

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1146/16.08.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «... ... (...)», που εδρεύει στη πόλη ..., στην ..., οδός, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του «... ...» και κατά α) της υπ' αριθμ. .../2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό Ι του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής- τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», β) της υπ' αριθμ. .../2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, με την οποία επικυρώθηκε το Πρακτικό ΙΙ του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και αποφασίσθηκε η κατακύρωση της σύμβασης στην εταιρεία «...», εφεξής «η προσβαλλομένη» και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στη ..., ..., ..., ΤΚ ..., εφεξής «ο παρεμβαίνων».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 1460/2022

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο υπολογίστηκε βάσει του προϋπολογιζόμενου ποσού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 5.000.000 ευρώ.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την με αρ. πρωτ. .../20-04-2022 διακήρυξη του, προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο την «Προμήθεια μέσων προϊόντων κομίστρου υπό μορφή ρολών εισιτηρίων και μεμονωμένων πολλαπλών που απαιτούνται κατά τη λειτουργία του Αυτόματου Συστήματος Συλλογής Κομίστρου (Α.Σ.Σ.Κ.)», με προϋπολογισμό 5.000.000€, πλέον ΦΠΑ 24%.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 20-04-2022. Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ-προμήθειες/υπηρεσίες και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 12-08-2022, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 3-08-2022. Επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Σημειώνεται ότι απορριπτέος, καταρχήν, ως αόριστος κι αναπόδεικτος και σε κάθε περίπτωση ως αβάσιμος τυγχάνει ο ισχυρισμός

του παρεμβαίνοντος ότι ο προσφεύγων όφειλε να προσκομίσει τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης του υπογράφοντος την προσφυγή. Τούτο δε διότι, αφενός μεν ο παρεμβαίνων ουδεμία διάταξη της διακήρυξης ή του νόμου επικαλείται από την οποία να προκύπτει τέτοια υποχρέωση του προσφεύγοντος κι, αφετέρου, ουδόλως ο παρεμβαίνων αμφισβητεί την σχετική εξουσία του υπογράφοντος την προσφυγή-διευθύνοντος συμβούλου του προσφεύγοντος, του οποίου, εξάλλου η ιδιότητα καθώς και οι εκπροσωπευτικές αρμοδιότητες ρητώς αναφέρονται στο υποβληθέν από τον προσφεύγοντα ΕΕΕΣ κι επιπλέον προκύπτουν από την ηλεκτρονική υπογραφή του συνόλου των απαιτούμενων εγγράφων που υποβλήθηκαν στη διαγωνιστική διαδικασία, η ισχύς και εγκυρότητα των οποίων ουδόλως αμφισβητήθηκε από τον παρεμβαίνοντα.

6. Επειδή, ο προσφεύγων με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή καθώς συμμετείχε νόμιμα στον υπό κρίση διαγωνισμό, κατατάχθηκε δε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας κι επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή της προσφοράς του ήδη αναδειχθέντος ως αναδόχου οικονομικού φορέα» και όφελος από την ανάθεση στον ίδιο της υπό κρίση σύμβασης.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας την 16-08-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1632/2022 Πράξη της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή, στις 26-08-2022 ο παρεμβαίνων άσκησε νόμιμα κι εμπρόθεσμα παρέμβασή του, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του προδήλως θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

10. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις 25-08-2022 απέστειλε στη ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις του επί της προσφυγής, τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε στον προσφεύγοντα.

11. Επειδή, ο προσφεύγων στις 30-08-2022 υπέβαλε εμπρόθεσμα ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

13. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, κατά παράβαση του νόμου και της διακήρυξης ο αναθέτων φορέας αποδέχθηκε ως έγκυρα αποδεικτικά μέσα της εμπειρίας του παρεμβαίνοντος βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που υπέβαλε με την προσφορά του και συγκεκριμένα το «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ», το «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΑΡΟΧΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ...» και γ) το «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ». Και τούτο διότι οι ανωτέρω βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης έχουν, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, το χαρακτήρα δημοσίου εγγράφου και έπρεπε ως εκ τούτου να φέρουν την επισημείωση της Χάγης, το γεγονός δε ότι υποβλήθηκαν με το φάκελο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος χωρίς αυτήν, συνιστά κατά τον προσφεύγοντα λόγο απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Εξάλλου, με τον ίδιο λόγο ο προσφεύγων βάλλει και κατά των επικυρωμένων αντιγράφων εκ των ανωτέρω εγγράφων που προσκομίστηκαν ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, ισχυριζόμενος ότι με αυτήν εν τέλει δεν βεβαιώνεται η υπογραφή και η ιδιότητα του εκδότη του «δημόσιου εγγράφου», ως κατονομάζει τις ανωτέρω βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, αλλά μόνο του οργάνου που επικύρωσε τα σχετικά αντίγραφα. Περαιτέρω, η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι απορριπτέα καθώς, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, ο παρεμβαίνων προτίθεται να αναθέσει υπερβολικά την εκτέλεση της σύμβασης (και συγκεκριμένα την παραγωγή των υπό προμήθεια εισιτηρίων) και δη κατά ποσοστό που πιθανολογεί ότι υπερβαίνει το 50% του αντικείμενου της σύμβασης, σε τρίτη εταιρεία, η οποία δεν υπέβαλε ΕΕΕΣ καίτοι όφειλε να πράξει τούτο, ως υπερβολάβος του παρεμβαίνοντος σε ποσοστό μεγαλύτερο του 30%.

14. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα, από το σύνολο των εγγράφων προκύπτει αβίαστα ότι τα σχετικά αποδεικτικά τα

οποία αποτελούσαν πιστοποιητικά τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας των εταιρειών, ..., ... έφεραν κανονικά την επισημείωση της σφραγίδας της Χάγης. Ειδικότερα οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, ..., ... καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και απαίτησης κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών (από το έτος 2019 και μετά), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) ανάλογη σύμβαση προμηθειών και να έχουν παραδώσει τουλάχιστον τρία εκατομμύρια (3.000.000) «έξυπνες κάρτες» του δημοπρατούμενου είδους. Οι ως άνω βεβαιώσεις προσκομίστηκαν στο νομίμως και σύμφωνα με τους σχετικούς όρους της διακήρυξης στον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνική προσφορά ως αντίγραφα με επίσημη μετάφραση στα ελληνικά από δικηγόρο. Επιπλέον έχει υποβληθεί ΥΔ ακρίβειας των ιδιωτικών εγγράφων στην οποία με την υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου δηλώνεται ότι όλα τα ιδιωτικά έγγραφα που περιλαμβάνονται στους ηλεκτρονικούς φακέλους της προσφοράς αποτελούν ακριβή αντίγραφα εκ των πρωτοτύπων, η ακρίβεια των οποίων βεβαιώνεται, σύμφωνα με το αρ. 2.4.2.5. της διακήρυξης. Τέλος ο πίνακας έργων στον οποίο αναφέρονται τα ανωτέρω έργα έχει υποβληθεί με ηλεκτρονική σφραγίδα και υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα, ο παρεμβαίνων μέσω του ΕΕΕΣ δηλώνει με σαφήνεια ότι δεν συμμετέχει στη διαδικασία του διαγωνισμού μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς, δεν βασίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων και δεν προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας μέρος της σύμβασης. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη έχει υποβάλει ΥΔ του νόμιμου εκπροσώπου της με την οποία δηλώνονται οι επιχειρηματικές μονάδες παραγωγής του δημοπρατούμενου είδους. Συνεπώς δεν αναφέρεται υπεργολάβος, η συγκεκριμένη εταιρεία ανήκει στον όμιλο ... ώστε προφανώς δεν μπορεί να αποτελεί ξεχωριστό νομικό πρόσωπο και δεν χρειάζεται να δηλωθεί ως υπεργολάβος ούτε να υποβάλει διακριτό ΕΕΕΣ. Τέλος, ο προσφεύγων αορίστως επικαλείται ότι εφόσον πρόκειται για υπεργολαβία, αυτή υπερβαίνει το ποσοστό του 30% ώστε να απαιτείται και η υποβολή ΕΕΕΣ της εταιρείας παραγωγής.

15. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα, νομίμως υπέβαλε τις αμφισβητούμενες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης δίχως

Apostille κατά την υποβολή της προσφοράς του, καθόσον αυτές δεν αποτελούν «δημόσια έγγραφα» κατά την έννοια της Σύμβασης της Χάγης, όπως αβασίμως και σε κάθε περίπτωση αναποδείκτως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, καίτοι φέρει το σχετικό βάρος απόδειξης. Εξάλλου, κατά τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα, ο χαρακτήρας των επίμαχων βεβαιώσεων ως δημοσίων εγγράφων προδήλως δεν προκύπτει από τον χαρακτηρισμό σε αυτά της οικείας Αναθέτουσας Αρχής ως «δημόσιας», ακριβώς διότι τούτος ο χαρακτηρισμός αναφέρεται απλώς στην ένταξη της Αναθέτουσας στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, χωρίς εντούτοις, να προκύπτει εξ αυτού ότι ο υπογράφων αποτελεί διοικητικό όργανο κατά το δίκαιο του κράτους έκδοσης και δη ότι κατά την υπογραφή ενεργούσε υπό την ιδιότητα αυτή, ασκώντας δημόσια υπηρεσία. Τούτο, κατά τον παρεμβαίνοντα, δεν αναιρείται ως εκ του ότι ο τελευταίος, αποκλειστικά για λόγους ασφαλείας και μέριμνας υπέρ του δέοντος περί τη νομιμότητα της υποβολής των δικαιολογητικών του και όχι προς το σκοπό θεραπείας μίας ανύπαρκτης πλημμέλειας, προέβη ως εκ περισσού και στην έκδοση επικυρωμένων αντιγράφων των βεβαιώσεων αυτών από τον αρμόδιο Δήμαρχο, επί των οποίων ετέθη η επισημείωση της Χάγης και τα οποία εν τέλει υπεβλήθησαν ως δικαιολογητικά κατακύρωσης. Άλλωστε, κατά τον παρεμβαίνοντα, η ενέργεια αυτή, γενομένη ως εκ περισσού, δεν επηρεάζει τη νομιμότητα της υποβολής των επίμαχων επικυρωμένων από δικηγόρο ιδιωτικών εγγράφων κατά την υποβολή της προσφοράς του. Αντιθέτως, αποδεικνύει εξ αντιδιαστολής ότι επρόκειτο πράγματι για ιδιωτικά έγγραφα, ακριβώς επειδή για τη θέση της επισημείωσης της Χάγης, η οποία, ως γνωστόν δεν τίθεται σε ιδιωτικά έγγραφα, απαιτήθηκε η επικύρωσή τους από διοικητικό όργανο (τον αρμόδιο Δήμαρχο), ώστε η επικύρωση της Χάγης να έχει αντικείμενο την επικύρωση υπογραφής που τίθεται σε ιδιωτικό έγγραφο. Περαιτέρω, προκύπτει εκ των αναφορών της τεχνικής προσφοράς, ότι η θυγατρική εταιρεία θα παράσχει υλικοτεχνική υποδομή για την παραγωγή των εισιτηρίων, συνιστάμενη σε βιομηχανικό εξοπλισμό, αποθηκευτικούς χώρους και το εργαστήριο δοκιμών, η οποία (υποδομή) θα χρησιμοποιηθεί συμπληρωματικά προς την υποδομή του παρεμβαίνοντος. Επισημαίνεται δε ότι στο περιλαμβανόμενο στην Τεχνική Προσφορά Σχέδιο Υλοποίησης (βλ. Οργάνωση και Περιγραφή του Σχεδίου

