

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Αυγούστου 2022, με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος ΕΑΔΗΣΥ.

Για να εξετάσει την από 29.07.2022 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1066/29.07.2022 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά του ...(εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» και ως προς την απόρριψη της προσφοράς της.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την αρ. πρωτ. ...διακήρυξη με α/α. ΕΣΗΔΗΣ ..., προκηρύχτηκε ανοιχτή διαδικασία με δαπάνη 94.778,16 € με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για την «...» με ΦΠΑ από την αναθέτουσα αρχή στην οποία συμμετείχε η προσφεύγουσα. Δυνάμει της υπ' αριθμ. 502/Πρακτ. 41/19-07-2022 (ΑΔΑ:....) αποφάσεως εγκρίθηκε από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ...το 1^ο και το 2^ο Πρακτικό του εν λόγω διαγωνισμού και η εταιρία «...» ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος, επειδή υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... e-Παράβολο αξίας 600,00 € ομού με το e-Παράβολο με

την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

3. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλη και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 22/07/2022, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 29.07.2022, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

5. Επειδή, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς, επιδιώκοντας την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τω τέλει ανάληψης της εν θέματι σύμβασης.

6. Επειδή, στις 29.07.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017. Πλην όμως, ουδεμία παρέμβαση κατετέθη.

7. 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 δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. 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). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ , σελ. 776).

8. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου

της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

9. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψή της.

10. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται

στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΠ) σκ. 71].

11. Επειδή, στο Ν.4412/2016 [όπως ισχύει μετά το Ν.4782/2021], ορίζονται τα εξής: Στο άρθρο 58, ότι «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 υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει...». Στο άρθρο 78, - ότι «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής 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 νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς...Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις...Περαιτέρω, στο άρθρο 75, ότι «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα...Στο άρθρο 79, ότι «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, 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...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 πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή... 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας...». Στο άρθρο 102, ότι «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...».

12. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων των άρθρων 58 και 78 του Ν.4412/2016 και των σχετικών άρθρων της Διακηρύξεως [2.2.6, 2.2.8, 2.4.3.1], ενόψει και των Κατευθυντήριων Οδηγιών 10/2015 και 14/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, η ανάθεση της εκτελέσεως τμήματος της συναφθισόμενης συμβάσεως σε τρίτους, δηλαδή σε οικονομικούς φορείς μη συνδεδεμένους με την αναθέτουσα αρχή με νομικό δεσμό, αποτελεί ανάθεση τμήματος της συμβάσεως υπό μορφή υπεργολαβίας, ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσεως της σχέσεως, βάσει της οποίας θα αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των σχετικών εργασιών, το τμήμα δε αυτό της συμβάσεως πρέπει να προσδιορίζεται, κατά την υποβολή της προσφοράς, αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό [ΕΑ/ΣτΕ 170/20, βλ. και ΑΠ 570/07, 119/13, ως προς την έννοια του υπεργολάβου]. Αντίθετα, πρόκειται για δάνεια εμπειρία όταν αυτός που υποβάλλει την προσφορά είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση κάνοντας χρήση των πόρων - μέσων ή επαγγελματικής εμπειρίας που δεν διαθέτει ο ίδιος, αλλά τα δανείζεται από τρίτους, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, για την εκτέλεσή της, δηλαδή προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική - χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό τον όρο της δυνατότητας αποδείξεως ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους-μέσα. Περαιτέρω, παράλειψη δηλώσεως υπεργολαβίας συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και όχι απλώς ελλιπή ή λανθασμένη συμπλήρωση αυτού, με συνέπεια να μη συντρέχει νόμιμος λόγος προσκλήσεως της αναθέτουσας αρχής προς συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, κατ' άρθρο 102 του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι μια τέτοια συμπλήρωση θα συνιστούσε ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς (ΔΕΦΑΘ 1939/2021).

13. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι *«Η συμμετέχουσα εταιρεία ... κατά την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, προσκόμισε μεταξύ άλλων ΦΕΚ από το οποίο προκύπτει ότι ο σκοπός της εταιρείας είναι η μεταποίηση*

Αριθμός Απόφασης : 1222/2022

σιδήρου δια της δημιουργίας βιοτεχνίας παραγωγής καρφιών παντός είδους, σύρματος και άλλων συναφών ειδών, καθώς και η εμπορία σιδήρου και άλλων προϊόντων αυτού ή άλλων παρεμφερών και ομοειδών προϊόντων, καθώς και η εμπορία οικοδομικών υλικών εν γένει στην ημεδαπή και στο εξωτερικό. Το αντικείμενο και ο σκοπός της εταιρείας ουδόλως ανταποκρίνεται και ουδόλως συνάδει με τον αναφερόμενο διαγωνισμό που αφορά στην «...» το οποίο περιλαμβάνει πινακίδες Σήμανσης του Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας (ΚΟΚ) οι οποίες κατασκευάζονται από ειδικές αντανακλαστικές μεμβράνες και επικολλώνται σε αλουμίνια και οι οποίες κατασκευάζονται με συγκεκριμένες αυστηρές προδιαγραφές με βάση την ισχύουσα νομοθεσία (ΑΑ ειδών 1-10 άρθρων της διακήρυξης). Επίσης περιέχονται σε αυτούς και πλαστικά προϊόντα (ΑΑ 11-17 άρθρων της διακήρυξης). Τόσο στον σκοπό της εταιρείας ..., όπως αυτός αναγράφεται στο ως άνω ΦΕΚ και στο προσκομιζόμενο από την εν λόγω εταιρεία καταστατικό (σχετικό 2) αλλά και στο πιστοποιητικό του επιμελητηρίου (σχετικό 3) που η ίδια προσκόμισε, δεν προβλέπεται η κατασκευή ή η εμπορία ειδών οδικής σήμανσης και ασφάλειας αλλά άλλα αντικείμενα : ΚΥΡΙΑ 25930000 Κατασκευή ειδών από σύρμα, αλυσίδων και ελατηρίων 22220000 Κατασκευή πλαστικών ειδών συσκευασίας 28410000 Κατασκευή μηχανημάτων μορφοποίησης μετάλλου 28960000 Κατασκευή μηχανημάτων παραγωγής πλαστικών και ελαστικών ειδών 46691955 Χονδρικό εμπόριο μεταλλουργικών μηχανημάτων και μερών τους 46691967 Χονδρικό εμπόριο μηχανημάτων π.δ.κ.α. για την κατεργασία ελαστικού ή πλαστικού ή για την κατασκευή προϊόντων από αυτά τα υλικά 46901008 Χονδρικό εμπόριο προμήθειας διάφορων ειδών γενικά προς το Δημόσιο, Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου, Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης, νοσοκομεία δημοτικά κλπ. κοινωφελή ή όχι ιδρύματα και καταστήματα. Η συμμετέχουσα εταιρεία προσκόμισε τεχνικά φυλλάδια (σχετικό 4), τα οποία ζητούνται στον ανωτέρω διαγωνισμό, τα οποία δείχνουν ξεκάθαρα ότι ουδεμία σχέση με το αντικείμενο της προμήθειας έχουν και τα οποία σε κανένα ΑΑ ειδών δεν ζητούνται από τον Δήμο ...(δείχνουν την παραγωγή Συρμάτων και λοιπών ειδών). Η συμμετέχουσα εταιρεία προσκόμισε ISO (σχετικό 5), τα οποία ζητούνται στον ανωτέρω διαγωνισμό, το πεδίο

