικαιολογεί τον ρόλο του μέλους ένωσης στο πρόσωπο του ασκούντος γενική επιστασία, ενώ αυτός δεν ασκεί καμία από τις επαγγελματικές δραστηριότητες που συγκροτούν το αντικείμενο αυτό. Η αντίθετη ερμηνεία θα κατέληγε σε παράλογα και παράνομα αποτελέσματα με επιχειρήσεις εντελώς άσχετες με ένα συμβατικό αντικείμενο, όπως επί παραδείγματι οι υπηρεσίες καθαριότητας, φύλαξης ή μαζικής σίτισης να αναλαμβάνουν συμβάσεις, έστω και ως μέλη ένωσης, με τέτοιο αντικείμενο και ούτως να εμπλέκονται σε συμβατικό αντικείμενο που δεν μπορούν κατά νόμο να ασκήσουν, υπό το πρόσχημα ότι ναι μεν δεν εκτελούν το αντικείμενο αυτό, αλλά παρέχουν επιστασία και εν γένει υποστήριξη στην εκτέλεσή του από άλλον.

9. Επειδή, περαιτέρω, η ... σαφέστατα δεν έχει δηλωμένη δραστηριότητα σχετική με μεταφορικές υπηρεσίες ή υπηρεσίες φορτώσεων, εκφορτώσεων, διαχείρισης φορτίων ή ελέγχου φορτίων και δεμάτων. Ασκεί δε

όντως δραστηριότητες διαχείρισης επιχειρηματικών διαδικασιών, διαχείρισης μη κατασκευαστικών έργων, επιχειρηματικών συμβούλων, συμβούλων διαχείρισης και στρατηγικής διαχείρισης, ως και σχεδιασμού διάρθρωσης επιχειρήσεων, δηλαδή δραστηριότητες συμβουλευτικής, οργάνωσης και διαχείρισης επιχειρηματικών διαδικασιών και δραστηριοτήτων άλλων επιχειρήσεων, ακόμη και βελτίωσης των οργανωτικών και διοικητικών ικανοτήτων των στελεχών τους. Δηλαδή, οι παραπάνω δραστηριότητες αναφέρονται επί της ουσίας σε συμβουλευτική και οργανωσιακή υποστήριξη άλλων επιχειρήσεων, υπό την έννοια της ανάπτυξης και επίβλεψης εφαρμογής οργανωτικών και διαδικαστικών μοντέλων και διατύπωση προτάσεων περί του τρόπου με τον οποίο άλλες επιχειρήσεις θα οργανώσουν και θα εκτελέσουν το αντικείμενό τους. Η μεν διαχείριση επιχειρησιακών λειτουργιών συνίσταται στην εφαρμογή μεθόδων μοντελοποίησης, ανάλυσης, μέτρησης και βελτιστοποίησης επιχειρηματικών διαδικασιών, σχετίζεται δε με τη διαχείριση ολικής ποιότητας και τις μεθοδολογίες διαρκούς βελτίωσης εσωτερικών οργανωσιακών διαδικασιών. Η δε διαχείριση έργου αναφέρεται στον σχεδιασμό, έλεγχο και επίβλεψη εκτέλεσης επί μιας ομάδας έργου προς τον σκοπό επίτευξης συγκεκριμένων στόχων και παραμέτρων επιτυχίας σε ένα συγκεκριμένο χρονικό πλαίσιο. Όμως ουδόλως τα παραπάνω και δη η έννοια της διαχείρισης επιχειρηματικών διαδικασιών και διαχείρισης μη κατασκευαστικών έργων έχουν το περιεχόμενο ότι η παραπάνω επιχείρηση έχει ως δραστηριότητά της την αυτοπρόσωπη και άμεση εμπλοκή στην εκτέλεση των εργασιών και του επιχειρηματικού αντικειμένου των επιχειρήσεων που υποστηρίζει και ότι κατ' αποτέλεσμα μπορεί να μετέχει ως μέλος ένωσης ή κοινοπραξίας επί παντός τυχόν αντικειμένου και επί κάθε είδους δραστηριότητας. Μια τέτοια ερμηνεία εκφεύγει πλήρως της αληθούς έννοιας των παραπάνω δραστηριοτήτων και θα επέτρεπε κατά προφανή εξάλλου παράβαση και των οικείων φορολογικών διατάξεων, αλλά και της έννοιας των κριτηρίων επιλογής περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, κατ' άρ. 75 παρ. 2 Ν. 4412/2016 την εκ μέρους της παραπάνω εταιρίας εκτέλεση στην πράξη οιαδήποτε συμβατικού αντικειμένου σε κάθε πλαίσιο πλην του κατασκευαστικού και τη δικαιολόγηση της συμμετοχής της σε οιαδήποτε διαδικασία ανάθεσης