του Έργου, παρ. 6), αναφέρεται μεταξύ άλλων η Ομάδα Έργου η οποία θα υλοποιήσει την υπό ανάθεση σύμβαση και η οποία αποτελείται από τους κ.κ.,,, ... και, άπαντες στελέχη του παρεμβαίνοντος. Επομένως, η εταιρεία δεν αποτελεί υπεργολάβο κατά την έννοια των ρυθμίσεων του Ν. 4412/2016 και πολύ περισσότερο δεν αποτελεί υπεργολάβο στον οποίο θα ανατεθεί περισσότερο από το 30% της σύμβασης, ως αυθαίρετα και εντελώς αναπόδεικτα εικάζει η προσφεύγουσα, ώστε να ιδρύεται η υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ και για την εταιρεία αυτή. Σε κάθε περίπτωση, δε, ακόμη κι αν ήθελε υποτεθεί ότι θα έπρεπε να κατατεθεί ΕΕΕΣ και για την εταιρεία, παρά τη μη υπέρβαση του ως άνω ορίου του 30%, ουδόλως τούτο συνεπάγεται την υποχρέωση απόρριψης της προσφοράς, ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλ' αντιθέτως την υποχρέωση πρόσκλησης του παρεμβαίνοντος σε διευκρινίσεις/συμπληρώσεις, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν 4412/2016 (ως ισχύει τροποποιηθέν μετά το Ν 4782/2021) και τις οικείες προβλέψεις της διακήρυξης. Εν προκειμένω, κατά τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα, κατά την παραγωγή των υπό ανάθεση εισιτηρίων, η εν λόγω εταιρεία θα παράσχει, μόνο αποθηκευτικούς χώρους και το εργαστήριο δοκιμών κατά το στάδιο της μετατροπής και ολοκλήρωσης των εισιτηρίων μετά την τοποθέτηση των ενθεμάτων ... στα υπό ανάθεση εισιτήρια στη ... από την Η κατά τα ανωτέρω παρεχόμενη από την υλικοτεχνική υποδομή είναι ελάσσονος σημασίας για την εκτέλεση της σύμβασης και ουδόλως μπορεί να θεωρηθεί ότι υπερβαίνει το 30% της αξίας της σύμβασης. Χρήζει μάλιστα ιδιαίτερης μνείας ότι η εταιρεία, της οποίας το ΕΕΕΣ συνυποβλήθηκε με το ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας, όφειλε να υποβάλει ΕΕΕΣ σε κάθε περίπτωση, όχι λόγω υπεργολαβικής ιδιότητας, αλλά καθότι δανείζει εμπειρία στην προσφεύγουσα (και μάλιστα μη προσηκόντως δεδηλωμένη, ενόψει της αρνητικής απάντησης στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας). Όπως επικουρικώς, επισημαίνεται ότι στην αδόκητη περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι πράγματι συντρέχει περίπτωση υπεργολαβίας, πρέπει να γίνει δεκτό ότι συντρέχει προφανής ασάφεια της διακήρυξης ως προς το συμβατικό αντικείμενο του διαγωνισμού, καθώς από το σύνολο των στοιχείων της διακήρυξης που προαναφέρθηκαν, ο μέσος

επιμελής οικονομικός φορέας ευλόγως και δικαιολογημένα συνάγει ότι ο διαγωνισμός κατατείνει στην ανάθεση σύμβασης προμήθειας, από το αντικείμενο της οποίας εξ ορισμού εκφεύγει η κατασκευή των υπό προμήθεια αγαθών. Κατά συνέπεια, η ανωτέρω ασάφεια δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να αποβεί εις βάρος καλόπιστου διαγωνιζομένου. Εξάλλου, και στην αδόκητη περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι συντρέχει περίπτωση υπεργολαβίας και δη ποσοστού ανώτερου του 30% και, κατά συνέπεια, ότι ο παρεμβαίνων παρέλειψε να υποβάλει ΕΕΕΣ και για τον, κατά την άποψη αυτή, υπεργολάβο του, και σε αυτήν την περίπτωση δεν συντρέχει περίπτωση απόρριψης της προσφοράς μας. Αντιθέτως ο Αναθέτων όφειλε πρωτίστως να τον καλέσει σε διευκρινίσεις/συμπληρώσεις ως προς τα στοιχεία παραγωγής των εισιτηρίων και το ποσοστό συμμετοχής του υπεργολάβου στην εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης ή, στην εσχάτη περίπτωση, να τον καλέσει να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο του, είτε κατ' αναλογική εφαρμογή του άρθρου 336 παρ. 6 του Ν 4412/2016 (αντικατάσταση υπεργολάβου για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού) είτε κατ' ευθεία εφαρμογή του άρθρου 58 του Ν 4412/20

16. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντα, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, επιχείρησε τεχνηέντως να υπονοήσει ότι έχουν υποβληθεί με apostille τα έγγραφα εμπειρίας προσπαθώντας ανακριβώς (επιεικώς) να μπερδέψει υποβολή και κατακύρωση με την έκφραση του «συνόλου» των εγγράφων που υποβλήθηκαν. Δεν απαντά στο εάν όφειλαν και έπρεπε, βάσει του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ της τεχνικής προσφοράς και των όρων της διακήρυξης, τα δημόσια έγγραφα εμπειρίας να υποβληθούν με apostille κατά την υποβολή της προσφοράς. Προκύπτει όμως μονοσήμαντα από τα συνημμένα της προδικαστικής προσφυγής και του παρόντος υπομνήματος ότι αυτά δεν φέρουν apostille. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον προσφεύγοντα, ο αναθέτων φορέας όψιμα, αδικαιολόγητα και αβάσιμα θεωρεί ότι η ... εταιρεία είναι απλά υποπρομηθευτής, η ύπαρξη του οποίου δεν απαιτείται να δηλωθεί και δεν υποχρεούται σε υποβολή ΕΕΕΣ. Αφενός από πουθενά δεν προκύπτει αυτή η ιδιότητα από την προσφορά που έγινε δεκτή, αφετέρου η ιδιότητα αυτή δεν αποδίδει αφεαυτής στον Αναθέτοντα Φορέα τα δικαιώματα ελέγχου της διαδικασίας παραγωγής σε ένα τρίτο άγνωστο

αλλοδαπό νομικό πρόσωπο που δεν έχει αποδεδειγμένα και επισήμως αναλάβει το ίδιο τέτοιες υποχρεώσεις απέναντί του, καθόσον η σχετική δήλωση της συνυποψήφιας ... Εταιρείας δεν υποχρεώνει ένα τρίτο νομικό πρόσωπο που δεν έχει δεσμευθεί το ίδιο. Το δικαίωμα ελέγχου του χώρου παραγωγής πρέπει να μπορεί να ασκείται ευθέως από τον Αναθέτοντα Φορέα ή, χωρίς την παρέμβαση τρίτου, όπως αναγκαστικά θα παρεμβαίνει η ... Εταιρεία προς τη ... όταν απαιτηθεί. Μόνο αν είχε ευθέως αναλάβει η ... τις σχετικές υποχρεώσεις έναντι του ... θα μπορούσε να ερευνηθεί η κάλυψη και των λοιπών προϋποθέσεων πριν μια τέτοια ερμηνεία γίνει δεκτή. Περαιτέρω, το σύνολο των απαιτούμενων διαδικασιών οργάνωσης, ανάλυσης κινδύνων, ποιοτικών ελέγχων, παρακολούθησης εκτέλεσης του έργου και η επάρκεια υποδομών παραγωγής αφορούν στην ίδια τη συμμετέχουσα εταιρεία ή και στον δηλωμένο Υπεργολάβο της, δηλαδή σε αυτούς που επισήμως προς τον Αναθέτοντα σχεδιάζουν, προετοιμάζουν και παρασκευάζουν το προμηθευόμενο είδος, όχι όμως και στον Υποπρομηθευτή, ο οποίος αφενός σε τίποτα δε δεσμεύεται έναντι αυτής και της είναι εν πολλοίς άγνωστος, αφετέρου θα παραδώσει έτοιμο στην ... Εταιρεία το παραγγελθέν είδος χωρίς να υπόκειται, όπως απαιτεί η διακήρυξη, στις διαδικασίες οργάνωσης, ανάλυσης κινδύνων, ποιοτικών ελέγχων, παρακολούθησης εκτέλεσης του έργου και στην επάρκεια υποδομών παραγωγής. Ειδικά η επάρκεια υποδομών παραγωγής αφορά ευθέως και αποκλειστικά στη συμμετέχουσα εταιρεία και ενδεχομένως στον δηλωμένο Υπεργολάβο της και δεν μπορεί να αφορά σε κάποιον που απλά πωλεί ένα έτοιμο προϊόν, όπως ο Υποπρομηθευτής. Για το λόγο αυτό οι σχετικοί αντίθετοι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα πρέπει να απορριφθούν

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 Ν.4412/2016: 1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...].

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 80 παρ. 10 του νόμου 4412/16 όπως ισχύει ορίζεται ότι : « ... 10. Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5ης.10.1961, που κυρώθηκε με τον ν. 1497/1984 (Α' 188). Τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα, επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμον αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο ...».

19. Επειδή, σύμφωνα με το Ν.1497/1984: «κύρωση της σύμβασης που καταργεί την υποχρέωση επικύρωσης των αλλοδαπών δημοσίων εγγράφων»: Άρθρο 1. Η παρούσα Σύμβαση εφαρμόζεται στα δημόσια έγγραφα που έχουν συνταχθεί στο έδαφος ενός συμβαλλόμενου Κράτους και πρέπει να προαχθούν στο έδαφος άλλου συμβαλλόμενου Κράτους. Κατά την έννοια της παρούσας Συμβάσεως, ως δημόσια έγγραφα θεωρούνται : (α) τα έγγραφα που προέρχονται από αρχή ή δημόσιο υπάλληλο δικαιοδοτικού οργάνου του Κράτους, συμπεριλαμβανομένων και των εγγράφων που προέρχονται από την εισαγγελική αρχή, δικαστικό γραμματέα ή δικαστικό επιμελητή, (β) τα διοικητικά έγγραφα, (γ) τα συμβολαιογραφικά έγγραφα, (δ) οι επίσημες βεβαιώσεις, όπως βεβαιώσεις καταχωρίσεως, θεωρήσεις για βέβαιη χρονολογία και επικυρώσεις υπογραφής που τίθενται σε ιδιωτικό έγγραφο. Η Σύμβαση δεν εφαρμόζεται ωστόσο : (α) στα έγγραφα που εκδόθηκαν από διπλωματικούς ή προξενικούς πράκτορες, (β) στα διοικητικά έγγραφα που σχετίζονται άμεσα με εμπορική ή τελωνειακή πράξη. Άρθρο 2. Κάθε συμβαλλόμενο Κράτος απαλλάσσει από την επικύρωση τα έγγραφα στα οποία εφαρμόζεται η παρούσα Σύμβαση και που πρέπει να προσαχθούν στο έδαφος του. Κατά την έννοια της παρούσας Συμβάσεως, η επικύρωση δεν καλύπτει παρά μόνο τη διατύπωση με την οποία οι διπλωματικοί ή προξενικοί πράκτορες της χώρας, στο έδαφος της οποίας πρέπει να προσαχθεί το έγγραφο, βεβαιώνουν τη γνησιότητα της υπογραφής, την ιδιότητα με την οποία ενήργησε ο υπογράφων το έγγραφο και, ενδεχομένως, την ταυτότητα της σφραγίδας ή του επί σήματος που φέρει το έγγραφο. Άρθρο 3. Η μόνη διατύπωση που είναι δυνατό να απαιτηθεί για να βεβαιωθεί η γνησιότητα της

