

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 28 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 21.11.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1651/22.11.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία « ...» και τον διακριτικό τίτλο « Α.Ε.», (εφεξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην, όπως νομίμως εκπροσωπείται,

Κατά της ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται

Και την από 02.12.2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «Παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική της προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. ... απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... με τίτλο *«Έγκριση πρακτικού 1/2022 αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών στο πλαίσιο της διενέργειας ηλεκτρονικού, άνω των ορίων, διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την πράξη με τίτλο : «Προμήθεια και εγκατάσταση υποδομών ενεργειακής αναβάθμισης του ...» στο πλαίσιο υλοποίησης του Έργου ...: “...” (...), ..., προϋπολογισμού 235.000,00€ χωρίς ΦΠΑ ή 291.400,00€με ΦΠΑ 24% (ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ :...). ΑΡ ΠΡΩΤ .../ ΤΜΗΜΑ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ...» κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρίας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» και βαθμολόγησε την στην τεχνική προσφορά της ως άνω εταιρείας*

με βαθμολογία 101.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.175,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).
2. Επειδή, με την με αριθμό ... Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, δημόσιος διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου «για την προμήθεια και εγκατάσταση υποδομών ενεργειακής αναβάθμισης του ..., στο πλαίσιο υλοποίησης του Έργου ...: “...” (...),» εκτιμώμενης αξίας 235.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 17.08.2022, με Α.Δ.Α.Μ. ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό
3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η Περιφέρεια ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 21.11.2022, ήτοι την επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την πάροδο της προθεσμίας των δέκα ημερών που προβλέπεται για την άσκησή της, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.11.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, στις 22.11.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 2309/2022 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή, στις 02.12.2022 εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Α 956/2022 Απόφαση Αναστολής, με την οποία το αίτημα για τη χορήγηση προσωρινών μέτρων έγινε δεκτό και ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικά η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προσφυγής.

8. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 02.12.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την με όμοια ημερομηνία Παρέμβασή της, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 07.12.2022 προς όλους τους συμμετέχοντες.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 07.12.2022 δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις με όμοια ημερομηνία απόψεις της, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τις οποίες κοινοποίησε εκ νέου προς όλους τους συμμετέχοντες στις 12.12.2022.

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

10. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 12.12.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με όμοια ημερομηνία Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 13.12.2022 προς όλους τους συμμετέχοντες.

11. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. 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 (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού 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

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

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. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως 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).

13. Επειδή, στο αρ. 79 του Ν. 4412/2016 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης», ορίζονται τα εξής: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α` 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού,

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από **επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούνται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή**».

14. Επειδή, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς, ιδία τις ΜΜΕ. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα και απαιτούμενα στη διακήρυξη έγγραφα, όσα δηλώνουν υπευθύνως με το ΕΕΕΣ. Άλλωστε, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986, και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν δύναται να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά αλλά αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι, όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣτΕ 781/2010). Επομένως, αφενός οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπευθύνως

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντας τα, συνάμα δε δεσμεύονται ότι, ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των οριζόμενων στη διακήρυξη εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, ότι πληρούν τα δηλούμενα.

15. Επειδή, όπως έχει κριθεί, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητάς της η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά το αίτημα παροχής διευκρινήσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgha Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

