

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Μαΐου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11-04-2023 υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 517/11-4-2023 προδικαστική προσφυγή του «....» (εφ' εξής ο «προσφεύγων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Ν.Π.Δ.Δ.: «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, υπ' αριθμό πρωτ. 24/27-3-2023, του ΔΣ του, περί ανακήρυξης της «.....ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ» ως οριστικής αναδόχου της σύμβασης, ως προς τα Τμήματα Α', Β', Δ1 και Δ2 της υπ' αριθμό πρωτ. 8592/21-12-2022 διακήρυξης του Ν.Π.Δ.Δ. «.....».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 578293644953 1004 0091 και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 11-04-2023, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 30-03.2023

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

(β) ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς ο προσφεύγων, του οποίου η προσφορά δεν έγινε δεκτή, βάλλει κατά της απόφασης 24/27-3-2023, του Δ.Σ. του, δια της οποίας η «.....ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ» ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος, επιδιώκοντας ευλόγως να ανατεθεί σ' αυτόν (προσφεύγοντα) η σύμβαση.

3.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 12-04-2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε εμπροθέσμως, στις 26-4-2023, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής. Ο προσφεύγων υπέβαλε εμπροθέσμως στις 2-5-2023 (κατά παρέκταση, δεδομένου ότι η 1-5-2023, Δευτέρα, ήταν Πρωτομαγιά και άρα ημέρα εξαιρετέα) το υπόμνημά του, κατά των απόψεων, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο.

5.Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. 8592/21-12-2022 διακήρυξη του Ν.Π.Δ.Δ. «....», προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος μειοδοτικός διαγωνισμός, προς επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών με αντικείμενο την «Μίσθωση λεωφορείων με οδηγό και επιβατηγού Δημόσιας Χρήσης για υλοποίηση των Προγραμμάτων του», συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 75207,15 €, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικώς βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ανά τμήμα υπηρεσίας. Η εν λόγω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 21-12-2022 υπό Α.Δ.Α.Μ ..., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

6. Σύμφωνα με την διακήρυξη, ο διαγωνισμός υποδιαιρείτο σε 5 τμήματα και ειδικότερα στο Τμήμα Α' (Πρόγραμμα θερινές ημερήσιες κατασκηνώσεις-2023), Τμήμα Β (ημερήσιες εκδρομές ΚΑΠΗ-2023), Τμήμα Γ (ημερήσιες διακοπές ΚΔΑΠ ΑΜΕΑ-2023 με διατροφή), Τμήματα Δ1+Δ2 (Θαλάσσια μπάνια

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

ΚΑΠΗ 2023 - Δ2 Θαλάσσια μπάνια 'Βοήθεια στο Σπίτι'- 2023) και Τμήμα Ε' (Μίσθωση επιβατηγών δημόσιας χρήσης-ΑΜΕΑ (ΛΕΥΚΟ ΤΑΞΙ).