υπογραφής, η ιδιότητα με την οποία ενήργησε ο υπογράφων το έγγραφο και, ενδεχομένως, η ταυτότητα της σφραγίδας ή του επισήματος που φέρει το έγγραφο είναι η επίθεση της επισημείωσης της προβλεπόμενης στο άρθρο 4, που χορηγείται από την αρμόδια αρχή του Κράτους από το οποίο προέρχεται το έγγραφο. Η διατύπωση που προβλέπεται ωστόσο στην προηγούμενη παράγραφο δεν είναι δυνατό να απαιτηθεί αν είτε οι νόμοι, οι κανονισμοί ή οι συνήθειες που ισχύουν στο Κράτος όπου προσάγεται το έγγραφο, είτε συμφωνία μεταξύ δύο ή περισσότερων συμβαλλόμενων Κρατών την αποκλείουν, την απλοποιούν ή απαλλάσσουν το έγγραφο από την επικύρωση. Άρθρο 5. Η επισημείωση χορηγείται με αίτηση του υπογράφοντος το έγγραφο ή κάθε κομιστή του εγγράφου. Δεόντως συμπληρωμένη, πιστοποιεί τη γνησιότητα της υπογραφής, την ιδιότητα με την οποία ενήργησε ο υπογράφων το έγγραφο και, ενδεχομένως, την ταυτότητα της σφραγίδας ή του επισήματος που φέρει το έγγραφο. Η υπογραφή, η σφραγίδα ή το επίσημα πάνω στην επισημείωση απαλλάσσονται από κάθε πιστοποίηση.

20. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη:

[...] 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, και Παράρτημα Ι: «Ο ανάδοχος θα αναλάβει την κατασκευή και παράδοση στον ... :...»

[...]2.4.2.5 της διακήρυξης ορίζεται ότι : « Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5ης.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α΄188) , εφόσον συντάσσονται σε κράτη που έχουν προσχωρήσει στην ως άνω Συνθήκη, άλλως φέρουν προξενική θεώρηση. Απαλλάσσονται από την απαίτηση επικύρωσης (με Apostille ή Προξενική Θεώρηση) αλλοδαπά δημόσια έγγραφα όταν καλύπτονται από διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες που έχει συνάψει η Ελλάδα (ενδεικτικά «Σύμβαση νομικής συνεργασίας μεταξύ Ελλάδας και Κύπρου – 05.03.1984» (κυρωτικός ν.1548/1985, «Σύμβαση περί απαλλαγής από την επικύρωση ορισμένων πράξεων και εγγράφων – 15.09.1977» (κυρωτικός ν.4231/2014)) ...»

[...]«2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης

σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών (από το έτος 2019 και μετά), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) ανάλογη σύμβαση προμηθειών και να έχουν παραδώσει τουλάχιστον τρία εκατομμύρια (3.000.000) «έξυπνες κάρτες» του δημοπρατούμενου είδους ...»

[...]2.2.8.2 (Υπεργολαβία) : « 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, ο Αναθέτων Φορέας ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας ...»

[...] 2.2.9 : « Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας 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, οι υπεργολάβοι 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 ...»

[...]2.2.9.2.B4: «B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: i. Κατάλογο έργων προμήθειας «έξυπνων καρτών» που έχουν ολοκληρώσει επιτυχώς (η εκτελούν) κατά τα τελευταία τρία έτη. ii. Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από τις Αναθέτουσες Αρχές/Φορείς για τα έργα του καταλόγου. iii. Βεβαιώσεις από τις Αναθέτουσες Αρχές/Φορείς από τις οποίες να προκύπτουν τα σημεία της παρ. 2.2.6 ...»

2.2.9.2. B.10 ορίζεται ότι : « Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δηλώνει στην προσφορά του ότι θα κάνει χρήση υπεργολάβων, 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 υπεργολαβίας και υπεύθυνη δήλωση των υπεργολάβων ότι αποδέχονται την εκτέλεση των εργασιών ...».

[...]2.4.3 (τεχνική προσφορά) οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν: « α) το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν ...»

[...]2.4.3.2: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από το Παράρτημα Ι «Αναλυτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης» και Παράρτημα V «Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς – Πίνακας Συμμόρφωσης» της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται».

[...] 2.4.6. της διακήρυξης προβλέπεται μεταξύ άλλων ότι : « ... Ο Αναθέτων Φορέας με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά ... : ... β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπείς, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης ..».

Σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V – Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς – Πίνακας Συμμόρφωσης, στον Πίνακα 2.2 «Περιεχόμενα Υπο- Φακέλου Τεχνικής Προσφοράς» ορίζεται ρητά («Πίνακας 2.2.1 Τεχνική Επάρκεια του Αναδόχου») ότι με την υποβολή της τεχνικής προσφοράς (και όχι κατά τη φάση της κατακύρωσης) ζητούνται τα αποδεικτικά δικαιολογητικά τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.6 της διακήρυξης του διαγωνισμού (απαιτήσεις με α/α 1 έως 4 του Πίνακα).

