

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 8 Μαρτίου 2024 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.02.2024 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 162/02.02.2024 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της από 22.01.2024 απόφασης της με αρ. 616ης Συνεδρίασης της Διοικούσας Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας, κατ' αποδοχήν του 1ου και 2ου πρακτικού της επιτροπής, αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και η κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ύψους 611,00 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, 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 τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

3. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016 και 4 παρ.1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, εμπροθέσμως και παραδεκτως, αποστέλλει τις απόψεις της, διά του από 19.02.2024 εγγράφου της, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η δε προσφεύγουσα εμπροθέσμως, στις 23.02.2024, υποβάλλει έγγραφο τιτλοφορούμενο «απάντηση επί απόψεων αναθέτουσας αρχής» που κατ' ορθή ερμηνεία του περιεχομένου του, λογίζεται ως υπόμνημα επί των ως άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, με την με αρ. «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, κάτω των ορίων, για την «...», εκτιμώμενης αξίας 122.177,42 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής ανά είδος, ο οποίος διαγωνισμός αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 16.11.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό η μοναδική προσφορά που υποβλήθηκε ήταν αυτή της προσφεύγουσας. Περαιτέρω στη προσβαλλομένη και δη από το περιεχόμενο των πρακτικών που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της εν λόγω απόφασης, ως διατυπώνεται σε αυτή, προκύπτουν τα εξής: «Η Επιτροπή προχώρησε αρχικά στον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής που υποβλήθηκαν από τη συμμετέχουσα εταιρεία. Διαπιστώθηκε ότι η προσφορά της μοναδικής συμμετέχουσας «...» στηρίζεται σε ικανότητα τρίτου φορέα (με την επωνυμία «...»), σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8.1 της «...» Διακήρυξης. Για το λόγο αυτό μαζί με την προσφορά της η συμμετέχουσα υπέβαλλε το έγγραφο «...». Μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της Επιτροπής και λαμβάνοντας υπ' όψιν τα ανωτέρω, τα μέλη της Επιτροπής αποφασίζουν ομόφωνα να διακόψουν τη συνεδρίασή τους προκειμένου να απευθύνουν ερώτημα στη Νομική Υπηρεσία του «...» σχετικά με το υποβληθέν συμφωνητικό συνεργασίας, ώστε να μπορέσουν να εισηγηθούν ασφαλώς ως προς την αποδοχή της προσφοράς, κατά το παρόν στάδιο ελέγχου των

