

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου (δυνάμει της υπ' αριθμ. 145/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.08.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1657/23.08.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), κατοίκου Αλεξανδρούπολης, επί της Λεωφόρου Δημοκρατίας, αριθμ. 197.

Κατά της ... (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 171/5.08.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης του από 13.07.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

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 1.026 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 22.08.2021 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 για το είδος Υποχλωριώδες Νάτριο της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 205.200,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή ο αναθέτων φορέας με τη με αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια χημικών και κροκκιδωτικών υλικών», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 413.290,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε επτά είδη, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα είδη αλλά για το σύνολο της ποσότητας έκαστου είδους.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 15.06.2021 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 23.08.2021 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 12.08.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) 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 24.08.2021 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. 2196/2021 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 η αναθέτουσα αρχή την 1.09.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. 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.

10. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος για το είδος Υποχλωριώδες Νάτριο δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η «...», οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 13.07.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε αφενός μεν την αποδοχή της προσφοράς και την ανακήρυξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα «...» και αφετέρου την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος με την κάτωθι αιτιολογία : *«Σύμφωνα με τα όσα δηλώνονται στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ, οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης από κοινού, σαν ένωση οικονομικών φορέων.[...] Στην ΤΕΥΔ του, ο «...» δηλώνει ότι ο ίδιος εκπροσωπεί την ατομική του εταιρεία καθώς και στην αντίστοιχη ΤΕΥΔ της «...» δηλώνεται ότι ο ... εκπροσωπεί την «...». Από τα παραπάνω δεν τεκμαίρεται πουθενά ο νόμιμος εκπρόσωπος της ένωσης. Επίσης, δεν προσδιορίζεται στην εν λόγω προσφορά η έκταση και το είδος συμμετοχής έκαστου μέλους της ένωσης στην ίδια την ένωση. [...]όταν δύο ή περισσότερα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ενώνονται και συμμετέχουν σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης υποβάλλοντας κοινή προσφορά,*

υποχρεούνται να προσκομίσουν εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα υπέρ της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό προσωρινής ένωσης, αναγράφοντας τα στοιχεία κάθε μέλους της, που να καλύπτει τις υποχρεώσεις, όλων των φυσικών ή νομικών προσώπων που υποβάλλουν την κοινή προσφορά, περιλαμβάνοντας ειδικό προς τούτο όρο. Η προσωρινή ένωση οικονομικών φορέων, προκειμένου να συμμετέχει στον διαγωνισμό, υποχρεούται να πληροί κάποιες ελάχιστες απαιτήσεις για την νομιμότητα της συμμετοχής της και την διασφάλιση της διαδικασίας του διαγωνισμού, όπως είναι η κατάθεση με συγκεκριμένο περιεχόμενο εγγύησης συμμετοχής.» Στην προκειμένη περίπτωση θα έπρεπε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής να έχει εκδοθεί υπέρ και των δύο οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση που υποβάλει κοινή προσφορά. Αντ' αυτού η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, έχει εκδοθεί υπέρ μόνο του «...» και όχι υπέρ και των δύο οικονομικών φορέων που απαρτίζουν την ένωση». Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

11. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά του.

12. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «1ος ΛΟΓΟΣ ΜΗ ΜΟΝΙΜΑ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΜΕΤΕΒΑΛΕ ΤΟ ΤΕΥΔ ΑΦΑΙΡΩΝΤΑΣ ΤΟ ΣΧΕΤΙΚΟ ΠΕΔΙΟ ΤΗΣ ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΟΥ ΟΦΕΙΛΑΝ ΝΑ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΟΥΝ ΟΙ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΟΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΙ ΦΟΡΕΙΣ

[...]Η αναφορά – ερώτηση στο ΤΕΥΔ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» δεν μπορεί να απαλειφτεί από την Αναθέτουσα αρχή παρά μόνο στην περίπτωση της παρ. 3 του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016[...]

Εν προκειμένω και με βάση τα ως άνω, η Αναθέτουσα Αρχή έχει απαλείψει μη νόμιμα το πεδίο «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» καθιστώντας «περίπλοκη» τη συμμετοχή μου στον διαγωνισμό. Και τούτο γιατί ενώ η Αναθέτουσα αρχή στον επίδικο διαγωνισμό της δεν έχει αποκλείσει τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων με δάνεια εμπειρία, στην

πραγματικότητα, οι συμμετέχοντες με δάνεια εμπειρία, μεταξύ των οποίων και εγώ, αναγκάζονται, προκειμένου να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, να «συμπληρώσουν» στην ΤΕΥΔ μόνο τα πεδία που αφορούν στη συμμετοχή τους με άλλους φορείς και όχι τα πεδία που αφορούν στις «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων».

