

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος, Πουλοπούλου Αγγελική - Εισηγήτρια και Κουρή
Σταυρούλα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20-2-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 172/20-2-2018
του προσφεύγοντος με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Και της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της
κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 9-2-2018, Απόφασης 17/2018 της υπ' αρ. 4/2018
συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, κατά το μέρος που, κατ' έγκριση
του από 1-2-2018 πρακτικού υπ' αριθμ. 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού, αυτός
αποκλείστηκε από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε
την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της 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 και ποσού ευρώ 15.000,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος της 16-2-2018, το δε παράβολο φέρει την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ.

2. Περαιτέρω, η προσφυγή αφορά διαφορά αναφεύμενη από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων που προκηρύχθηκε με την” (CPV:,,,,) εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ και προαιρέσεων, αξίας 12.046.480,84 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 16-11-2017 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ τη 25-1-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 21-11-2017 και με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 23-11-2017 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 21-11-2017 με συστημικό α/α Ούτως, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου αποστολής για δημοσίευση αυτής στην ΕΕΕΕ 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' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

3. Επειδή η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, κοινοποίηση την 9-2-2018, άσκηση προσφυγής την 20-2-2017, ήτοι επόμενη εργάσιμη της τελευταίας της προθεσμίας ημέρας, βλ. και ΔΕφΠατρ Ασφ. 39/2017), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώσ έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της ως άνω Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό και αποκλείστηκε από αυτόν με την προσβαλλόμενη και επομένως, προδήλως ευνοείται από την ακύρωσή της κατά το αντίστοιχο μέρος της. Επομένως, η Προσφυγή ασκείται παραδεκτως και πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω κατ'ουσία.

4. Επειδή η ένωσή «.....» άσκησε την από 27.2.2018 παρέμβασή της υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης, εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής, νομίμως υπογεγραμμένη και μετ'

Αριθμός απόφασης: 259/2018

εννόμου συμφέροντος δεδομένου ότι συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό με προσφορά η οποία έγινε αποδεκτή δια της προσβαλλομένης.

5. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις από 28.2.2018 απόψεις της επί της ασηθείσας προσφυγής.

6. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 20-2-2018 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 9-2-2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατ' έγκριση του μη εκτελεστού και ενσωματωθέντος στην ως άνω πρώτη προσβαλλόμενη ως αιτιολογία της, οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων ο οποίος κρίθηκε απορριπτός, βάλλει ειδικότερα κατά της ως άνω προσβαλλομένης καθ' ο μέρος η προσφορά του κρίθηκε αποκλειστέα. Με την ως άνω προσβαλλομένη ο προσφεύγων αποκλείστηκε διότι πρώτον στην ενότητα Δ του Μέρους II του ΕΕΕΣ του απάντησε αρνητικά στην ερώτηση περί του αν προτίθεται να αναθέσει τμήμα σε τρίτους υπεργολάβους, ενώ στην ενότητα Γ' «ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ» του Μέρους IV, αναφέρεται η ανάθεση εκτέλεσης μέρους της σύμβασης σε δύο υπεργολάβους με ποσοστό 0,2% (.....) και 1% (.....) του συνολικού συμβατικού αντικειμένου αντίστοιχα. Εξάλλου, αντί της δεύτερης παραπάνω εταιρείας, ο προσφεύγων υπέβαλε δικαιολογητικά συμμετοχής άλλης εταιρείας που δεν μνημονεύεται στο ΕΕΕΣ του (.....). Περαιτέρω, υπεβλήθη ΕΕΕΣ της παραπάνω -μη αναφερόμενης στο ΕΕΕΣ της συμμετέχουσας εταιρίας- στην ενότητα Δ του Μέρους II του οποίου, απαντήθηκε ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης στον υπεργολάβο, ενώ στην ενότητα Γ' του Μέρους IV ανεγράφη ποσοστό υπεργολαβίας «περίπου 20%», παρότι τίποτα σχετικό δεν αναφέρθηκε στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος. Δεύτερον, ο προσφεύγων αποκλείστηκε διότι δεν περιέλαβε υπεύθυνη δήλωση περί δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης μετοχών, με την οποία δηλώνεται ότι ο συμμετέχων και νυν προσφεύγων δεν είναι εξωχώρια εταιρεία, ενώ η συγκεκριμένη δήλωση δεν μνημονεύεται ούτε στον ηλεκτρονικώς υποβληθέντα αναλυτικό πίνακα περιεχομένων των δικαιολογητικών συμμετοχής του προσφεύγοντος, και τα παραπάνω συνιστούν κατά την αιτιολογία της προσβαλλομένης πράξης παραβάσεις των άρ. 5.2., 7.1.1.2.δ και των άρ. 4, 8 και 9.3 του Παραρτήματος 4 της προκήρυξης ως και του Ν. 3310/2005. Τρίτον, επειδή η δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος ως δανείζουσα εμπειρία και υπεργολάβος «.....» δεν υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν είναι εξωχώρια εταιρεία.

Αριθμός απόφασης: 259/2018

Τέταρτον, ότι κατά την αιτιολογία της προσβαλλόμενης κατά παράβαση του άρ. 14.1 της Προκήρυξης, ο προσφεύγων υπέβαλε το αρχείο 1.6.1.5.2 που αφορά την παραπάνω υπεργολάβο και περιέχει ξενόγλωσσα και αμετάφραστα στην ελληνική έγγραφα εκπροσώπησης των αλλοδαπών εταιρειών που είναι μέτοχοί της.

7. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων αιτιάται ότι πρώτον εσφαλμένα απεκλείσθη λόγω ανακριβών στοιχείων της προσφοράς της διότι θα έπρεπε να έχει κληθεί κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 για διευκρινίσεις. Εξάλλου, προσκόμισε ΕΕΕΣ και δικαιολογητικά συμμετοχής των οικονομικών φορέων και στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, ασχέτως εάν στο ΕΕΕΣ του εκ παραδρομής δήλωσε ότι στηρίζεται στις ικανότητες των εταιρειών (i), η οποία θα αναλάβει την υλοποίηση του μέρους του Έργου που αφορά στα εξής : α. Συμμετοχή στην εκπόνηση της Μελέτης Εφαρμογής και β. Επί τόπου επίβλεψη των εργασιών εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία του εξοπλισμού του Έργου, δηλαδή ποσοστό 0.2% και (ii) θα αναλάβει την υλοποίηση του μέρους του Έργου που αφορά στη συμμετοχή στην ενεργειακή αξιολόγηση του έργου κατά τον σχεδιασμό αλλά και κατά την 12ετή λειτουργία του Έργου», δηλαδή ποσοστό 1%. Κατά τον προσφεύγοντα δηλαδή η αναγραφή στο ΕΕΕΣ του της εταιρείας αντί της εταιρείας συνιστά πρόδηλο λεκτικό σφάλμα, διορθώσιμο κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και του όρου 8.3 της διακήρυξης, χωρίς οιαδήποτε έννομη συνέπεια, αφού προσκομίσθηκαν όλα τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά και συνεπώς, η όποια πλημμέλεια δεν συνιστά ουσιώδη έλλειψη, αλλά συμπληρώσιμη και διορθώσιμη κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 de minimis πλημμέλεια. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι αφού ο ήταν υπεργολάβος του υπεργολάβου, αφενός ορθώς δεν δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντα, αφετέρου το ποσοστό 20% που δηλώθηκε για τη συμμετοχή του αφορά το 1% του οικονομικού φορέα, του οποίου είναι υπεργολάβος. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του που αφορά τον αποκλεισμό περί μη υποβολής υπεύθυνης δήλωσης ότι δεν συνιστά εξωχώριο εταιρεία, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η έλλειψη αυτή δεν δύναται να οδηγήσει σε αποκλεισμό του, λόγω της γενικής παραπομπής στην ισχύουσα σχετική νομοθεσία, αλλά θα πρέπει να περιέχεται ειδικός όρος περί υποβολής των οικείων δικαιολογητικών με παραπομπή στις συγκεκριμένες διατάξεις του Ν. 3310/2005 και του ΠΔ 82/1996 είτε με απαρίθμηση των συγκεκριμένων δικαιολογητικών που πρέπει να προσκομισθούν, βάσει των αρχών της ισότητας και της αυστηρής ερμηνείας των όρων της διακήρυξης. Εξάλλου, εν προκειμένω, σε συμμόρφωση με τον όρο 6.4 και τον όρο 7.1 του Μέρους Β της διακήρυξης, όπου γίνεται

Αριθμός απόφασης: 259/2018

παραπομπή στις οικείες νομοθετικές διατάξεις, ο προσφεύγων τα υπέβαλε ως δικαιολογητικά συμμετοχής του, όμως ο όρος 7.1.1.1 περ. 3 ουδόλως προέβλεπε προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης περί του ότι ο προσφέρων δεν συνιστά εξωχώρια εταιρεία, ενώ αβασίμως η προσβαλλομένη επικαλείται τον όρο της παρ. 8 του Παραρτήματος 4 της διακήρυξης που αφορά δικαιολογητικά κατακύρωσης περί τεκμηρίωσης κριτηρίων επιλογής. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει ως προς τη βάση αποκλεισμού του περί μη υποβολής υπεύθυνης δήλωσης από τον δανείζοντα εμπειρία οικονομικό φορέα, με τον ειδικότερο ισχυρισμό ότι κατά το άρ. 78 Ν. 4412/2016 και τον όρο 5.5 περ. ε' Μέρους Β της διακήρυξης, δεν προβλέπεται η οικεία υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν είναι εξωχώρια εμπειρία, δικαιολογητικό που αφενός ζητείται στο στάδιο της κατακύρωσης, αφετέρου αφορά μόνο τον προσφέροντα και όχι τους τρίτους οικονομικούς φορείς. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι ο έλεγχος των εθνικών λόγων αποκλεισμού λαμβάνει χώρα κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής δια του εντύπου ΕΕΕΣ, νομίμως συμπληρωμένου και υπογεγραμμένου. Ενώ ακόμη και αν υφίσταται υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης και από τον τρίτο οικονομικό φορέα, η οικεία υπεύθυνη δήλωση περιλαμβάνεται σε κάθε περίπτωση μόνο στα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων προσβάλλει τη βάση αποκλεισμού του περί αμετάφραστων εγγράφων, με τον ισχυρισμό ότι κατέθεσε στην αναθέτουσα τα οικεία πιστοποιητικά εκπροσώπησης σε έντυπη μορφή και εντός τριών εργασίμων ημερών μετά μεταφράσεώς τους στην ελληνική. Περαιτέρω, ότι η μη ηλεκτρονική υποβολή των μεταφράσεων δεν συνιστά ουσιώδη λόγο αποκλεισμού, αφού η οικεία υποχρέωση δεν ετέθη ως τέτοια από τη διακήρυξη και τα οικεία δικαιολογητικά δεν συνιστούν νομιμοποιητικά έγγραφα του τρίτου οικονομικού φορέα, αλλά εκπροσώπησης των μετόχων αυτής και επομένως δεν περιλαμβάνονται στον όρο 5.4 περ. ε2 της διακήρυξης.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις ζήτησε την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και υποστήριξε τα ακόλουθα ως προς τους λόγους της προσφυγής: Επί του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής η αναθέτουσα ισχυρίστηκε ότι το ΕΕΕΣ της εταιρείας περιλαμβάνει δηλώσεις που είναι σε πλήρη αντίθεση με τα προσκομισθέντα από αυτή στοιχεία, ώστε να μην μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί ότι οι αντιτιθέμενες στα στοιχεία δηλώσεις συνιστούν πρόδηλα λεκτικά σφάλματα. Αντίθετα, ενδεχόμενη κλήση για διευκρινίσεις θα έδινε στην

Αριθμός απόφασης: 259/2018

προσφεύγουσα το δικαίωμα να προβεί σε ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς της, για την οποία δεν παρέχεται ευχέρεια παροχής διευκρινίσεων.