Αριθμός Απόφασης : 1222/2022

εφαρμογής όμως αναφέρεται στο αντικείμενο δραστηριότητας της εταιρείας «Παραγωγή και εμπορία συρμάτων σιδήρου διαφόρων διαμετρημάτων και συναφών δομικών υλικών (καλώδια, συρματοπλέγματα, αγκαθωτό σύρμα, συρμάτινο πλέγμα, ράβδους οπλισμού σκυροδέματος, καρφιά, κλπ.). Παραγωγή και μεταποίηση, εμπορία και ανακύκλωση πολυμερικών, πλαστικών προϊόντων και υλικών καθαρισμού (σακούλες απορριμμάτων)» Αντικείμενο ουδόλως σχετικό με την κατασκευή πινακίδων οδικής σήμανσης. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι το πεδίο δραστηριοποίησης της εταιρείας ... είναι προδήλως διαφορετικό από τον τομέα παρεχόμενων υπηρεσιών της οικείας διακήρυξης , γεγονός που καθιστά την προσφορά της ακυρωτέα. Όπως απαιτεί ο νόμος και η νομολογία [βλ. ΑΕΠΠ 1183/2020] κάθε οικονομικός φορέας που θέλει να συμμετάσχει στον δημόσιο διαγωνισμό θα πρέπει να ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο, να έχει εμπειρία, να διαθέτει εξοπλισμό και να δραστηριοποιείται επαγγελματικά στον τομέα του αντικειμένου της διακήρυξης. Συναφώς η εταιρεία παραβιάζει προδήλως τις διατάξεις της διακήρυξης και του ν. 4412/2016 αφού δεν προσκομίζει τα επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς και αποκλεισμού από τον διαγωνισμό δικαιολογητικά και πιστοποιητικά γνησιότητας ως κάτωθι: Η συμμετέχουσα εταιρεία προσκόμισε το ΤΕΥΔ το οποίο ζητούταν στον ανωτέρω διαγωνισμό (σχετικό 6), στο οποίο μέρος II/A. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα /ο ΟΦ (οικονομικός φορέας) συμμετέχει στην διαδικασία μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς, απαντάει ΟΧΙ. Στο μέρος III/ Γ. Πληροφορίες σχετικά με την στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων / ο ΟΦ βασίζεται 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?, απαντάει ΟΧΙ. Στο μέρος II / Δ. Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο ΟΦ, απαντάει ότι ΔΕΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ ΣΕ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΟΝΤΟΤΗΤΩΝ και ότι ΔΕΝ ΘΑ ΑΝΑΘΕΣΕΙ ΟΠΟΙΟΔΗΠΟΤΕ ΤΜΗΜΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΣΕ ΤΡΙΤΟΥΣ ΜΕ ΤΗΝ ΜΟΡΦΗ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ. Στο μέρος IV / Γ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δηλώνει ότι θα προσκομίσει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά γνησιότητας,

Αριθμός Απόφασης : 1222/2022

απαντάει ΝΑΙ. ΟΜΩΣ στον φάκελο της τεχνικής της προσφοράς η ως άνω εταιρεία παραβιάζοντας ευθέως τους όρους της διακήρυξης υποβάλλει τα κάτωθι. Στον φάκελο ΤΕΧΝΙΚΑ 1 (σχετικό 7) υποβάλλει πιστοποιητικό ποιότητας εταιρείας κατασκευής σιδήρου με την επωνυμία ...[ΚΑΙ ΟΧΙ ΔΙΚΟ ΤΗΣ] για προϊόντα από προγαλβανιζμένο χάλυβα με πάχος από 2mm και πάνω ΕΝΩ ΜΑΛΙΣΤΑ ΕΠΙΠΡΟΣΘΕΤΩΣ ΟΙ ΠΙΝΑΚΙΔΕΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΖΟΝΤΑΙ ΑΠΟ ΑΛΟΥΜΙΝΙΟ ΚΑΙ ΟΧΙ ΧΑΛΥΒΑ. Υποβάλλει επίσης στον ίδιο φάκελο (σχετικό 8) το ζητούμενο και από την διακήρυξη, πιστοποιητικό CE για την κατασκευή των πινακίδων ΑΛΛΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ με την επωνυμία Ωστόσο η εταιρεία ... στο ΤΕΥΔ που υπέβαλλε με την προσφορά της δεν δήλωνε ότι θα βασισθεί στις ικανότητες άλλων οντοτήτων για την κατασκευή των ζητούμενων από την διακήρυξη ειδών (δείτε ανωτέρω σχετικό 6). Υποβάλλει επίσης στον ίδιο φάκελο (σχετικό 9) το ζητούμενο και από την διακήρυξη, πιστοποιητικό ελέγχου των αντανακλαστικών μεμβρανών (ΚΕΔΕ) το οποίο είναι επίσης άλλης 3^{ης} εταιρείας με την επωνυμία ...και το οποίο μάλιστα έχει ημερομηνία 31/5/2017 ενώ από την διακήρυξη ζητείται τελευταίου τουλάχιστον 6μηνου και το οποίο αφορά μόνο τις μικροπρισματικές μεμβράνες για τους εύκαμπτους επαναφερόμενους κυλίνδρους. Υποβάλλει επίσης στον ίδιο φάκελο (σχετικό 10) το ζητούμενο και από την διακήρυξη, πιστοποιητικό ελέγχου των αντανακλαστικών μεμβρανών (ΚΕΔΕ) το οποίο είναι επίσης άλλης 4ης εταιρείας με την επωνυμία ...και το οποίο μάλιστα έχει ημερομηνία 02/03/2015 ενώ από την διακήρυξη ζητείται τελευταίου τουλάχιστον 6μηνου και το οποίο αφορά μόνο τις μεμβράνες. Με βάση τα ανωτέρω προκύπτει πως η εταιρεία ... δεν προτίθεται (γιατί δεν έχει την δυνατότητα) να κατασκευάσει η ίδια τα ζητούμενα στον διαγωνισμό είδη αλλά προτίθεται να τα αναθέσει σε πολλές άλλες εταιρείες τις οποίες όφειλε να δηλώσει στο σχετικό ΤΕΥΔ κατά την υποβολή της προσφοράς της. Από τα παραπάνω προκύπτει προδήλως ότι παραβιάζονται οι διατάξεις της διακήρυξης και οι διατάξεις του ν. 4412/2016 στο μέτρο που δεν είναι νόμιμη η στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα. Κατά συνέπεια, η με αριθμό 202/2022 απόφαση (σχετικό Β) της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που προέβη σε αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας ..., και

έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας ... ως οριστικού αναδόχου, είναι μη νόμιμη, αποτελεί προϊόν πλάνης περί τα πράγματα και είναι για τούτο ακυρωτέα. Σημειώνεται ότι στο 2^ο πρακτικό αυτό με ημερομηνία 12/7, αναφέρεται ότι η επιτροπή έκανε έλεγχο των ανωτέρω δικαιολογητικών που είχαν αρχικά υποβληθεί από την εταιρεία ...και όχι των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου που εστάλησαν με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ πολύ αργότερα και συγκεκριμένα στις 22/7/2022, τα οποία αφενός δεν αναφέρονται καθόλου στο 2^οπρακτικό αφετέρου προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι δεν εξετάστηκαν. Στην περίπτωση δε που αυτά είχαν εξεταστεί, η εταιρεία ..., θα έπρεπε να είχε απορριφθεί για τους ως άνω λόγους. Επομένως, η προσφορά της εταιρείας ... πάσχει και η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα, αφού η συμμόρφωση προς τους γενικούς όρους/ προδιαγραφές της διακήρυξης αποτελεί απαραίτητο όρο. Περαιτέρω, η ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι ακυρωτέα, αφού κατά πάγια νομολογία [βλ ad hoc ΑΕΠΠ 250/2018] ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας δηλ. της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, επιβάλλει δε - η εν λόγω αρχή – τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της Υπηρεσίας [ΕΑ ΣτΕ 816/2007, 26/2007] και τον αποκλεισμό του υποψηφίου σε περίπτωση που αυτός δεν συμμορφώνεται με τους επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενους όρους της διακήρυξης [ΑΕΠΠ 171/2017 σκέψη 32], οι δεσ απαραίτητες ικανότητες των υποψηφίων αποδεικνύονται με την προσκόμιση δικαιολογητικών που ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή. Εν όψει όλων των ανωτέρω, η προσφορά της εταιρείας ... δεν καλύπτει και τις προδιαγραφές της διακήρυξης και εν γένει τους όρους της και θα πρέπει γι' αυτό να απορριφθεί η δε απόφαση της αναθέτουσας αρχής που την έκανε δεκτή να ακυρωθεί στο σύνολό της. **Β. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ "..."** Η προσφορά της εταιρείας μας κατά παράβαση των άρθρων 79 και 310 και κατ' εσφαλμένη εκτίμηση του άρθ. 102 του ν. 4412/2016 απορρίφθηκε, η δε απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πάσχει και θα πρέπει και για τον λόγο αυτό να ακυρωθεί.