2ος ΛΟΓΟΣ ΜΗ ΜΟΝΙΜΑ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗ ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ ΜΕ ΑΠΕΚΛΕΙΣΕ ΘΕΩΡΩΝΤΑΣ ΕΣΦΑΛΜΕΝΑ ΟΤΙ ΣΥΜΜΕΤΕΧΩ ΩΣ ΕΝΩΣΗ ΦΟΡΕΩΝ

Όπως ήδη αναφέρθηκε, στο πρότυπο ΤΕΥΔ του «παραρτήματος Α» που δόθηκε από την αναθέτουσα αρχή για τον εν λόγω διαγωνισμό δεν υπήρχε πεδίο «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων ΦΟΡΕΩΝ» όπως υπάρχει στο πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο εγκρίθηκε με την 158/2016 Απόφαση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα «Έγκριση του "Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης" (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών» και δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ τ. Β 3698/16-11-2016.

Υπό τα ανωτέρω, αναγκάσθηκα στο σχετικό πεδίο «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» να απαντήσω ΝΑΙ στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους» ενώ, όμως, με πλήρη σαφήνεια δήλωσα – διευκρίνισα ότι η από κοινού συμμετοχή μου αφορά σε δάνεια εμπειρία. Ειδικότερα δε στην αμέσως επόμενη ερώτηση στο ΤΕΥΔ «..α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα» διευκρίνισα σαφώς ότι «...Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια.....».

Το ίδιο δε έπραξε και η εταιρεία «...», η οποία χρησιμοποίησε το ίδιο έντυπο του «παραρτήματος Α» που δόθηκε από την αναθέτουσα αρχή για τον εν λόγω διαγωνισμό και στην αντίστοιχη ερώτηση «.. α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για

συγκεκριμένα καθήκοντα» διευκρίνισε σαφώς «....ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΧΗΜΙΚΩΝ, ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ...».

[...]η Αναθέτουσα αρχή μη νόμιμα θεώρησε με την προσβαλλόμενη πράξη (171/5-8-2021 - αριθ. 19/2021 Πρακτικό του ΔΣ) ότι συμμετέχω μαζί με την εταιρεία. Αντίθετα, από την ως άνω εταιρία, εγώ λαμβάνω δάνεια εμπειρία – κάτι το οποίο, άλλωστε, δήλωσα ρητά και με σαφήνεια. Υπό τα ανωτέρω, δεν τυγχάνουμε ένωση οικονομικών φορέων και εσφαλμένα η Αναθέτουσα Αρχή με απέκλεισε λόγω μη ορισμού εκπροσώπου της ένωσης και μη κατάθεσης εγγυητικής επιστολής στο όνομα και των 2 οικονομικών φορέων.

3ος ΛΟΓΟΣ ΜΗ ΜΟΝΙΜΑ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗ ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ ΜΕ ΑΠΕΚΛΕΙΣΕ ΑΝ ΚΑΙ ΗΤΑΝ ΥΠΟΧΡΕΩΜΕΝΗ ΝΑ ΜΕ ΚΑΛΕΣΕΙ ΓΙΑ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΙΣ

[...]ήταν δυνατή η παροχή διευκρινίσεων - συμπλήρωση επί της ΤΕΥΔ μου, κατ άρθρο 102 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Ακολουθώντας δε τα ως άνω, η Αναθέτουσα Αρχή δεν θα με απέκλειε από τον διαγωνισμό επειδή υπέλαβε καθ' όλα εσφαλμένα ότι συμμετέχω ως ένωση προσώπων. Πολύ δε περισσότερο όταν το όφελος που θα αποκόμιζε από τη συμμετοχή μου θα ανερχόταν στο ποσό των 9.720 ευρώ (= 540.000 κιλά υποχλωριώδους νατρίου Χ 0,204 ευρώ η τιμή που επόμενου οικονομικού φορέα – 540.000 κιλά υποχλωριώδους νατρίου Χ 0,186 ευρώ η τιμή που προσέφερα εγώ).