Ειδικότερα κατά την άποψη της αναθέτουσας, μη επιδεχόμενα διευκρίνισης ως μεταβάλλοντα την προσφορά στοιχεία στο ΕΕΕΣ της είναι τα εξής: α. Στο Μέρος ΙΙ ενότητα Δ' (σελ. 5 του ΕΕΕΣ) ο διαγωνιζόμενος απάντησε αρνητικά στην ερώτηση εάν προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπεργολάβους. β. Στο Μέρος ΙV, Ενότητα Γ' (σελίδα 19 του ΕΕΕΣ της ".....") «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του ΕΕΕΣ και στην ερώτηση που αφορά το ποσοστό υπεργολαβίας δηλώθηκαν οι εταιρείες και». Περαιτέρω, για την δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ της υπεργολάβου εταιρεία δεν προσκομίστηκε κανένα στοιχείο και δη χωριστό ΕΕΕΠ όπως απαιτεί ο νόμος και η διακήρυξη. Αντί αυτού υποβλήθηκε ΕΕΕΣ της εταιρείας με την επωνυμία, η οποία δεν μνημονεύεται σε κανένα σημείο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της ".....", δεν δηλώνεται πουθενά το αντικείμενο των υπηρεσιών της και δεν υπάρχει αναφορά σε ποσοστό εκτέλεσης της σύμβασης. Τα ανωτέρω, δεν συνιστούν ασάφεια δυνάμενη να διευκρινιστεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 102 παρ. 1, 2 και 5 του ν. 4412/2016 καθώς σύμφωνα με την ρητή διατύπωση του νόμου η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Επί του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ο νόμος Ν.3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο 3414/2005 και ισχύει, στα άρθρα 4 παρ. 4 και άρθρο 8 παρ. 4 αυτού, προβλέπει απαγόρευση της σύναψης δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εταιρείες υποχρεωτικό αποκλεισμό τυχόν συμμετοχής μίας τέτοιας εταιρείας στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Ο ίδιος περιορισμός ισχύει και για την συμμετοχή στις άνω διαδικασίες εξωχώριων εταιρειών με ποσοστό μεγαλύτερο του 1% επί του μετοχικού κεφαλαίου /ή που κατέχουν εταιρικά μερίδια /ή είναι εταίροι των εταίρων σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις. Η εν λόγω απαγόρευση συνιστά «εθνικό λόγο αποκλεισμού», ενώ η ίδια απαγόρευση προβλέπεται ρητά και από τις διατάξεις του άρθρου 5.2. και 7.1.1.2.δ' της Προκήρυξης που ορίζουν ότι αποκλείεται η συμμετοχή στο διαγωνισμό για όσα νομικά πρόσωπα είναι εξωχώριες εταιρείες ή μετέχουν σε αυτά εξωχώριες εταιρείες. Περαιτέρω, η ύπαρξη της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης είναι δηλαδή κατά την αναθέτουσα αρχή ελεγκτέα και κατά το στάδιο υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 259/2018

προσφοράς του εκάστοτε διαγωνιζόμενου που θα αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Αυτήν την προϋπόθεση συμμετοχής αποδέχθηκε κατά την αναθέτουσα αρχή και η "....." με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και συνεπώς οιαδήποτε αμφισβήτηση από την πλευρά της προσφεύγουσας ως προς τη νομιμότητα της συγκεκριμένης αυτής προϋπόθεσης συμμετοχής τότε θα έπρεπε να είχε προβληθεί σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού – ήτοι της ίδιας της διακήρυξης. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει από τα υποβληθέντα/αναρτηθέντα στο ΕΣΗΔΗΣ πιστοποιητικά ονομαστικοποίησης της "....." αποδεικνύεται ότι βασικός μέτοχος αυτής, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 6 Ν.3310/2005 ως ισχύουν, είναι η εταιρεία «.....» η οποία αποτελεί τον μοναδικό μέτοχο της διαγωνιζόμενης "....." κατέχοντας το σύνολο (100%) του μετοχικού της κεφαλαίου, και η οποία εδρεύει στο, και λειτουργεί σύμφωνα με τη Νομοθεσία, χώρα η οποία ανήκει στα κράτη τα οποία σύμφωνα με την Απόφαση Υπουργού Οικονομικών ΠΟΛ. 1173/10.11.2017 (ΦΕΚ Β 4049/20.11.2017) έχουν προνομιακό φορολογικό καθεστώς με βάση τις διατάξεις των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 65 του ν.4172/2013 για τα φορολογικά έτη 2016 και 2017. Επί του τρίτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής της "....." η αναθέτουσα αρχή προέβαλλε ότι η δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ της "....." υπεργολάβος και δανείζουσα εμπειρία εταιρεία με την επωνυμία «.....» αφενός δεν έχει υποβάλει την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη κατά τα ανωτέρω, Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν.1599/1986, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη από τον Νόμιμο εκπρόσωπο της «.....», με την οποία δηλώνεται ότι η εν λόγω εταιρεία δεν είναι εξωχώρια εταιρεία, αφετέρου στο υποβληθέν Μητρώο Μετόχων της «.....» που φέρει ημερομηνία 08.12.2017 εμφανίζεται ως μέτοχος, μεταξύ άλλων, και η εταιρεία (Εμπορικό Μητρώο/No.....), κάτοχος ποσοστού 0,84% του μετοχικού κεφαλαίου της «.....», για την οποία δεν έχουν υποβληθεί ούτε τα έγγραφα εκπροσώπησης ούτε τα έγγραφα ονομαστικοποίησης, όπως έχουν πράξει όλοι οι λοιποί μέτοχοι της «.....». Επί του τέταρτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής η αναθέτουσα προέβαλλε ότι κατά παράβαση του νόμου (άρθρ. 92 παρ. 4 Ν.4412/2016) και του άρθρου 14.1της Προκήρυξης έχει υποβληθεί από την "....." με το αρχείο 1.6.1.5.2, νομιμοποιητικά έγγραφα που δεν έχουν συνταχθεί στην ελληνική γλώσσα ούτε συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή και συγκεκριμένα πρόκειται για τα έγγραφα εκπροσώπησης των ακόλουθων αλλοδαπών εταιρειών (που είναι μέτοχοι της υπεργολάβου και δανείζουσας εμπειρία εταιρείας), ήτοι των:

Αριθμός απόφασης: 259/2018

.....,,, και και ως εκ τούτου δεν ήταν δυνατόν να ληφθούν υπόψη.

9. Επειδή η παρεμβαίνουσα ένωση «.....» ζήτησε την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης υποστηρίζοντας τα ακόλουθα ως προς τους λόγους της προσφυγής: Επί του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι εν προκειμένω η κλήση του προσφεύγοντος για διόρθωση του ΕΕΕΣ που υπέβαλε θα ήταν αντίθετη στο νόμο δεδομένου ότι η ευχέρεια του άρθρου 102 ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατόν να χρησιμοποιηθεί για την θεραπεία μίας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για την διάσωση μίας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς αλλά ενόλητας τέτοιων στοιχείων τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως η χρήση αυτής της ευχέρειας από την Αναθέτουσα θα προσέκρουε στο όριο που κατοχυρώνει το άρθρο 102. παρ. 3 ν. 4412/2016. Εξάλλου κατά την παρεμβαίνουσα, ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος είναι νόμιμος εφόσον εν προκειμένω δεν υφίσταται ασάφεια των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς (παρ. 5 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016), η οποία να υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις. Επικουρικά, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η κατά τα ανωτέρω τυπικά ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς της, εισάγει και ουσιαστικό अपαράδεκτο της προσφοράς της προσφεύγουσας καθόσον όπως προκύπτει από το Ε.Ε.Ε.Σ., το πιστοποιητικό καλής εκτέλεσης του δηλωθέντος έργου «κατασκευή φωτοβολταϊκού σταθμού 100 kw σε οροφή κτιρίου στην θέση,» και το καταστατικό της άνω εταιρείας «.....» το ανωτέρω έργο, αποτελεί έργο Σ.Ε.Α. και επομένως η άνω εταιρεία, δεν μπορεί να παράσχει στήριξη στην προσφεύγουσα στο σχετικό κριτήριο που η διακήρυξη απαιτεί Κάτι τέτοιο εξάλλου δεν θα ήταν εφικτό με δεδομένο ότι, η άνω εταιρεία, σε αντίθεση με την δηλωθείσα με το Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφεύγουσας, εταιρεία με την επωνυμία, δεν είναι εγγεγραμμένη στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών, δεν περιλαμβάνει μεταξύ των καταστατικών σκοπών της την παροχή υπηρεσιών ενεργειακής απόδοσης, ώστε, σε κάθε περίπτωση, να μην μπορεί να θεωρηθεί ως πάροχος ενεργειακών υπηρεσιών η δε σύναψη σύμβασης ενεργειακής απόδοσης θα ήταν και άκυρη ως κείμενη εκτός των καταστατικών ορίων του εταιρικού σκοπού της. Τέλος και επίσης επικουρικά η παρεμβαίνουσα σημειώνει ότι εν προκειμένω δεν έχει τηρηθεί η πρόβλεψη της διάταξης του άρθρου 78 παρ. 1 η οποία, όσον αφορά τα

Αριθμός απόφασης: 259/2018

κριτήρια που σχετίζονται με την επαγγελματική εμπειρία, απαιτεί οι οικονομικοί φορείς, να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν και υπό την προϋπόθεση οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Ειδικότερα υποστηρίζει ότι από το προσκομισθέν συμφωνητικό υπεργολαβικής συνεργασίας και διάθεσης τεχνικών/ επαγγελματικών ικανοτήτων, δεν προκύπτει η από τον νόμο απαιτούμενη απαίτηση για την ανάληψη του συνόλου των υπηρεσιών ενεργειακής απόδοσης από την παρέχουσα την εμπειρία εταιρεία, με δεδομένη την υπεργολαβική ανάθεση στην άνω εταιρεία ποσοστού μόλις 1% του συνολικού αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης. Επί του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι βάσει των διατάξεων και του πνεύματος της διακήρυξης, η υπεύθυνη δήωση του προσφεύγοντος ότι δεν αυτός δεν συνιστά εξωχώρια εταιρεία πρέπει να υποβληθεί με τα δικαιολογητικά της υποβολής προσφοράς και όχι με αυτά της κατακύρωσης. Ισχυρίζεται δε ότι αντίθετη ερμηνεία ότι δήθεν η επίμαχη υπεύθυνη δήωση περί του «*ότι ο διαγωνιζόμενος δεν είναι εξωχώρια εταιρεία*» υποβάλλεται το πρώτον με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (α) είναι ευθέως αντίθετη αφενός προς το γράμμα της Διακήρυξης και αφετέρου προς το πνεύμα και το σκοπό της, καθώς κατατείνει στη συμμετοχή και την άσκοπη, όσο και χρονοβόρα αξιολόγηση απαράδεκτων προσφορών, οι οποίες θα απορριφθούν στη συνέχεια, (β) συνεπάγεται την πλήρη αλλοίωση της βαθμολογίας επί των Τεχνικών Προσφορών των διαγωνιζομένων, εφόσον είναι γνωστό ότι η αξιολόγηση στη φάση αυτή είναι συγκριτική και ως εκ τούτου επηρεάζεται από την αξιολόγηση τυχόν απαράδεκτων προσφορών και (γ) καθιστά άνευ αντικείμενου και στην ουσία αντιφατική τον όρο της προκήρυξης ότι η κρίσιμη υπεύθυνη δήωση περί του ότι υποψήφιος «δεν είναι εξωχώρια εταιρεία» πρέπει υποχρεωτικά να φέρει ημερομηνία εντός των τελευταίων τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Προβάλλει εξάλλου τον ισχυρισμό ότι ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι η επίμαχη υπεύθυνη δήωση κατατίθεται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και άρα ελέγχεται στο αντίστοιχο στάδιο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα έχει ούτως ή άλλως νομίμως αποκλειστεί δεδομένου ότι η εταιρεία «.....» που είναι η μοναδική μέτοχος της προσφεύγουσας (.....) είναι εγκατεστημένη σε κράτος εγκατάστασης εξωχώριων εταιρειών κατά την έννοια του ελληνικού δικαίου. Επί του τρίτου λόγου της προσφυγής, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι βάσει των ανωτέρω αναφέρονται και της διάταξης 5.2. της διακήρυξης η οποία προβλέπει ως εθνικό λόγο αποκλεισμού τη συμμετοχή στο διαγωνισμό εξωχώριας εταιρείας ή εταιρείας της οποίας μέτοχος άνω του 1% είναι εξωχώρια εταιρεία, προκύπτει

