

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης (δυνάμει της υπ' αριθμ. 132/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5.08.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1577/6.08.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Υπουργείου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. ... απόφασης του Πρυτανικού Συμβουλίου περί έγκρισης του από ... Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων») που εδρεύει στον ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του, καταπίπτει η εγγυητική του επιστολή συμμετοχής και ανακηρύσσεται ο παρεμβαίνων νέος προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

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 990 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 4.08.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 197.831,29 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «...», στο πλαίσιο του έργου «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 245.310,80€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 14.01.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 16.01.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή 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: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 5.08.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 27.07.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ)

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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.

6. Επειδή στις 9.08.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2084/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 19.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμ. ΓΑΚ ΠΑΡ. 5209/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί νέος προσωρινός ανάδοχος, μετά την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 20.08.2021 στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 7.09.2021 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εκπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021 και, ως εκ τούτου, δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

11. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Με τη με αριθμ. πρωτ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής ο προσφεύγων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού και ο παρεμβαίνων δεύτερος σε σειρά κατάταξης. Μετά την από ... πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσφεύγων προσκόμισε την ... τα σχετικά έγγραφα. Σύμφωνα με το από ... Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος διότι «... διαπιστώνεται πρωθύστερα η μη σύννομη αντικατάσταση μέλους της ομάδας έργου (εξωτερικός συνεργάτης) για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού (βλ. κα... από κο...), με πρωτοβουλία του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα και χωρίς τη σχετική απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία συνιστά παράνομη μεταβολή της προσφοράς του και παραβιάζει την αρχή των διακριτών σταδίων του Διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση του άρθρου 78§1... καθώς και του άρθρου 102... του ν.4412/2016. [...] Προσέτι, διαπιστώνεται η μη υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του μέλους ομάδας έργου (εξωτερικός συνεργάτης) του ..., κου..., με χρήση εγκεκριμένης προηγμένης ψηφιακής υπογραφής ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, όπως υποχρεώνει η Διακήρυξη (βλ. άρθρα 2.4.1, 2.4.2.1, 2.4.2.4 & 2.4.2.5) [...] Επιπλέον, διαπιστώνεται η μη υποβολή του ισολογισμού έτους 2016 του ..., όπως υποχρεώνει η Διακήρυξη (βλ. άρθρο 2.2.5 & 2.2.9.2.B.3).[...]]», την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντος και τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την πρόσκληση του παρεμβαίνοντος προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

12. Επειδή ο προσφεύγων θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του και την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

13. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης, ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «...Από τη διάταξη αυτή προκύπτει, ότι σε περίπτωση που ο δηλωθείς με την προσφορά δανειοπάροχος δεν πληροί (ή δεν πληροί πλέον), κατά το στάδιο της κατακύρωσης, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου δεν μπορεί να απορριφθεί, αλλά η αναθέτουσα αρχή οφείλει να του τάξει εύλογη προθεσμία αντικατάστασης.

Επειδή δε οι διατάξεις αυτές, όπως ίσχυαν κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και εφαρμόζονται στην προκειμένη περίπτωση, δηλαδή πριν την αντικατάσταση του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 με το άρθρο 26 του ν.4782/2021, δεν προβλέπουν συγκεκριμένη διαδικασία αντικατάστασης του δανειοπαρόχου, δεν αποκλείεται, η αδυναμία του αρχικά δηλωθέντος δανειοπαρόχου να δηλώνεται οικειοθελώς από τον προσφέροντα και η πρόταση αντικατάστασης να γίνεται με πρωτοβουλία αυτού, χωρίς να απαιτείται να προηγηθεί απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί απορρίψεως του αρχικού δανειοπαρόχου και κλήσης του προσωρινού αναδόχου σε αντικατάστασή του. Σε κάθε περίπτωση, φυσικά, η τελική κρίση για την καταλληλότητα ή μη του προτεινόμενου αντικαταστάτη ανήκει στην αναθέτουσα αρχή.