Με την εν λόγω διάταξη του άρθρου 42 Ν. 4782/2021, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να ζητούν από τους προσφέροντες να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν πληροφορίες για τις προσφορές τους, όταν αυτές είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, με προφανή και απόλυτα δικαιολογημένο σκοπό την προστασίας της διαδικασίας και του ανταγωνισμού, ώστε περιορισθούν οι περιπτώσεις οριστικού αποκλεισμού διαγωνιζομένων λόγω μη πληρότητας του φακέλου της προσφοράς τους και να ελαχιστοποιηθούν οι πιθανότητες αυθαίρετης κρίσης των αναθετουσών αρχών που οδηγούν (για τέτοιους τυπικούς λόγους) στην απόρριψη κατά τα άλλα κανονικών προσφορών.

Επειδή, οι νέες αυτές διατάξεις κατατείνουν στον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς

λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής, χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρείας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα. Ενόψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι με τις νεότερες αυτές ρυθμίσεις δεν επιβάλλονται πρόσθετες υποχρεώσεις ή βάρη στους διαγωνιζομένους, αλλά, αντιθέτως, διευκολύνεται η συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, μολονότι στον νόμο δεν έχει περιληφθεί σχετική ρητή πρόβλεψη, κατά την έννοια των εν λόγω διατάξεων, οι ως άνω νεότερες ρυθμίσεις είναι εφαρμοστέες και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες και λαμβάνονται υπ' όψιν από τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού κατά την εξέταση του παραδεκτού της υποβολής των προσφορών (βλ. ΕΑ 133/2019 σκ. 11) (ΑΕΠΠ 7μ 10/2021)

Άλλωστε με την Αριθ. Πρωτ.: 113970/29-4-2021 Απόφαση του Υπουργού Υποδομών εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Ομάδας Εργασίας που συγκροτήθηκε με την με αριθ. πρωτ. 74177/22.03.2021 απόφαση του Γενικού Γραμματέα Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών (ΑΔΑ: Ψ4ΜΙ465ΞΘΞ-ΗΣΤ) για την υποβολή των αναθετουσών αρχών και αναθετόντων φορέων, ως προς την παροχή οδηγιών για την ενιαία εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4782/2021, σύμφωνα με το οποίο οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν και σε εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες τις νέες ρυθμίσεις του άρθρου 102 ν. 4412/2016 ως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 ν. 4782/2021.

Κατά συνέπεια με βάση τα ως άνω και με την ρητή αναφορά στα ΤΕΥΔ τόσο του δικού μου όσο και του οικονομικού φορέα με την στήριξη του οποίου συμμετείχα στην διαγωνιστική διαδικασία, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να με καλέσει σε διευκρινήσεις. Αν με καλούσε θα διαπίστωνε ότι σαφώς στα υποβαλλόμενα ΤΕΥΔ γίνεται σαφέστατη αναφορά ότι η συμμετοχή της εταιρίας

«...» αφορά την δάνεια εμπειρία που αυτή μου παρέχει, ότι εγώ και η ως άνω ένωση δεν αποτελούμε ένωση οικονομικών φορέων και κυρίως ότι οι συγκεκριμένες δηλώσεις έγιναν κατα τον τρόπο αυτό διότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει απαλείψει στα ΤΕΥΔ του διαγωνισμού το πεδίο «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» καθιστώντας «περίπλοκη» την συμμετοχή μου στον διαγωνισμό.

Υπό τα ανωτέρω, ο αποκλεισμός μου είναι μη νόμιμος και για το λόγο αυτό με απόφαση σας η προσβαλλόμενη πράξη θα πρέπει να ακυρωθεί».

13. Επειδή ο αναθέτων φορέας προβάλλει τα ακόλουθα : «ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: [...] παρατηρώντας με ακρίβεια τις επιταγές της κατευθυντήριας οδηγίας, προκύπτει ότι μπορούν να απαλειφθούν τα σημεία που επικαλείται ο προσφεύγων ότι δεν υπήρχαν στο ΤΕΥΔ καθώς δεν συμπεριλαμβάνονται ως μη επιτρεπτές επεμβάσεις στο σώμα του ΤΕΥΔ. Το αντίστοιχο πεδίο βρίσκεται στην ενότητα «Γ».