Αριθμός απόφασης: 259/2018

χωρίς καμία αμφιβολία ότι την υποχρέωση υποβολής της κρίσιμης εν προκειμένω υπεύθυνης δήλωσης έχει και ο δανείζων εμπειρία, εν προκειμένω δε η εταιρεία «.....». Προσθέτει δε ότι ζήτημα συμπληρωματικής υποβολής των ελλειπουσών υπεύθυνων δηλώσεων δεν τίθεται εν προκειμένω, διότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για μη επιτρεπτή εκ των υστέρων αναπλήρωση αρχικώς ελλείποντος εγγράφου σε συμμόρφωση των οικείων όρων της Διακήρυξης (ΣΤΕ 3550/2011, 1415, 1344, 1203, 1118/2010, 2854/1997), η οποία, άλλωστε, απαγορεύεται ρητά από το άρθρο 8.3.1. της Διακήρυξης και το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 102 του ν.4412/2016.

10. Επειδή όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής: Η διάταξη του αρ. 78 του ν.4412/2016 ορίζει τα εξής: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ` του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α` ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί

Αριθμός απόφασης: 259/2018

να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων».

11. Επειδή η διάταξη του αρ. 102 του ν.4412/2016 ορίζει αυτολεξεί τα εξής: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.

2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74),

Αριθμός απόφασης: 259/2018

μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.

5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.

12. Επειδή στο Μέρος II ενότητα Γ του προτύπου εντύπου ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης αναγράφεται το εξής «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω; Παρακαλείστε να υποβάλετε χωριστό έντυπο ΕΕΕΠ, με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα τμήματα Α και Β του παρόντος μέρους, καθώς και το μέρος III, για κάθε μία από τις σχετικές οντότητες, δεόντως συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα από τους ενδιαφερόμενους φορείς».

13. Επειδή η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν

Αριθμός απόφασης: 259/2018

(ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κ.λπ.). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ C-19/00, Siac Construction Ltd, Απόφαση της 18.10.2001, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση της 25.04.1996, σκέψη 54 κ.λπ.). Επιπλέον, η αναθέτουσα η οποία διενεργεί τον διαγωνισμό υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται στη διακήρυξη, χωρίς μεταγενέστερες το πρώτον κατά την αξιολόγηση νέες ερμηνείες που μεταβάλλουν το περιεχόμενό της ανά περίπτωση (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003). Η δε παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Εξάλλου (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 17, 65, 66, 70, 94, 115, 121, 148, 174, 181, 182, 214/2017 και 28, 96, 140, 145 και 177, 146, 147, 171, 174, 191, 195, 237/2018), σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους ή χαρακτηρίζει όρους ως «απαράβατους», είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (πρβλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως δεν είναι δυνατή και η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση

Αριθμός απόφασης: 259/2018

προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Κατά τα ως άνω, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοσύνη πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά και πανηγυρικά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή απόρριψης ή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Ούτως, η διακήρυξη δεν επιτρέπεται ούτε να ερμηνεύεται το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης δημιουργικά και με τρόπο που καταργεί τις απαιτήσεις που η ίδια είχε θέσει, ώστε να διασώζονται προσφορές που τις έχουν παραβεί και να καλύπτονται οι ουσιώδεις ελλείψεις αυτών. Από την άλλη πλευρά, η ίδια τυπικότητα και μη απόκλιση από το γράμμα της διακήρυξης δεν διέπει μόνο όσα απαιτούνται, αλλά και όσα δεν απαιτούνται από τους διαγωνιζόμενους, δηλαδή δεν δύναται η διακήρυξη το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται με τρόπο που προσθέτει νέες απαιτήσεις και δη επί ποινή αποκλεισμού στους προσφέροντες (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 193/2018). Τούτο, διότι η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με το γράμμα και τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και

Αριθμός απόφασης: 259/2018

τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

14. Επειδή, περαιτέρω (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 135/2017, 30 και 237/2018), ο εκάστοτε προσφέρων, είναι ελεύθερος να συνάπτει δεσμούς με τους φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζεται και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών αυτών, εντούτοις, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως έχει στη διάθεσή του τους πόρους των συγκεκριμένων φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία και Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Περαιτέρω (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 253/2017 και 30/2018), η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα να μην κατοχυρώνεται από το άρ. 78 και το άρ. 307 Ν. 4412/2016, αλλά και από την ως άνω ενωσιακή νομολογία, ως μέσο προώθησης του ανταγωνισμού και της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, πλην όμως δεν αίρει την υποχρέωση προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπόψη των ικανοτήτων αυτών, τήρησης των αναγκαίων διατυπώσεων, οι οποίες ομοίως εξάλλου απορρέουν από την παραπάνω διάταξη νόμου και την ως άνω νομολογία, ως και την υποχρέωση νόμιμης προσκόμισης κάθε κατά τον νόμο και τη διακήρυξη απαιτούμενου για την παραδεκτή επίκληση αυτή, δικαιολογητικών (ΣτΕ ΕΑ 284, 373 405, 409, 410, 411, 415/2013, ΔΕφ Αθ Ν136/2018). Ειδικότερα (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017 και ΔΕφΑθ Ν136/2018), η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου συνοδεύεται από υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ του

Αριθμός απόφασης: 259/2018

προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα και προσκόμισης των απαραίτητων αποδεικτικών εγγράφων. Αποκλείεται δε η περαιτέρω και σε ύστερο στάδιο, ήτοι μετά την υποβολή της προσφοράς του, το πρώτον επίκληση τέτοιας στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα ή αντίστοιχα στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα νέο και επιπλέον όσων τυχόν τρίτων οικονομικών φορέων είχε ήδη επικληθεί με την προσφορά του, καθώς τούτο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς κατά παράβαση εξάλλου και του άρ. 104 Ν. 4412/2016 (το οποίο εφαρμόζεται αναλόγως και για τις διαδικασίες του Βιβλίου ΙΙ κατ' άρ. 315 Ν. 4412/2016). Εξάλλου, η παράλειψη τέτοιας δήλωσης στο ΕΕΕΣ του ίδιου του προσφέροντος περί στήριξης στις ικανότητες συγκεκριμένου τρίτου φορέα δεν αναπληρώνεται από την τυχόν ταυτόχρονη με την υποβολή της προσφοράς του απλή υποβολή του ΕΕΕΣ κάποιου άλλου τρίτου οικονομικού φορέα (άνευ όμως δηλώσεως τούτου και στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος) καθώς συνιστά αντιφατική πρόταση πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, η οποία καθιστά το σύνολο της προσφοράς αόριστο. Ούτε όμως η δήλωση του προσφέροντος στο δικό του ΕΕΕΣ περί της στήριξης σε συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα αίρει την υποχρέωση για υποβολή εκ του προσφέροντος και με επιμέλειά του προφανώς, αυτοτελούς ΕΕΕΣ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του τρίτου αυτού φορέα λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων. Στην περίπτωση δε που οι παραπάνω δύο προϋποθέσεις δεν πληρούνται σωρευτικά ή δεν υποβληθεί το οικείο ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα που έχει δηλωθεί στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 208, 231, 246/2017 και 30/2018). Η δε έλλειψη των παραπάνω συνιστά έλλειψη αθεράπευτη κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ Α51, 96, 208 και 231/2017, ΔΕΦΑΘ Ν136/2018). Ο δε σκοπός του παραπάνω αποδεικτικού μέσου απορρέει ευθέως από το τρίτο εδάφιο του άρ. 78 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ, εξάλλου, οι οικείες εγγραφές στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος και του τρίτου οικονομικού φορέα συνιστούν δηλώσεις στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης, η πρώτη του ίδιου του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο και η δεύτερη του τρίτου ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και δεν συντρέχουν εις βάρος του λόγοι αποκλεισμού.

15. Επειδή σύμφωνα με το αρ.102 Ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208 και 231/2017) παρέχεται στην αναθέτουσα ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και

Αριθμός απόφασης: 259/2018

συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ελέγχεται τόσο ως προς την εκ μέρους της άσκηση, όσο και παράλειψη άσκησης, βάσει των κανόνων του άρ. 102 Ν. 4412/2016 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187 και 208/2017). Η δε παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν συνδρομή της στο πρόσωπο της αναθέτουσας, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να επιτρέπει εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης και ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και δυνατόν να συμπληρωθεί σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και

Αριθμός απόφασης: 259/2018

οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας, την τυχόν ασάφεια και ελλείψεις των οικείων όρων της διακήρυξης, του γενικού όγκου πληροφοριών και αποδεικτικών εγγράφων που απαιτεί η διαδικασία και της εν γένει επιμέλειας που επέδειξε ο προσφέρων ως προς τις λοιπές αποδεικτικές υποχρεώσεις του και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε αοριστία και έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά ενότητας τέτοιων στοιχείων, τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή στον όρο της διακήρυξης υπό 7.1. ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ (ΥΠΟ)ΦΑΚΕΛΟΥ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ– ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» προβλέπεται ότι: «Ο Υποφάκελος «Δικαιολογητικά συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» περιέχει: 7.1.1. Δικαιολογητικά Συμμετοχής: 2. Συμπληρωμένο το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7 της 05- 01-2016 : «Για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας» (L 3/16), στο οποίο ο προσφέρων επιβεβαιώνει ότι πληροί τις προϋποθέσεις του Άρθρου 5 της παρούσας για τη συμμετοχή του. Ως προς το ΕΕΕΣ, επισημαίνονται τα ακόλουθα: α. Η Αναθέτουσα Αρχή έχει συντάξει με χρήση της υπηρεσίας eΕΕΕΣ το ηλεκτρονικό ΕΕΕΣ για τον παρόντα διαγωνισμό και έχει παραγάγει αυτό σε μορφή αρχείων XML και PDF. Τα αρχεία αυτά έχουν αναρτηθεί στο χώρο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού της παρούσας Προκήρυξης στο ΕΣΗΔΗΣ. Το ψηφιακό υπογεγραμμένο αρχείο eΕΕΕΣ μορφής .pdf αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας, ενώ το αρχείο XML έχει αναρτηθεί για τη διευκόλυνση των Οικονομικών Φορέων για να συντάξουν την απάντησή τους.... γ. Ο Οικονομικός Φορέας υποβάλλει το ψηφιακά υπογεγραμμένο eΕΕΕΣ σε μορφή .pdf και σε μορφή xml στον υποφάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» (συμβουλές για την υπηρεσία eΕΕΕΣ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το ενιαίο έντυπο παρατίθενται στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ στη διεύθυνση www.promitheus.gov.gr και την επιλογή «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ESPD)» στο αντίστοιχο μενού).... στ. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος στηρίζεται στις ικανότητες άλλων Οικονομικών Φορέων, κάθε τρίτος Φορέας που δανείζει εμπειρία, οφείλει να υποβάλει ξεχωριστό ΕΕΕΣ. Ειδικά στο Μέρος IV «Κριτήρια Επιλογής» του ΕΕΕΣ συμπληρώνονται τα πεδία εκείνα για τα οποία δανείζει την εμπειρία. ζ. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος προτίθεται να αναθέσει

Αριθμός απόφασης: 259/2018

υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους (βλ. ΕΕΕΣ, μέρος IV, παρ. Γ «ποσοστό υπεργολαβίας»), τμήμα/τα του έργου που υπερβαίνει/ουν το ποσοστό του 30% της συνολικής αξίας της προσφοράς του κάθε υπεργολάβος που αναλαμβάνει κάποιο από τα τμήματα αυτά, οφείλει να υποβάλει ξεχωριστό ΕΕΕΣ».