Στην προκειμένη περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης και του ν. 4412/2016, όπως εφαρμόζονται στην ένδικη υπόθεση. Διότι, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω στο Ιστορικό της παρούσας, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που εμπρόθεσμα υποβάλαμε δηλώσαμε, ότι η ..., αρχικά δηλωθείσα δανειοπάροχος, αδυνατεί να συγκεντρώσει τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της διακήρυξης (φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα), και

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

ζητήσαμε την αντικατάστασή της με τον ..., για τον οποίο υποβάλαμε και όλα τα αναγκαία δικαιολογητικά κατακύρωσης.

Με τα δεδομένα αυτά και κατ' ορθή εφαρμογή των ως άνω διατάξεων της διακήρυξης και του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή δεν είχε δικαίωμα να απορρίψει την προσφορά μας, αλλά όφειλε να εξετάσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά του προτεινόμενου αντικαταστάτη...».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα κάτωθι : «...όπως προκύπτει και από το Σχετικό 8 (το οποίο συνόδευε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατέστη γνωστό στην Επιτροπή Διαγωνισμού -κατά συνέπεια και στην Αναθέτουσα Αρχή- έπειτα από την ηλεκτρονική αποσφράγισή τους), ο προσφεύγων αντικατέστησε με δική του πρωτοβουλία (βλ. αυτούσια παράθεση κειμένου που ακολουθεί σε πλαίσιο) -και πάντως δίχως προηγούμενο αίτημα ή/και σχετική αλληλογραφία/επικοινωνία μέχρι τότε- μέλος της ομάδας έργου/εξωτερικό συνεργάτη που στηρίζεται στις ικανότητές του για την υλοποίηση της σχετικής Σύμβασης, γεγονός που αξιολογήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ως ότι η προσφορά που υπέβαλε ο προσφεύγων σε προηγούμενο στάδιο (δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά) τροποποιείται με αυτόν τον τρόπο, και -κατά συνέπεια- προσβάλλει τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων που διέπουν το ενωσιακό δίκαιο και που οφείλει

Λαμβάνοντας υπόψη τον ν.4412/2016, συγκεκριμένα όπως αποτυπώνεται (α) στο άρθρο 78 [...] και (β) στο άρθρο 104§2 & 3 [...] η Αναθέτουσα Αρχή δεν ενημερώθηκε γραπτώς από τον προσωρινό Ανάδοχο και ήδη προσφεύγοντα τουλάχιστον μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησής του για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης -και πάντως όχι πριν την αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης- για το κώλυμα που εμφάνιζε μέλος της ομάδας έργου/εξωτερικός συνεργάτης που ο προσφεύγων στηρίζεται στις ικανότητές του για την υλοποίηση της σχετικής Σύμβασης, ώστε να απαιτήσει την αναφερόμενη εκ του νόμου αντικατάσταση, και να αξιολογήσει εκ νέου αλλά και σύννομα, πλέον, την προσφορά που

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

υπέβαλε αυτός σε προηγούμενο στάδιο (δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά).

Αξίζει να σημειωθεί ότι ένα μήνα έπειτα από την ημερομηνία αποσφράγισης -συγκεκριμένα στις 01/07/2021, και ενώ η Επιτροπή Διαγωνισμού βρισκόταν στο τρίτο και τελευταίο στάδιο εργασιών για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. Σχετικό 6, σσ.22-29), ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της ψηφιακής πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ διευκρινιστική επιστολή του Διευθυντή ..., κου....., αναφορικά με την αντικατάσταση μέλους της ομάδας έργου (βλ.Σχετικό 7). Στην επιστολή αυτή ζητείται από την Αναθέτουσα Αρχή να εγκρίνει την αντικατάσταση [...] Όπως προκύπτει από την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού προς την Αναθέτουσα Αρχή (βλ. Σχετικό 6, Πρακτικό, σσ.18- 30), η εξωτερική συνεργάτης και μέλος της ομάδας έργου, κα....., εμφανιζόταν με τις εξής ιδιότητες/αρμοδιότητες: κάμερα, drone, graphics, φωτογράφος, εικονολήπτης, μοντέρ, postproduction, σήματα, τίτλοι, υπότιτλοι, και ως προς τα συγκεκριμένα προσόντα αξιολογήθηκε η αρχική προσφορά του προσφεύγοντα. Από την άλλη, ο εξωτερικός συνεργάτης και μέλος της ομάδας έργου, κος....., -που προτάθηκε να την αντικαταστήσει- εμφανίζεται με τις εξής ιδιότητες/αρμοδιότητες στο βιογραφικό που κατέθεσε:

Δεξιότητες και δυνατότητες

Απόφοιτος Ιδιωτικής σχολής Κορέλκο ως προγραμματιστής εφαρμογών

Εκπαιδευτής προγραμμάτων ECDL σε παιδιά και ενήλικες

Κινηματογραφικό Εργαστήρι ... το 2017

Ιδιοκτήτης Ατομικής επιχείρησης Φωτογραφίας – Video στα ... από το 2007

Ενασχόληση με την ψηφιακή επεξεργασία video και φωτογραφίας

Κάλυψη εκδηλώσεων με ζωντανές μεταδόσεις (live streaming)

10 και πλέον χρόνια εμπειρία σε φωτογραφικές και κινηματογραφικές εργασίες.

Εύλογα προκύπτει το ερώτημα λοιπόν, εάν τα αντίστοιχα προσόντα και εμπειρία του αντικαταστάτη (κου.....) που αναφέρει η επιστολή του Διευθυντή του ... καλύπτουν τα αντίστοιχα της προς αντικατάσταση μέλους/εξωτερικής

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

συνεργάτιδας, κας..., γεγονός που θα επέβαλε την επαναξιολόγηση ουσιωδών ποιοτικών χαρακτηριστικών της ήδη αξιολογημένης αρχικής προσφοράς του προσφεύγοντα.

Εν κατακλείδι, η αντικατάσταση μέλους της ομάδας έργου/εξωτερικού συνεργάτη του προσφεύγοντα πραγματοποιήθηκε με δική του πρωτοβουλία και δίχως προηγούμενη προσήκουσα ενημέρωση -και στη συνέχεια έγκριση από την Αναθέτουσα Αρχή, πράξη η οποία αφενός συνιστά παράνομη μεταβολή της προσφοράς του -παραβιάζοντας την αρχή των διακριτών σταδίων του Διαγωνισμού, αφετέρου αποτρέπει την Επιτροπή Διαγωνισμού να αξιολογήσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ως προς το μέρος που εντοπίζεται το κώλυμα (φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα μέλους της ομάδας έργου/εξωτερικού συνεργάτη του προσφεύγοντα) και να εισηγηθεί στη συνέχεια - σύννομα πλέον- προς την Αναθέτουσα Αρχή την αντικατάστασή του, ως όφειλε

[...] Πέραν των όσων ήδη αναφέρθηκαν παραπάνω, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού Αναδόχου, η αξιολόγηση ενός νέου μέλους της ομάδας έργου/εξωτερικού συνεργάτη δεικνύει έκνομη. Ωστόσο, η αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας -που αποτελούν υποχρέωση της Επιτροπής αλλά και της Αναθέτουσας Αρχής απέναντι στους υπόλοιπους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία- επιβάλλουν την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, καθώς, οι προσφορές τους αξιολογούνται στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν, και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο, ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών.[...].».

15. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «.... Εν προκειμένω, το προσφεύγον μη νόμιμα και μονομερώς αντικατέστησε την κα ... για την οποία είχε προαποδεικτικά προσκομίσει το σύνολο των απαιτούμενων εγγράφων για την αξιολόγηση της εμπειρίας της και της επάρκειάς της ως προς την εκτέλεση του Έργου με τον κο ... για τον οποίο δεν