Σε κάθε περίπτωση, ο λόγος αυτός προβάλλεται ανεπιδικά, καθώς αφορά τμήμα της διακήρυξης που σε περίπτωση που υπήρχε αμφιβολία θα έπρεπε να απευθυνθεί έστω ένα ερώτημα σχετικό (ή και προσφυγή κατά της διακήρυξης) και να επιλυθεί και όχι να κατατίθεται ως λόγος προσβολής μεταγενέστερης διοικητικής πράξης (απόφασης αξιολόγησης) εκπρόθεσμα και απαράδεκτα.

ΔΕΥΤΕΡΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

[...] Ο λόγος που τίθενται ως απαιτούμενα τα εξής πιστοποιητικά είναι διότι απαιτείται να συντρέχουν οι διαπιστεύσεις καταλληλότητας σε αυτόν που θα εκτελέσει την προμήθεια.

Τα πιστοποιητικά *iso* παρέχονται στους οικονομικούς φορείς έπειτα από ενδεδειγμένους ελέγχους που γίνονται στις εγκαταστάσεις τους και από έρευνα όλων εκείνων των απαιτούμενων καταστάσεων για τις οποίες εκδίδεται το πιστοποιητικό καταλληλότητας αναλόγως με το περιεχόμενο κάθε φορά.

Με τους κανόνες της κοινής πείρας και λογικής, δάνεια εμπειρία δεν νοείται να δοθεί στη συγκεκριμένη απαίτηση του διαγωνισμού καθώς, το γεγονός ότι μια εταιρία, ήτοι ο «...» δύναται να έχει τα εχέγγυα καταλληλότητας, έχοντας στην κατοχή της τα απαιτούμενα πιστοποιητικά, όμως αυτή η καταλληλότητα αφορά

την δική του δραστηριότητα και δεν μπορεί να δανείζεται σε κάποιον άλλον οικονομικό φορέα.

Διαφορετικά, θα οδηγούμαστε στο ακραίο αποτέλεσμα, να δανείζεται η καταλληλότητα από κάποιον που δεν θα εκτελέσει τη σύμβαση σε αυτόν που θα την εκτελέσει και τελικά η σύμβαση θα εκτελείται από κάποιον που δεν φέρει την καταλληλότητα που απαιτείται!

Δέον σε αυτό το σημείο είναι να διευκρινιστεί η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία, ήτοι τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, 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 απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, έγκειται στο γεγονός ότι ο “δανειζόμενος” εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων – μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο. (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Οδηγία 10) (ΑΕΠΠ 216/2020).

Στο καθεστώς της δάνειας εμπειρίας εκείνος που εκτελεί τη σύμβαση δεν είναι ο τρίτος αλλά ο οικονομικός φορέας που θα συμβληθεί με τη αναθέτουσα αρχή. Άρα αν δεν μπορεί εκ των πραγμάτων να μεταβιβαστεί ή να χρησιμοποιηθεί η δάνεια εμπειρία, τότε εξ ορισμού δεν μπορεί να συμμετέχει παραδεκτά στη διαγωνιστική διαδικασία.

[...] Η κρίση της Επιτροπής αξιολόγησης του Διαγωνισμού, αναφέρει την πλημμελή συμμετοχή του προσφεύγοντος ως ένωση οικονομικών φορέων διότι μόνο τέτοια μορφής συμμετοχή θα μπορούσε να είναι παραδεκτή για την εκτέλεση της σύμβασης χωρίς να επηρεάζουν οι νομικοί δεσμοί μεταξύ των φορέων που ενώνονται στον χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού όπως ρητά ορίζεται στον νόμο και στην διακήρυξη(άρ.7 περ.2 §2).

ΤΡΙΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

[...] Σύμφωνα με το υπ' αριθ. 2339/16.04.2021 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. «Διευκρινίσεις ως προς επιμέρους διατάξεις του ν. 4782/2021 (Α' 36). Τροποποίηση του ν. 4412/ 2016 και άλλες διατάξεις» και με όσα αναφέρονται στην έκθεση συνεπειών ρυθμίσεων για το άρθρο 42 του Ν.4782/2021 που τροποποιεί το άρθρο 102 του Ν.4412/2016, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ'αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.»

Η μόνη βεβαίωση που κατέθεσε ο προσφεύγωντας ήταν ότι η εταιρεία «...» αναλαμβάνει να τον προμηθεύσει με το υλικό και όχι ότι αναλαμβάνει να μεταφέρει το υλικό στις εγκαταστάσεις τις ... Επομένως, δεν θα μπορούσε η επιτροπή να ζητήσει διευκρινήσεις για τη σύσταση συνεργασίας που δεν προβλέφθηκε μεταξύ του προσφεύγοντος και του τρίτου.