Επειδή εν προκειμένω στο Μέρος II, Ενότητα Γ του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας εταιρείας αναφέρεται ότι ο προσφέρων οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί στις σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων οι οποίοι εξειδικεύονται στο Μέρος IV Ενότητα Γ, όπου ο προσφεύγων στο πεδίο «ο οικονομικός φορέας προτίθεται, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο τμήμα (δηλ. ποσοστό) της σύμβασης. *Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω τμήματος, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΠ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω*», δήλωσε τα εξής: « Η θα αναλάβει την υλοποίηση του μέρους του Έργου που αφορά στην : α. Συμμετοχή στην εκπόνηση της Μελέτης Εφαρμογής, β. Επί τόπου επίβλεψη των εργασιών εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία του εξοπλισμού του Έργου, δηλαδή ποσοστό 0.2% και η θα αναλάβει την υλοποίηση του μέρους του Έργου που αφορά στην: Συμμετοχή στην ενεργειακή αξιολόγηση του έργου κατά τον σχεδιασμό αλλά και κατά την 12ετή λειτουργία του Έργου, δηλαδή ποσοστό 1%». Ωστόσο, κατά παράβαση των οριζομένων στο νόμο και στη Διακήρυξη, ο προσφεύγων παρέλειψε να υποβάλει τα δικαιολογητικά συμμετοχής της εν λόγω εταιρείας με τον φάκελο της προσφοράς της και δη ΕΕΕΣ και λοιπά δικαιολογητικά. Περαιτέρω, με τον φάκελο της προσφοράς της η προσφεύγουσα περιέλαβε και καθ'ομολογία της εκ παραδρομής ΕΕΕΣ και δικαιολογητικά άλλης εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία δεν μνημονεύεται σε κανένα σημείο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας. Σημειώνεται δε ότι το υποβληθέν ΕΕΕΣ της εταιρείας «.....» δεν φέρει ψηφιακή αλλά φυσική υπογραφή και βεβαίωση γνησίου, καίτοι τούτο δεν μνημονεύεται στην προσβαλλόμενη πράξη.

17. Επειδή ενόψει των ανωτέρω σκέψεων η εν λόγω συνομολογούμενη από τον ίδιο τον προσφεύγοντα πλημμέλεια (ήτοι η μη υποβολή ξεχωριστού ΕΕΕΣ για τη δηλωθείσα ως τρίτου οικονομικού φορέα του αρ.78 ν.4412/2016 εταιρεία στο ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας) κατά την υποβολή της προσφοράς δεν δύναται να θεωρηθεί ως τυπικό σφάλμα και άρα να διορθωθεί με τη διαδικασία του αρ. 102 ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 259/2018

όπως η προσφεύγουσα αβασίμως αιτιάται. Τούτο διότι, κατά το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 και κατά την παρ. 3 της ως άνω διάταξης η παροχή της δυνατότητας συμπληρώσεων/διευκρινίσεων δεν μπορεί να συνίσταται στην το πρώτον υποβολή δικαιολογητικών τα οποία απαιτούνταν επί ποινή αποκλεισμού, όπως το συγκεκριμένο. Πολλώ δε μάλλον εν προκειμένω που ο προσφύγων αιτιάται επίκληση άλλου οικονομικού φορέα από αυτόν που δήλωσε στο ΕΕΕΣ του και έτσι η παραπάνω τυχόν παροχή δυνατότητας διόρθωσης θα συνιστούσε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς, αλλοίωση αυτής και κατά τούτο άνιση ευνοϊκή μεταχείρισή του έναντι των άλλων διαγωνιζομένων. Εξάλλου, η δήλωση στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος περί στήριξης στις ικανότητες της και η ταυτόχρονη υποβολή του ΕΕΕΣ της «.....» (άνευ όμως δηλώσεως της τελευταίας και στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος) συνιστά αντιφατική πρόταση πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, η οποία καθιστά το σύνολο της προσφοράς αόριστο. Περαιτέρω δε, ούτε είναι επιτρεπτή η με τη διαδικασία της κλήσης σε διευκρινίσεις, διόρθωση του ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος και δη η αντικατάσταση σε αυτό της από την «.....» δεδομένου ότι και αυτό θα συνιστούσε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς, ουσιώδη αλλοίωση αυτής και κατά τούτο άνιση ευνοϊκή μεταχείρισή του έναντι των άλλων διαγωνιζομένων. Τέλος, η εφαρμογή του αρ. 102 του ν.4412/2016 είναι εν προκειμένω μη επιτρεπτή και για τον προφανή λόγο ότι δεν προκύπτει σαφώς ποιο εκ των δύο είναι το σφάλμα του προσφέροντος το οποίο ενδεχομένως θα έχρηζε διόρθωσης: η δήλωση της εταιρείας ως τρίτου οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος αντί της «.....» ή η μη υποβολή αυτοτελούς ΕΕΕΣ για τη ως τρίτου οικονομικού φορέα. Τούτο διότι για την εφαρμογή του αρ. 102 ν.4412/2015, και επιπλέον των ανωτέρω, το αντικείμενο του τυχόν προς διόρθωση σφάλματος θα πρέπει να προκύπτει ευθέως εκ των εγγράφων της σύμβασης και όχι να επαφίεται στις εκ των υστέρων δηλώσεις του εκάστοτε προσφέροντος. Συνεπώς πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

18. Επειδή πάντως παρότι τα ανωτέρω αρκούν ούτως ή άλλως για τον εν όλω αποκλεισμό της προσφοράς του προσφεύγοντος, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας ότι οι τρίτοι οικονομικοί φορείς στις ικανότητες των οποίων βασίζεται ο προσφεύγων και οι οποίοι συνιστούν και υπεργολάβους αυτού (όπως δηλώνεται στο Μέρος IV Ενότητα Γ του ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος), έπρεπε να δηλωθούν και στο μέρος Μέρος II, Ενότητα Δ του ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος, αβασίμως προβάλλονται δεδομένου

Αριθμός απόφασης: 259/2018

ότι η εν λόγω ενότητα αφορά σε «*υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν βασίζεται ο οικονομικός φορέας*».

19. Επειδή βάσει των ανωτέρω, το υποβληθέν για την εταιρεία «.....» ΕΕΕΣ δεν δύναται να ληφθεί υπόψη ως έγγραφο του διαγωνισμού και να εξεταστεί κατά περιεχόμενο, αφού απαραδέκτως ούτως ή άλλως υπεβλήθη, καθώς αντιστοιχεί σε εταιρεία, η οποία δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο του ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος, τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη περί παράλειψης του προσφεύγοντος δήλωσης της εταιρείας (η οποία δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ της «.....» ως υπεργολάβος αυτού για τμήμα 20%), ως υπεργολάβου του ίδιου του προσφεύγοντος καθίστανται άνευ αντικειμένου και παρέλκει η εξέτασή τους.

20. Επειδή εξάλλου οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι σε κάθε περίπτωση δεν προκύπτει η από τον νόμο απαιτούμενη απαίτηση για την ανάληψη του συνόλου των υπηρεσιών ενεργειακής απόδοσης από την εταιρεία, δεν είναι αντικείμενο εξέτασης της παρούσας καθώς ο εν λόγω ισχυρισμός απαραδέκτως προβάλλεται διότι ο παρεμβαίνων δεν δύναται να εισάγει νέους λόγους αποκλεισμού πέραν όσων περιέχει ήδη η προσβαλλόμενη.

21. Επειδή όσον αφορά το δεύτερο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής: Η διάταξη του αρ. 4 του ν. 3310/2005 ορίζει τα εξής: «1. Απαγορεύεται η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με επιχειρήσεις μέσω ενημέρωσης. Η ίδια απαγόρευση ισχύει και για τους εταίρους, τους βασικούς μετόχους, τα μέλη των οργάνων διοίκησης και τα διευθυντικά στελέχη των επιχειρήσεων αυτών, εφόσον διαπιστωθεί η συνδρομή του ασυμβιβάστου κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3 του νόμου αυτού. Απαγορεύεται, επίσης, η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με επιχειρήσεις, των οποίων οι εταίροι ή οι βασικοί μέτοχοι ή τα μέλη οργάνων διοίκησης ή τα διευθυντικά στελέχη είναι επιχειρήσεις μέσω ενημέρωσης ή οι εταίροι ή οι βασικοί μέτοχοι ή τα μέλη οργάνων διοίκησης ή τα διευθυντικά στελέχη επιχειρήσεων μέσω ενημέρωσης, εφόσον διαπιστωθεί η συνδρομή του ασυμβιβάστου κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3 του νόμου αυτού. [...] 4. α) Απαγορεύεται η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εταιρείες, σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της περ. στ` της παρ. 1 του άρθρου 31 του ν. 2238/1994 (ΦΕΚ 151 Α`), που προστέθηκε με την παρ. 7 του άρθρου 5 του ν. 3091/2002 (ΦΕΚ 330 Α`). Με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών καθορίζονται οι χώρες στις οποίες

Αριθμός απόφασης: 259/2018

Λειτουργούν εξωχώριες εταιρείες με βάση το σχετικό κατάλογο χωρών του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.). Οι εξωχώριες εταιρείες απαγορεύεται επίσης, να συμμετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του μετοχικού κεφαλαίου ή να κατέχουν εταιρικά μερίδια ή να είναι εταίροι των εταίρων σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του νόμου αυτού. Η απαγόρευση του προηγούμενου εδαφίου ισχύει και για τις εξωχώριες εταιρείες, οι οποίες συμμετέχουν σε άλλα νομικά πρόσωπα που είναι μέτοχοι επιχειρήσεων που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις ή μέτοχοι των μετόχων αυτών και ούτω καθεξής, και οι οποίες είναι κάτοχοι ποσοστού μετοχών, το οποίο συνυπολογιζόμενο και αναγόμενο σε ποσοστό μετοχών στην επιχείρηση που συνάπτει δημόσιες συμβάσεις αντιστοιχεί σε ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του νόμου αυτού. Έξαλλου η διάταξη του αρ. 8 του ίδιου νόμου ορίζει τα ακόλουθα: «1. Οι μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατασκευής έργων ή προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, όπως αυτός οριοθετείται με τις διατάξεις του νόμου αυτού, με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού από τις διαγωνιστικές διαδικασίες ή τις διαδικασίες ανάθεσης, σύμφωνα με τις Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως εκάστοτε ισχύουν. Εφόσον μέτοχος είναι άλλη ανώνυμη εταιρεία με ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές της εταιρείας αυτής είναι υποχρεωτικά ονομαστικές στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. Σε περίπτωση συμμετοχής εταιρειών άλλης νομικής μορφής, πλην των ανωνύμων, στις οποίες συμμετέχουν ή κατέχουν εταιρικά μερίδια ανώνυμες εταιρείες, με ποσοστό συμμετοχής στο εταιρικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές τους είναι υποχρεωτικά ονομαστικές μέχρι και του τελευταίου φυσικού προσώπου.

