

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13-09-2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 4.08.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1204/7.08.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», εφεξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στο ... οδός ... αρ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής: «...», που εδρεύει στην ... , οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία: Ένωση Νομικών Προσώπων «...», η οποία αποτελείται από τους οικονομικούς φορείς: α) «...» με δ.τ. «...», που εδρεύει στην οδό ... αρ. ... όπως νομίμως εκπροσωπείται, β... που εδρεύει στη ... όπως νομίμως εκπροσωπείται και γ) «...», που εδρεύει στην οδό ... αρ. ... εφεξής η «παρεμβαίνουσα», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 19-07-2023 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα Πρακτικά Ι και ΙΙ του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής έχει καταβληθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ηλεκτρονικό παράβολο ποσού 1.965,24 ευρώ (βλ. το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την αριθμ.πρωτ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε διαγωνισμός άνω των ορίων μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ... Η παρούσα σύμβαση χρηματοδοτείται από ... (Ενάρημος). Το ... υλοποιείται στο πλαίσιο του ... και χρηματοδοτείται από την ... Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Η αναθέτουσα αρχή είναι ... εποπτευόμενο από το ... η λειτουργία του διέπεται από το ν. 4761/2020 (βλ. άρθρο 1.1 της διακήρυξης).

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 4-08-2023, δηλαδή εντός δεκαήμερου από την πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης, λαμβανομένου υπόψη ότι αυτή κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 27-07-2023 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

4. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν ο προσφεύγων και η παρεμβαίνουσα. Με τα από 14-06-2023 και 12-07-2023 Πρακτικά I και II, αντίστοιχα, η Επιτροπή του διαγωνισμού, αφού εξέτασε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές των συμμετεχόντων, έκανε αμφότερες τις προσφορές δεκτές και βαθμολόγησε με 103,25 βαθμούς την προσφορά του προσφεύγοντος και με 101,25 βαθμούς την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Εν συνεχεία, με την από 19-07-2023 προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα ανωτέρω Πρακτικά.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω με έννομο συμφέρον ο προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, επικαλούμενος ζημία του από την παράνομη

Αριθμός απόφασης: 1346/2023

αποδοχή της προσφοράς του έτερου μοναδικού συμμετέχοντος στο διαγωνισμό οικονομικού φορέα και όφελος από την ανάδειξή του ως αναδόχου.

6. Επειδή, στις 7-08-2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την ασκηθείσα προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο να ασκήσει παρέμβαση.

7. Επειδή, στις 17-08-2023 η παρεμβαίνουσα άσκησε νόμιμα και εμπρόθεσμα παρέμβαση, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτήν της ασκηθείσας προσφυγής, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά της προδήλως θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1442/2023 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και Εισηγήτρια και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της, τις οποίες υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 18-07-2023 και αυθημερόν κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα.

9. Επειδή, στις 23-08-2023 ο προσφεύγων υπέβαλε εμπρόθεσμα ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, δηλαδή εντός πενθημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν των απόψεων, υπόμνημα για την αντίκρουση αυτών.

10. Επειδή, στις 28-08-2023 η παρεμβαίνουσα υπέβαλε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ υπόμνημα προς αντίκρουση του υπομνήματος του προσφεύγοντος. Πλην, όμως, επειδή δεν προβλέπεται από τον νόμο τέτοια δυνατότητα, το εν λόγω υπόμνημα απορρίπτεται ως απαράδεκτο και δεν λαμβάνεται υπόψη από το εξετάζον Κλιμάκιο. Ομοίως απορριπτέο ως απαράδεκτο είναι και το από 5-09-2023 συμπληρωματικό υπόμνημα του προσφεύγοντος, το οποίο υποβλήθηκε για την αντίκρουση του ανωτέρω υπομνήματος της παρεμβαίνουσας, καθώς επίσης τέτοια δυνατότητα δεν προβλέπεται από το ισχύον θεσμικό πλαίσιο.

11. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, όπως προκύπτει από τον φάκελο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ένωσης, αυτή έχει στηριχθεί σε τρία φυσικά πρόσωπα για να καλύψει τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης «...» όσον αφορά

στην ... καθότι τα εν λόγω φυσικά πρόσωπα δανείζουν τα πτυχία τους και την επαγγελματική εμπειρία τους στην ένωση. Όστε, τα τρία αυτά πρόσωπα, που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ της ένωσης ως δανείζοντες πτυχία και επαγγελματική εμπειρία, συνιστούν περιπτώσεις ...ς κατά την έννοια του άρθρου 2.2.8.2. της διακήρυξης. Επομένως, το τμήμα της σύμβασης που έκαστος θα εκτελέσει, θα πρέπει να προσδιορίζεται κατά την υποβολή της προσφοράς αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό % της αξίας της σύμβασης. Συνεπώς, η παράλειψη αναφοράς των ανωτέρω στοιχείων συνιστά ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς της εν λόγω ένωσης κατά παράβαση των άρθρων 2.2.8.1 και 2.2.8.2. της διακήρυξης και των άρθρων 58 και 78 του ν.4412/2016, η οποία επιφέρει κατά το άρθρο 2.4.6 περ.β' της διακήρυξης την απόρριψη της προσφοράς της. Ακόμη, στην προσφυγή επισημαίνεται, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ζητήσει από την προσφέρουσα ένωση να συμπληρώσει τις εν λόγω ελλείψεις βάσει των άρθρων 102 του ν.4412/2016 και 3.1.2 της διακήρυξης, δεδομένου ότι η τυχόν συμπλήρωση του ΕΕΕΣ καθώς και της τεχνικής προσφοράς της με τη δήλωση του τμήματος της σύμβασης (αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %), που θα ανατεθεί υπό μορφή ...ς, θα συνιστούσε τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς της ένωσης εταιρειών, που θα προσέβαλε τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η τήρηση των οποίων αποτελεί ζήτημα θεμελιώδους σημασίας για την εφαρμογή της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων

12.Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, αυτή συμμετείχε στον σχετικό διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες τριών προσώπων, δηλαδή των και ..., οι οποίοι όμως δεν αποτελούν ..., αλλά ρητά δηλώνονται ως ..., ιδιότητες που δεν ταυτίζονται. Άλλωστε, η ... αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να του επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω αρκούσε η δήλωση ότι η προσφέρουσα ένωση θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, προσκομίζοντας τη σχετική δέσμευση των τρίτων φορέων τους οποίους δηλώνει ως ...

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δεν απαιτείται συγκεκριμένη φύση των δεσμών της ένωσης, που θα δημιουργηθεί μετά την παροχή της δάνειας εμπειρίας, αλλά χρειάζεται να αποδειχθεί μόνο ότι ο διαγωνιζόμενος έχει τη δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του ετέρου φορέα κατά τη φάση της υλοποίησης του ... και ότι αυτός διαθέτει τις ικανότητες αυτές και πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας που τίθενται στη διακήρυξη. Άλλωστε, υπό το ισχύον θεσμικό πλαίσιο προκύπτει ότι η στήριξη στις ικανότητες τρίτων αποτελεί διακριτή περίπτωση σε σχέση με την ..., η οποία συντρέχει όταν ο οικονομικός φορέας δεν στηρίζεται στις ικανότητες του ... Περαιτέρω, η Επιτροπή του διαγωνισμού δεν δύναται να αποκλείσει τον υποψήφιο λόγω έλλειψης κατάλληλων αποδεικτικών στοιχείων της δυνατότητας χρήσης της δάνειας εμπειρίας, στο βαθμό που οι δανειζοντες εμπειρία έχουν υποβάλει υπεύθυνη δήλωση περί θέσης των ικανοτήτων τους στη διάθεση του οικονομικού φορέα καθ'όλη τη διάρκεια του ..., ανεξαρτήτως της ... φύσης των δεσμών τους με αυτόν.

14. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντος οι ανωτέρω ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, όπως και αυτοί της παρεμβαίνουσας είναι νόμω και ουσία αβάσιμοι.

15. Επειδή, περαιτέρω, στον νόμο 4412/2016, ορίζονται, πλην άλλων, τα εξής: Άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) [...] γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους πόρους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. [...]». Άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»: «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικο... και χρηματοοικο... επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, 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 ... φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες». Άρθρο 58 ... (άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) : «Στα έγγραφα της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή ... σε τρίτους, καθώς και τους ... που προτείνει[...].».

16. Επειδή, στις ακόλουθες διατάξεις της επίμαχης διακήρυξης, πλην άλλων, ορίζονται τα εξής: άρθρο 1.3 «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ... «άρθρο 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»: «(...) ... Ο υποψήφιος πρέπει να διαθέσει για τις ανάγκες του ... ανθρώπινο δυναμικό ικανό για να φέρει σε πέρας επιτυχώς τις απαιτήσεις του ..., σε όρους απαιτούμενης εξειδίκευσης, επαγγελματικών προσόντων και εμπειρίας, ήτοι να συστήσει ... (ΟΕ), με κατ' ελάχιστον την ακόλουθη σύνθεση και τα ακόλουθα προσόντα:

• Έναν (1) ..., με τα ακόλουθα προσόντα:

... , ο Συνολική επαγγελματική εμπειρία τουλάχιστον δώδεκα (12) ετών,

...