7.Επειδή ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

8.Επειδή, ο προσφεύγων και η εταιρεία με την επωνυμία «.....ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ», συμμετείχαν στον εν θέματι διαγωνισμό. Ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορές για τα τμήματα Α' (Πρόγραμμα θερινές ημερήσιες κατασκηνώσεις-2023), Β' (ημερήσιες εκδρομές ΚΑΠΗ-2023), Γ' (ημερήσιες διακοπές ΚΔΑΠ ΑΜΕΑ-2023) και Δ1+Δ2 (Θαλάσσια μπάνια ΚΑΠΗ 2023-Θαλάσσια μπάνια "Βοήθεια στο Σπίτι"), δεν υπέβαλε δε προσφορά για το τμήμα Ε'. Όπως συνομολογεί και ο προσφεύγων στην προσφυγή του, με την προσβαλλόμενη, υπ' αρ. 24/27-3-2023, απόφαση του Δ.Σ. του, η «.....ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ» ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος, αφού ελήφθησαν υπ' όψη και έγιναν δεκτά τα σχετικά Πρακτικά της Επιτροπής. Ειδικότερα, την 26-1-2023, η Επιτροπή Διαγωνισμού της αναθέτουσας, κατόπιν αποσφράγισης και αξιολόγησης των κατατεθεισών προσφορών από τους οικονομικούς φορείς (Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά), διεπίστωσε, ότι από τα δικαιολογητικά του προσφεύγοντος δεν προκύπτει, ότι αυτός διαθέτει ικανό, προς ικανοποίηση των απαιτήσεων του διαγωνισμού, στόλο λεωφορείων, ότι το ΕΕΕΣ του περιέχει ανακριβή δήλωση, δεδομένου ότ αυτός δήλωσε, ότι δεν στηρίζεται σε ικανότητες τρίτων ενώ συγχρόνως προσεκόμισε έγγραφα (άδειες κυκλοφορίας κλπ) 14 οχημάτων άλλων ιδιοκτητών, ότι οι ιδιοκτήτες των οχημάτων αυτών δεν υπέβαλαν αντίστοιχα ΕΕΕΣ και άρα δεν προκύπτει δέσμευση, ότι ο προσφεύγων στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων φορέων. Εν συνεχεία η Ε.Δ. πρότεινε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος για τα Τμήματα Α', Β', Δ1 και Δ2 και την αποδοχή της προσφοράς του για το Τμήμα Γ', περαιτέρω δε η Ε.Δ. έκρινε παραδεκτή και πλήρη την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ» για τ' ανωτέρω Τμήματα Α', Β', Γ', Δ1 και Δ2 και πρότεινε να γίνει δεκτή η προσφορά του τελευταίου για τα Τμήματα αυτά. Περαιτέρω, στις 27-1-2023, η Ε.Δ., κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, πρότεινε

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

την ανάδειξη της ανωτέρω Εταιρείας ως προσωρινής αναδόχου για τα τμήματα Α', Β', Δ1 και Δ2, χωρίς να εξετάσει την οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος για τα Τμήματα αυτά, για δε το τμήμα Γ' η ανωτέρω εταιρεία κατετάγη πρώτη σε σειρά μειοδοσίας, αφού η προσφερόμενη απ' αυτήν τιμή μονάδος ήταν μικρότερη από την εκ μέρους του προσφεύγοντος προσφερόμενη. Εν συνεχεία, στις 9-3-2023, η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατόπιν του υπ' αυτής ελέγχου των πρωτότυπων δικαιολογητικών της προσφοράς της ως άνω Εταιρείας, προσωρινής αναδόχου, κατόπιν δε αξιολογήσεων, πρότεινε προς την αναθέτουσα την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, για τ' ανωτέρω Τμήματα του διαγωνισμού, στην προαναφερθείσα Εταιρεία. Περαιτέρω, στις 27-3-2023, το Δ.Σ. του Κοινωνικού Οργανισμού του Δήμου (.....), δια της υπ' αρ. 24/27-3-2023 απόφασής του, ενέκρινε τα σχετικά Πρακτικά κατεκύρωσε δε την σύμβαση για τα Τμήματα Α', Β', Γ', Δ1 και Δ2 στην προαναφερθείσα «.....ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ».

9. Επειδή, κατά της ανωτέρω, υπ' αρ. 24/27-3-2023, απόφασης και των συμπροσβαλλομένων σχετικών, ως άνω, από 26-1-2023, 27-1-2023 και 9-3-2023 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, στρέφεται ο προσφεύγων για τους ειδικότερους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή του.

10. Επειδή ο προσφεύγων ζητεί την ακύρωση των προσβαλλομένων πράξεων, λόγω παράβασης εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής των διατάξεων των άρθρων 102 και 310 του ν. 4412/2016, της παράβασης συνισταμένης στην μή κλήση του προς προσκόμιση συμπληρωματικών εγγράφων για την συμπλήρωση της προσφοράς του, ισχυρίζεται δε, ότι, αν δεν είχε επιλοχωρήσει η παράνομη αυτή ενέργεια της αναθέτουσας, η σύμβαση θα είχε κατακυρωθεί οριστικώς σ' αυτόν, για όλα τα προαναφερθέντα Τμήματα. Προβάλλεται επίσης από τον προσφεύγοντα, ως λόγος ακύρωσης των προσβαλλομένων πράξεων, η παράβαση των κανονιστικών όρων της εν λόγω διακήρυξης, 2.2.5, 2.2.6., 2.2.8. και 2.2.9.2., καθ' ότι, κατά τον προσφεύγοντα, η Επιτροπή Διαγωνισμού και η αναθέτουσα αξίωσαν απ' αυτόν την πλήρωση όρων που δεν προβλέπονται από την διακήρυξη. Αναλυτικότερα, ο προσφεύγων παραπονείται, με την προσφυγή του, ότι παρανόμως η Ε.Δ. έκρινε, ότι δήθεν από τα 16 επιβατηγά λεωφορεία, που αυτός δήλωσε ότι κατέχει, τα 14 απ' αυτά ανήκουν σε άλλους ιδιοκτήτες και ότι επομένως αυτός