2. Οι υποχρεώσεις της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού ισχύουν και για τις αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες, ανεξαρτήτως της συμμετοχής τους ή μη σε ελληνικές ανώνυμες εταιρείες, υπό την προϋπόθεση ότι το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους,

Αριθμός απόφασης: 259/2018

επιβάλλει για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα, την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. Εφόσον δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών κατά το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, προσκομίζεται σχετική βεβαίωση από αρμόδια αρχή της χώρας αυτής, εφόσον υπάρχει σχετική πρόβλεψη, διαφορετικά προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση του υποψηφίου. Στην περίπτωση που δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης, η αλλοδαπή ανώνυμη εταιρεία υποχρεούται να προσκομίσει στην Αναθέτουσα Αρχή έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση των μετόχων της, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου της ανώνυμης εταιρείας. Σε περίπτωση που η εταιρεία δεν τηρεί ενημερωμένη κατάσταση μετόχων, υποχρεούται να προσκομίσει σχετική κατάσταση μετόχων, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου, σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, εφόσον οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην εταιρεία. Σε αντίθετη περίπτωση, η εταιρεία οφείλει να αιτιολογήσει τους λόγους για τους οποίους δεν είναι γνωστοί οι ως άνω μέτοχοι, η δε Αναθέτουσα Αρχή δεν διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την κρίση της αιτιολογίας αυτής. Εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή να αποδείξει τη δυνατότητα της εταιρείας να υποβάλει την προαναφερόμενη κατάσταση των μετόχων της, διαφορετικά η μη υποβολή της σχετικής κατάστασης δεν επιφέρει έννομες συνέπειες σε βάρος της εταιρείας. [...] 4. Οι υποχρεώσεις των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου αυτού αποτελούν προϋποθέσεις για την παραδεκτή συμμετοχή της εταιρείας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική διαδικασία. Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει επίσης, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α' της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. [...] 6. Με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται ύστερα από πρόταση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών και Ανάπτυξης ρυθμίζονται μεταξύ άλλων: α) η διαδικασία και οι προϋποθέσεις για την ονομαστικοποίηση των μετοχών, β) ο τρόπος παρακολούθησης της ονομαστικοποίησης από το Χρηματιστήριο Αθηνών και την ανώνυμη εταιρεία Αποθετηρίων Εγγράφων, με την επιφύλαξη της προβλεπόμενης στην παράγραφο 3 του άρθρου αυτού εξαίρεσης, γ) κάθε άλλο συναφές ζήτημα σε σχέση με την ονομαστικοποίηση των μετοχών ή με την απαγόρευση συμμετοχής των εξωχώριων εταιρειών, καθώς και κάθε λεπτομέρεια αναγκαία για την εφαρμογή των διατάξεων του

Αριθμός απόφασης: 259/2018

άρθρου αυτού. [...] 8. α) Οι αλλοδαπές επιχειρήσεις που συμμετέχουν στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων και εφόσον στο δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, επιβάλλεται για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα, η ονομαστικοποίηση των μετοχών τους στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου, πρέπει να προσκομίζουν στην Αναθέτουσα Αρχή κατά την υποβολή του φακέλου συμμετοχής τους σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης, τα ακόλουθα έγγραφα: αα) πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής κατά το δίκαιο του κράτους της έδρας της εταιρείας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές της, με βάση το ισχύον καταστατικό της, είναι ονομαστικές. Προκειμένου περί εταιρείας της οποίας οι μετοχές ήταν στο παρελθόν βάσει του καταστατικού της ανώνυμες, πρέπει κατά την υποβολή της υποψηφιότητας να έχει ολοκληρωθεί και εγκριθεί από την εποπτεύουσα αρχή, τροποποίηση καταστατικού της, ώστε το σύνολο των μετοχών της να έχει μετατραπεί σε ονομαστικές, ββ) αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της υποψήφιας εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο τηρούμενο βιβλίο μετόχων κατά το δίκαιο του κράτους της έδρας της με ημερομηνία το αργότερο τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή της υποψηφιότητας, γγ) κάθε άλλο έγγραφο από το οποίο μπορεί να προκύπτει η ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου των μετοχών της υποψήφιας εταιρείας που έχει συντελεστεί το αργότερο τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή της υποψηφιότητας. β) Τα ανωτέρω δικαιολογητικά υποβάλλονται ενημερωμένα από την ανάδοχο εταιρεία στην Αναθέτουσα Αρχή πριν από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Από τα έγγραφα του εδαφίου α` περ. (ββ) και (γγ) της παρούσας παραγράφου πρέπει να προκύπτει ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου της αναδόχου εταιρείας που έχει συντελεστεί το αργότερο τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους στην Αναθέτουσα Αρχή. γ) Όλα τα έγγραφα πρέπει να είναι επικυρωμένα από την κατά νόμον αρμόδια αρχή του κράτους συστάσεως του υποψηφίου και να συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση στην ελληνική. [...] 9. Οι αλλοδαπές επιχειρήσεις που συμμετέχουν στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και εφόσον στο δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, δεν προβλέπεται, για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα, η ονομαστικοποίηση των μετοχών τους στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου, πρέπει να προσκομίζουν στην Αναθέτουσα Αρχή, κατά την υποβολή του φακέλου συμμετοχής τους σε διαγωνιστική διαδικασία, έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση των μετόχων τους που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου της ανώνυμης

Αριθμός απόφασης: 259/2018

εταιρείας. Σε περίπτωση που η εταιρεία δεν τηρεί ενημερωμένη κατάσταση μετόχων, υποχρεούται να προσκομίσει σχετική κατάσταση μετόχων που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου, σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, εφόσον οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην εταιρεία. Σε αντίθετη περίπτωση, η εταιρεία οφείλει να αιτιολογήσει τους λόγους για τους οποίους δεν είναι γνωστοί οι ως άνω μέτοχοι, η δε Αναθέτουσα Αρχή δεν διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την κρίση της αιτιολογίας αυτής. Εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή να αποδείξει τη δυνατότητα της εταιρείας να υποβάλει την προαναφερόμενη κατάσταση των μετόχων της, διαφορετικά η μη υποβολή της σχετικής κατάστασης δεν επιφέρει έννομες συνέπειες σε βάρος της εταιρείας. Όλα τα ανωτέρω έγγραφα πρέπει να είναι επικυρωμένα από την κατά νόμον αρμόδια αρχή του κράτους της έδρας του υποψηφίου και να συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση στην ελληνική. 10. Η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται στη σχετική προκήρυξη ή στη σχετική πρόσκληση για τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας ή της διαδικασίας ανάθεσης να αναφέρει όλα τα αναγκαία στοιχεία για την εφαρμογή του άρθρου αυτού».

22. Επειδή ο όρος 5.2. της διακήρυξης προβλέπει ότι «αποκλείεται η συμμετοχή στο Διαγωνισμό: Για όσα νομικά πρόσωπα είναι εξωχώριες Εταιρείες ή μετέχουν σε αυτά εξωχώριες Εταιρείες, ήτοι εμπίπτουν στις διατάξεις του άρθρου 4 παρ. 4 του ν. 3310/2005 όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το ν. 3414/2005. Για όσα νομικά πρόσωπα δεν προσκομίσουν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης που προβλέπονται από τις διατάξεις του Π.Δ. 82/96 (ΦΕΚ Α'66), όπως αυτές τροποποιήθηκαν και ισχύουν με τις διατάξεις του άρθρου 8 του Ν. 3310/05 και του άρθρου 8 του Ν. 3414/05 και υπό τις προϋποθέσεις που καθορίζονται στις εν λόγω διατάξεις».

Στην παράγραφο 5.5 της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «**ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΑΠΟ ΜΗ ΠΛΗΡΩΣΗ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ ΕΠΙΛΟΓΗΣ (ΑΡΘΡΟ 75 του ν. 4412/2016)**

[...] Οι απαιτήσεις συμμετοχής, ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας (άρθρο 75, Ν.4412/16), καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα (σύμφωνα με τα Παραρτήματα XI και XII, του Προσαρτήματος Α, του Ν.4412/16), αναφέρονται στις επόμενες παραγράφους και στην πρόσκληση υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο σχετικό άρθρο της παρούσης. Το σύνολο των στοιχείων της παρούσης παραγράφου, δηλώνονται στο ΕΕΕΣ και υποβάλλονται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. [...]

ε2. Επίκληση δάνειας τεχνικής ικανότητας:

Αριθμός απόφασης: 259/2018

Εφόσον οι προσφέροντες στηρίζονται στην τεχνική ικανότητα τρίτων Φορέων που δεν μετέχουν στην Προσφορά, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς, πρέπει να αποδεικνύουν στην Αναθέτουσα Αρχή ότι κατά την εκτέλεση της ΣΠΥ θα έχουν στη διάθεσή τους την απαιτούμενη τεχνική ικανότητα, με την προσκόμιση δέσμευσης των φορέων αυτών (δάνεια τεχνική ικανότητα).

Η απόδειξη της δέσμευσης τρίτου Φορέα (δανείζοντος) γίνεται με την προσκόμιση στην Προσφορά:

- i. Έγγραφης δέσμευσης του τρίτου Φορέα προς την Αναθέτουσα Αρχή με την οποία αυτός αναλαμβάνει, σε περίπτωση ανάθεσης της ΣΠΥ σε αυτόν, την προμήθεια των απαραίτητων υλικών ή υπηρεσιών στον Προσφέροντα και για χρονικό διάστημα μέχρι και την ολοκλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων αυτού προς την Αναθέτουσα Αρχή.
- ii. Έγγραφης συμφωνίας συνεργασίας, με προγενέστερη της υποβολής της προσφοράς ημερομηνία, μεταξύ τρίτου και του προσφέροντα ή μέλους αυτού από την οποία αποδεικνύεται, ότι ο τρίτος δεσμεύεται να αναλάβει την προμήθεια των απαραίτητων υλικών ή υπηρεσιών στον προσφέροντα και για χρονικό διάστημα μέχρι και την ολοκλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων αυτού προς την Αναθέτουσα Αρχή.
- iii. Όλα τα ανωτέρω δικαιολογητικά τεκμηρίωσης τεχνικής ικανότητας από τα οποία αποδεικνύεται η ειδική επαγγελματική εμπειρία και η τεχνική ικανότητα του τρίτου.
- iv. Νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η νόμιμη σύσταση και λειτουργία του δανείζοντος τρίτου και οι νόμιμοι εκπρόσωποί του, οι οποίοι και τον δεσμεύουν με την υπογραφή τους. Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο Οικονομικός Φορέας είναι νομικό πρόσωπο, προσκομίζει τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του διαγωνιζομένου). Από τα ανωτέρω έγγραφα πρέπει να προκύπτουν η νόμιμη σύστασή του, όλες οι σχετικές τροποποιήσεις των καταστατικών, το/τα πρόσωπο/α που δεσμεύει/ουν νόμιμα την εταιρία κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (νόμιμος εκπρόσωπος, δικαίωμα υπογραφής κλπ.), τυχόν τρίτοι, στους οποίους έχει χορηγηθεί εξουσία εκπροσώπησης, καθώς και η θητεία του/των ή/και των μελών του οργάνου διοίκησης/ νόμιμου εκπροσώπου».