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

προσκομίστηκε προαποδεικτικά κανένα απολύτως στοιχείο και η εμπειρία, επάρκεια και ικανότητα του οποίου δεν αξιολογήθηκε κατά το στάδιο ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και της Τεχνικής προσφοράς του Προσφεύγοντος. Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί αντικατάστασης τρίτου, θα πρέπει να απορριφθεί ως καθόλα αβάσιμος, διότι προκειμένου να ζητηθεί η αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα στον οποίο στηρίζεται ο προσφέρων, για τον λόγο ότι δεν πληροί τα τιθέμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής ή για τον λόγο ότι συντρέχουν στο πρόσωπό του οι προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού θα έπρεπε πρωτίστως να είχε αποδειχθεί στο εξεταζόμενο στάδιο της διαδικασίας και με τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας που δανείζει εμπειρία στο προσφεύγον δεν πληροί τις σχετικές απαιτήσεις της Διακήρυξης, συνθήκη, όμως, που κατά τα προλεχθέντα, δεν συνέτρεξε, αφού η εξεταζόμενη περίπτωση αποτελεί περίπτωση παράλειψης υποβολής δικαιολογητικών (ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ) και στοιχείων κατά το στάδιο της Προσφοράς, που οδηγεί σε υποχρεωτική απόρριψή της από την αναθέτουσα αρχή (δέσμια αρμοδιότητα) ελλείψει δυνατότητας ελέγχου αυτών. Συνεπώς, στην υπό εξέταση υπόθεση συντρέχει περίπτωση παράλειψης υποβολής υποχρεωτικώς υποβλητέου δικαιολογητικού και συνεπώς, περίπτωση παράλειψης απόδειξης μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του τρίτου και όχι περίπτωση αποδεδειγμένης συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού εκ μέρους του τρίτου, που, κατά τον νόμο (βλ. άρ. 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) θα οδηγούσε στην υποχρεωτική αντικατάστασή του όπως αβάσιμα αιτείται το προσφεύγον. Τούτων δοθέντων, ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος εκ της διαγωνιστικής διαδικασίας, χωρίς να προηγηθεί αίτημα της αναθέτουσας αρχής περί αντικατάστασης του υποδεικνυόμενου τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου βασίσθηκε το προσφεύγον για την πλήρωση του άνω κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, είναι σύμφωνη με το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού και ο προταθείς λόγος θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω αβάσιμος».

16. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

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.».

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...]β) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]ζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

18. Επειδή το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει 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.Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...] 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

19. Επειδή το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 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. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ΄ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. 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 αυτό.

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, 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 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74..[...]

20. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «.1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από 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 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77[...] 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.[...]

21. Επειδή το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80.3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72[...].».

22. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης (Διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: [...]

2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α. όταν ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία, [...]

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσο αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:

α. κατά τη διάρκεια των πέντε (5) τελευταίων ετών να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον ένα (1) αντίστοιχο με το προκηρυσσόμενο έργο με επιτυχία.

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

[...] β. να διαθέτουν ανθρώπινο δυναμικό και πόρους ικανούς και αξιόπιστους για να φέρουν σε πέρας επιτυχώς τις απαιτήσεις του Έργου, σε όρους απαιτούμενης εξειδίκευσης, επαγγελματικών προσόντων και εμπειρίας.

Ειδικότερα, στην Ομάδα Έργου απαιτείται:

- να διατίθεται σε ρόλο Υπεύθυνου Έργου (Project Manager) υπάλληλος ή στέλεχος που να διαθέτει επαγγελματική εμπειρία σε τρία (3), τουλάχιστον, αντίστοιχα με το προκηρυσσόμενο έργο την τελευταία πενταετία (2015-2019).
- να διατίθενται δύο (2) μέλη με ειδικότητα στην πληροφορική και με αποδεδειγμένη επαγγελματική εμπειρία σε, τουλάχιστον, πέντε (5) έργα ανάπτυξης δικτυακών τόπων που να σχετίζονται με την ανάδειξη πολιτιστικής κληρονομιάς ή/και τουριστικής προβολής.
- να διατίθεται ειδικός σε θέματα συλλογής, γεωοπτικοποίησης & χαρτογραφικής απεικόνισης δεδομένων με χρήση δρόνου (Unmanned Aerial Vehicle) και με αποδεδειγμένη επαγγελματική εμπειρία σε έρευνα σχετική με την ανάκτηση χωρικών δεδομένων με τη χρήση δρόνου (Unmanned Aerial Vehicle).
- να διατίθενται δύο (2) μέλη με πτυχίο στον τομέα Ιστορίας-Αρχαιολογίας (ή άλλης ισότιμης αναγνωρισμένης σχολής του Εξωτερικού).
- να διατίθενται δύο (2) εικονολήπτες.
- να διατίθεται ένας (1) ηχολήπτης. [...]