... • Έναν (1) ... , ο οποίος πρέπει να διαθέτει:

... • Έναν (1) ... ο οποίος πρέπει να διαθέτει:

... • Έναν (1) ... , ο οποίος πρέπει να διαθέτει:

... • Έναν (1) ... , ο οποίος πρέπει να διαθέτει:

... • Έναν (1) ... , ο οποίος πρέπει να διαθέτει:

...

• Έναν (1) ... , ο οποίος πρέπει να διαθέτει:

... Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης»[...] «άρθρο 2.2.8.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων»: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικο... και χρηματοοικο... επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων Φορέων ασχέτως της ... φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί Φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων Φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες[...] «άρθρο 2.2.8.2. ...»: «Ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή ... σε τρίτους, καθώς και τους ... που προτείνει. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή ... σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν ..., εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της ως άνω παραγράφου 2.2.3.»[...] «άρθρο 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά»: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα / στοιχεία που αναφέρονται αναλυτικά στο Παράρτημα V και να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα I «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης», περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο

ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στα ως άνω Παραρτήματα.. Ιδιαίτερα, η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει: α) ... , με βάση τις απαιτήσεις του Παραρτήματος I και το σχετικό υπόδειγμα του Παραρτήματος VI. β) Τον παρακάτω «Συγκεντρωτικό Πίνακα Στελέχωσης της ...», σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο Παράρτημα ... [...]Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή ... σε τρίτους, καθώς και τους ... που προτείνουν[...] «άρθρο 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών»: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικο... προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπίες, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρουν δεν παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας και τα άρθρα 102 και 103 του ν. 4412/2016, (...)».

17. Επειδή, περαιτέρω, στο Παράρτημα III της διακήρυξης, που περιλαμβάνει οδηγίες συμπλήρωσης του Ε.Ε.Ε.Σ, γίνεται παραπομπή στο υπόδειγμα του τυποποιημένου αυτού εντύπου, με τα ερωτήματα στα οποία καλείται να απαντήσει ο οικονομικός φορέας, τις αντίστοιχες επεξηγήσεις-

οδηγίες και τις προσήκουσες (θετικές ή αρνητικές) απαντήσεις, για την ορθή συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ.. Ειδικότερα, στο Μέρος II «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» Ενότητα Γ: «Πληροφορίες σχετικά με την στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» του ανωτέρω υποδείγματος Ε.Ε.Ε.Σ., για την απάντηση στην ερώτηση «Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων» παρέχονται οι ακόλουθες οδηγίες: «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται σε 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; Απάντηση: Ναι / Όχι. Όνομα της οντότητας [-], Ταυτότητα της οντότητας [-], Τύπος της ταυτότητας [-] Κωδικός CPV [-]. [...]». Περαιτέρω, στην Ενότητα Δ του ίδιου Μέρους II, που περιέχει «Πληροφορίες σχετικά με ... στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας», στην ερώτηση «Δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων» αναφέρονται τα εξής: «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή εργολαβίας; Απάντηση: Ναι / Όχι. Όνομα της οντότητας [-], Ταυτότητα της οντότητας [-], Τύπος της ταυτότητας [-] Κωδικός CPV [-]. [...]». Τέλος, στο Μέρος IV, με τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής» και στην Ενότητα Γ, με τον τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», περιλαμβάνεται το υποερώτημα για το «Ποσοστό ...» και ακολουθούν οι εξής επεξηγήσεις-οδηγίες για τον τρόπο απάντησής του: «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή ... το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή ... και στηρίζεται στις ικανότητες του ... για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς ..., βλέπε Μέρος II Ενότητα Γ ανωτέρω. Προσδιορίστε: [-] Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρεται: Ναι / Όχι».

18. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2.2.8.1 της διακήρυξης, το οποίο αποδίδει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 78 του ν.4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24, η επίκληση της ικανότητας (εμπειρίας) τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, που

Αριθμός απόφασης: 1346/2023

σχετίζεται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα, είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι φορείς αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Δηλαδή, στις περιπτώσεις δάνειας εμπειρίας των αναφερόμενων, στο στοιχείο στ' του μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016, ικανοτήτων («στ) [...]), που σχετίζονται με το αντικείμενο της εκάστοτε σύμβασης, οι δανείζοντες φορείς έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα ... κατά την έννοια του άρθρου 58 του ν. 4412/2016. Τα ανωτέρω δεν έρχονται σε αντίθεση με τις παραδοχές της απόφασης του ΔΕΕ της 26ης Ιανουαρίου 2023 στην υπόθεση C-403/21 SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș, όπου κρίθηκε ότι η ... αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να του επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή, σε περιπτώσεις όπου η δάνεια εμπειρία αναφέρεται σε υπηρεσίες που δεν είναι βέβαιο ότι θα χρησιμοποιηθούν (βλ. σκ. 25, 74,75) για τις ανάγκες της σύμβασης και κατ'επέκταση δεν ανήκουν αναμφίβολα στο αντικείμενο της σύμβασης. Αντιθέτως, στις περιπτώσεις, που η δάνεια εμπειρία, αναφορικά με τους τίτλους σπουδών και την επαγγελματική εμπειρία, σχετίζεται με το αντικείμενο της ζητούμενης υπηρεσίας και θα χρησιμοποιηθεί στην εκτέλεση της σύμβασης, οι δανείζοντες φορείς έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα ..., χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών, οι δε υποψήφιοι οικονομικοί φορείς κατά την υποβολή της αίτησης συμμετοχής τους υποχρεούνται να δηλώσουν στο προβλεπόμενο από τη διακήρυξη Ε.Ε.Ε.Σ., τόσο τα στοιχεία του τρίτου (δηλαδή οικονομικού φορέα μη συνδεδεμένου με την αναθέτουσα αρχή με νομικό δεσμό), στην επαγγελματική και τεχνική ικανότητα του οποίου στηρίζονται και στον οποίο προτίθενται να αναθέσουν υπό τη μορφή ... την εκτέλεση τμήματος της σύμβασης, όσο και το ποσοστό της ... που αντιστοιχεί στο τμήμα αυτό. Η παράλειψη δε αναφοράς των ανωτέρω στοιχείων συνιστά ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς, η οποία επιφέρει κατά το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης την απόρριψη της προσφοράς (ΣΤΕ 1347/2023, 1612/2022 (σκ.7), πρβλ. ΣΤΕ 1792/2022, 1552-1553/2022, ΕΑ 1486/2023, 205/2021, 170/2020).

19. Επειδή, όπως προκύπτει από την μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, στην προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών, που αποτελείται από τις εταιρείες α) «...» με διακριτικό τίτλο «... ..», β) «...» και γ) «...», κάθε μέλος της Ένωσης έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του στο σημείο Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» στο Μέρος II- Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, τα ονόματα των κκ., και, ενώ, στο Μέρος IV-Κριτήρια Επιλογής, στο σημείο Γ «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα», στο πεδίο «Τίτλοι σπουδών και επαγγελματικών προσόντων» παραθέτει τα πτυχία και την επαγγελματική εμπειρία των ανωτέρω. Περαιτέρω, τα τρία ανωτέρω φυσικά πρόσωπα (...) έχουν συμπληρώσει διακριτό ΕΕΕΣ και στο σημείο Β «Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του Μέρους II- Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, έχουν δηλώσει «Εξωτερικός Συνεργάτης» στο πεδίο «Ιδιότητα». Επίσης, στο Μέρος IV-Κριτήρια Επιλογής, στο σημείο Γ-Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, στο πεδίο «Τίτλοι σπουδών και επαγγελματικών προσόντων», τα ανωτέρω πρόσωπα παραθέτουν τα πτυχία και την επαγγελματική εμπειρία τους, όπως ακριβώς αποτυπώνονται και στο ΕΕΕΣ κάθε μέλους της Ένωσης. Επιπλέον, τα εν λόγω ΕΕΕΣ συνοδεύονται από υπεύθυνες Δηλώσεις των τριών αυτών προσώπων, όπου δηλώνουν ότι έχουν λάβει γνώση των όρων της Διακήρυξης και γνωρίζουν τον ρόλο και την θέση τους στο ..., όπως περιγράφεται στην Προσφορά. Περαιτέρω, στην Προσφορά, στη σελίδα 53, παρατίθεται η Στελέχωση της, αναλυτικά υπό μορφή Πίνακα, όπως απαιτείται από το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης (τεχνική προσφορά), στον οποίο έχουν συμπληρωθεί οι πληροφορίες σχετικά με α) Ονοματεπώνυμο μέλους, β) Επωνυμία Εταιρείας (σε περίπτωση Ένωσης/Κοινοπραξίας) ή Εταιρείας ..., γ) Κατηγορία Προσωπικού/Ρόλος στην, δ) Επίπεδο Γενικής Εμπειρίας (έτη), ε) Επίπεδο Ειδικής Εμπειρίας (Ετη) και στ) Επίπεδο Σπουδών/Τίτλοι. Ειδικότερα: α) ο κ. ... αναφέρεται ως εξωτερικός Συνεργάτης της Ένωσης, ο οποίος θα αναλάβει την θέση του, β) ο κ. ... αναφέρεται ως εξωτερικός Συνεργάτης της Ένωσης, ο οποίος θα αναλάβει την θέση του και γ) ο κ. ... αναφέρεται ως εξωτερικός Συνεργάτης της Ένωσης, ο οποίος θα αναλάβει την θέση του Περαιτέρω, στην ερώτηση του ίδιου ως άνω Μέρους II στην Ενότητα Δ «Πληροφορίες