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

δικαιολογητικών και προϋποθέσεων συμμετοχής. [...] Η Επιτροπή σε συνέχεια του με αρ. πρωτ. .../36402/15-12-2023, 1ου Πρακτικού της, υπέβαλλε το με αρ. πρωτ. .../36428/18-12-2023 ερώτημά της προς τη Νομική Υπηρεσία του «...», προκειμένου να μπορέσει να εισηγηθεί ασφαλώς ως προς την αποδοχή ή μη, της προσφοράς της «...». Η Νομική Υπηρεσία απέστειλε την με αρ. πρωτ. .../922/12-1-2024 απάντηση, σύμφωνα με την οποία: «...Δ.- Όταν ο συμμετέχων ή ο τρίτος υπό την ανωτέρω έννοια είναι Ανώνυμος Εταιρεία, απαιτείται απόφαση του Δ.Σ. για το συγκεκριμένο θέμα και βεβαίως ειδική εξουσιοδότηση στο πρόσωπο εκείνο που θα υπογράψει του ΕΕΕΣ, το οποίο υπέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, ως και με συγκεκριμένη εντολή και πληρεξουσιότητα σε συγκεκριμένο πρόσωπο το οποίο θα προβεί στη σύναψη συμφωνίας του τρίτου με τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα ως προς το είδος και της δάνειας εμπειρίας, την οποία θα προσφέρει. Ε. –Εν προκειμένω, το ΕΕΕΣ τόσο για τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, όσο και για τον τρίτο υπογράφεται από το αυτό φυσικό πρόσωπο, υπό διαφόρους ιδιότητες σε κάθε εταιρεία και απουσιάζει η απόφαση του Δ.Σ. της Α.Ε. στη δάνεια εμπειρία της οποίας καταφεύγει. Το προσκομισθέν ιδιωτικό συμφωνητικό-Συμφωνία περί δεσμευτικής συνεργασίας- Δήλωση Δέσμευσης Τρίτου Φορέα, με ημερομηνία 07-12-2023 και αριθμ. πρωτ. ...: 36131/13-12-2023, κατά την άποψη της Νομικής Υπηρεσίας, θεωρείται νομικά ανύπαρκτο και μη παράγον έννομες συνέπειες, καθ' όσον ελλείπει η απόφαση του Δ.Σ. της Α.Ε., το δε υπάρχει σύγκρουση συμφερόντων στον υπογράφοντα, και τούτο διότι το αυτό πρόσωπο υπογράφει τόσο για τη «...» όσο και για την Α.Ε., την οποία φέρεται να δεσμεύει χωρίς απόφαση του Δ.Σ. για την παροχή δάνειας εμπειρίας. Εάν υφίστατο προγενέστερη της υπογραφής του πλήρης απόφαση του Δ.Σ. θα κάλυπτε το εν λόγω πρόβλημα.». Μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της Επιτροπής και λαμβάνοντας υπ' όψιν τα ανωτέρω, τα μέλη της Επιτροπής αποφασίζουν ομόφωνα να εισηγηθούν στη Δ.Ε. του «...» να μην αποδεχθούν την προσφορά της συμμετέχουσας «...» και δεδομένου ότι δεν υπάρχει άλλη προσφορά προς αξιολόγηση, εισηγούνται την κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου.» Κατά της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα διά της υπό κρίση προσφυγής της, μετά προδήλου, άμεσου και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος, αιτούμενη την

ακύρωσή της, καθ' ό μέρος απερρίφθη η προσφορά της για την υπό ανάθεση σύμβαση, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, πιο συγκεκριμένα η προσφεύγουσα παραπονείται διά της προσφυγής της και με τον πρώτο λόγο αυτής ότι είναι μη νομότυπη η απόρριψη της προσφοράς της λόγω της μη υπογραφής του ΕΕΕΣ από πρόσωπο ειδικά εξουσιοδοτημένο από το Δ.Σ. της εταιρείας. Ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι από το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης προκύπτει ρητώς ότι δεν απαιτείται καμία περαιτέρω διατύπωση πλην της προσκόμισης καταστατικού που αποδεικνύει την νόμιμη εκπροσώπηση και ως εκ τούτου κακώς απερρίφθη η προσφορά της. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της δε, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι είναι νόμιμη η υπογραφή του υποβληθέντος από αυτή ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων από τους νόμιμους εκπροσώπους. Εξάλλου, κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, για το νομότυπο της υπογραφής τόσο του ΕΕΕΣ από τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία στον προσφέροντα, όπως και της σχετικής δέσμευσης, που δεν εξειδικεύεται αν θα είναι μονομερής δήλωση, ιδιωτικό συμφωνητικό ή συμβολαιογραφικό πληρεξούσιο, είναι η υποβολή της «σχετικής δέσμευσης», ήτοι η υποβολή ιδιωτικού συμφωνητικού νομίμως υπογεγραμμένου από τους νομίμους εκπροσώπους των δύο εταιρειών. Εν προκειμένω και ως προκύπτει από τα καταστατικά των δύο εταιρειών, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι για την εταιρεία «...» νόμιμος εκπρόσωπος είναι ο «...» και για την εταιρεία «...» επίσης ο «...». Σε κάθε περίπτωση, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εδύνατο και όφειλε η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, να την καλέσει προς συμπλήρωση – αποσαφήνιση των πληροφοριών και δικαιολογητικών που έχει υποβάλλει και επομένως, η προσφορά της δεν είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, ως εσφαλμένως κρίθηκε διά της προσβαλλομένης.

6. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη, η οποία αποτελεί κανονιστική πράξη, που διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (βλ. ενδεικτικά ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους, ως ειδικότερη μάλιστα διάταξη κατισχύει τυχόν αντίθετων διατάξεων (ΔΕφΑθ 279/2019) του Νόμου, προβλέπονται τα εξής, σχετικά με τα τεθέντα ζητήματα: «1.3 Συνοπτική

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι η Προμήθεια «...»: 1. «...» [...] «...» [...] Προσφορές υποβάλλονται για ένα, ή και για τα δύο είδη. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 122.177,42€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (συνολική εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: 151.500,00€). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε έξι (6) μήνες. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ I & II, της παρούσας διακήρυξης. [...] 2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής 2.2.1 Δικαίωμα συμμετοχής Α. Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν: α) Φυσικά ή νομικά πρόσωπα της ημεδαπής ή της αλλοδαπής, β) Συνεταιρισμοί, [...] 2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται μέχρι και την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους, να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της εν λόγω προμήθειας. [...] Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο, ή να έχουν προβεί σε έναρξη επιτηδεύματος, για επάγγελμα συναφές με το αντικείμενο της παρούσας (για τα φυσικά πρόσωπα). [...] 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια [...] 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, δηλαδή γνώση και εμπειρία, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας 3ετίας (2020, 2021, 2022), να έχουν εκτελέσει συμβάσεις προμηθειών, ύψους ίσου με το 50% του προϋπολογισμού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για το είδος που υποβάλουν προσφορά. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης. [...] 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων – Υπεργολαβία 2.2.8.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Οι οικονομικοί φορείς δύνανται, όσον αφορά τα 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

## **Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024**

θα έχουν στη διάθεσή 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 δύνανται 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 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. Σημειώνεται, ότι σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων, υποβάλλεται από τον φορέα στήριξης το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, του ν. 4412/2016, ως ισχύει, υπογεγραμμένο ψηφιακά και από τον νόμιμο εκπρόσωπο του εν λόγω φορέα [...] 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. Το ΕΕΕΣ φέρει υπογραφή με ημερομηνία εντός του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο δύνανται να υποβάλλονται προσφορές. [...] Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με αυτό [...] 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας [...] Β.6. Για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και εγγράφεται υποχρεωτικά ή προαιρετικά, κατά την κείμενη νομοθεσία, και δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της σε αρμόδια αρχή (πχ ΓΕΜΗ), προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του, εκτός αν αυτό φέρει συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Ειδικότερα για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς προσκομίζονται: i) για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και υποχρεούται, κατά την κείμενη νομοθεσία, να δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της στο ΓΕΜΗ, προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. ii) Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών του νομικού προσώπου γενικό πιστοποιητικό μεταβολών του ΓΕΜΗ, εφόσον έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Στις λοιπές περιπτώσεις τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, αποφάσεις συγκρότησης οργάνων διοίκησης σε σώμα, κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους. Σε περίπτωση που για τη