21. Επειδή, επί του α' λόγου της προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 2.2.6, 2.2.9.2 Β4, 2.4.3.2 της διακήρυξης και του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ V – Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς – Πίνακας Συμμόρφωσης, Πίνακας 2.2 «Περιεχόμενα ΥποΦακέλου Τεχνικής Προσφοράς», έκαστος προσφέρων οφείλει, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του, να προσκομίζει με την τεχνική του προσφορά προς απόδειξη της τεχνικής κι επαγγελματικής του

ικανότητας, μεταξύ άλλων, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από τις Αναθέτουσες Αρχές/Φορείς για τα έργα του καταλόγου καθώς και βεβαιώσεις από τις Αναθέτουσες Αρχές/Φορείς από τις οποίες να προκύπτουν τα σημεία της παρ. 2.2.6. Περαιτέρω δε, κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου 2.4.2.5 της διακήρυξης, εφόσον τα προσκομιζόμενα αποδεικτικά έγγραφα έχουν τον χαρακτήρα δημοσίου εγγράφου πρέπει να φέρουν την επισημείωση της σφραγίδας της Χάγης (apostille).

22. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, ο παρεμβαίνων προσκόμισε με την τεχνική του προσφορά προς απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου του άρθρου 2.2.6, μεταξύ άλλων, «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ», το έγγραφο «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΑΡΟΧΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ...» και το έγγραφο «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ». Πλην, όμως, ως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, τα εν λόγω έγγραφα αν και δημόσια δεν φέρουν την επισημείωση της σφραγίδας της Χάγης, η οποία να βεβαιώνει την γνησιότητα της υπογραφής και την ιδιότητα του εκάστοτε εκδότη τους. Αναφορικά δε με το δημόσιο χαρακτήρα των εν λόγω εγγράφων προκύπτει, καταρχήν, από τη σχετική δήλωση του ίδιου του εκδότη τους. Ειδικότερα, κάθε μία από τις ανωτέρω βεβαιώσεις περιλαμβάνει πεδίο με τίτλο «Type of authority», το οποίο μεταφράστηκε ως: «Είδος εξουσίας» στις δύο από αυτές και ως: «Είδος αναθέτουσας αρχής» στην τρίτη. Σε κάθε ένα, όμως, από τα παραπάνω έγγραφα, στο σχετικό πεδίο έχει δηλωθεί η επιλογή «Δημόσια» και όχι η επιλογή «Ιδιωτική». Εξάλλου, από τα επικαλούμενα και προσκομιζόμενα από τον προσφεύγοντα στοιχεία, με την προσφυγή και το υπόμνημά του και σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, προκύπτει ότι και οι τρεις αναθέτουσες αρχές/φορείς που χορήγησαν στον παρεμβαίνοντα τις σχετικές βεβαιώσεις είναι δημόσιοι οργανισμοί. Ειδικότερα, όσον αφορά τον χαρακτηρίζεται ως οργανισμός δημόσιας μεταφοράς και αποτελεί τον δημόσιο οργανισμό μεταφορών σε ... και ... στη ... (<https://....no>), η ...- αποτελεί δημόσιο οργανισμό μεταφορών που εκμεταλλεύεται λεωφορεία και υπηρεσίες ταχείας μεταφοράς στο Μόντρεαλ του Κεμπέκ του Καναδά (<https://www..../>). Επίσης, ο ...-... ..

... ..., αποτελεί οργανισμό εντασσόμενο στις δημόσιες μεταφορές στην ... περιοχή του ..., που δημιουργήθηκε από τη, ...,,, για τη διαχείριση του συστήματος εισιτηρίων (<https://www....com/en/web/...-...>). Εξάλλου, ο ίδιος ο παρεμβαίνων, παρά το γεγονός ότι, καταρχήν, αρνείται το δημόσιο χαρακτήρα των ως άνω εγγράφων και προς επίρρωση των σχετικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα ίδια ως άνω αποδεικτικά έγγραφα-βεβαιώσεις με apostille. Περαιτέρω, αβάσιμος τυγχάνει ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα ότι τα προσκομιζόμενα με την τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος έγγραφα έφεραν την επισημείωση της Χάγης, καθώς, ως, ήδη εκτέθηκε και προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της τεχνικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος κι, άλλωστε, συνομολογεί και ο ίδιος ο παρεμβαίνων, τα ως άνω έγγραφα δεν έφεραν την επισημείωση της Χάγης κατά την υποβολή της τεχνικής προσφοράς αλλά αυτή για πρώτη φορά τέθηκε στα έγγραφα που προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Αλυσιτελώς, ακόμη, ο αναθέτων φορέας επικαλείται την προσκομισθείσα από τον παρεμβαίνοντα ΥΔ περί ακρίβειας των ιδιωτικών εγγράφων καθώς, αφενός μεν, ως, ήδη, καταδείχθηκε και βάσει των όσων αναφέρονται στα ίδια τα έγγραφα, δεν πρόκειται για ιδιωτικά έγγραφα κι, αφετέρου διότι, οι αρχές της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ουδόλως επιτρέπουν την υποκατάσταση των απαιτούμενων από τη διακήρυξη εγγράφων από άλλα. Επιπλέον, αλυσιτελώς προβάλλεται από τον παρεμβαίνοντα ως επιχείρημα ότι πρόκειται για ιδιωτικά έγγραφα το γεγονός ότι για να τεθεί η σφραγίδα της Χάγης απαιτήθηκε η επικύρωσή τους από τον αρμόδιο Δήμαρχο και τούτο διότι ρητώς, κατά το άρθρο 2 της σύμβασης της Χάγης «Ως αρχή για τη χορήγηση της επισημείωσης που προβλέπεται στα άρθρα 3 και 6 της Συμβάσεως και ειδικότερα για τα διοικητικά έγγραφα που εκδίδονται από τις δημόσιες πολιτικές υπηρεσίες που έχουν την έδρα τους στη περιφέρεια της νομαρχίας ή του διαμερίσματος ή από τα εποπτευόμενα από το νομάρχη ή αναπληρωτή νομάρχη νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, τα έγγραφα των οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως, τα έγγραφα των ληξιαρχείων της περιφέρειάς τους, ορίζεται η νομαρχία στην οποία εδρεύει η αρχή που έχει εκδώσει το έγγραφο. Για τα δικαστικής φύσεως έγγραφα