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

όφειλε, ήδη στο στάδιο υποβολής της προσφοράς του, να έχει υποβάλει αυτοτελές ΕΕΕΣ, για καθ' ένα ιδιοκτήτη, αλλά και υπεύθυνη δήλωση, δια της οποίας ο κάθε ιδιοκτήτης θα δεσμεύεται, ότι θα παρέχει στον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα το λεωφορείο κυριότητάς του, για όλο τον χρόνο που απαιτείται για την προσήκουσα εκπλήρωση της σύμβασης. Εν συνεχεία, ο προσφεύγων προβάλλει, ότι, εν όψει των ανωτέρω, η Ε.Δ. παρέβη τον όρο 2.2.9.1. της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο, κατά τον προσφεύγοντα, ρητώς επιβάλλεται η υποβολή ΕΕΕΣ μόνον από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα και όχι και από τρίτους, οι οποίοι δανείζουν υλικοτεχνικά τους μέσα στον οικονομικό φορέα, ώστε ο τελευταίος να κριθεί, ότι καλύπτει τις ανάγκες του διαγωνισμού, οι δε ιδιοκτήτες των οχημάτων, τα δικαιολογητικά (άδειες κυκλοφορίας κ.ά.) των οποίων αυτός προσκόμισε, ήταν «τρίτοι», ως προς την εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, ότι προαποδεικτικώς, κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς του, αρκούσε η σχετική δήλωσή του στο ΕΕΕΣ του, ότι πληροί τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής, ήτοι, συγκεκριμένα, - ότι αρκούσε - η απάντηση «ΝΑΙ» στο μέρος IV του ΕΕΕΣ, με τίτλο «Κριτήρια επιλογής». Περαιτέρω, ο προσφεύγων υποστηρίζει, ότι, ακόμη και αν θεωρηθεί αναληθής η αρνητική απάντησή του στο ερώτημα του ΕΕΕΣ, δηλαδή αν στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων οντοτήτων, τούτο αποτελεί επουσιώδες σφάλμα, στο οποίο αυτός οδηγήθηκε εκ του ότι οι όροι 2.2.5. και 2.2.6. της διακήρυξης ανέγραφαν την φράση «ΔΕΝ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ», ώστε ουδόλως είχε την πρόθεση να αποκρύψει, ότι τα 14 από τα 16 οχήματα ανήκουν, κατά κυριότητα, σε άλλους ιδιώτες, ότι δε, υπό τα δεδομένα αυτά, δεν ιδρύεται σχέση του υπερβολαβίας με τους ιδιοκτήτες αυτούς, αφού αυτοί δεν επρόκειτο να εκτελέσουν κάποια εργασία παρά μόνον να εκμισθώσουν εξοπλισμό, αφού τα λεωφορεία αυτά ήταν μισθωμένα απ' αυτόν. Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, ότι η αναθέτουσα Αρχή όφειλε, κατ' άρθρα 102 και 310 του ν. 4412/2016, να τον καλέσει – πράγμα που αυτή δεν έπραξε - για να διευκρινίσει την δήλωσή του στο υποβληθέν εκ μέρους του ΕΕΕΣ καθώς και να προσκομίσει τυχόν συμπληρωματικά έγγραφα τούτο, δεδομένου ότι, κατά τον προσφεύγοντα, η πρόσκληση αυτή θα ήταν σύμφωνη με την αρχή της διαφάνειας και της ισότητας, αφού η προσφορά του δεν θα άλλαζε ουσιωδώς αλλ' απλώς θα την διευκρίνιζε χωρίς να την μεταβάλλει. Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, ότι σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται, ως δικαιολογητικό συμμετοχής,

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

η προσκόμιση μισθωτηρίων ή άλλων παραχωρητηρίων εγγράφων των τυχόν τρίτων κυρίων εξοπλισμού (λεωφορείων), του οποίου θα κάνει χρήση ο προσφέρων, ότι η έλλειψη δε αυτή ή η αόριστη ή μη ορθή αναφορά στην διακήρυξη δεν μπορεί να αποβεί εις βάρος του υποψηφίου.