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

διενέργεια της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης έχουν χορηγηθεί εξουσίες σε πρόσωπο πλέον αυτών που αναφέρονται στα παραπάνω έγγραφα, προσκομίζεται επιπλέον απόφαση- πρακτικό του αρμοδίου καταστατικού οργάνου διοίκησης του νομικού προσώπου με την οποία χορηγήθηκαν οι σχετικές εξουσίες. [...] Από τα ανωτέρω έγγραφα πρέπει να προκύπτουν η νόμιμη σύσταση του οικονομικού φορέα, 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. [...] B.9. Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Ειδικότερα, προσκομίζεται έγγραφο (συμφωνητικό ή σε περίπτωση νομικού προσώπου απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης αυτού ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση), δυνάμει του οποίου αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την κατά περίπτωση παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της Σύμβασης. Η σχετική αναφορά θα πρέπει να είναι λεπτομερής και να αναφέρει κατ' ελάχιστον τους συγκεκριμένους πόρους που θα είναι διαθέσιμοι για την εκτέλεση της σύμβασης και τον τρόπο δια του οποίου θα χρησιμοποιηθούν αυτοί για την εκτέλεση της σύμβασης. Ο τρίτος θα δεσμεύεται ρητά ότι θα διαθέσει στον διαγωνιζόμενο τους συγκεκριμένους πόρους κατά τη διάρκεια της σύμβασης και ο διαγωνιζόμενος ότι θα κάνει χρήση αυτών σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση. [...] B.10. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δηλώνει στην προσφορά του ότι θα κάνει χρήση υπερβολάβων, στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται, προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος με αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπερβολαβίας και υπεύθυνη δήλωση των υπερβολάβων ότι αποδέχονται την εκτέλεση των εργασιών»



## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

7. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού.

8. Επειδή, από τη γραμματική διατύπωση των προδιαληφθέντων στη σκέψη 6 της παρούσας όρων της υπόψη διακήρυξης προκύπτει ρητώς ότι οι οικονομικοί φορείς και υποψήφιοι εν προκειμένω ανάδοχοι δύνανται, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παρ. 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παρ. 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Η αναθέτουσα αρχή δε, ελέγχει αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 2.2.3 της διακήρυξης. Προς τούτο, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων, υποβάλλεται από τον φορέα στήριξης, στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, υπογεγραμμένο ψηφιακά από τον νόμιμο εκπρόσωπο του εν λόγω φορέα. Ως αποδεικτικό μέσο δε, ήτοι κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, στην περίπτωση που οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της διακήρυξης, για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

για τον σκοπό αυτό. Ειδικότερα μάλιστα, ορίζεται ότι προσκομίζεται έγγραφο (συμφωνητικό ή σε περίπτωση νομικού προσώπου απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης αυτού), δυνάμει του οποίου αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την κατά περίπτωση παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της σύμβασης. Από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και δη της προσφοράς της προσφεύγουσας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...») προκύπτει ότι έχει υποβάλει, στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, το ΕΕΕΣ της υπογεγραμμένο, ως ευκρινώς εμφανίζεται σε αυτό, από τον «...» για τον οποίο στις «Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του ΕΕΕΣ αναφέρεται ως «ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗΣ & ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ της «...». Στο πεδίο Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων Βασίζεται σε 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;» η προσφεύγουσα απαντάει καταφατικά (Ναι) και δηλώνει περαιτέρω: «Όνομα της οντότητας «...» και τον διακριτικό τίτλο “...” Ταυτότητα της οντότητας [...] ΣΤΗΡΙΞΗ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ, ΟΣΟΝ ΑΦΟΡΑ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΣΥΝΑΦΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ (Παράγραφος 2.2.6 της διακήρυξης)». Επιπροσθέτως, στο ως άνω πεδίο Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της, δηλώνει η προσφεύγουσα: «ΣΤΟ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΥΠΑΡΧΕΙ ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ «...». Οι συμβάσεις προμηθειών έχουν εκτελεστεί από την «...» και αναγράφονται στο ESPD της ίδιας.» Περαιτέρω, στο υποβληθέν από την δανείζουσα εμπειρία στη προσφεύγουσα τρίτη εταιρεία «...» ΕΕΕΣ, υπογεγραμμένο, ως εμφανίζεται σε αυτό, από τον «...» για τον οποίο στις «Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» δηλώνεται ως «Νόμιμος εκπρόσωπος, Πρόεδρος του Δ.Σ. και Δ/νων Σύμβουλος της «...» ως επίσης, στο ίδιο πεδίο δηλώνεται η «...» υπό την ιδιότητα: «Αντιπρόεδρος της «...», στο δε ερώτημα του ΕΕΕΣ «Τμήματα που