Περαιτέρω ο όρος 7.1.1 της διακήρυξης προβλέπει τα εξής: «7.1.1. Δικαιολογητικά Συμμετοχής: [...] 3. Τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των νομικών προσώπων που

Αριθμός απόφασης: 259/2018

προβλέπονται από τις διατάξεις του Π.Δ.82/96 (ΦΕΚ Α΄ 66) όπως αυτές τροποποιήθηκαν και ισχύουν με τις διατάξεις του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005 και του άρθρου 8 του Ν. 3414/2005 και υπό τις προϋποθέσεις που καθορίζονται στις εν λόγω διατάξεις. Η υποχρέωση ονομαστικοποίησης μέχρι φυσικού προσώπου δεν ισχύει για τις εισηγμένες στα χρηματιστήρια κρατών – μελών της ΕΕ ή του ΟΟΣΑ εταιρείες.

4. Τα νομιμοποιητικά στοιχεία των Νομικών Προσώπων που υποβάλλουν προσφορά.

I. Επί Ανωνύμων Εταιριών :

α Αντίγραφο του καταστατικού και των τροποποιήσεών του ή αντίγραφο κωδικοποιημένου καταστατικού που περιλαμβάνει όλες τις τροποποιήσεις τους.

β. Βεβαίωση της αρμόδιας Αρχής περί των τροποποιήσεων του Καταστατικού.

γ. Φύλλα της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως ή κατά περίπτωση στοιχεία του Γενικού Εμπορικού Μητρώου, από τα οποία προκύπτει η δημοσίευση του Καταστατικού καθώς και τυχόν τροποποιήσεών του καθώς και η απόφαση εκλογής του τρέχοντος ΔΣ και η πράξη συγκρότησής του σε σώμα. Εάν η δημοσίευση των πράξεων αυτών δεν έχει ολοκληρωθεί ακόμα, θα υποβάλλεται αποδεικτικό υποβολής τους για δημοσίευση.

δ. Απόφαση του αρμοδίου Οργάνου Διοίκησης (ΔΣ ή κατά περίπτωση του Διευθύνοντος Συμβούλου), με την οποία εγκρίνεται η συμμετοχή στο Διαγωνισμό προκειμένου να αναληφθεί η υπό ανάθεση ΣΠΥ, στην οποία θα καθορίζεται και το πρόσωπο ή πρόσωπα που εξουσιοδοτούνται να υπογράψουν την προσφορά (αν είναι διαφορετικά από τον νόμιμο εκπρόσωπο).

II. Επί Εταιριών Περιορισμένης Ευθύνης:

α. Αντίγραφο του καταστατικού και των τροποποιήσεών του ή αντίγραφο κωδικοποιημένου καταστατικού που περιλαμβάνει όλες τις τροποποιήσεις του.

β. Βεβαίωση της αρμόδιας Αρχής περί των τροποποιήσεων του Καταστατικού.

γ. Φύλλα της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως ή κατά περίπτωση στοιχεία του Γενικού Εμπορικού Μητρώου, από τα οποία προκύπτει η δημοσίευση του Καταστατικού καθώς και τυχόν τροποποιήσεών του. Εάν η δημοσίευση των πράξεων αυτών δεν έχει ολοκληρωθεί ακόμα, θα υποβάλλεται αποδεικτικό υποβολής τους για δημοσίευση.

δ. Απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης (Γενικής Συνέλευσης των Εταίρων ή του/των Διαχειριστών κατά περίπτωση), με την οποία εγκρίνεται η συμμετοχή στο Διαγωνισμό προκειμένου να αναληφθεί η υπό ανάθεση σύμβαση και καθορίζεται το πρόσωπο ή τα πρόσωπα που εξουσιοδοτούνται να υπογράψουν την προσφορά, (αν είναι διαφορετικά από τον νόμιμο εκπρόσωπο).

III. Επί Ιδιωτικών Κεφαλαιουχικών Εταιριών (IKE):

Αριθμός απόφασης: 259/2018

“.....”

α. Αντίγραφο του καταστατικού και των τροποποιήσεών του ή αντίγραφο κωδικοποιημένου καταστατικού που περιλαμβάνει όλες τις τροποποιήσεις του και τα αποδεικτικά δημοσίευσης.

β. Βεβαίωση της αρμόδιας Αρχής περί των τροποποιήσεων του Καταστατικού.

γ. Απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης (ΓΣ Εταίρων ή Διαχειριστών), με την οποία εγκρίνεται η συμμετοχή στο Διαγωνισμό προκειμένου να αναληφθεί η υπό ανάθεση ΣΠΥ και καθορίζεται το πρόσωπο ή τα πρόσωπα που εξουσιοδοτούνται να υπογράψουν την προσφορά (αν είναι διαφορετικά από τον νόμιμο εκπρόσωπο).

IV. Επί Προσωπικών Εταιριών (ΟΕ ή ΕΕ):

α. Αντίγραφο του καταστατικού και των τροποποιήσεών του ή αντίγραφο κωδικοποιημένου καταστατικού που περιλαμβάνει όλες τις τροποποιήσεις του.

β. Βεβαίωση της αρμόδιας Αρχής περί των τροποποιήσεων του Καταστατικού.

γ. Απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης με την οποία εγκρίνεται η συμμετοχή στο Διαγωνισμό προκειμένου να αναληφθεί η υπό ανάθεση ΣΠΥ και καθορίζεται το πρόσωπο ή τα πρόσωπα που εξουσιοδοτούνται να υπογράψουν την προσφορά, (αν είναι διαφορετικά από τον νόμιμο εκπρόσωπο).

V. Επί των λοιπών Νομικών Προσώπων (ημεδαπών ή αλλοδαπών):

Αντίστοιχα προς τα ανωτέρω νομιμοποιητικά έγγραφα βάσει των ισχυουσών διατάξεων για έκαστο εξ αυτών.

VI. Επί Ενώσεων - Φυσικών ή Νομικών Προσώπων, επιπλέον:

α. Συμφωνητικό σύστασης της Ένωσης. Στο συμφωνητικό σύστασης της Ένωσης θα αναγράφεται και θα οριοθετείται με τη μέγιστη δυνατή σαφήνεια το μέρος της υπό ανάθεση ΣΠΥ (φυσικό και οικονομικό αντικείμενο - σε ποσοστό) που αναλαμβάνει κάθε Μέλος της Ένωσης στο σύνολο της Προσφοράς, θα δηλώνεται ένα μέλος ως υπεύθυνο για το συντονισμό και τη διοίκηση όλων των μελών της Ένωσης (leader), θα δηλώνεται από τα μέλη ότι αναλαμβάνουν αλληλεγγύως και εις ολόκληρον την ευθύνη για την εκτέλεση της ΣΠΥ και θα ορίζεται κοινός εκπρόσωπος της Ένωσης και των μελών της έναντι της Αναθέτουσας Αρχής.

β. Τα νομιμοποιητικά έγγραφα των Εταιρειών / Φορέων που την αποτελούν, ανάλογα με τη νομική μορφή τους και σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους, και

γ. Υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 υπογεγραμμένη από τα μέλη της ή, κατά περίπτωση, τους νόμιμους εκπροσώπους των μελών της, ότι τα μέλη της Ένωσης ευθύνονται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον για την εκτέλεση της ΣΠΥ.

Αριθμός απόφασης: 259/2018

Σημειώνεται, ότι μετά την αποσφράγιση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» ο μπορεί να ζητήσει κατά την κρίση του την υποβολή των δικαιολογητικών, που τεκμηριώνουν την απουσία λόγων αποκλεισμού ή/και τη συνδρομή των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Τα ανωτέρω δικαιολογητικά, εάν δεν εκδίδονται στην ελληνική γλώσσα, θα συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους σε αυτή».

Εξάλλου, ο όρος 9.3. της διακήρυξης προβλέπει τα εξής: «Μέσα σε 4 ημέρες από την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης η αρμόδια Επιτροπή αποσφραγίζει ηλεκτρονικά τον φάκελο και ελέγχει τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης που είχαν υποβληθεί με την Προσφορά κάθε συμμετέχοντα καθώς και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Αμέσως μετά αποσφραγίζει τον υποβληθέντα έντυπο φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης και μονογράφει όλα τα στοιχεία που περιέχονται σε αυτόν ανά φύλλο ή προβαίνει και σε διάτρησή τους με ειδικό διατρητικό μηχάνημα. Αμέσως μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών της κατακύρωσης, όσοι υπέβαλαν παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό της παρούσης θα έχουν ηλεκτρονική πρόσβαση στο περιεχόμενό του. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί, ότι κατά την υποβολή της Προσφοράς δεν υποβλήθηκαν όλα τα αναγκαία δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης ή ότι από αυτά δεν προκύπτει η τήρηση των διατάξεων περί ονομαστικοποίησης και περί απαγόρευσης συμμετοχής εξωχώριων εταιριών, η προσφορά κρίνεται απορριπτέα και επαναλαμβάνεται η διαδικασία με την κλήση του επόμενου σε σειρά κατάταξης προσφέροντος για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και ούτω καθ' εξής. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν έχει υποβάλει με την προσφορά του όλα τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης ή από αυτά δεν προκύπτει η τήρηση των διατάξεων περί ονομαστικοποίησης και απαγόρευσης συμμετοχής εξωχώριων εταιριών, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

Τέλος στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 4 : ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ - ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ ΕΠΙΛΟΓΗΣ προβλέπονται τα εξής: «Υποβάλλονται τα εξής δικαιολογητικά κατακύρωσης :[...] 5. Νομιμοποιητικά Έγγραφα, σε περίπτωση που έχει υπάρξει μεταβολή στα στοιχεία νομιμοποίησης σε σχέση με αυτά που υποβλήθηκαν κατά το στάδιο της συμμετοχής. 8. Ονομαστικοποίηση Μετοχών : Επειδή το οικονομικό αντικείμενο του παρόντος Διαγωνισμού υπερβαίνει το 1.000.000,00 ευρώ, οι μετοχές των

Ανωνύμων Εταιρειών που συμμετέχουν στον παρόντα Διαγωνισμό αυτοτελώς ή Ένωση ή όταν σε άλλης νομικής μορφής εταιρείες, συμμετέχουν στο εταιρικό της μερίδιο ανώνυμες εταιρείες, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές μέχρι φυσικού προσώπου. Η συνδρομή της

Αριθμός απόφασης: 259/2018

παραπάνω προϋπόθεσης πρέπει να αποδεικνύεται : α) τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, υποβάλλοντας ηλεκτρονικά και προσκομιζόμενα εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους, όσο και β) κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εφόσον υπάρχει μεταβολή, των παρακάτω:

- Ημεδαπές ή αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες, ανεξαρτήτως της συμμετοχής τους ή μη σε ελληνικές ανώνυμες εταιρείες, τα δικαιολογητικά που προβλέπονται από τις διατάξεις του π.δ. 82/96 (Α' 66) «Ονομαστικοποίηση των μετοχών Ελληνικών Ανωνύμων Εταιρειών», όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 8 του ν. 3310/2005 (Α' 30), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 8 του ν.3414/2005 (Α' 279) και ισχύει υπό τις προϋποθέσεις που καθορίζονται από τις εν λόγω διατάξεις. Εφόσον μέτοχος των εταιρειών αυτών είναι άλλη ΑΕ με ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές της εταιρείας αυτής είναι υποχρεωτικά ονομαστικές στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. Σε περίπτωση συμμετοχής στο Διαγωνισμό εταιρειών άλλης νομικής μορφής, πλην των ανωνύμων, στις οποίες συμμετέχουν ή κατέχουν εταιρικά μερίδια ανώνυμες εταιρείες, με ποσοστό συμμετοχής στο εταιρικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές τους είναι υποχρεωτικά ονομαστικές μέχρι και του τελευταίου φυσικού προσώπου.