11. Επειδή το ΕΕΕΣ αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη, ότι οι οικονομικοί φορείς πληρούν τα κριτήρια επιλογής, αφού, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης, κατά την υποβολή προσφορών, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, 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 του άρθρου 2.2.3 της διακήρυξης, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της διακήρυξης.

12.Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 2.2.8.1 της διακήρυξης, με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων», ορίζει ότι: *«Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής 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 νομικής 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.** Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά*

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνεται στον οικονομικό φορέα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο φορέας που αντικαθιστά φορέα του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου», ενώ το άρθρο 2.2.8.2 της διακήρυξης, με τίτλο «Υπεργολαβία», ορίζει ότι: «Ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας 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 υπεργολάβο, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της ως άνω παραγράφου 2.2.3.».

13.Επειδή το άρθρο 2.2.9 της διακήρυξης ορίζει ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/2016. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, οι υπερβολάβοι υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας».

14. Επειδή με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στήριξης του συμμετέχοντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικού φορέα σε ικανότητες άλλων (τρίτων) φορέων, όσον αφορά είτε στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά του, είτε στην τεχνική ή επαγγελματική ικανότητά του, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους φορείς αυτούς. Εφ' όσον ο υποψήφιος οικονομικός φορέας αδυνατεί ν' ανταποκριθεί, με τα δικά του μέσα, στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, έχει το δικαίωμα να συμμετέχει στην διαδικασία ανάθεσης, με προσφυγή στις δυνατότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της καταλληλότητάς του, αρκεί ν' αποδείξει, με την προσκόμιση των αποδείξεων που προβλέπονται στην διακήρυξη, δέσμευση του τρίτου φορέα, ότι θα διαθέσει τους επικαλούμενους από τον υποψήφιο πόρους, ώστε να βρίσκονται στη διάθεσή του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης. Το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσης των δεσμών του με αυτούς, συνάδει με τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό Οδηγίες, προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών Αρχών, και περαιτέρω στην διευκόλυνση της πρόσβασης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις. Ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί ν' αποδεικνύεται με την προσκόμιση των αποδείξεων, που προβλέπονται στην διακήρυξη, η δέσμευση περί διάθεσης των πόρων από τον τρίτο προς τον προσφέροντα για τους σκοπούς εκτέλεσης της προμήθειας, εφ' όσον ανατεθεί στον τελευταίο. Αρκεί δηλαδή να υφίσταται η εν λόγω δέσμευση του τρίτου, ανεξάρτητα από την φύση του νομικού δεσμού μεταξύ του διαγωνιζόμενου και του τρίτου, στα πλαίσια της οποίας θέλει αναπτυχθεί συνεργασία περί την εκτέλεση της σύμβασης, εφ' όσον ανατεθεί.

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

15. Επειδή η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα δεν αίρει την υποχρέωση - προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπ' όψη των ικανοτήτων αυτών- ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος και περαιτέρω της υποβολής εκ μέρους του προσφέροντος αυτοτελούς ΕΕΕΣ, συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου από τον τρίτο οικονομικό φορέα, περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και της συγκέντρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων, στην περίπτωση δε που οι ανωτέρω προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογισθούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου, ως συνδυαζόμενη και συνεχόμενη με τις ικανότητες του τρίτου, είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (βλ. ΑΕΠΠ 96, 246/2017, 253/2017).

16. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, ο προσφεύγων στο ΕΕΕΣ του, αφ' ενός στο πεδίο Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» και δη 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;*», απάντησε: όχι, αφ' ετέρου δε στο πεδίο Δ, «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους», στο ερώτημα «*Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;*», απάντησε: όχι. Περαιτέρω, από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος προκύπτουν τα εξής: Ο προσφεύγων προσφέρει για τον διαγωνισμό συνολικά 16 οχήματα. Όμως, από αυτά μόνο τα δύο οχήματα, ήτοι ένα λεωφορείο και ένα mini bus, ανήκουν στην ιδιοκτησία του προσφεύγοντος (βλ. προσφορά του, φάκελλο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΑΡΧΕΙΟ 4», όπου εμπεριέχεται το αρχείο «ΛΕΩΦΟΡΕΙΑ 4»). Τα υπόλοιπα 14 ανήκουν, κατά κυριότητα, σε άλλους ιδιώτες, όπως δηλώνει στην προσφορά του και δεν αμφισβητείται. Αναλυτικότερα, ο προσφεύγων προσκόμισε άδειες κυκλοφορίας, άδειες οδήγησης, ασφαλιστήρια συμβόλαια και δελτία τεχνικών ελέγχων δεκατεσσάρων (14) οχημάτων άλλων ιδιοκτητών. Όλα τα ανωτέρω περιέχονται

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

σε διακριτούς φακέλλους της προσφοράς του ως εξής: (α) «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΑΡΧΕΙΟ 1», όπου εμπεριέχεται το αρχείο «ΛΕΩΦΟΡΕΙΑ 1», με τους εξής φακέλλους: Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το άρθρο 1.3 και όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα στις απόψεις της, οι ανάγκες χρήσης οχημάτων για τα επίδικα τμήματα είναι οι εξής: (α) για το Τμήμα Α του εν θέματι διαγωνισμού απαιτείται η ταυτόχρονη χρήση 8 λεωφορείων για την μεταφορά των παιδιών στις κατασκηνώσεις, (β) για το Τμήμα Β, αναφορικά με την πραγματοποίηση των ημερήσιων εκδρομών των ΚΑΠΗ, απαιτείται η ταυτόχρονη χρήση 3 λεωφορείων, διότι και τα τρία ΚΑΠΗ πραγματοποιούν την ίδια ημέρα την εκδρομή τους και απαιτείται ένα λεωφορείο για κάθε ΚΑΠΗ, και (γ) για το τμήμα Δ1-Δ2, αναφορικά με την μεταφορά των μελών των ΚΑΠΗ στην πλαζ για τα θαλάσσια μπάνια, απαιτείται η ταυτόχρονη χρήση 3 λεωφορείων (ένα όχημα για κάθε ΚΑΠΗ). Σημειωτέον ότι η αναθέτουσα, με τις απόψεις της, προέβη σε συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης, εκθέτοντας, ότι: *«Όπως διαπιστώθηκε δηλαδή «Ο προσφέρων οικονομικός φορέας από τα προσκομισθέντα έγγραφα του δεν έχει στη διάθεσή του ικανό στόλο λεωφορείων, και δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις ελάχιστες απαιτήσεις της σύμβασης όπως αυτές περιγράφονται στο κεφάλαιο II (Τεχνικές Προδιαγραφές) της μελέτης που αποτελούν απόσπασμα και μέρος της διακήρυξης».* Αντίθετα, ο προσφεύγων προσκόμισε άδειες κυκλοφορίας, άδειες οδήγησης, ασφαλιστήρια συμβόλαια και δελτία τεχνικών ελέγχων δεκατεσσάρων (14) οχημάτων άλλων ιδιοκτητών, τα οποία όμως δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη ως απόδειξη ότι διαθέτει ικανό αριθμό οχημάτων τις ανάγκες των εν λόγω τμημάτων διακήρυξης». Βάσει των αμέσως ανωτέρω, προκύπτει, ότι ο προσφεύγων δεν διαθέτει εξ ιδίων επαρκή «στόλο» οχημάτων για την κάλυψη των αναγκών και την παροχή υπηρεσιών για τα επίμαχα τμήματα της διακήρυξης και νομίμως η προσφορά του απορρίφθηκε με την αιτιολογία αυτή.