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

οιασδήποτε υπηρεσίας ή προμήθειας υπό το πρόσχημα και την επίκληση της υποστήριξης και διαχείρισης επιχειρηματικών διαδικασιών (επί παραδείγματι υπό την ίδια λογική, η επιχείρηση θα μπορούσε να μετάσχει ως μέλος ένωσης που θα αναλάμβανε σύμβαση συντήρησης οχημάτων ή ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού ή σύμβαση καθαριότητας ή φύλαξης). Ούτε προφανώς η μέριμνα και ο έλεγχος της ορθής φόρτωσης σάκων κιβωτίων και αποσφράγισης αποστολών και οι φυσικοί έλεγχοι αντικειμένων έχουν οιαδήποτε σχέση με τα παραπάνω. Απλά, η παραπάνω ένωση αποπειράθηκε δια των διευκρινίσεων της και με έρεισμα επί της ουσίας τον τίτλο “διαχείριση επιχειρηματικών διαδικασιών” στη δραστηριότητα της ..., δηλαδή ένα αντικείμενο που αφορά συμβουλευτική επιχειρήσεων να δικαιολογήσει τον ρόλο της ... σε ένα συγκεκριμένο αντικείμενο που αφορά μεταφορές, φορτώσεις, εκφορτώσεις και ελέγχους φορτίων και δεμάτων υπό την επίκληση ότι αυτή θα παρέχει επίβλεψη των οικείων εργασιών που θα παρέχει η

10. Επειδή, εξάλλου, η παροχή υπηρεσιών τηλεφωνικής υποστήριξης και λειτουργίας τηλεφωνικού κέντρου δεν έχουν καμία σχέση με τις υπηρεσίες στις οποίες η ... δραστηριοποιείται και αποτελούν ειδική δραστηριότητα, η οποία δεν είναι καν συγγενής με τη συμβουλευτική και οργανωσιακή υποστήριξη επιχειρήσεων. Ούτε το γεγονός ότι παρέχει υποστήριξη στον τρόπο οργανωσιακής δομής, βελτίωσης διαδικασιών και εσωτερικής εποπτείας επιχειρήσεων και βοηθάει άλλες επιχειρήσεις να διαρθρώσουν εσωτερικά συστήματα αύξησης της αποτελεσματικότητας με την οποία ασκούν το όποιο έργο τους, σημαίνουν. Ομοίως ισχύει και περί της καταχώρησης δεδομένων. Ούτε μπορεί να θεωρηθεί ότι νομίμως αυτή η δραστηριότητα δύναται να παρέχεται από κάθε επιχείρηση έχει προσωπικό που χειρίζεται υπολογιστές ή ασχολείται με εν γένει δραστηριότητες που σχετίζονται με το διαδίκτυο, καθώς θα αιρόταν ο ξεχωριστός χαρακτήρας της ως επαγγελματικής δραστηριότητας. Επομένως, είναι βάσιμοι και οι οικείοι ισχυρισμοί της Προσφυγής.