Ειδικότερα, τόσο η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών, όσο και η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου έσφαλαν κατά την ως άνω αξιολόγησή τους και τον εν τέλει αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας μας για τους κάτωθι ειδικότερους λόγους: Με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε ότι η ψηφιακή υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας μας ήταν άκυρη διότι "Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών της εταιρίας «...» διαπιστώθηκε ότι το ΕΕΕΣ και η υπεύθυνη δήλωση που το συνοδεύει ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένα αλλά στον έλεγχο της ψηφιακής υπογραφής αναφερόταν «Signature is INVALID-The signer's identity is invalid because it has been revoked». Επίσης στην τεχνική προσφορά και στην οικονομική προσφορά της εταιρίας μας παρατηρήθηκε από την Επιτροπή το ίδιο πρόβλημα με την ψηφιακή υπογραφή. Ωστόσο, η ένδειξη αυτή επρόκειτο αναμφισβήτητα για τεχνικό σφάλμα. Πράγματι, παρά το γεγονός ότι υπήρξε τεχνικό σφάλμα και δεν κατέστη δυνατή η εμφάνιση των συνηθισμένων εξωτερικών στοιχείων της ψηφιακής υπογραφής, η γνησιότητα των εγγράφων και το έγκυρο της ψηφιακής υπογραφής ουδόλως μπορεί να αμφισβητηθεί, όπως προκύπτει από τη βεβαίωση της ...(ΣΧ. 11), σύμφωνα με την οποία η υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας μας είναι έγκυρη από τις 11/5/2018 και λήγει στις 11/5/2023. Σε περίπτωση που η υπογραφή είχε πράγματι ανακληθεί δεν θα μπορούσε η εταιρεία μας να υπογράψει καθόλου. Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας είχε τη δυνατότητα ήδη κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών και οικονομικής προσφοράς, να ζητήσει συμπληρωματικά, άλλως διευκρινιστικά, στοιχεία σχετικά με τη νομιμοποίηση της εταιρείας μας, προς συμπλήρωση ελλείψεων ή προς άρση ασαφειών, σχετικά με την υποβολή ή και υπογραφή εγγράφων της προσφοράς της από τον σε αυτά αναφερόμενο νόμιμο εκπρόσωπό της, εφόσον, όπως ρητώς προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 310 του Ν.4412/2016, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση δεν έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή των ήδη υποβληθέντων εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, δεν εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης.

Τέτοια στοιχεία, άλλωστε, σχετικά με τη νομιμοποίηση του νομίμου εκπροσώπου μας, μπορούσε ο αναθέτων φορέας να ζητήσει οποτεδήποτε κατά την διάρκεια της διαδικασίας και με σκοπό την ορθή διεξαγωγή της, πολύ περισσότερο αν δεν επρόκειτο για νέα έγγραφα, αλλά για όσα θα καλούνταν η εταιρεία μας να υποβάλει εφόσον αναδεικνύονταν προσωρινός ανάδοχος. Διότι, πράγματι, ο Πρόεδρος του Δ.Σ. και Διευθύνων Σύμβουλος της εταιρείας μας κ. ...είναι κάτοχος ψηφιακής υπογραφής πενταετούς διάρκειας, με ημερομηνία ενεργοποίησης την 11/5/2018, όπως προκύπτει από την ως άνω βεβαίωση. Επιπροσθέτως, με τον τρόπο με τον οποίο διαχειρίστηκε το θέμα η αναθέτουσα Αρχή, ήτοι με υπέρμετρη τυπολατρία και στείρα γραφειοκρατική προσήλωση, οδήγησε στον αποκλεισμό του ενός από τους δύο συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, ήτοι της εταιρείας μας, παρά την ύπαρξη όλων των ανωτέρω προβλέψεων και διαδικασιών για την συμπλήρωση της όποιας τεχνικής έλλειψης, περιορίζοντας έτσι αδικαιολόγητα και καταχρηστικά τον ανταγωνισμό, μην επιτρέποντας, χωρίς κανένα κίνδυνο άνισης μεταχείρισης των συμμετεχόντων, την κατακύρωση του διαγωνισμού με βάση τα ουσιαστικά κριτήρια της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων».