ορίζεται το πρωτοδικείο της περιφέρειας στην οποία εδρεύει η αρχή που έχει εκδώσει το έγγραφο». Συνεπώς, στην κρινόμενη περίπτωση η σφραγίδα της Χάγης τέθηκε από τον αρμόδιο διοικητικό εποπτεύοντα του οργάνου-εν προκειμένω Δήμαρχο, βάσει της προβλεπόμενης στην ίδια την Σύμβαση της Χάγης διαδικασίας. Αντιθέτως, το γεγονός της θέσης στα παραπάνω έγγραφα της εν λόγω σφραγίδας, στην οποία, άλλωστε, ρητώς αναφέρεται ότι πρόκειται για δημόσιο έγγραφο (Le present acte public, ήτοι το παρόν δημόσιο έγγραφο) το οποίο, εξίσου αναφέρεται και στο ίδιο το έγγραφο από τον εκδότη του, επιβεβαιώνει το δημόσιο χαρακτήρα του. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσφορά του παρεμβαίνοντος τυγχάνει πλημμελής. Πλην, όμως, παρά την ανωτέρω πλημμέλεια ο αναθέτων φορέας όφειλε να καλέσει τον παρεμβαίνοντα να διορθώσει την προσφορά του πριν την απορρίψει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 Ν.4412/2016 και τούτο διότι, υπό τα δεδομένα της υπόθεσης η υπό κρίση προσφορά και μετά τη θέση της σφραγίδας της Χάγης δεν τροποποιείται αφού το έγγραφο αποδεδειγμένα προ-υπάρχει και το περιεχόμενο του δεν μεταβάλλεται/αλλοιώνεται μετά τη θέση της σφραγίδας. Συνεπώς, ο α' λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός.

23. Επειδή, αναφορικά με τον ανωτέρω β' λόγο της προσφυγής, σημειώνονται τα ακόλουθα: Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης καθώς και το Παράρτημα Ι-φυσικό αντικείμενο αυτής, το αντικείμενο της σύμβασης αφορά τόσο την κατασκευή όσο και την προμήθεια των ζητούμενων εισιτηρίων. Ειδικότερα, κατά τη διακήρυξη: «[...] Ο ανάδοχος θα αναλάβει την κατασκευή και παράδοση μέσων προϊόντων κομίστρου υπό Μορφή «Έξυπνων Καρτών-πολλαπλών» ως ακολούθως: 50.000.000 «πολλαπλών» ως εξής: α. 1.998.800 μεμονωμένα «πολλαπλά» b. 48.001.200 «πολλαπλά» σε μορφή «ρολών», «ρολά» των 1.700 «πολλαπλών» λειτουργικών εισιτηρίων». Περαιτέρω, όπως με σαφήνεια προκύπτει από τα άρθρα 2.2.8, 2.2.9.2 Β10 και 2.4.3 της διακήρυξης, έκαστος συμμετέχων οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, να δηλώσει στην τεχνική προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που πρόκειται να διαθέσει σε υπεργολάβους καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει.

24. Επειδή, εν προκειμένω, ως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, ο παρεμβαίνων στην από 10/02/2022 υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε με την προσφορά του ορίζει ρητώς ως επιχειρηματική μονάδα παραγωγής του ζητούμενου είδους την εταιρεία με εγκαταστάσεις στη ... (.... ... -.... ..., ...). Στην Υπεύθυνη Δήλωση του αρ. 2.4.3.2 της Διακήρυξης, ο νόμιμος εκπρόσωπος του παρεμβαίνοντος δήλωσε ότι «οι χώρες παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος είναι η ... και η ..., καθώς και ότι οι επιχειρηματικές μονάδες στις οποίες παράγεται αυτό είναι οι κάτωθι: α) με τόπο εγκατάστασης τη ..., ... – ... -....-..., ... και β) με τόπο εγκατάστασης τη ...,, -...., Περαιτέρω, στο έγγραφο που περιλαμβάνεται στην Τεχνική Προσφορά του παρεμβαίνοντος (0121411) «Οργάνωση και περιγραφή του Σχεδίου του Έργου», ο τελευταίος αναφέρει ότι «6.2.1 Παραγωγή: Και οι δύο βάσεις παραγωγής της ... εδρεύουν στην Το ... είναι ο κύριος χώρος παραγωγής • Το είναι ο δευτερεύων χώρος παραγωγής.». Παρά τα ανωτέρω, από τα οποία με σαφήνεια προκύπτει η χρήση υπεργολάβου από τον παρεμβαίνοντα για το σκέλος της κατασκευής των εισιτηρίων, ο τελευταίος ουδόλως δήλωσε με την προσφορά του ότι θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβους και ποιους, ενώ στο ΕΕΕΣ του στη σχετική ερώτηση απάντησε αρνητικά. Σημειώνεται ότι αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι ο ως άνω οικονομικός φορέας αποτελεί θυγατρική του κι, επομένως, δεν όφειλε να τον δηλώσει ως υπεργολάβο καθώς, από τα επικαλούμενα και προσκομιζόμενα τόσο από τον ίδιο όσο και τον προσφεύγοντα έγγραφα αναφορικά με την ίδρυση και λειτουργία της εν λόγω εταιρείας προκύπτει ότι αποτελεί ξεχωριστό (αυτοτελές) νομικό πρόσωπο, με διαφορετική έδρα και ΑΦΜ κι, επομένως, ακόμη και υπό την ανωτέρω εκδοχή, ότι δηλ. αποτελεί θυγατρική εταιρεία, θα έπρεπε να δηλωθεί ως υπεργολάβος. Ούτε άλλωστε η διακήρυξη αποκλείει από την υπεργολαβία τις συνδεδεμένες, ως ανήκουσες στον ίδιο όμιλο εταιριών, με τον διαγωνιζόμενο εταιρίες. Επίσης, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι δεν αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης η κατασκευή των εισιτηρίων άλλως ότι η διακήρυξη είναι ασαφής ως προς αυτό το σημείο καθώς, τόσο από το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, όσο και το Παράρτημα Ι αυτής με σαφήνεια προκύπτει ότι στο αντικείμενο της σύμβασης εντάσσεται και η