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

συμμετάσχει ο ΟΦ Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά.» δηλώνεται ότι «ΔΕΝ ΥΠΟΒΑΛΛΕΤΑΙ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΑΠΟ ΤΗΝ «...» ΑΠΟΤΕΛΕΙ ΤΡΙΤΟ ΦΟΡΕΑ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΤΟΥ ΟΠΟΙΟΥ ΣΤΗΡΙΖΕΤΑΙ Ο ΠΡΟΣΦΕΡΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΖΟΜΕΝΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΕΠΩΝΥΜΙΑ «...», ΟΣΟΝ ΑΦΟΡΑ ΣΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ, ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΙΣ ΣΥΝΑΦΕΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ. (Παράγραφος 2.2.6 της Διακήρυξης)» Επίσης, στο πεδίο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του ως άνω ΕΕΕΣ, προσδιορίζονται και δηλώνονται οι συναφθείσες συμβάσεις, κατά τα αξιωθέντα από την οικεία διακήρυξη. Περαιτέρω, υπέβαλε η προσφεύγουσα διά της προσφοράς της και μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής της, συμφωνία περί δεσμευτικής συνεργασίας των δύο εταιρειών ήτοι της εταιρείας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης, ως επακριβώς διατυπώνεται, από τον διαχειριστή της κ. «...» και την εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο "...", με νόμιμο εκπρόσωπο, Πρόεδρο του Δ.Σ. και Διευθύνοντα Σύμβουλο τον κ. «...», το οποίο ιδιωτικό συμφωνητικό είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο από το αυτό πρόσωπο, δηλαδή τον «...». Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται καταρχάς ότι στη προκείμενη περίπτωση η προσφεύγουσα συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, καταφεύγοντας όσον αφορά τη πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στη χρήση δάνειας ικανότητας τρίτου. Ούτως ως «...» συμμετείχε ως προσφέρουσα στον υπόψη διαγωνισμό και στηρίζεται στις ικανότητες της τρίτης κατά τα ως άνω ανώνυμης εταιρείας, όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, σχετικά με τις συναφείς εκτελεσθείσες συμβάσεις προμηθειών, ως δηλώνεται και στα ΕΕΕΣ. Για το λόγο αυτό, άλλωστε, υπέβαλε ξεχωριστά και αυτοτελή ΕΕΕΣ, της ίδιας και της τρίτης εταιρείας, αντιστοίχως, κατά τα αξιωθέντα στο κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού ως επίσης και στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο. Παράλληλα, διά της προσφοράς της υπέβαλε η προσφεύγουσα και ιδιωτικό συμφωνητικό δέσμευσης μεταξύ των δύο εταιρειών, αν και εκ της οικείας διακήρυξης προκύπτει ότι αυτό αποτελεί απαιτούμενο δικαιολογητικό κατακύρωσης. Εν προκειμένω, ωστόσο και ως διαλαμβάνεται και στη προσβαλλομένη, εμφανίζεται ότι το ΕΕΕΣ του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα, όπως και το