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι «Στην αναλυτική διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού και συγκεκριμένα στο άρθρο 2.4.1 αναφέρεται ότι «Για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται τουλάχιστον από αναγνωρισμένο (εγκεκριμένο) πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και να εγγραφούν στο ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με την περ. β της παρ. 2 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016 και τις διατάξεις του άρθρου 6 της Κ.Υ.Α. ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες. Στο άρθρο 2.4.3.1 ότι: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ),

όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό υπόδειγμα ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης ως Παράρτημα αυτής. Το συμπληρωμένο από τον Οικονομικό Φορέα ΕΕΕΣ, καθώς και η τυχόν συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωση, υποβάλλονται σύμφωνα με την περίπτωση δ της παραγράφου 2.4.2.5 της παρούσας, σε ψηφιακά υπογεγραμμένο ηλεκτρονικό αρχείο με μορφότυπο PDF.». Η «...» υπέβαλε την προσφορά του φέροντας ηλεκτρονική υπογραφή στα έγγραφα όπου απαιτούνταν. Κατά την διάρκεια του ελέγχου πιστοποίησης της υπογραφής όμως, η επιτροπή διαπίστωσε την μη εγκυρότητα της. Η επιτροπή έχοντας υπόψιν τις αποφάσεις 1860/2021 και 1861/2021 της ΑΕΠΠ θεωρεί ότι δεν μπορεί να εφαρμοστεί στη συγκεκριμένη περίπτωση το άρθρο 102 του Ν.4412/16 περί αποσαφήνισης πληροφοριών και δικαιολογητικών διότι: -τα σφάλματα που επικαλείται ο διαγωνιζόμενος δεν είναι πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά για να κριθούν θεραπεύσιμα. Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4. «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας.» καθώς και το άρθρο 2.4.3.2. «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο Τεχνικές Προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.» της αναλυτικής διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού. Βάση των παραπάνω η επιτροπή έκρινε ότι δεν έπρεπε να αποκλείσει την προσφορά της «...». Με βάση τα παραπάνω στοιχεία, όσα διαλαμβάνονται στην προδικαστική προσφυγή του προσφεύγοντος πρέπει να θεωρηθούν αβάσιμα».

15. Επειδή, με το άρθρο 2 του ΠΔ 150/2001 (Φ.Ε.Κ. Α΄ 125) περί προσαρμογής της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 99/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για ηλεκτρονικές υπογραφές (ΕΕ L 13), ένα ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει ψηφιακή υπογραφή, όταν κατά άνοιγμα του εγγράφου στην οθόνη ενός ηλεκτρονικού μέσου, ανοίγει και η δυνατότητα, μέσω της διαλειτουργικότητας είτε της ορατής απεικόνισης της ψηφιακής υπογραφής επί του εγγράφου, είτε του ίδιου του ψηφιακά υπογεγραμμένου εγγράφου, ώστε να μπορεί οιοσδήποτε να προβεί στον έλεγχο της επαλήθευσης της υπογραφής, δηλαδή να διερευνήσει τις «ιδιότητες υπογραφής», το όνομα και τα στοιχεία του «υπογράφοντος», αν το έγγραφο φέρει ενσωματωμένη χρονική σήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών ασφαλούς χρονοσήμανσης, αν το ψηφιακό πιστοποιητικό είναι σκληρής αποθήκευσης, μέχρι τότε ισχύει και αν το έγγραφο έχει τροποποιηθεί από την θέση της ψηφιακής υπογραφής και μετά”. Τέλος, στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), όπως αυτό τροποποιήθηκε από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (Φ.Ε.Κ. Α΄ 36) και καλύπτει και την Διακήρυξη του παρόντος Διαγωνισμού, ως εκ του χρόνου της δημοσίευσής της (27-4-2021) ορίζεται ότι: “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 Ε.Ε.Ε.Σ., 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”.

16. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου ως προς τον λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας κρίνονται τα κάτωθι. Ως προσφάτως, εκρίθη κατά πλειοψηφία με την απόφαση του ΔΕΦΑθηνών υπ’ αριθ. 1110/2022 (Σκέψη 6) «*Επειδή, σύμφωνα με την άποψη που επικράτησε*

στο Δικαστήριο, σε περίπτωση που η χρονική ισχύς της τεθείσας προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής από τους εκπροσώπους των προσφερόντων οικονομικών φορέων έχει λήξει, εάν η σχετική εφαρμογή δεν παρέχει συναφή προειδοποιητική ένδειξη στον υπογράφοντα, ούτε εμποδίζει την εκ μέρους του θέση αυτής, η σχετική έλλειψη, διαπιστούμενη από την αναθέτουσα αρχή κατά τον έλεγχο των σχετικών ηλεκτρονικών δικαιολογητικών, είναι από αυτές που επιτρέπεται να καλυφθούν, με σχετική κλήση του προσφέροντος οικονομικού φορέα, κατά το ανωτέρω άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, εφόσον, στην περίπτωση αυτή, δεν συνάγεται, άνευ ετέρου, η έλλειψη σοβαρότητας της πρόθεσης του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό.». Συνεπώς, κατά τα νομολογιακώς κριθέντα ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, να ακυρωθεί αντιστοίχως η προσβαλλόμενη, προκειμένου να αναπεμφθεί η οικεία υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, η οποία κατ' εφαρμογή του αρ. 102 του ν. 4412/2016 ως ισχύει να καλέσει την προσφεύγουσα να αποδείξει την ισχύ της ηλεκτρονικής της υπογραφής.

17. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Από την επισκόπηση του εξεταζόμενου φακέλου, κρίνεται, ότι το αντικείμενο και ο σκοπός της βαλλόμενης με την προσφυγή εταιρείας, δεν ανταποκρίνεται με τον οικείο διαγωνισμό που αφορά στην «...» το οποίο περιλαμβάνει πινακίδες Σήμανσης του Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας (ΚΟΚ) οι οποίες κατασκευάζονται από ειδικές αντανάκλαστικές μεμβράνες και επικολλώνται σε αλουμίνια και οι οποίες κατασκευάζονται με συγκεκριμένες αυστηρές προδιαγραφές με βάση την ισχύουσα νομοθεσία (ΑΑ ειδών 1-10 άρθρων της διακήρυξης). Επίσης, περιέχονται σε αυτούς και πλαστικά προϊόντα (ΑΑ 11-17 άρθρων της διακήρυξης). Τόσο στον σκοπό της εταιρείας «...», όπως αυτός αναγράφεται στο προσκομιζόμενο ΦΕΚ και στο προσκομιζόμενο από την εν λόγω εταιρεία καταστατικό αλλά και στο πιστοποιητικό του επιμελητηρίου που η ίδια προσκόμισε, δεν προβλέπεται η κατασκευή ή η εμπορία ειδών οδικής σήμανσης και ασφάλειας αλλά έτερα αντικείμενα ήτοι «ΚΥΡΙΑ 25930000 Κατασκευή ειδών από σύρμα, αλυσίδων και ελατηρίων 22220000 Κατασκευή

πλαστικών ειδών συσκευασίας 28410000 Κατασκευή μηχανημάτων μορφοποίησης μετάλλου 28960000 Κατασκευή μηχανημάτων παραγωγής πλαστικών και ελαστικών ειδών 46691955 Χονδρικό εμπόριο μεταλλουργικών μηχανημάτων και μερών τους 46691967 Χονδρικό εμπόριο μηχανημάτων π.δ.κ.α. για την κατεργασία ελαστικού ή πλαστικού ή για την κατασκευή προϊόντων από αυτά τα υλικά 46901008 Χονδρικό εμπόριο προμήθειας διάφορων ειδών γενικά προς το Δημόσιο, Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου, Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης, νοσοκομεία δημοτικά κλπ. κοινωφελή ή όχι ιδρύματα και καταστήματα». Η συμμετέχουσα εταιρεία προσκόμισε τεχνικά φυλλάδια, τα οποία ζητούνται στον ανωτέρω διαγωνισμό, τα οποία καταδεικνύουν ότι ουδεμία σχέση με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης έχουν και τα οποία σε κανένα Α/Α ειδών δεν ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι το πεδίο δραστηριοποίησης της εταιρείας «...» είναι προδήλως διαφορετικό από τον τομέα παρεχόμενων υπηρεσιών της οικείας διακήρυξης, γεγονός που καθιστά την προσφορά της ακυρωτέα. [βλ. ΑΕΠΠ 1183/2020].