κατασκευή των εισιτηρίων. Αβάσιμος δε τυγχάνει ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα ότι η ως άνω εταιρεία με έδρα τη ... είναι υποπρομηθευτής του παρεμβαίνοντος καθώς κάτι τέτοιο ουδόλως προκύπτει από τα δηλωθέντα στην τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος στοιχεία, αφού ρητώς στην τεχνική του προσφορά δηλώνεται ότι η ... εταιρεία θα κατασκευάσει και μάλιστα κατά κύριο λόγο τα εισιτήρια και όχι ότι απλώς θα προμηθεύσει τον προμηθευτή, ήτοι τη ... εταιρεία, με ένα έτοιμο προϊόν. Επίσης, απορριπτέος τυγχάνει ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι εν προκειμένω μπορεί να τύχει εφαρμογής το άρθρο 102 Ν.4412/2016 ώστε να του επιτραπεί να δηλώσει εάν ο παραπάνω φορέας είναι προμηθευτής του και σε ποιο ποσοστό και τούτο διότι, υπό τα δεδομένα που ανωτέρω εκτέθηκαν, η κατά τον ανωτέρω τρόπο, που επικαλείται ο παρεμβαίνων, συμπλήρωση της προσφοράς, μεταβάλλει ουσιωδώς το περιεχόμενό της και ισοδυναμεί με υποβολή νέας προσφοράς κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Τέλος, απορριπτέα τυγχάνει και η επίκληση του ενιαίου μέτρου κρίσης από τον παρεμβαίνοντα καθώς με τα αναφερόμενα στην παρέμβασή του δεν αναφέρεται σε ίδια πλημμέλεια, αλλά σε διαφορετική. Ειδικότερα δε ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «η εταιρεία, της οποίας το ΕΕΕΣ συνυποβλήθηκε με το ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας, όφειλε να υποβάλει ΕΕΕΣ σε κάθε περίπτωση, όχι λόγω υπεργολαβικής ιδιότητας, αλλά καθότι δανείζει εμπειρία στην προσφεύγουσα (και μάλιστα μη προσηκόντως δεδηλωμένη, ενόψει της αρνητικής απάντησης στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας). Πράγματι, από την επισκόπηση των αρχείων που υπέβαλε με την προσφορά της η προσφεύγουσα, προκύπτει ότι υπέβαλε μία (1) πιστοποίηση ISO αντιστοιχούσα στο πρόσωπό της (9001), ενώ το σύνολο των λοιπών πιστοποιήσεων 27001 και 14001 που υπεβλήθησαν, αφορούν το πρόσωπο της εταιρείας (σχετικά), η οποία προφανώς της δανείζει τη σχετική εμπειρία για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό». Πλην, όμως, για τη θεμελίωση παραβιάσεως του ίδιου μέτρου κρίσεως, κρίσιμο είναι το αν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (βλ. ΣΤΕ2186/2013). Η δε έννοια του ως άνω «ίδιου λόγου» σημαίνει ότι η

αναθέτουσα, ενώ εν τελεί συνέτρεχε η ίδια πλημμέλεια στη μία περίπτωση έκρινε τη μία προσφορά αποκλειστέα και την άλλη όχι και ότι ερμήνευσε και αξιολόγησε το ίδιο τεχνικό, νομικό ή πραγματικό στοιχείο στη μία περίπτωση ως καλύπτον τους όρους και τις προδιαγραφές του διαγωνισμού και στην άλλη, ακριβώς αντίστροφα, πως όχι. Αυτό είναι και το νόημα της κατ' εξαίρεση των ως άνω αναφερθέντων περί εξαρτήσεως του εννόμου συμφέροντος προς προσβολή της αποδοχής μιας έτερης προσφοράς από το νόμιμο της προσφοράς του προσφεύγοντος και άρα της μη ιδιότητάς του ως «τρίτου» και δη νομίμως καταστάντα ως «τρίτου» και «ξένου» ως προς τον προκείμενο διαγωνισμό, αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης. Εξ ου και η εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης ερείδεται στην αποδοχή έτερης προσφοράς «παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του επικαλούμενου τον αποκλεισμό της» (βλ. ΣτΕ ΕΑ 349/2017, σκ. 19 με παραπομπές σε ΣτΕ 3921/2013, 715/2011, ΕΑ 344/2017, 106/2013, 274/2012, 66/2012, 74/2010, 952/2009). Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

25. Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω πλημμέλειας της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, που συνιστά αυτοτελή λόγο απόρριψης της προσφοράς του, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής σε βάρος της προσφοράς του.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλομένη. Επίσης, ν'απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε κι αποφασίστηκε στις 21-09-2022 κι εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 11-10-2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