16. Επειδή, με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι αυτή είναι ακυρωτέα και πλημμελώς αιτιολογημένη, στο μέτρο που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, χωρίς να αναφέρει κατά τρόπο συγκεκριμένο τα κατατεθέντα εκ μέρους της παρεμβαίνουσας έγγραφα, που ελέγχθηκαν και ελήφθησαν υπόψη για την έκδοσή της. Ο ανωτέρω ισχυρισμός ωστόσο, ανεξάρτητα από την αοριστία του, καθώς εξ αυτού δεν απορρέει ούτε και προβάλλεται αυτοτελής πλημμέλεια της προσβαλλόμενης απόφασης, καθώς η προσφεύγουσα υποστηρίζει επί λέξει ότι εξ αυτού του λόγου *στερήθηκε τη δυνατότητα να ελέγξει αποτελεσματικά την αιτιολογία και το σκεπτικό της αναθέτουσας για την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας καθώς και ότι δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει επαρκώς τυχόν αντιρρήσεις της ως προς τη νομιμότητα της κρίσης της αναθέτουσας σχετικά με την επάρκεια των προσκομισθέντων εγγράφων και να ζητήσει το δικαστικό έλεγχο αυτής, καθώς δεν γνωρίζει ποια από τα προσκομισθέντα έγγραφα της εταιρίας ... θα πρέπει να αξιολογήσει για το σκοπό αυτό*, πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως αβάσιμος. Τούτο διότι η αβασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πλημμελώς η παρεμβαίνουσα κατέθεσε με τα δικαιολογητικά συμμετοχής της ηλεκτρονικούς υποφακέλους περισσότερους του ενός, και δη αυτού που επιγράφεται «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», με αποτέλεσμα να δημιουργείται σύγχυση σχετικά με τα έγγραφα που έπρεπε να ληφθούν ή ελήφθησαν τελικά υπόψη από την αναθέτουσα αρχή, και κατ' επέκταση θα αποτελέσουν έρεισμα για την κατάστρωση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Και αυτό γιατί η προσφεύγουσα δεν στερήθηκε εξ αυτού του λόγου κάποιο νόμιμο δικαίωμά της, καθώς άπαντα τα έγγραφα της παρεμβαίνουσας, ανεξαρτήτως του υποφακέλου στον οποίο περιλαμβάνονται,

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

αποτελούν έγγραφα κατατεθέντα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και προσβάσιμα σε όλους τους συμμετέχοντες προς τυχόν έλεγχο τους.

Επομένως, ο πρώτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

17. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα, καθώς δεν αποδείχθηκε η πλήρωση της απαίτησης του όρου της Διακήρυξης σχετικά με την Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια των διαγωνιζομένων και δη περί της υποχρέωσης να διαθέτουν ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον 100.000,00€. Μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εξέταση των οικείων νομοθετικών διατάξεων, του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης καθώς και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Στην επίμαχη Διακήρυξη (βλ. σελ. 16 αυτής) μεταξύ των κριτηρίων επιλογής και δη σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων προβλέπονται τα εξής:

«Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς • Παρουσιάζουν μέσο όρο γενικού κύκλου εργασιών κατα τις τελευταίες 3 διαχειριστικές χρήσεις (2019, 2020, 2021) μεγαλύτερο ή ίσο του 50.000,00 € . • Διαθέτουν επαρκή πιστοληπτική ικανότητα για τουλάχιστον το 100% της αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. • Ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον 100.000,00€».

Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε ως δικαιολογητικό το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «espd-response-v2(3) signed.pdf», το οποίο αποτελεί το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό. Στο Μέρος II Γ' αυτού με τίτλο «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» και στο ερώτημα «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;» έδωσε θετική απάντηση, αναφέροντας μεταξύ των τρίτων

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

εταιρειών στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί και την εταιρεία «... .. ΕΕ», χωρίς ωστόσο να προσδιορίζει για ποιο κριτήριο επιλογής θα στηριχθεί στις ικανότητες της κάθε μίας από τις αναφερόμενες εταιρείες. Εν συνεχεία, στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ της και στο σχετικό με την πλήρωση του ανωτέρω κριτηρίου επιλογής πεδίο «*Ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων - Το ασφαλισμένο ποσό στην ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων του οικονομικού φορέα είναι το εξής:*» η παρεμβαίνουσα δήλωσε: «*Ποσό 0 EUR*».

Επιπλέον, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής της και το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «*espd-response-v2 ..._signed.pdf*», το οποίο αποτελεί το ΕΕΕΣ της ως άνω τρίτης – δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «... .. ΕΕ», στο

Μέρος II του οποίου η εταιρεία δηλώνει ότι «*συμμετέχω στο διαγωνισμό για το σύνολο της προμήθειας παρέχοντας δάνεια οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και συγκεκριμένα για την ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον 100.000,00€, προς την συμμετοχή της εταιρείας «...».*

Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή μετά την εξέταση των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, απέστειλε προς την παρεμβαίνουσα το υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 337350/30.09.2022 έγγραφό της μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με θέμα «Προσκόμιση συμπληρωματικών δικαιολογητικών» στο οποίο, μεταξύ άλλων, αναφέρει ότι: «*(...)σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 σας παρακαλούμε όπως προσκομίσετε συμπληρωματικά τα κατωτέρω δικαιολογητικά: 1. Η Ασφαλιστική Κάλυψη της εταιρίας σας έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον 100.000 € δεν προκύπτει από το ΕΕΕΣ, ούτε έχει κατατεθεί σχετικά Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο, όπως ορίζεται στο Κεφάλαιο : Κριτήρια Επιλογής/Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια (σελ16 Διακήρυξης) καθώς και Κεφάλαιο : Αποδεικτικά Μέσα/περ. Β.3 (σελ.20 Διακήρυξης). Να επανυποβληθεί εκ νέου ΕΕΕΣ με συμπληρωμένο το σχετικό πεδίο ή να κατατεθεί ασφαλιστήριο συμβόλαιο».*

Ακολούθως, η παρεμβαίνουσα, ανταποκρινόμενη στο ως άνω αίτημα, απέστειλε στις 03.10.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού το με όμοια ημερομηνία έγγραφό της στο οποίο αναφέρει τα εξής: «*Θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε ότι η εταιρεία μας για την κάλυψη του*

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ήτοι Ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον 100.000,00€, στηρίζεται στην εταιρεία ΕΕ. Στην σελίδα 11 του κατατιθέμενου *espd-response-v2 ..._signed.pdf*, όπως φαίνεται και παρακάτω αναφέρεται το ποσό της ασφαλιστικής κάλυψης της εταιρείας ποσού δύο εκατομμυρίων ευρώ (2.000.000,00€). Επιπλέον αντίγραφο του Ασφαλιστηρίου έχει κατατεθεί στο φάκελο της προσφοράς μας. Προς διευκόλυνση σας, σας επισυνάπτουμε το ΕΕΕΣ της εταιρείας ΕΕ., στην οποία στηριζόμαστε, καθώς και το ασφαλιστήριο συμβόλαιο».

Κατόπιν των ανωτέρω και δεδομένου ότι, όπως ρητώς προκύπτει από τα οριζόμενα στο αρ. 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να δηλώσει **ο ίδιος** στο ΕΕΕΣ του την πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων επιλογής, είτε αυτή προέρχεται από δικά του μέσα και πόρους, είτε ύστερα από στήριξη στις ικανότητες τρίτου, στην προκειμένη περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας είναι πλημμελής, καθώς στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της δεν περιλαμβάνεται καμία απολύτως δήλωση περί της πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής σχετικά με την ασφαλιστική κάλυψη, ούτε έστω αναφέρεται ότι για την πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης η παρεμβαίνουσα θα στηριχθεί στις ικανότητες της εταιρείας «... .. ΕΕ». Το γεγονός δε ότι η παρεμβαίνουσα με τα αρχικώς υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής της κατέθεσε, ορθώς, και το ΕΕΕΣ της «... .. ΕΕ», στο οποίο δηλώνεται ότι η τελευταία θα παρέχει στήριξη στην παρεμβαίνουσα ως προς το κριτήριο της ασφαλιστικής κάλυψης, δεν αναιρεί ούτε και θεραπεύει την ανωτέρω πλημμέλεια, καθώς η διατύπωση του αρ. 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ρητώς εισάγει υποχρέωση του ίδιου του συμμετέχοντος να περιλάβει στο ΕΕΕΣ του δήλωση περί της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, ανεξάρτητα από την πρόσθετη υποχρέωσή του να υποβάλει ΕΕΕΣ και για τους τρίτους, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Τέτοια δήλωση όμως δεν συμπεριέλαβε η παρεμβαίνουσα στο δικό της ΕΕΕΣ, καθώς, όπως και ανωτέρω αναφέρθηκε, στο πεδίο «*Ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων - Το ασφαλισμένο ποσό στην ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων του οικονομικού φορέα είναι το εξής:*» η παρεμβαίνουσα δήλωσε: «*Ποσό 0 EUR*».