2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν -όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παραγράφου 2.2.6- να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II, του Παραρτήματος XII, του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016, ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί

φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. [...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

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 παρούσας Διακήρυξης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79§1 & §3, του ν.4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Διακήρυξη Παράρτημα ΙΙ, το οποίο και αποτελεί ενημερωμένη Υπεύθυνη Δήλωση, με τις συνέπειες του ν.1599/1986.[...]

2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα

Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων, καθώς οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8 επί της παρούσας Διακήρυξης, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου, και κατά τη σύναψη της Σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105§3, περ. γ', του ν.4412/201683.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή Ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας Διακήρυξης, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας Διακήρυξης, και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (βλ. παραγράφους 2.2.5 και 2.2.8).

Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει ένα φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής, ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4 της παρούσας Διακήρυξης [...]

B.1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3., οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά:

[...] β. Για τις παραγράφους 2.2.3.2 και 2.2.3.4 β', πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους-μέλους ή χώρας, και που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. [...]».

23. 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 (Ολ 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. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

24. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

25. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

26. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

27. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου.

28. Επειδή με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στήριξης του συμμετέχοντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικού φορέα σε ικανότητες άλλων (τρίτων) φορέων, όσον αφορά είτε την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά του, είτε την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητά του, ανεξαρτήτως της νομικής φύσεως των δεσμών του με τους φορείς αυτούς. Εφόσον ο υποψήφιος οικονομικός φορέας αδυνατεί να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, έχει το δικαίωμα να συμμετέχει στην διαδικασία ανάθεσης με προσφυγή στις δυνατότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της καταλληλότητάς του, αρκεί να αποδείξει με την προσκόμιση των αποδείξεων που προβλέπονται στην διακήρυξη, δέσμευση του τρίτου φορέα ότι θα διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους, ώστε να βρίσκονται στη διάθεσή του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης. (ΔΕΕ, Απόφαση της 7.4.2016, υπόθεση C-324/14, Partner Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta, σκ. 33, 34, Απόφαση της 10.10.2013, υπόθεση C-94/12, Swm Construzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI κατά Provincia di Fermo, σκ. 29 και 33).

29. Επειδή στον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι το δικαίωμα συμμετοχής καθώς και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται σε τρία διακριτά στάδια, ήτοι κατά την υποβολή των προσφορών, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Σύμφωνα δε με τους όρους 2.2.3.2(α) και 2.2.9.2.(β) της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης προς απόδειξη ότι δεν συντρέχει ως προς το πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού σχετικά με την αθέτηση των υποχρεώσεων αναφορικά με την καταβολή φόρων και ασφαλιστικών εισφορών, φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα.

30. Επειδή, περαιτέρω, στον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι σε περίπτωση που οι συμμετέχοντες στηρίζονται στις ικανότητες τρίτου