- Ως προς τις ημεδαπές επιχειρήσεις, η υποχρέωση για την κατά τα ανωτέρω ονομαστικοποίηση των μετοχών θεωρείται ότι εκπληρώθηκε, εφόσον η ελληνική ανώνυμη εταιρεία (ή η τυχόν άλλης νομικής μορφής οντότητα, στην οποία συμμετέχει) υποβάλει στην Αναθέτουσα Αρχή με την προσφορά της :

(α) Πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής που εποπτεύει την εταιρεία σύμφωνα με τις διατάξεις του Κ.Ν 2190/1920, όπως ισχύει, από το οποίο προκύπτει ότι οι μετοχές της, με βάση το ισχύον καταστατικό της, είναι ονομαστικές, και το οποίο να φέρει ημερομηνία το μέγιστο έξι (6) μηνών πριν την ημερομηνία του Διαγωνισμού.

β) Αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της Εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της Εταιρείας, το πολύ τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. Σημειώνεται ότι δεν καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση η υποβολή του αντιγράφου από το βιβλίο μετόχων, αλλά απαιτείται η αναλυτικά κατάσταση, όπως προβλέπει ο νόμος καθώς η εν λόγω αναλυτική κατάσταση δε μπορεί να υποκατασταθεί από αντίγραφο του βιβλίου μετόχων (ΕΑ 867/2009 ΣΤΕ).

Αριθμός απόφασης: 259/2018

• Οι ανωτέρω υποχρεώσεις ισχύουν και για τις αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες, ανεξαρτήτως της συμμετοχής τους ή μη σε ελληνικές ανώνυμες εταιρείες, υπό την προϋπόθεση ότι το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, επιβάλλει για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα, την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους στο σύνολό τους, μέχρι φυσικού προσώπου. Σε διαφορετική περίπτωση, ισχύουν τα εξής :

(α) Εφόσον δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών των αλλοδαπών ανωνύμων εταιρειών κατά το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, προσκομίζεται σχετική βεβαίωση από αρμόδια αρχή της χώρας αυτής, εφόσον υπάρχει σχετική πρόβλεψη, διαφορετικά προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου των Διαγωνιζομένων εταιρειών.

(β) Στην περίπτωση που δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης, η αλλοδαπή ανώνυμη εταιρεία υποχρεούται να προσκομίσει έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση των μετόχων της, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου της ΑΕ.

(γ) Σε περίπτωση που η εταιρεία δεν τηρεί ενημερωμένη κατάσταση μετόχων, υποχρεούται να προσκομίσει σχετική κατάσταση μετόχων, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου, σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, εφόσον οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην “.....” εταιρεία. Σε αντίθετη περίπτωση, η εταιρεία οφείλει να αιτιολογήσει τους λόγους για τους οποίους δεν είναι γνωστοί οι ως άνω μέτοχοι, η δε Αναθέτουσα Αρχή δε διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την κρίση της αιτιολογίας αυτής. Εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή να αποδείξει τη δυνατότητα της εταιρείας να υποβάλει την προαναφερόμενη κατάσταση των μετόχων της, διαφορετικά η μη υποβολή της σχετικής κατάστασης δεν επιφέρει έννομες συνέπειες σε βάρος της εταιρείας.

• Οι αλλοδαπές επιχειρήσεις που συμμετέχουν στον παρόντα διαγωνισμό, εφόσον σύμφωνα με το δίκαιο της χώρας στην οποία έχουν την έδρα τους, επιβάλλεται για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα η ονομαστικοποίηση των μετοχών τους, στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου, πρέπει να υποβάλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα έγγραφα:

(α) Πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής κατά το δίκαιο του κράτους της έδρας της εταιρείας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές της, με βάση το ισχύον καταστατικό της, είναι ονομαστικές και το οποίο να φέρει ημερομηνία το μέγιστο έξι (6) μηνών πριν την ημερομηνία του Διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 259/2018

(β) Αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο τηρούμενο βιβλίο μετόχων κατά το δίκαιο του κράτους της έδρας της με ημερομηνία το αργότερο τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή της προσφοράς. Σημειώνεται ότι ή εν λόγω αναλυτική κατάσταση δε μπορεί να υποκατασταθεί από αντίγραφο του βιβλίου μετόχων (ΕΑ 867/2009 ΣΤΕ).

(γ) Κάθε άλλο έγγραφο από το οποίο μπορεί να προκύπτει η ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου των μετοχών της εταιρείας, που έχει συντελεστεί το αργότερο τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή της υποψηφιότητας.

Τα ανωτέρω δικαιολογητικά υποβάλλονται, επίσης, ενημερωμένα, από την ανακηρυχθείσα ανάδοχο εταιρεία, πριν από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Από τα ανωτέρω έγγραφα των εδαφίων (β) και (γ) πρέπει να προκύπτει ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου των μετοχών της εταιρείας, η οποία να έχει συντελεστεί το αργότερο τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους στην αναθέτουσα αρχή. Όλα τα παραπάνω έγγραφα πρέπει να είναι επικυρωμένα από την κατά νόμο αρμόδια αρχή του κράτους της έδρας της Διαγωνιζόμενης εταιρείας και να συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση στην ελληνική.

• Οι αλλοδαπές επιχειρήσεις που συμμετέχουν στο διαγωνισμό, εφόσον σύμφωνα με το δίκαιο της χώρας στην οποία έχουν την έδρα τους, δεν προβλέπεται, για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα, η ονομαστικοποίηση των μετοχών τους στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου, πρέπει να προσκομίσουν με την προσφορά τους:

(α) Βεβαίωση (ή ένορκη βεβαίωση ή υπεύθυνη δήλωση).

(β) Έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση των μετόχων τους που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου της ανώνυμης εταιρείας.

(γ) Σε περίπτωση που η εταιρεία δεν τηρεί ενημερωμένη κατάσταση μετόχων, υποχρεούται να προσκομίσει, σχετική κατάσταση μετόχων που κατέχουν τουλάχιστον (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου, σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, εφόσον οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην εταιρεία. Σε αντίθετη περίπτωση, η εταιρεία οφείλει να αιτιολογήσει τους λόγους για τους οποίους δεν είναι γνωστοί οι ως άνω μέτοχοι, η δε Αναθέτουσα Αρχή δε διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την κρίση της αιτιολογίας αυτής. Όλα τα έγγραφα πρέπει να είναι επικυρωμένα από την κατά νόμο αρμόδια αρχή του κράτους της έδρας της υποψήφιας εταιρείας και να συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση στην ελληνική.

Αριθμός απόφασης: 259/2018

- Οι ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες, των οποίων οι μετοχές είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο Αξιών Αθηνών, πρέπει επιπροσθέτως να αποδεικνύουν ότι έχουν τηρήσει τα οριζόμενα στο άρθρο 1 παράγ. 5 του π.δ 82/1996, όπως τροποποιημένο ισχύει.
- Η υποχρέωση περαιτέρω ονομαστικοποίησης μέχρι φυσικού προσώπου δεν ισχύει ως προς τις εταιρείες που είναι εισηγμένες στα Χρηματιστήρια κρατών – μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ).

Η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, ελέγχει, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α' της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005, όπως αυτό "....." όπως συμπληρώθηκε με την παράγ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3414/2005. Προς τούτο, οι ανώνυμες εταιρείες υποβάλουν, δια του νόμιμου εκπροσώπου τους, υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 1599/1986, όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία θα δηλώνεται ότι δεν είναι εξωχώρια εταιρεία. Η υποχρέωση αυτή ισχύει και για τους τυχόν μετόχους της Α.Ε. και κατέχουν τουλάχιστον (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου της ΑΕ, και τους μετόχους αυτών».

23. Επειδή από τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης προκύπτει ότι η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, η προσκόμιση της οποίας προβλέπεται στο παράρτημα 4 παρ. 8 της διακήρυξης, υποβάλλεται κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς. Τούτο δε διότι:

Πρώτον ο οικείος όρος της διακήρυξης παραπέμπει ρητά στο αρ. 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, στο οποίο η υπεύθυνη δήλωση δεν απαριθμείται μεταξύ των δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης που υποβάλλονται με την προσφορά. Αντίθετα, με την παρ. 4 του αρ. 8 του ως άνω νόμου όπως τροποποιήθηκε με τη διάταξη της παρ. 10 του αρ. 375 του ν. 4412/2016, ρητώς πλέον καθιερώνεται ειδική ρύθμιση περί ελέγχου της προϋπόθεσης περί εξωχωρίων σύμφωνα με την οποία «Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει επίσης, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α' της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου». Σύμφωνα μάλιστα με όσα σχετικώς αναφέρονται στην αιτιολογική έκθεση του

Αριθμός απόφασης: 259/2018

ν. 4412/2016 «στην παράγραφο 10 τροποποιείται το γ' εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 και προβλέπεται ότι η κήρυξη του απαραδέκτου στις περιπτώσεις μη προσκόμισης των δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης των μετοχών των Α.Ε. που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς ή συμμετοχής εξωχώριας εταιρείας στη διαγωνιστική διαδικασία, γίνεται κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, τροποποιώντας την υφιστάμενη ρύθμιση, στο πλαίσιο της οποίας η κήρυξη του απαραδέκτου λαμβάνει χώρα κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Η εν λόγω τροποποίηση κρίνεται απαραίτητη, καθώς απαλλάσσει τις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς από τη χρονοβόρα υποχρέωση να ελέγχουν τη συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών για όλους τους συμμετέχοντες κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, καθώς με την προτεινόμενη τροποποίηση, ο έλεγχος αυτός θα γίνεται στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και θα αφορά μόνο στον προσωρινό ανάδοχο».