11. Επειδή, κατά συνέπεια των ανωτέρω προκύπτει ότι ο οικονομικός

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

φορέας ... δεν ασκεί σύμφωνα με το πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ και τις οικείες δηλωθείσες δραστηριότητες στο TAXISNET δραστηριότητα σχετική με το οικείο συμβατικό αντικείμενο, πολλώ δε μάλλον οι εργασίες που με τις διευκρινίσεις της ένωσης δηλώθηκαν ότι θα εκτελεστούν από τον οικονομικό φορέα αυτόν δεν καλύπτονται από την οικεία άσκηση δραστηριότητας εκ μέρους του τελευταίου ούτε εν όλω, όπως απαιτείται ούτε καν εν μέρει. Και ναι μεν ενδέχεται η εταιρεία ... να παρέχει τις συμβουλευτικές, οργανωτικές και υποστηρικτικές σε θέματα ανθρωπίνου δυναμικού υπηρεσίες της στον οικονομικό φορέα ... τόσο γενικά, ήτοι όσον αφορά το σύνολο της επιχειρηματικής δραστηριότητας του τελευταίου, όσο και ειδικά, ήτοι όσον αφορά τη συγκεκριμένη επιχειρηματική δραστηριότητα της εκτέλεσης. Πλην όμως αυτό δεν σημαίνει ότι θα συνεκτελέσει το συγκεκριμένο έργο ή μέρος του, καθώς εξάλλου όποιος παρέχει στον ανάδοχο ενός έργου και εν γένει συμβατικού αντικειμένου, κάποιες υποστηρικτικές υπηρεσίες που είναι αναγκαίες για την εν γένει επιχειρηματική του ύπαρξη, δραστηριότητα ή και για την εκτέλεση του συγκεκριμένου αντικειμένου (επί παραδείγματι ενοικίαση χώρων, οχημάτων, προσωπικού, λογιστική υποστήριξη κλπ) δεν καθίσταται από κοινού ανάδοχος, υπεργολάβος ή εν γένει εμπλεκόμενος στην εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, άρα και μέλος ένωσης οικονομικών φορέων που από κοινού προσφέρουν και από κοινού εκτελούν το αντικείμενο. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018, σκ. 9) «*Τέλος, ο τυχόν τρίτος από τον προσφέροντα, ο οποίος δεν προτείνεται για την εκτέλεση μέρους του συμβατικού αντικειμένου ούτε διαθέτει στον προσφέροντα ικανότητες που η διακήρυξη καθορίζει ως κριτήρια επιλογής που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντος, συνιστά μέρος ξένο και άσχετο με τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και ουδεμία υποχρέωση, διάταξη και απαίτηση ή διατύπωση δεν τίθεται όσον αφορά τα πρόσωπα αυτά σε σχέση με τυχόν ιδιότητα υπεργολάβου ή κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 "τρίτων οικονομικών φορέων", πέραν όσων ειδικώς ορίζει η διακήρυξη ότι πρέπει να προσκομιστεί σε σχέση ή προερχόμενο από τα πρόσωπα αυτά. Παράδειγμα τέτοιας περίπτωσης είναι η συχνά ζητούμενη από διακηρύξεις προμήθειας αγαθών υπεύθυνη δήλωση ή εγγύηση του προϊόντος από τον κατασκευαστή του προϊόντος,*

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

εφόσον είναι άλλος από τον υποψήφιο προμηθευτή. Στην περίπτωση αυτή, ο παραπάνω τρίτος ούτε εκτελεί μέρος του συμβατικού αντικείμενου (που συνίσταται στην προμήθεια και όχι την κατασκευή του προϊόντος) ούτε διαθέτει στον προσφέροντα ικανότητα που έπρεπε εξ αρχής να συντρέχει στο πρόσωπο του τελευταίου (αφού δεν απαιτείται ο προσφέρων προμηθευτής να είναι κατασκευαστής και συνεπώς, καταρχήν να παρέχει ο ίδιος εγγύηση κατασκευαστή ή υπεύθυνη δήλωση κατασκευαστή, ενώ απλώς του ζητείται η ιδιότητα του κατόχου και λήπτη μιας τέτοιας υπεύθυνης δήλωσης κατασκευαστή ή προμηθευτή ενός προϊόντος που φέρει εγγύηση του κατασκευαστή του). Στις περιπτώσεις αυτές και σε κάθε ανάλογη περίπτωση, δηλαδή όπου η όποια λαμβανόμενη από τον όποιον τρίτο υπηρεσία, εργασία και προϊόν δεν ταυτίζεται με το συμβατικό αντικείμενο που κατά το γράμμα της διακήρυξης θα ανατεθεί προς εκτέλεση από τον ίδιο τον ανάδοχο ή με ρητώς ζητούμενη να συντρέχει στο πρόσωπο του ίδιου του προσφέροντος ιδιότητα, ως κριτήριο επιλογής, ουδέν έτερο απαιτείται να υποβληθεί ως προς τον παραπάνω τρίτο, πέραν όσων ρητά ορίζει η διακήρυξη, αφού τότε ο τρίτος δεν ανήκει, αντίστοιχα, στην έννοια του υπεργολάβου ή του παρέχοντος στήριξη με τις ικανότητές του προς εκ μέρους του προσφέροντος πλήρωση κριτηρίων επιλογής που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του τελευταίου, τρίτο οικονομικό φορέα. Εξάλλου, η ανάληψη μιας συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης συνιστά μια ειδικότερη επιχειρηματική δραστηριότητα, η οποία αυτονόητα προϋποθέτει ότι ο ανάδοχος λαμβάνει ένα πλήθος επιμέρους υπηρεσιών και προϊόντων από πλήθος τρίτων, ώστε ο ίδιος ο ανάδοχος να μπορεί να ασκεί τη δραστηριότητά του. Άλλες εξ αυτών είναι αυτονόητες για την ίδια την εν γένει οργανωτική λειτουργία του, άνευ της οποίας δεν μπορεί να εκτελεστεί και καμία επιμέρους δραστηριότητά του (όπως επί παραδείγματι η λογιστική υποστήριξη, η μίσθωση γραφείων έδρας κλπ) και άλλες συνεχονται εμμέσως με την εκ μέρους του αναδόχου δυνατότητα εκτέλεσης του συμβατικού αντικείμενου, υπό την έννοια ότι παρέχουν στον ανάδοχο τη δυνατότητα να μπορεί ο ίδιος να εκτελεί κάθε επιμέρους δραστηριότητα του συμβατικού αντικείμενου και αν δεν τις λάβει, δεν θα μπορεί εκείνος να λειτουργεί και να εκτελεί εν όλω ή να εκτελεί τεχνικά ορθά ή νομίμως, τη σύμβαση (επί παραδείγματι η αγορά πρώτων υλών και κάθε είδους