18. Επειδή, συναφώς, η εταιρεία «...» παραβιάζει τις διατάξεις της διακήρυξης και του ν. 4412/2016 αφού δεν προσκομίζει τα επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς και αποκλεισμού από τον διαγωνισμό δικαιολογητικά και πιστοποιητικά γνησιότητας. Η συμμετέχουσα εταιρεία προσκόμισε το ΤΕΥΔ το οποίο απαιτούνταν στον ανωτέρω διαγωνισμό, στο οποίο μέρος II/A. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα /ο ΟΦ (οικονομικός φορέας) συμμετέχει στην διαδικασία μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς, απαντάει ΟΧΙ. Στο μέρος II/Γ. Πληροφορίες σχετικά με την στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων / ο ΟΦ βασίζεται 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 ?, απαντάει ΟΧΙ. Στο μέρος II/Δ. Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο ΟΦ, απαντάει ότι «ΔΕΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ ΣΕ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΟΝΤΟΤΗΤΩΝ και ότι ΔΕΝ ΘΑ ΑΝΑΘΕΣΕΙ ΟΠΟΙΟΔΗΠΟΤΕ ΤΜΗΜΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΣΕ ΤΡΙΤΟΥΣ ΜΕ ΤΗΝ

ΜΟΡΦΗ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ». Στο μέρος IV/Γ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δηλώνει ότι θα προσκομίσει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά γνησιότητας, απαντάει ΝΑΙ. Σε αντίθεση με τα ανωτέρω στον φάκελο της τεχνικής της προσφοράς η ως άνω εταιρεία μη συμμορφούμενη με τους όρους της διακήρυξης υποβάλει τα κάτωθι. Στον φάκελο ΤΕΧΝΙΚΑ 1 υποβάλλει πιστοποιητικό ποιότητας εταιρείας κατασκευής σιδήρου με την επωνυμία ...για προϊόντα από προγαλβανιζόμενο χάλυβα με πάχος από 2mm και πάνω. Υποβάλλει επίσης στον ίδιο φάκελο το ζητούμενο και από την διακήρυξη, πιστοποιητικό CE για την κατασκευή των πινακίδων έτερου φορέα με την επωνυμία «...». Περαιτέρω η εταιρεία «...» στο ΤΕΥΔ που υπέβαλλε με την προσφορά της δεν δήλωνε ότι θα βασισθεί στις ικανότητες άλλων οντοτήτων για την κατασκευή των ζητούμενων από την διακήρυξη ειδών. Υποβάλλει επίσης στον ίδιο φάκελο το ζητούμενο και από την διακήρυξη, πιστοποιητικό ελέγχου των αντανakλαστικών μεμβρανών (ΚΕΔΕ) το οποίο είναι επίσης άλλης εταιρείας με την επωνυμία «...» και το οποίο μάλιστα έχει ημερομηνία 31/05/2017 ενώ από την διακήρυξη ζητείται τελευταίου τουλάχιστον 6μηνου και το οποίο αφορά μόνο τις μικροπρισματικές μεμβράνες για τους εύκαμπτους επαναφερόμενους κυλίνδρους. Υποβάλλει επίσης στον ίδιο φάκελο το ζητούμενο και από την διακήρυξη, πιστοποιητικό ελέγχου των αντανakλαστικών μεμβρανών (ΚΕΔΕ) το οποίο είναι επίσης άλλης εταιρείας με την επωνυμία «...» και το οποίο έχει ημερομηνία 02/03/2015, ενώ από την διακήρυξη απαιτείται τελευταίου τουλάχιστον 6μηνου και το οποίο αφορά αποκλειστικά τις μεμβράνες. Με βάση τα ανωτέρω, προκύπτει πως η εταιρεία «...» προτίθεται να τα αναθέσει σε έτερες εταιρείες τις οποίες όφειλε να δηλώσει στο σχετικό ΤΕΥΔ κατά την υποβολή της προσφοράς της. Συνεπώς, ο εν θέματι λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη και να επιστραφεί το παράβολο στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης : 1222/2022

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Αυγούστου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

ΤΟ ΜΕΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Αναστασία Ρουμελιώτη