Δεύτερον, από κανένα σημείο της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση υποβάλλεται κατά το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Αντίθετα, συγκαταλέγεται ανάμεσα στα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παραρτήματος 4. Ο δε ισχυρισμός της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας ότι ο όρος του αρ. 8 του παραρτήματος 4 ο οποίος ορίζει ότι «οι μετοχές των Ανωνύμων Εταιρειών που συμμετέχουν στον παρόντα Διαγωνισμό αυτοτελώς ή Ένωση ή όταν σε άλλης νομικής μορφής εταιρείες, συμμετέχουν στο εταιρικό της μερίδιο ανώνυμες εταιρείες, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές μέχρι φυσικού προσώπου. Η συνδρομή της παραπάνω προϋπόθεσης πρέπει να αποδεικνύεται: α) τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, υποβάλλοντας ηλεκτρονικά και προσκομιζόμενα εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους, όσο και β) κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εφόσον υπάρχει μεταβολή των παρακάτω:[...]

αφορά και στην υπεύθυνη δήλωση περί εξωχωρίου είναι αβάσιμος. Τούτο διότι κατά τη δομή του όρου και τη γραμματική διατύπωση αυτού, η παραπάνω υπεύθυνη δήλωση δεν απαριθμείται μεταξύ των όσων αποδεικνύουν τη συνδρομή της προϋπόθεσης ονομαστικοποίησης. Ειδικότερα, η φράση «Η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, ελέγχει, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία [...] Προς τούτο, οι ανώνυμες εταιρείες υποβάλλουν, δια του νόμιμου εκπροσώπου τους, υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν . 1599/1986, όπως εκάστοτε ισχύει),

Αριθμός απόφασης: 259/2018

στην οποία θα δηλώνεται ότι δεν είναι εξωχώρια εταιρεία» ξεκινά μετά την ολοκλήρωση της απαρίθμησης των στοιχείων που αφορούν την προϋπόθεση της ονομαστικοποίησης και τα οποία είναι τα μόνα που πρέπει να αποδεικνύονται και κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Αντίθετα, ο επόμενος όρος περί υπεύθυνης δήλωσης (ο οποίος προκύπτει και από την παραπομπή στο αρ. 4 παρ. 4 του ν. 3310/2005) περί μη συνδρομής εξωχωρίου ιδιότητας στο πρόσωπο της προσφέρουσας κατά τα παραπάνω παραπέμπει με σαφήνεια σε όσα ορίζονται στη διάταξη του αρ. 8 παρ.4 του ν. 3310/2005. Συνεπώς, ουδεμία εκ της διακήρυξης υποχρέωση υποβολής της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης υπήρχε κατά το χρόνο υποβολής της προφοράς και επομένως δεν ήταν δυνατός ο άνευ ετέρου αποκλεισμός του προσφεύγοντος για το λόγο αυτό. Το γεγονός δε ότι η υπεύθυνη δήλωση του παραρτήματος 4 περί μη συνδρομής εξωχωρίου ιδιότητας στο πρόσωπο του προσφέροντος πρέπει να φέρει ημερομηνία προγενέστερη της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς δεν συνεπάγεται ότι η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση υποβάλλεται ή ελέγχεται κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών, αλλά ότι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ελέγχεται τόσο το περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσης όσο και η ημερομηνία που αυτή φέρει και η οποία πρέπει να ανατρέχει εντός των τελευταίων τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Εξάλλου, εάν η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης δημιουργείτο αμφιβολία και ασάφεια περί του εάν η προσφεύγουσα εταιρεία ήταν εξωχώρια ή μη και συνεπώς εάν είχε αναληθώς δηλώσει στο ΕΕΕΣ της την μη συνδρομή εθνικών λόγω αποκλεισμού, ζητήματα που πάντως ουδόλως μνημονεύονται στην προσβαλλόμενη, είχε την ευχέρεια και δη όφειλε κατ' άρθρο 102 παρ. 5 να ζητήσει την προσκόμιση σχετικής διευκρίνισης ιδίως δεδομένου ότι επέκειτο αποκλεισμός του προσφεύγοντος. Περαιτέρω και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή διατηρεί ούτως ή άλλως το δικαίωμα να προβεί σε αξιολόγηση της προσφοράς του προσφεύγοντος και των οικείων δικαιολογητικών στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού.

24. Επειδή δε ο εκ των υστέρων και το πρώτον με τις απόψεις της αναθέτουσας προβληθείς λόγος αποκλεισμού ότι ούτως ή άλλως η εταιρεία «.....» που είναι η μοναδική μέτοχος της προσφεύγουσας (.....) είναι εγκατεστημένη σε κράτος εγκατάστασης εξωχώριων εταιρειών κατά την έννοια του ελληνικού δικαίου, δεν είναι εξεταστέος διότι κείται εκτός των βάσεων αποκλεισμού του προσφεύγοντος που περιλαμβάνονται στην προσβαλλόμενη και οι οποίοι κατ' αποτέλεσμα και στο πλαίσιο της

Αριθμός απόφασης: 259/2018

δικαιωμάτων κατ' άρθρο 345 και 360 ν. 4412/2016 του διοικουμένου βάλλονται δια των οικείων λόγων της προσφυγής. Ο εν λόγω δε ισχυρισμός δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί συμπληρωματική αιτιολογία κατ' άρθρο 365 παρ. 1 ν.4412/2016 δεδομένου ότι συνιστά νέα αυτοτελή βάση αποκλεισμού και όχι επεξήγηση, συμπλήρωση ή ανάπτυξη ήδη περιλαμβανόμενης στην προσβαλλόμενη βάσης αποκλεισμού. Τούτο δε ενισχύεται από το γεγονός ότι ο προσφεύγων δεν έχει αντικρούσει την εν λόγω βάση, η οποία μεταβάλλει εις βάρος του την προσβαλλόμενη πράξη. Συνεπώς βάσει των ανωτέρω και δεδομένου ότι ο εν λόγω ισχυρισμός κείται εκτός των λόγων που με την προσφυγή τίθενται στην κρίση του Κλιμακίου, η εξέτασή του δεν δύναται να αποτελέσει αντικείμενο της παρούσας.

25. Επειδή ως προς τον τρίτο λόγο ακύρωσης προκύπτουν τα εξής: Δεδομένου ότι κατά την ανωτέρω υπό 23 σκέψη η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης περί μη συνδρομής της ιδιότητας της εξωχωρίου εταιρείας δεν απαιτείται κατά το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής για τον ίδιο τον προσφέροντα, για την ταυτότητα του νομικού λόγου και ελλείπει σχετικής πρόβλεψης στη διακήρυξη του διαγωνισμού δεν υφίσταται σχετική υποχρέωση υποβολής της ως άνω υπεύθυνης δήλωσης και για τον τρίτο οικονομικό φορέα εν προκειμένω την εταιρεία «.....» κατά το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων.

26. Επειδή δε ο εκ των υστέρων και το πρώτον με τις απόψεις της αναθέτουσας προβληθείς λόγος αποκλεισμού ότι για την εταιρεία (Εμπορικό Μητρώο /No.....), κατόχου ποσοστού 0,84% του μετοχικού κεφαλαίου της «.....», δεν έχουν υποβληθεί ούτε τα έγγραφα εκπροσώπησης ούτε τα έγγραφα ονομαστικοποίησης, δεν είναι εξεταστέος διότι κείται εκτός των βάσεων αποκλεισμού του προσφεύγοντος που περιλαμβάνονται στην προσβαλλόμενη και οι οποίοι κατ' αποτέλεσμα και στο πλαίσιο της δικαιωμάτων κατ' άρθρο 345 και 360 ν. 4412/2016 του διοικουμένου βάλλονται δια των οικείων λόγων της προσφυγής. Ο εν λόγω δε ισχυρισμός δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί συμπληρωματική αιτιολογία κατ' άρθρο 365 παρ. 1 ν.4412/2016 δεδομένου ότι συνιστά νέα αυτοτελή βάση αποκλεισμού και όχι επεξήγηση, συμπλήρωση ή ανάπτυξη ήδη περιλαμβανόμενης στην προσβαλλόμενη βάσης αποκλεισμού. Τούτο δε ενισχύεται από το γεγονός ότι ο προσφεύγων δεν έχει αντικρούσει την εν λόγω βάση, η οποία μεταβάλλει εις βάρος του την προσβαλλόμενη πράξη. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω και δεδομένου ότι ο εν λόγω ισχυρισμός κείται

Αριθμός απόφασης: 259/2018

εκτός των λόγων που με την προσφυγή τίθενται στην κρίση του Κλιμακίου, η εξέτασή του δεν δύναται να αποτελέσει αντικείμενο της παρούσας.

27. Επειδή, ως προς τον τέταρτο λόγο ακύρωσης προκύπτουν τα εξής: Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 14.1. της Προκήρυξης (σελ.29) ορίζεται ότι «Οι προσφορές και τα περιλαμβανόμενα σε αυτές στοιχεία συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα σύμφωνα με το άρθρο 92 παρ.4 του Ν.4412/2016. Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα». Επειδή στο αρ. 5.5 παρ. ε1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «οι απαιτήσεις συμμετοχής, ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας (άρθρο 75, Ν.4412/16), καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα (σύμφωνα με τα Παραρτήματα XI και XII, του Προσαρτήματος Α, του Ν.4412/16), αναφέρονται στις επόμενες παραγράφους και στην πρόσκληση υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο σχετικό άρθρο της παρούσης. Το σύνολο των στοιχείων της παρούσης παραγράφου, δηλώνονται στο ΕΕΕΣ και υποβάλλονται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. [...] iv. Νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η νόμιμη σύσταση και λειτουργία του δανείζοντος τρίτου και οι νόμιμοι εκπρόσωποί του, οι οποίοι και τον δεσμεύουν με την υπογραφή τους. [...]» Επειδή σύμφωνα με τα παραπάνω τα νομιμοποιητικά εκπροσώπησης του τρίτου οικονομικού φορέα προσκομίζονται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης σε αντίθεση με τα νομιμοποιητικά έγγραφα του ίδιου του προσφέροντος που σύμφωνα με την παρ. 7.1.1.4 προσκομίζονται με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και επαναπροσκομίζονται σε περίπτωση μεταβολής με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης σύμφωνα με το οριζόμενα στο παράρτημα 4 παρ.5. Τούτο δε διότι ο όρος της παρ. 7.1.1.4 αφορά τα ίδια πρόσωπα που υποβάλλουν προσφορά. Κατά τα ως άνω και κατά μείζονα λόγο δε εφόσον τα εν λόγω δικαιολογητικά δεν συνιστούν επί ποινή απαραδέκτου υποβαλλόμενα έγγραφα, η έλλειψη των μεταφράσεων των νομιμοποιητικών εγγράφων των μετόχων του τρίτου οικονομικού φορέα δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού. Συνεπώς, η προσκόμιση μη μεταφρασμένων στην ελληνική γλώσσα εγγράφων εκπροσώπησης των μετόχων των ακόλουθων αλλοδαπών εταιρειών (που είναι μέτοχοι της), ήτοι των:,,, και δεν συνιστά στο παρόν στάδιο λόγο αποκλεισμού του προσφεύγοντος.

28. Επειδή ενόψει των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ενώ παρά τη βασιμότητα του δεύτερου, τρίτου και τέταρτου λόγου και μόνη

Αριθμός απόφασης: 259/2018

η απόρριψη του πρώτου λόγου και άρα η κατάγνωση της νομιμότητας της πρώτης βάσης αποκλεισμού του προσφεύγοντος κατά τις σκ. 16 και 17 αρκεί ούτως ή άλλως για τον αποκλεισμό του.

29. Επειδή κατά την προηγούμενη σκέψη πρέπει να απορριφθεί η προδικαστική προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η παρέμβαση.

30. Επειδή ύστερα από τα παραπάνω πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων για την άσκηση της προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16-3-2018 και εκδόθηκε την 4-4-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