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

αναλωσίμων για την εκτέλεση της σύμβασης, η παροχή πιστοποίησης περί τήρησης περιβαλλοντικών και ποιοτικών προτύπων ως προς την επίμαχη δραστηριότητα, η ασφάλιση οχημάτων και τεχνικών μέσων και η παροχή ασφάλισης αστικής ευθύνης ως προς την επίμαχη δραστηριότητα, όπως στην προκείμενη σύμβαση, ο καθαρισμός των τεχνικών μέσων και οχημάτων που θα χρησιμοποιηθούν, ομοίως όπως στην προκείμενη σύμβαση, η αγορά ανταλλακτικών, λιπαντικών και καυσίμων οχημάτων και τεχνικών μέσων όπως σε κάθε περίπτωση που χρησιμοποιούνται εν γένει μεταφορικά μέσα κάθε είδους, η λήψη υπηρεσιών συντήρησης τεχνικών μέσων όπως σε κάθε περίπτωση που χρησιμοποιούνται εν γένει τεχνικά μέσα κλπ). Είναι προφανές ότι όλοι οι παραπάνω απροσδιόριστοι τρίτοι που παρέχουν όλα τα ανωτέρω στον ανάδοχο δεν είναι δυνατόν να εμπίπτουν ούτε στην έννοια του υπεργολάβου ούτε, καταρχήν, του τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016, παρά μόνο αν η όποια παραπάνω δραστηριότητα ρητά ορίζεται από τη διακήρυξη ως μέρος του συμβατικού αντικειμένου (οπότε ο τρίτος θα είναι υπεργολάβος) ή το όποιο παραπάνω μέσο, πράγμα, ιδιότητα, δυνατότητα και ικανότητα ομοίως ρητά και συγκεκριμένα ορίζεται από τη διακήρυξη ως κριτήριο επιλογής που πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του ίδιου του προσφέροντος και τυχόν αναδόχου. Σε αντίθετη περίπτωση, όχι μόνο οι παραπάνω έννοιες του υπεργολάβου ως και ιδίως του τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 θα χρησιμοποιούνταν όχι μόνο καθ' υπέρβαση αλλά και αντίθετα στο ίδιο το σαφές, ρητό και στενά οριζόμενο νομοθετικά πεδίο και περιεχόμενό τους, αλλά και η συμμετοχή σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων θα καθίστατο από ιδιαίτερα δυσχερής έως αδύνατη, λόγω του τυχόν απαιτούμενου όγκου διατυπώσεων, εγγράφων και αυτοτελών ΤΕΥΔ και ΕΕΕΣ, ως και συμβάσεων με τρίτους ή δηλώσεις τρίτων που θα απαιτούνταν από τόσο ευρύ κύκλο τρίτων, όπως και λόγω της προφανώς ιδιαίτερα υψηλής πιθανότητας παράλειψης κάποιου εξ αυτών από τους προσφέροντες, αλλά και της ίδιας της αδυναμίας των αναθετουσών αρχών και αναθέτοντων φορέων να αξιολογήσουν όλα τα παραπάνω αποτελεσματικά ή να γνωρίζουν το πλήθος των επιμέρους αγαθών και υπηρεσιών που πρέπει να χρησιμοποιηθούν από τον ανάδοχο για την εκτέλεση της σύμβασης.». Συνεπώς, δεδομένων των ανωτέρω,