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

Επομένως, βάσει και της αρχής της προαπόδειξης, που θεσπίζεται για το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής, σύμφωνα με το οποίο καθιερώνεται η υποχρέωση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να συμπληρώνουν με επαρκή και ακριβή στοιχεία τα οικεία πεδία του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, παρέχοντας τις κατάλληλες πληροφορίες, ώστε να είναι δυνατόν να ελεγχθεί η πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής και να είναι δυνατή -σε επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας- η εξακρίβωση της ακρίβειας των δηλώσεων αυτών (βλ. ΔΕφ Αθηνών Α1601/2022, σκ. 9), η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής και εσφαλμένως έγινε αποδεκτή, καθόσον δεν προαπέδειξε προσηκόντως δια των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ της την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής περί της κατοχής ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων για το ποσό τουλάχιστον των 100.000,00 ευρώ.

Συνεπώς, εν όψει και των όσων ανωτέρω αναφέρονται στη σκέψη 15 της παρούσας περί της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τους συμμετέχοντες σε συμπλήρωση της προσφοράς τους, εσφαλμένως εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την παρεμβαίνουσα σε διευκρινίσεις και δη στην υποβολή νέου ΕΕΕΣ, μετά τη διαπίστωση ότι δεν προκύπτει από το ΕΕΕΣ της η υποχρέωση ασφάλισης έναντι επαγγελματικών κινδύνων, καθώς η κατά τα ως άνω πλημμέλεια δεν θα μπορούσε να διορθωθεί με την τυχόν προσθήκη σχετικής δήλωσης στο ήδη υποβληθέν ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, καθώς τούτο θα ισοδυναμούσε με την υποβολή νέου ΕΕΕΣ και άρα την τροποποίηση της προσφοράς της. Πάντως, θα πρέπει να επισημανθεί ότι μετά την κλήση της προς παροχή διευκρινίσεων, η παρεμβαίνουσα δεν κατέθεσε νέο ΕΕΕΣ ούτε κάποιο νέο δικαιολογητικό αλλά παρέπεμψε στο ήδη υποβληθέν ΕΕΕΣ της «... .. ΕΕ», το σχετικό ασφαλιστήριο συμβόλαιο και τη μεταξύ τους έγγραφη δέσμευση, έγγραφα από τα οποία ωστόσο, κατά τα ανωτέρω, προκύπτει μόνο η στήριξη της παρεμβαίνουσας στην «... .. ΕΕ», αλλά όχι και η πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής από την ίδια την παρεμβαίνουσα.

Επικουρικώς προς τα ανωτέρω και σχετικά με τον έτερο συναφή ισχυρισμό που προβάλλει η προσφεύγουσα, σύμφωνα με τον οποίο οι καλύψεις του υπ' αριθ. 20017148/20010678 ασφαλιστηρίου συμβολαίου, που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα παρέχονται στην ασφαλισμένη εταιρία «... .. ΕΕ», στους

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

εργολάβους και υπεργολάβους αυτής και όχι σε τρίτους και εξ αυτού του λόγου αμφισβητεί την εν τέλει ασφαλιστική κάλυψη της παρεμβαίνουσας για την παροχή της υπό ανάθεση υπηρεσίας, θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής:

Ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή, έναντι της οποίας μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο ανάδοχος, η δε συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ, περί μίσθωσης έργου. Ουσιαστικά, πρόκειται για μια μορφή συμμετοχής στην εκτέλεση της σύμβασης, προσώπου διαφορετικού του αναδόχου αυτής, δηλαδή, η υπεργολαβία, είναι η πιο άμεση μορφή ανάμιξης τρίτου οικονομικού φορέα στην εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καθότι ο τρίτος φορέας-υπεργολάβος αναλαμβάνει ο ίδιος την εκτέλεση ενός μέρους του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, στη θέση του αναδόχου- εργολάβου.

Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι δεν προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της σύμβασης σε τρίτη εταιρεία καθιστώντας αυτήν υπεργολάβο (Μέρος ΙΙ Δ' του ΕΕΕΣ, ερώτημα «*Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;*» στο οποίο έδωσε την απάντηση: «*Όχι*»). Επιπλέον, από το περιεχόμενο του με αριθμό 20017148/20010678 ασφαλιστηρίου συμβολαίου της εταιρείας ALIANZ, προκύπτει ότι ασφαλιζόμενη είναι η εταιρεία «... .. ΕΕ», τυχόν εργολάβοι, λοιποί εργολάβοι και υπεργολάβοι αυτής καθώς και ο εκάστοτε κύριος του έργου ως συνασφαλιζόμενος. Από τα ανωτέρω οριζόμενα, όπως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, δεν προκύπτει ασφάλιση τρίτης εταιρείας προς την οποία η «... .. ΕΕ» θα δανείσει εμπειρία. Προκύπτει μόνο η ασφάλιση της ίδιας της «... .. ΕΕ» και των τυχόν εργολάβων ή υπεργολάβων, στους οποίους θα αναθέσει την εκτέλεση έργου που εκείνη θα αναλάβει να εκτελέσει και όχι το αντίστροφο, δηλαδή η ασφάλιση του αναδόχου έργου, το οποίο τυχόν θα εκτελέσει η «... .. ΕΕ» ως υπεργολάβος αυτού. Αν και, η τελευταία ως άνω περίπτωση, ακόμα και αν προβλεπόταν στο ασφαλιστήριο, δεν θα μπορούσε να καλύψει την υπό κρίση ανάθεση καθώς εν προκειμένω η παρεμβαίνουσα έχει ρητώς δηλώσει στο ΕΕΕΣ της ότι δεν προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της υπηρεσίας σε τρίτο υπό την μορφή υπεργολαβίας, αλλά μόνο να στηριχθεί στις ικανότητες

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

τρίτων, εκτελώντας η ίδια, χωρίς όμως εν τέλει να αποδεικνύει αλλά ούτε και στην πραγματικότητα να διαθέτει την απαιτούμενη ασφαλιστική κάλυψη.

Συνεπεία όλων των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη στο μέτρο που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

18. Επειδή, με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα στο μέτρο που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, ενώ η τελευταία δεν απέδειξε την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής, κατά το οποίο απαιτείται οι συμμετέχοντες να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν μία σύμβαση συστήματος ενεργειακής διαχείρισης μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού. Μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εξέταση των οικείων νομοθετικών διατάξεων, του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης καθώς και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Στο σημείο της Διακήρυξης στο οποίο ορίζονται τα σχετικά με την απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα των διαγωνιζομένων προβλέπεται ότι: *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς Απαιτείται: (...) Να διαθέτουν είτε εκτελεσμένη είτε υπό εκτέλεση τουλάχιστον μία [1] σύμβαση συστήματος ενεργειακής διαχείρισης μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού»*. Περαιτέρω, στο αρ. της Διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά Μέσα» και ειδικότερα στο σημείο Β.4 αυτού σχετικά με την απόδειξη της πλήρωσης των ανωτέρω κριτηρίων ορίζεται ότι *«Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Σύμβαση / Συμβάσεις κατά τη διάρκεια της περιόδου 2019-2020-2021, με αναφορά στην αξία της σύμβασης, το αντικείμενό της, τη χρονική διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων, τους εργοδότες, τα ποσοστά συμμετοχής στον ανάδοχο της σύμβασης, συνοδευόμενη εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή δημοσίου, με Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης και λειτουργίας που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με αντίστοιχες βεβαιώσεις του φορέα. β) Βεβαίωση εργοδότη*

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

καθώς και αντίγραφο πτυχίου, σε περίπτωση συμβεβλημένου υπαλλήλου. Σε κάθε άλλη περίπτωση, σχετικά αποδεικτικά συνεργασίας και αντίγραφο πτυχίου που τεκμηριώνουν ότι ο Σελίδα 21 ανάδοχος διαθέτει το κατάλληλο προσωπικό. Επιπλέον όλα τα έγγραφα που καλύπτουν τις απαιτήσεις του συγκεκριμένου άρθρου (συμβάσεις έργων, πίνακες προσωπικού ή συμβάσεις με συνεργάτες, πίνακες τεχνικού εξοπλισμού κτ.λ)».