Αντίθετη ενέργεια της Επιτροπής διαγωνισμού θα οδηγούσε σε μεροληπτική στάση απέναντι στον προσφεύγοντα, του οποίου δεν διορθώνει σφάλμα, αλλά του ζητά να τροποποιήσει τον τρόπο συμμετοχής του.

Η βεβαίωση που κατέθεσε ικανοποιεί τον όρο της διακήρυξης ότι σε περίπτωση που καταστεί οριστικός ανάδοχος κάποιος οικονομικός φορέας, σε περίπτωση που δεν παράγει ο ίδιος το προϊόν το οποίο θα παρέχει στη ..., θα έχει τη δυνατότητα να καλύψει τις ανάγκες της επιχείρησης εξολοκλήρου και δεν θα παρουσιαστούν προβλήματα ως προς την ποσότητα των υλικών και την τελική παράδοσή τους. Από την πολυετή εμπειρία της στην προμήθεια των συγκεκριμένων ειδών, είμαστε σε θέση να γνωρίζουμε ότι πολλές φορές ο αντισυμβαλλόμενος έχει καλή πίστη για την εκτέλεση της προμήθειας, αλλά ο αρχικός προμηθευτής του δεν διαθέτει την απαιτούμενη ποσότητα με

αποτέλεσμα να δημιουργείται τεράστιο πρόβλημα στην επιχείρηση συνυπολογίζοντας ότι τα υλικά που δημοπρατήθηκαν είναι απολύτως απαραίτητα υλικά για την παροχή προς του δημότες καθαρού, ακίνδυνου νερού. Όμως, δεν απαιτείται μόνο η ύπαρξη του υλικού. Απαιτείται να μεταφερθεί με ασφάλεια και σε κατάσταση απόλυτης ποιότητας και στις εγκαταστάσεις της ...».

14. Επειδή το άρθρο 253 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων.[...]».

15. Επειδή το άρθρο 281 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα 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: [...] ιβ) 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,[...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.) [...]».

16. Επειδή το άρθρο 301 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Για τους σκοπούς της επιλογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων εφαρμόζονται οι ακόλουθοι κανόνες:α) οι αναθέτοντες φορείς που έχουν θεσπίσει κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων, σύμφωνα με την παράγραφος 1 του άρθρου 304 ή με την παράγραφο 1 του άρθρου 305, αποκλείουν τους οικονομικούς φορείς που προσδιορίζονται, σύμφωνα με τους εν λόγω κανόνες και πληρούν τα εν λόγω κριτήρια αποκλεισμού, β) επιλέγουν τους προσφέροντες και τους υποψηφίους,

σύμφωνα με τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που θεσπίζονται δυνάμει των άρθρων 304 και 305[...]

17. Επειδή το άρθρο 307 του ν. 4412/2017 ορίζει ότι : «...2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό. Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.[...]

18. Επειδή το άρθρο 309 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Οι αναθέτοντες φορείς, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών που εκδίδονται από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας, βασιζόμενα στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων που έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους

οργανισμούς. Οι αναθέτοντες φορείς αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους που δεν αποδίδονται σε δική του ευθύνη, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.

2. Εάν οι αναθέτοντες φορείς απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που να βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με συγκεκριμένα συστήματα ή πρότυπα όσον αφορά την περιβαλλοντική διαχείριση, παραπέμπουν στο σύστημα οικολογικής διαχείρισης και ελέγχου (EMAS) της Ένωσης ή σε άλλα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης που έχουν αναγνωρισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 1221/2009 ή σε άλλα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης που βασίζονται σε αντίστοιχα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα που έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτοντες φορείς αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη.[...]

19. Επειδή το άρθρο 310 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτοντες φορείς, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους 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 υποβάλουν, 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».

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 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, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. 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. [...] 3. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (L 3), και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή[...].».

21. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...] Άρθρο 4 Τρόπος λήψης των εγγράφων του διαγωνισμού και πληροφοριών ή διευκρινίσεων επί όρων διακήρυξης

1. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία έχουν πρόσβαση στα έγγραφα που παράγονται στο Σύστημα με τον τρόπο και στο χρόνο που ορίζεται από τις κατά περίπτωση κείμενες διατάξεις, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των διατάξεων του άρθρου 5 του Ν. 2690/1999, των διατάξεων για το ηλεκτρονικό δημόσιο έγγραφο(ΥΑΠ/Φ.40.4/3/1031/2012 - ΦΕΚ 1317Β/23.04.2012) .

2. Προς διευκόλυνση των ενδιαφερομένων, το πλήρες τεύχος της διακήρυξης διατίθεται ακόμη, σε ηλεκτρονική μορφή, από την ιστοσελίδα της ..., στον δικτυακό τόπο: <http://www.gr>.

[...]4. Τα σχετικά αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών - διευκρινίσεων επί των εγγράφων του διαγωνισμού, υποβάλλονται ηλεκτρονικά μόνο στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και μόνο από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, όσους δηλαδή διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια, που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης), ύστερα από αίτησή τους.[...]

Άρθρο 7 Δικαιολογητικά συμμετοχής

Οι δικαιούμενοι συμμετοχής στον ανοικτό διαγωνισμό υποβάλλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, επί ποινή αποκλεισμού και τα εξής δικαιολογητικά σε μορφή αρχείου .pdf :

1) Εγγυητική επιστολή συμμετοχής, στο διαγωνισμό σε χρηματικό ποσό αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, που δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός Φ.Π.Α., με ανάλογη στρογγυλοποίηση, δηλαδή ποσού οκτώ χιλιάδων διακοσίων εξήντα πέντε ευρώ και ογδόντα λεπτών (8.265,80€). [...]

2) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο Τ.Ε.Υ.Δ. το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα Α), ψηφιακά υπογεγραμμένο* [οράτε παρακάτω] Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που

υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το Τ.Ε.Υ.Δ. για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση. [...]

Άρθρο 8 Εγγυήσεις

1. Εγγύηση συμμετοχής

[...]ε) Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.[...]

Άρθρο 9 Τρόπος υποβολής και σύνταξης προσφορών

[...] 3. Στον (υπο)φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» περιλαμβάνονται, επί ποινή αποκλεισμού, τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων(επί ποινής αποκλεισμού) και συγκεκριμένα:

α) Τα στοιχεία που ζητούνται σύμφωνα με το άρθρο 7 της παρούσας διακήρυξης (δικαιολογητικά συμμετοχής) [...]

Άρθρο 17 Δικαιολογητικά κατακύρωσης

[...] Επιπρόσθετα ο προσωρινός ανάδοχος , θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού, να καταθέσει :

- πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνει ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, ISO 9001:2015, με πεδίο πιστοποίησης συναφές με την προμήθεια.
- πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνει ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με τα απαιτούμενα συστήματα ή πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001 :2015 ,με πεδίο πιστοποίησης συναφές με την προμήθεια..
- βεβαίωση του εργοστασίου παραγωγής του υλικού, ότι το προσφερόμενο υλικό παρασκευάζεται σε χώρα της ευρωπαϊκής ένωσης .
- πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνει ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με τα απαιτούμενα πρότυπα διαχείρισης της υγείας και ασφάλειας στην εργασία ISO 45001:2015.

Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μεριμνήσουν ώστε τα εν λόγω πιστοποιητικά να είναι σε ισχύ τόσο κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, όσο και κατά την ημερομηνία σύναψης της σύμβασης.[...].».

22. 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 συνολολόγηση 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.

23. 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 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).

24. 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.

25. 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).

26. 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. Ο δανεισμός της

ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί να αποδεικνύεται με την προσκόμιση των αποδείξεων που προβλέπονται στην διακήρυξη η δέσμευση περί διάθεσης των πόρων από τον τρίτο προς τον προσφέροντα για τους σκοπούς εκτέλεσης της προμήθειας εφόσον ανατεθεί. (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σ.451 με παραπομπές σε ΔΕΚ Απόφαση της 2.12.1999, υπόθεση C-176/98, Holst Italia κατά Comune di Cagliari, Απόφαση της 12.7.2001, υπόθεση C-399/98, Ordine degli Architecti delle Province di Milano e Lodi κ.λ.π. κατά Comune di Milano

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 τον προσφέροντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξής του ως αναδόχου. Το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη, αίτηση συμμετοχής κλπ) της εκάστοτε διαδικασίας.

28. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπύπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του

διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

29. Επειδή στα άρθρα της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού δεν προβλέπονται κριτήρια επιλογής ως προς τη χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ικανότητα των διαγωνιζομένων. Δοθέντος δε ότι εκ των άρθρων 78 και 307 του ν. 4412/2016 σαφώς προκύπτει ότι στήριξη στις ικανότητες τρίτων επιτρέπεται μόνον ως προς τα κριτήρια επιλογής που αφορούν τη χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ικανότητα, εν προκειμένω, δεν είναι δυνατή η παραδεκτή συμμετοχή στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων δια της στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων και άρα αβασίμως ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο αναθέτων φορέας δεν έχει αποκλείσει τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων με δάνεια εμπειρία. Τα δε προβλεπόμενα στο άρθρο 17 της διακήρυξης πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας αφορούν τη συμμόρφωση του ίδιου του οικονομικού φορέα με τα σχετικά πρότυπα και προδήλως δεν είναι νοητή η στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση της σχετική απαίτησης της διακήρυξης, ως βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας. Επομένως, ορθώς και νομίμως ο αναθέτων φορέας αφενός μεν διαμόρφωσε το υπόδειγμα ΤΕΥΔ που ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού έχοντας απαλείψει το πεδίο που αφορά στη στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα και αφετέρου έχει διατηρήσει το πεδίο που αφορά στα συστήματα διασφάλισης ποιότητας. Σημειωτέον ότι ο προσφεύγων ουδόλως αιτήθηκε την παροχή διευκρινίσεων επί του ζητήματος της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, ούτε αμφισβήτησε δια προδικαστικής προσφυγής τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης και των εγγράφων του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 28, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως προβαλλόμενος και σε κάθε περίπτωση ως αβάσιμος.

30. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων στην Ενότητα Α του Μέρους ΙΙ του υποβληθέντος ΤΕΥΔ του και δη στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους;» δήλωσε ότι «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής ...». Επίσης, υποβλήθηκε ΤΕΥΔ για την εταιρεία ...όπου στο ίδιο ερώτημα της Ενότητας Α του Μέρους ΙΙ δηλώνεται «α) ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΧΗΜΙΚΩΝ, ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ β) ...». Ωστόσο, δεδομένου ότι, ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, δεν προβλέπονται στη διακήρυξη κριτήρια επιλογής, δεν είναι επιτρεπτή στον υπό κρίση διαγωνισμό ούτε η προβλεπόμενη στα άρθρα 78 και 307 του ν. 4412/2016 στήριξη μιας ένωσης οικονομικών φορέων στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση προς πλήρωση των κριτηρίων επιλογής.. Συνεπώς, ο αναθέτων φορέας όφειλε να απορρίψει τον προσφεύγοντα λόγω ανεπίτρεπτης κατά τη διακήρυξη στήριξης στις ικανότητες του τρίτου φορέα ... και όχι λόγω μη ορισμού κοινού εκπροσώπου της ένωσης και μη κατάθεσης εγγυητικής επιστολής στο όνομα και των δύο οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Ωστόσο, όπως έχει νομολογιακώς κριθεί, εάν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, αλλά εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη κατά το συγκεκριμένο τμήμα του διατακτικού της με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988), καθόσον η πράξη κρίνεται ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος», εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμε.). Ως εκ τούτου, αν και εν μέρει με πλημμελή αιτιολογία, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα ο αναθέτων φορέας απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος

31. Επειδή, τέλος ο ισχυρισμός περί δυνατότητας εφαρμογής του άρθρου 310 του ν. 4412/2016 (και όχι του άρθρου 102 που εσφαλμένως επικαλείται ο προσφεύγων) προβάλλεται αλυσιτελώς, καθώς, ακόμη και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι θα ήταν επιτρεπτή η διευκρίνιση των δηλωθέντων στο

ΤΕΥΔ του προσφεύγοντος, ήτοι ότι συμμετέχει στο διαγωνισμό δια της στήριξης στις ικανότητες του τρίτου φορέα ... ως ο ίδιος δηλώνει στην προσφυγή του, η εν λόγω διευκρίνιση θα συνεπαγόταν τον αποκλεισμό της προσφοράς του, δεδομένου ότι η στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων δεν επιτρέπεται κατά το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού.

32. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

33. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη 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

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε την 18 Οκτωβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