17. Επειδή βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή, ότι ο προσφεύγων, ο οποίος έχει στην κατοχή του μόνο ένα λεωφορείο και ένα mini bus, δεν είχε τα μέσα και την δυνατότητα να εκτελέσει ο ίδιος την σύμβαση και γι' αυτό κατέφυγε σε συμφωνίες ανάθεσης έργου (ανάθεσης έργου (υπεργολαβία) με τους ιδιοκτήτες των επίμαχων οχημάτων, που αναφέρονται στη σκέψη 16. Οι εν λόγω ιδιοκτήτες είναι τρίτοι στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

προσφεύγων για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης και στις υπηρεσίες των οποίων συνέτρεξε, εφ' όσον δεν διέθετε ο ίδιος τα μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης, και για τον λόγο αυτόν, έπρεπε αφ' ενός μεν να υποβάλουν ο καθ' ένας ξεχωριστά δικό του ΕΕΕΣ, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να ελέγξει, αν συντρέχουν στο πρόσωπό τους οι λόγοι αποκλεισμού και αν πληρούν τα κριτήρια επιλογής, και αφ' ετέρου ο προσφεύγων έπρεπε να έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του, ότι στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων, οι οποίοι είναι και υπεργολάβοι και θα εκτελέσουν μέρος της σύμβασης. Σημειωτέον δε ότι, σε κάθε περίπτωση, η προσφορά του προσφεύγοντος είναι αόριστη, αφού αυτός με την προσφορά του ουδόλως απέδειξε πώς συνδέεται νομικά με τους τρίτους, ήτοι εάν συνδέεται βάσει σύμβασης μίσθωσης ή άλλης ή υπεργολαβίας. Περαιτέρω, ο προσφεύγων με την προσφορά του δεν απέδειξε, ότι υφίσταται η εν λόγω δέσμευση των τρίτων, όπως απαιτείτο από το άρθρο 2.2.8.1 της διακήρυξης. (*«...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...»*). Επομένως, ορθώς η αναθέτουσα Αρχή, κατά δέσμια αρμοδιότητα και σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για τα επίμαχα τμήματα. (ΑΕΠΠ 285/2021), η δε προσφορά του τελευταίου, ως συνδυαζόμενη και συνεχόμενη με τις ικανότητες των τρίτων, είναι αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (ΑΕΠΠ 96, 246/2017, 253/2017). Οι ειδικότεροι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, περί εφαρμογής του άρθρου 102, ως και του όμοιου 310 του ν. 4412/2016 είναι απορριπτέοι. Τούτο, διότι δεν πρόκειται για έλλειψη, η οποία θα ήταν δυνατό να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων, κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ακόμη και μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Τούτο δε, καθ' όσον η αναθέτουσα Αρχή έχει, βάσει της τελευταίας αυτής διάταξης, σχετική δυνατότητα να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να συμπληρώσει στοιχεία του φακέλλου του (και όχι δέσμια αρμοδιότητα), όπως προκύπτει τόσο από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, όπου ορίζεται ότι «με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας», όσο και από το γεγονός ότι η δυνατότητα αυτή παρέχεται υπό προϋποθέσεις, ήτοι εφ' όσον δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού

Αριθμός Απόφασης: 860 /2023

φορέα, με τρόπο, ώστε να του δίδεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων, και εφ' όσον η διευκρίνιση-συμπλήρωση αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (βλ. σχετ. αιτιολογική έκθεση). Άλλωστε, και η νέα (μετά την τροποποίηση με τον ν. 4782/2021) διατύπωση της διάταξης του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ουσιαστικά υιοθετεί την διατύπωση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 56 παρ.4), σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα Αρχή έχει την δυνατότητα να ζητεί από τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν τα δικαιολογητικά τους, τηρουμένων, όμως, απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας (Δ.Εφ.Χανίων 18/2022, σκ. 21). Εν προκειμένω, η συμπλήρωση αυτή θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς του προσφεύγοντος, που έχει υποβληθεί, κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας (πρβλ. ΕΠΑνΣΤΕ 346/2017, 184/2017, 135/2018), δεδομένου ότι δεν είναι δυνατή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής η αναπλήρωση μη υποβληθέντων στοιχείων ή πληροφοριών (πρβλ. ΣΤΕ 827/2019, 1490/2019 κ.ά.). Επομένως, οι λόγοι της προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί.

19.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων. (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 8 Ιουνίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