σχετικά με ... στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας», έκαστο των μελών της Ένωσης απάντησε «Όχι».

20. Επειδή, ωστόσο, στην την προκειμένη περίπτωση, εφόσον οι ανωτέρω δηλωθέντες ως «... ...» αποτελούσαν υποχρεωτικά -κατά τα προεκτεθέντα- ..., από τη στιγμή που δηλώθηκαν από την προσφέρουσα ένωση ως τρίτοι φορείς δανείζοντες εμπειρία σχετικά με τα επαγγελματικά προσόντα και σύμφωνα με την τεχνική προσφορά θα αποτελέσουν μέλη της, που θα παράσχει τις υπηρεσίες που αποτελούν το αντικείμενο του ... (βλ. άρθρο 1.3 και Παράρτημα Ι της διακήρυξης,) έπρεπε να δηλωθούν και ως ... της για την εκτέλεση συγκεκριμένου τμήματος της σύμβασης και ταυτοχρόνως θα έπρεπε να δηλωθεί το τμήμα της σύμβασης, που πρόκειται να τους ανατεθεί, όπως και το ποσοστό της ... Ωστόσο, ούτε στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε έκαστο των μελών της προσφέρουσας ένωσης ούτε στο Ε.Ε.Ε.Σ., που υπέβαλαν οι τρίτοι δανείζοντες εμπειρία, δηλώθηκε ότι οι τελευταίοι πρόκειται να αναλάβουν με ... την εκτέλεση εργασιών όπως σύμφωνα με τα προεκτεθέντα απαιτείτο. Αντιθέτως, η παρεμβαίνουσα δήλωσε ρητώς ότι δεν θα ανέθετε υπερβολικά την εκτέλεση οιοδήποτε τμήματος της σύμβασης. Συνεπώς, βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με όσα ορίζονται στη διακήρυξη, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας (ΣΤΕ 1347/2023). Άλλωστε, ο ισχυρισμός της, ότι η ... αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να του επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, απορριπτέος όχι μόνο ως μη ερειδόμενος στην υπό κρίση διακήρυξη, αλλά πρωτίστως ως απαράδεκτος. Και τούτο, διότι με αυτόν η παρεμβαίνουσα αμφισβητεί τον όρο του άρθρου 2.2.8.1 της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο ο προσφέρων μπορεί να στηρίζεται σε τρίτους αναφορικά με την επαγγελματική εμπειρία και τα σχετικά προσόντα, μόνο εάν οι τρίτοι δανείζοντες εμπειρία θα είναι και ... του. Πλην, όμως, η παρεμβαίνουσα δεν προσέβαλε τον σχετικό όρο, αλλά συμμετείχε ανεπιφύλακτα στην παρούσα διαδικασία, αποδεχόμενη όλους τους όρους που αποτελούν το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Ακόμη, ο

ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, ότι αρκούσε η δήλωση ότι η προσφέρουσα ένωση θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους (παραδείγματος χάριν, προσκομίζοντας τη σχετική δέσμευση των τρίτων φορέων), είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, διότι αφενός δεν αναφέρεται στο κρίσιμο εν προκειμένω ζήτημα, εάν η παρεμβαίνουσα όφειλε να δηλώσει τους τρίτους δανείζοντες επαγγελματική εμπειρία ως ... και περαιτέρω να δηλώσει τα τμήματα της ... κλπ και αφετέρου διότι οι υποχρεώσεις από τη διακήρυξη, που προβλέπονται επί ποινή αποκλεισμού, δεν μπορούν να υποκατασταθούν από άλλες δηλώσεις και έγγραφα κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι στην υποθετική περίπτωση που οι ... η διακήρυξη δεν προβλέπει την υποχρέωση δήλωσης ανάθεσης σε ... τμήματος και ποσοστού της σύμβασης, είναι προδήλως αβάσιμος λόγω της ρητής πρόβλεψης στο άρθρο 2.2.8.2 της διακήρυξης ότι: *«Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή ... σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν ..., εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της ως άνω παραγράφου 2.2.3.»* Επίσης, απορριπτέος ως νόμω αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η έννοια του τρίτου φορέα, στον οποίο στηρίζεται η υποψήφια παρεμβαίνουσα, συντρέχει όταν ο οικονομικός φορέας δεν στηρίζεται στις ικανότητές του ως ... Και τούτο, διότι οι ανωτέρω ιδιότητες δεν είναι αλληλοαποκλειόμενες, αλλά αντίθετα σε περιπτώσεις, όπως η παρούσα, επιβάλλεται να συντρέχουν. Περαιτέρω, απορριπτέα ως μη ερειδόμενη στη διακήρυξη είναι η αιτίαση της αναθέτουσας αρχής ότι οι τρεις προτεινόμενοι ... της παρεμβαίνουσας ... και ... δεν είναι ..., καθώς αυτό θα αποδειχθεί στη φάση της υλοποίησης του ... Και τούτο, διότι είναι παντελώς διαφορετικές οι δηλώσεις σχετικά με την ..., που θα πρέπει να υποβάλλονται στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, και εντελώς διαφορετικό ζήτημα αυτό της υποβολής των προβλεπόμενων αποδεικτικών μέσων στο μεταγενέστερο στάδιο της κατακύρωσης. Η δε αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται

από τους ρητούς και अपαράβατους όρους της διακήρυξης όπως ακριβώς και οι προσφέροντες.

21. Επειδή, τυχόν συμπλήρωση ή διευκρίνιση επί των στοιχείων της προσφοράς δεν δύναται να οδηγήσει σε αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων ή να επιτρέψει την εκ των υστέρων αντικατάσταση εγγράφων και στοιχείων της προσφοράς, μη πληρούντων τους όρους της διακήρυξης με νεότερα, προκειμένου να πληρωθούν οι προϋποθέσεις συμμετοχής των αιτούντων (ΣτΕ 1612/2022, 1552/2022, 1855/2021, 1490/2019 7μ. 1573/2019, 827/2019 7μ. ΕΑ 205/2021, 248/2020, καθώς και ΣτΕ 300/2023, 2514/2022, 725/2022, 388/2021, ΕΑ 238-9/2019, 135/2018 ως προς την ερμηνεία του αντίστοιχου άρθρου 102 του ν. 4412/2016 που εφαρμόζεται επί διαγωνισμών διεπομένων από τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Επειδή, εν προκειμένω, η επίμαχη δήλωση της παρεμβαίνουσας περί του μη ορισμού υπεργολάβων δεν ήταν ασαφής ή ελλιπής, ώστε να εξετασθεί, εάν η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε ενδεχομένως να την καλέσει προς άρση της ασάφειας ή τη συμπλήρωση της δήλωσης. Αντιθέτως, λόγω της σαφούς και κατηγορηματικής -κατά τα προεκτεθέντα- αρνητικής απάντησής της, τυχόν τροποποιητική δήλωσή της περί των στοιχείων του ... και του τμήματος της ... θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη αντικατάσταση του Ε.Ε.Ε.Σ. (πρβλ ΣτΕ 1347/2023, 1612/2022, 1552/2022, 147/2022, 388/2021, ΕΑ 238-9/2019). Συνεπώς, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, λόγω των συγκεκριμένων έννομων συνεπειών, που συνεπάγεται η επίδικη δήλωση, σε συνδυασμό με τη φύση του Ε.Ε.Ε.Σ. ως υπεύθυνης δήλωσης, δεν ήταν επιτρεπτή σύμφωνα με τα ανωτέρω η διόρθωση αυτής με τη διαδικασία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ενόψει και του ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια, που η ίδια έχει καθορίσει, όπως νομίμως κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση. Συνεπώς, ο μοναδικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση. Επίσης, πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Αριθμός απόφασης: 1346/2023

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-09-2023 και εκδόθηκε στις 2-10-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