Όπως και ανωτέρω αναλυτικά εκτέθηκε η παρεμβαίνουσα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «espd-response-v2(3) signed.pdf») δήλωσε ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, πλην όμως δεν δήλωσε ρητώς σε αντιστοιχία συγκεκριμένο δανείζοντα εμπειρία προς συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής. Ειδικά δε ως προς τα επίμαχα κριτήρια επιλογής περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, στο Μέρος IV Γ' του ΕΕΕΣ της δεν έχει περιλάβει καμία απολύτως δήλωση και έχει αφήσει όλα τα σχετικά πεδία και ερωτήματα αναπάντητα. Επομένως, εξ αυτού και μόνο του λόγου κατά τα αναλυτικώς αναφερόμενα στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας, η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής καθώς δεν δήλωσε η ίδια στο ΕΕΕΣ της τα περί πλήρωσης των απαιτήσεων της Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας είτε δια ιδίων μέσων και πόρων είτε δια της στήριξης στις ικανότητες τρίτων. ΣΕ κάθε περίπτωση πάντως ούτε από το ΕΕΕΣ της ατομικής επιχείρησης «ΜΑΡΣΕΛΛΟΣ ΕΜΜΑΝΟΥΗΛ» βλ. αρχείο «espd-response-v2(3)_signed.pdf»), το οποίο υπέβαλε η παρεμβαίνουσα με την προσφορά της και στο οποίο η ως άνω επιχείρηση δηλώνει ότι «*συμμετέχω στο διαγωνισμό για το σύνολο της προμήθειας παρέχοντας δάνεια τεχνική και επαγγελματική ικανότητα προς την συμμετοχή της εταιρείας «...»*» προκύπτει η πλήρωση του ως άνω κριτηρίου επιλογής, καθώς καμία από της δηλωθείσες σε αυτό συμβάσεις δεν είναι σχετική με σύστημα ενεργειακής διαχείρισης, όπως απαιτεί η Διακήρυξη.

Σε κάθε περίπτωση πάντως θα πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι η ανωτέρω πλημμέλεια ήταν δεκτική διευκρίνισης σύμφωνα με το αρ. 102 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μετά τη διαπίστωσή της κάλεσε την παρεμβαίνουσα σε διευκρινίσεις με το υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 337350/30.09.2022 έγγραφό της μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Η παρεμβαίνουσα ανταποκρινόμενη στο ανωτέρω αίτημα απέστειλε

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

στις 03.10.2022 την με όμοια ημερομηνία απάντησή της προς την αναθέτουσα αρχή μέσω της της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, στην οποία επισύναψε την από 10.01.2021 σύμβαση μεταξύ της ίδιας και της ατομικής επιχείρησης «ΜΑΡΣΕΛΛΟΣ ΕΜΜΑΝΟΥΗΛ» καθώς και την από 21.02.2021 Βεβαίωση Καλής Εκτέλεσης της ίδιας προς την ατομική επιχείρηση «ΜΑΡΣΕΛΛΟΣ ΕΜΜΑΝΟΥΗΛ». Από τα ανωτέρω έγγραφα ωστόσο ουδόλως επιβεβαιώνεται ότι η «ΜΑΡΣΕΛΛΟΣ ΕΜΜΑΝΟΥΗΛ» έχει εκτελέσει στο παρελθόν σύμβαση **συστήματος ενεργειακής διαχείρισης**, ώστε να ήταν σε θέση να παρέχει στήριξη στην παρεμβαίνουσα για το επίμαχο κριτήριο επιλογής, καθώς το αντικείμενο της επικαλούμενης σύμβασης είναι η «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος κτιριακού αυτοματισμού στα γραφεία της εταιρείας Χ ΚΑΙ Χ ΚΑΛΛΟΝΙΑΤΗ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε.», το οποίο ουδόλως άπτεται ενεργειακού περιεχομένου.

Συνεπώς, ο τρίτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

19. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφορά παρεμβαίνουσας τυγχάνει απορριπτή, καθώς οι ανωτέρω λόγοι που προβάλλεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων λόγων της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς της υπόψη εταιρείας, δοθέντος ότι οι ως άνω πλημμέλειες της προσφοράς της, παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτής (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 102 / 2023

2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας.
3. Απορρίπτει την παρέμβαση.
4. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 17 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