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

ΕΕΕΣ του τρίτου υπογράφεται από το αυτό φυσικό πρόσωπο, υπό διαφόρους ιδιότητες σε κάθε εταιρεία. Με αυτά τα δεδομένα και δοθέντος ειδικότερα ότι, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή ενείχε αμφιβολίες ως προς τη νόμιμη εκπροσώπηση των συνεργούντων εν προκειμένω φορέων (προσφέρουσας και τρίτης) εδύνατο και όφειλε, κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, να αιτηθεί διευκρινήσεις και δη να αιτηθεί των απαιτούμενων πιστοποιητικών για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης των ανωτέρω οικονομικών φορέων, κατά τα ειδικότερα ορισθέντα στο άρθρο 2.2.9.2 Β6 της διακήρυξης. Εξάλλου, όσον αφορά το υποβληθέν από τη προσφεύγουσα διά της προσφοράς της ιδιωτικό συμφωνητικό δέσμευσης, λεκτέο ότι ναι μεν δεν αποτελεί υποχρέωση των υποψηφίων προς υποβολή του διά της προσφοράς τους στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης, ωστόσο ρητώς και ευκρινώς ορίζεται στη διακήρυξη και στο άρθρο 2.2.9.2 αυτής ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Περαιτέρω, ρητώς ορίζεται συναφώς ότι ως αποδεικτικό μέσο, στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της διακήρυξης, για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό, όπερ σημαίνει ότι η έγγραφη δέσμευση των φορέων δεν ζητείται αποκλειστικά και μονοσήμαντα («ιδίως») ενώ ρητώς και ειδικώς ορίζεται ότι στην περίπτωση νομικού προσώπου απαιτείται απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης αυτού. Ενόψει τούτων, συνάγεται ότι ορθώς η αναθέτουσα αρχή, στην προκείμενη περίπτωση διαπιστώνει διά της προσβαλλομένης ότι απαιτείται απόφαση του Δ.Σ. της Α.Ε. στη δάνεια εμπειρία της οποίας προσφεύγει η προσφεύγουσα, το δε υποβληθέν από αυτή ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της ίδιας και της τρίτης εταιρείας υπογεγραμμένο από το ίδιο πρόσωπο παρίσταται πλημμελές και ανεπαρκές προκειμένου για την πλήρωση των τεθέντων απαιτήσεων και δη της απόδειξης ότι αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα,

## Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024

ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης, όπως απαιτείται από την οικεία διακήρυξη. Και τούτο ειδικότερα διότι η υπογραφή του από το αυτό πρόσωπο για λογαριασμό, τόσο της συμμετέχουσας εταιρείας ΙΚΕ, όσο και της ανώνυμης εταιρείας στη δάνεια εμπειρία της οποίας προσφεύγει η προσφεύγουσα, δημιουργεί νομικό ζήτημα εδραζόμενο στη σύγκρουση συμφερόντων στο πρόσωπο του υπογράφοντος φυσικού προσώπου, κατά τα βασίμως ισχυριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της.

9. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και υπό τα ανωτέρω δεδομένα, προκύπτει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν εν μέρει δεκτοί και δη όσον αφορά το σκέλος αυτών διά του οποίου προβάλλει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της δεν είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, ως πλημμελώς κρίθηκε εν προκειμένω διά της προσβαλλομένης, αλλά επιδέχεται ιάσεως, διευκρίνισης ή συμπληρώσεως, κατά την προβλεπόμενη στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 διαδικασία και μάλιστα κατά το γράμμα και πνεύμα της εν λόγω διάταξης, καθώς και της σχετικής δυνατότητας που παρέχεται από την ίδια τη διακήρυξη. Επομένως, καθόσον σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης», η αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω, όφειλε να καλέσει την προσφεύγουσα εταιρεία προς σχετικές διευκρινήσεις και δη όπως υποβάλλει τα νομιμοποιητικά έγγραφα εκπροσώπησης αμφοτέρων των εταιρειών, ήτοι προσφέρουσας/ προσφεύγουσας και τρίτης δανείζουσας εμπειρία σε αυτή καθώς και την απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης του νομικού προσώπου (Α.Ε.) δυνάμει του οποίου αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός

## **Αριθμός Απόφασης: 507 / 2024**

φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης, όπως ρητώς απαιτείται από τη διακήρυξη.

10. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η εξεταζόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου η τελευταία να προβεί σε κλήση της προσφεύγουσας προς διευκρινήσεις, κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Τέλος, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 5 του ν. 4412/ 2016.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει τη προσφυγή.

Ακυρώνει την από 22.01.2024 απόφαση της με αρ. 616ης Συνεδρίασης της Διοικούσας Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, για τις κατά νόμο ενέργειες της, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε στις 26 Μαρτίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**