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

φορέα, υποχρεούνται να προσκομίσουν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα προβλεπόμενα έγγραφα προκειμένου να αποδείξουν ότι δεν συντρέχει και στο πρόσωπο του τρίτου φορέα κάποιος από τους λόγους αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Εφόσον δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης για τον τρίτο φορέα, ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να τον αντικαταστήσει. Σημειωτέον ότι κατά το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να αιτηθεί από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου φορέα εφόσον στο πρόσωπό συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, χωρίς ωστόσο να προβλέπεται η διαδικασία αντικατάστασης του τρίτου φορέα, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 26 του ν. 4782/2021, ήτοι κατόπιν σχετικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα. Σε κάθε όμως περίπτωση, εκ της διάταξης του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.9.2 της διακήρυξης σαφώς προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή κατόπιν ελέγχου των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, οφείλει, πρώτα να διαπιστώσει ότι στο πρόσωπο του τρίτου φορέα συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού και εν συνεχεία να αιτηθεί την αντικατάστασή του από τον συμμετέχοντα. Ουδόλως δε συνάγεται, ούτε δύναται να ερμηνευθεί, ότι το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο επιτρέπει στον οικονομικό φορέα αυτοβούλως να προβεί σε αντικατάσταση του τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ακόμη και αν στο πρόσωπο του τρίτου φορέα συντρέχει κάποιος υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, δίχως η αναθέτουσα αρχή προηγουμένως να έχει εκδώσει σχετική πράξη περί ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και διαπίστωσης της συνδρομής υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του τρίτου φορέα, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Ακόμη όμως και αν ήθελε θεωρηθεί ότι, λόγω της δεσμίας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου φορέα σε περίπτωση συνδρομής στο πρόσωπό του υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού, δύναται ο διαγωνιζόμενος να προβεί αυτοβούλως σε

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

αντικατάσταση του τρίτου φορέα, δίχως την τήρηση του τύπου περι προηγούμενου αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, η αποδοχή από την αναθέτουσα αρχή της εν λόγω αντικατάστασης τελεί υπό την προϋπόθεση ότι αφενός μεν ο συμμετέχων δηλώνει τη συνδρομή υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του τρίτου φορέα κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αφετέρου δε ότι αποδεικνύει, την ίδια χρονική στιγμή, δια κατάλληλων εγγράφων ότι πράγματι συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού. Συνεπώς, τυχόν αντικατάσταση από τον διαγωνιζόμενο του τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, χωρίς να προηγηθεί αίτημα της αναθέτουσας αρχής και χωρίς να συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς του, η οποία συνεπάγεται τον αποκλεισμό του συμμετέχοντος.

31. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων είχε δηλώσει στο ΕΕΕΣ του ότι στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας περί της διάθεσης της απαιτούμενης ομάδας έργου, μεταξύ άλλων, στην κα ... ως φωτογράφου, εικονολήπτη, μοντέρ και υποβλήθηκε και σχετικό ΕΕΕΣ του εν λόγω τρίτου φορέα. Μετά την ανακήρυξη του προσφεύγοντος ως προσωρινού αναδόχου και κατόπιν της από ... σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, ο προσφεύγων υπέβαλε την ... τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς ωστόσο να συνυποβάλει τα απαιτούμενα κατά τη διακήρυξη έγγραφα ως προς τον τρίτο φορέα, ήτοι την κα Αντ' αυτού, ο προσφεύγων προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την από ... επιστολή του στην οποία αναφέρει ότι *«... σας γνωστοποιούμε ότι η κα ... που συμμετείχε κατά την υποβολή της προσφοράς ως μέλος της ομάδας έργου (φωτογράφος, μοντέρ), λόγω προσωπικού κωλύματος δεν δύναται να συμμετάσχει στην υλοποίηση του έργου και για το λόγο αυτό αντικαθίσταται από τον κο. ... (φωτογράφο – εικονολήπτη, μοντέρ) ο οποίος διαθέτει αντίστοιχα προσόντα και εμπειρία...»* και υπέβαλε δικαιολογητικά κατακύρωσης για τον κο Δ. Περαιτέρω, την 1.07.2021, ήτοι ένα και πλέον μήνα μετά την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού επιστολή στην οποία αναφέρονται τα ακόλουθα : «... Η κα ..., κατά την υποβολή της προσφοράς μας στον εν λόγω διαγωνισμό, είχε στη διάθεσή της όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά για τη συμμετοχή της στην ομάδα έργου, τα οποία και έγιναν αποδεκτά από την επιτροπή κατά την αξιολόγηση της προσφοράς μας, περιλαμβανομένων και αποδεικτικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας. Ωστόσο, λόγω των δυσμενών οικονομικών συνθηκών που έχουν δημιουργηθεί ως αποτέλεσμα της πανδημίας Covid-19, αδυνατεί να υποβάλλει δικαιολογητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας που να καλύπτουν τον χρόνο της κατακύρωσης, με συνέπεια να μην μπορεί να συμμετάσχει ως μέλος της ομάδας έργου. Για το λόγο αυτό, σύμφωνα και με την παρ. 2.2.9.2.α της Διακήρυξης του Διαγωνισμού καθώς και το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που διέπει τον διαγωνισμό, σας ζητάμε να εγκρίνετε την αντικατάσταση της από τον κο. ... (φωτογράφο – εικονολήπτη, μοντέρ) ο οποίος διαθέτει αντίστοιχα προσόντα και εμπειρία. Τα απαραίτητα δικαιολογητικά για τον κο ... θα υποβληθούν ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ, συμπληρωματικά των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης». Επομένως, εκ των ανωτέρω εγγράφων προκύπτει σαφώς ότι ο προσφεύγων προέβη σε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του, καθώς, την 28.05.2021, ήτοι κατά την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης ρητώς δήλωσε ότι η κα ... δεν θα συμμετέχει στην προσφορά του ως τρίτος φορέας «λόγω προσωπικού κωλύματος», αιτιολογία η οποία προδήλως δεν δύναται να θεωρηθεί ή ερμηνευθεί ως συνδρομή στο πρόσωπο της κας ... υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού. Τούτο δε ουδόλως αναιρείται από το γεγονός ότι πολύ μεταγενεστέρως την 1.07.2021 ο προσφεύγων ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι η κα ... αδυνατεί να εκδώσει φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα, διότι ο προσφεύγων, σύμφωνα με το νόμο και τον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης, όφειλε να δηλώσει την εν λόγω «αδυναμία» του τρίτου φορέα μέχρι την 28.05.2021, οπότε και υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και συνεπώς η δηλούμενη το πρώτον την 1.07.2021 από τον προσφεύγοντα συνδρομή λόγου υποχρεωτικού αποκλεισμού στο πρόσωπο της κας ... δεν μπορεί να ληφθεί

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

υπόψιν. Σε κάθε δε περίπτωση η δήλωση του προσφεύγοντος περί συνδρομής στο πρόσωπο του τρίτου φορέα υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού είναι και αναπόδεικτη, δοθέντος ότι ουδέν σχετικό έγγραφο προσκομίζει. Ως εκ τούτου, η από 1.07.2021 ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής από τον προσφεύγοντα περί της αδυναμίας έκδοσης φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας για τον τρίτο φορέα δεν μπορεί να έχει ως έννομη συνέπεια την δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αποδεχτεί την αντικατάσταση του τρίτου φορέα. Επισημαίνεται δε ότι, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η υπό κρίση περίπτωση υπάγεται στο ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 104 παρ. 2 του Ν.4412/2016 και των εννοιολογικά ταυτόσημων διατάξεων της διακήρυξης, ο προσφεύγων όφειλε να ειδοποιήσει την αναθέτουσα αρχή μέχρι την 18.05.2021, οπότε και απεστάλη προς αυτόν η πρόσκληση για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο όμως ουδόλως έπραξε αλλά τουναντίον προέβη μεταγενεστέρως και αυτοβούλως σε αντικατάσταση του τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου είχε στηριχθεί. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής και ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος, ενόψει δε τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής περί μη νόμιμου αποκλεισμού του προσφεύγοντος διότι το υποβληθέν ΕΕΕΣ του κ. ... δεν ήταν ψηφιακώς υπογεγραμμένο και δεν προσκομίστηκε ισολογισμός για το έτος 2016.

32. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

33. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

33. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει δεκτή.

34. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 32, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1560/2021

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε την 4 Οκτωβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