Αριθμός Απόφασης: 608/2018

η εκ μέρους οικονομικού φορέα παροχή υποστηρικτικών υπηρεσιών μη υπαγόμενων σε αυτό καθαυτό το φυσικό αντικείμενο, προς άλλο οικονομικό φορέα που θα εκτελέσει το συμβατικό αντικείμενο, δεν συνιστά εκ μέρους του νομίμως συμμετοχή με την ιδιότητα του προσφέροντος ή μέλους προσφέρουσας ένωσης (αφού δεν συνιστά υπεργολάβο ή τρίτο οικονομικό φορέα του άρ. 78 και του άρ. 307 Ν. 4412/2016, πολύ περισσότερο δεν συνιστά προσφέροντα, άρα και μέλος ένωσης που υποβάλλει προσφορά) ούτε δικαιολογεί τη συμμετοχή στη διαδικασία και δη με την ιδιότητα από κοινού προσφέροντος στο πλαίσιο ένωσης με άλλον ή άλλους οικονομικούς φορείς, χωρίς την ιδιότητα νομίμως ασκούντος επαγγελματική δραστηριότητα σχετική και καλύπτουσα μέρος αυτού καθαυτού του φυσικού αντικειμένου. Και τούτο διότι η ένωση προσφερόντων οικονομικών φορέων ναι μεν συνιστά μέσο διευκόλυνσης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, αλλά ουδόλως αίρει την ιδιότητα του αυτοτελώς προσφέροντα στο πρόσωπο κάθε μέλους της ένωσης αυτοτελώς (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 269/2018). Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω μη νομίμως η αναθέτουσα, δεχόμενη τις παραπάνω διευκρινίσεις της οικείας ένωσης, κατέληξε στην κρίση ότι και το μέλος της ..., άρα και η εν όλω ένωση μετείχαν νομίμως, δεδομένου ότι η ... δεν πληροί το οικείο κριτήριο επιλογής ως προς την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας ούτε για το σύνολο των μερών του συμβατικού αντικειμένου που δια των διευκρινίσεων δηλώθηκε ότι θα εκτελέσει ούτε για ορισμένες εξ αυτών ούτε για οιαδήποτε εν γένει εργασία που ανήκει στο συμβατικό αντικείμενο της οικείας διαδικασίας. Ούτε η εκ της ... παροχή τυχόν συμβουλευτικών υπηρεσιών και υπηρεσιών οργανωσιακής εταιρικής διαχείρισης συνιστά εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, παρά παροχή γενικών και εκτός φυσικού αντικειμένου της διαδικασίας, υπηρεσιών προς την Ούτε είναι δυνατόν το πρώτον πλέον να ερμηνευθεί προς διάσωση της προσφοράς της παραπάνω ένωσης ότι η προσφορά της είναι παραδεκτή διότι έστω μόνο του το μέλος της ... πληροί το οικείο κριτήριο επιλογής, διότι τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη αναδρομική μεταβολή της προσφοράς του και δη ουσιωδέστατη. Επομένως, η αναθέτουσα έσφαλε και κατ' αποδοχή του μόνου λόγου της Προσφυγής η προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα κατά το αντίστοιχο

σκέλος της.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή. Να ακυρωθεί δε η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων ...-....

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 1.940,00 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ5

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση της 928/19.6.2018 (θέμα 3ο) Συνεδρίασης Συμβουλίου Διεύθυνσης των ΕΛΤΑ καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της ένωσης των οικονομικών φορέων ...-....

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.940,00 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24-7-2018 και εκδόθηκε την 3-8-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