

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου – Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/ 188/27-10-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/30/27-10-2017 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» κατά της Αναθέτουσας Αρχής «ΔΗΜΟΣ ΧΑΛΑΝΔΡΙΟΥ» και της με αριθμό 766/13-10-2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Χαλανδρίου δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν το πρακτικό 1/23.08.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και το πρακτικό 2/05.10.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της επιτροπής αξιολόγησης του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο «την προμήθεια και φύτευση φυτών στη νησίδα της οδού Ηρακλείτου» και εγκατάσταση αρδευτικού συστήματος» Α.Μ. 45/2017, εκτιμώμενης αξίας 74.967,72€ συμπεριλαμβανόμενου του Φ.Π.Α. καθώς και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης.

Με την προδικαστική προσφυγή η αιτούσα εταιρεία (εφεξής «αιτούσα» ή «προσφεύγουσα») ζητά την ακύρωση της με αριθμό 766/13-10-2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Χαλανδρίου δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν το πρακτικό 1/23.08.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και το πρακτικό 2/05.10.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της επιτροπής αξιολόγησης του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο «την προμήθεια και φύτευση φυτών στη νησίδα της οδού Ηρακλείτου» και εγκατάσταση αρδευτικού συστήματος» Α.Μ.

## **Αριθμός Απόφασης: 164/2017**

45/2017, κατά το σκέλος που η εταιρεία ... ανακηρύχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος και η ... κατετάγη δεύτερη μειοδότη, ήτοι ζητά να απορριφθούν οι προσφορές α) της προσωρινής αναδόχου εταιρείας ... και β) της ... και να καταστεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος.

### **Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου**

#### **Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

#### **Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο, (σχ. το με στοιχεία 17154200495712270067 ειδικό έντυπο παραβόλου) ποσού 600€.

2. Επειδή, η από 27.10.2017 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της με αριθμό 766/13-10-2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Χαλανδρίου δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν το πρακτικό 1/23.08.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και το πρακτικό 2/05.10.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της επιτροπής αξιολόγησης του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο «την προμήθεια και φύτευση φυτών στη νησίδα της οδού Ηρακλείτου» (CPV 03451000-6,14212400-4,43323000-3,45232121-6,77310000-6) και εγκατάσταση αρδευτικού συστήματος» Α.Μ. 45/2017, εκτιμώμενης αξίας 74.967,72€ συμπεριλαμβανόμενου του Φ.Π.Α., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16/8/2017. Ο δε διαγωνισμός διενεργήθηκε βάσει της δημοσίευθειςας 23689/12.7.2017 διακήρυξης με συστημικό α/α ΕΣΗΔΗΣ 44106,1 της 12.07.2017 με δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ την 13.07.2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC00168662. Επομένως, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης στο

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή είναι εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (εν προκειμένω, προκύπτει δηλούμενος εκ της προσφεύγουσας χρόνος πλήρους γνώσης η 20.10.2017), ενώ η προσφεύγουσα χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο υπογράφεται ηλεκτρονικά από το διαχειριστή και νόμιμο εκπρόσωπό της. Η δε προσφεύγουσα, έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής και αυτονόητα θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ως συμμετέχουσα στο διαγωνισμό με τεχνική προσφορά που κρίθηκε αποδεκτή, για τον προφανή λόγο ότι ο αποκλεισμός του νυν προσωρινού αναδόχου και της καταταγείσας ως δεύτερης μειοδότης συνεπάγεται αυτομάτως την ανάδειξη της ίδιας της προσφεύγουσας σε προσωρινή ανάδοχο.

**3.** Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης προβάλλοντας ως λόγους τους ακόλουθους: **(α)** Την ακυρότητα της συμμετοχής της προσωρινής αναδόχου εταιρείας ... λόγω έλλειψης ψηφιακής υπογραφής στο Τυποποιημένο έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του ..., ήτοι του ενός εκ των δύο διαχειριστών της εν λόγω εταιρείας. Δηλαδή, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, η εταιρεία ... προσκόμισε ΤΕΥΔ το οποίο έφερε τη ψηφιακή υπογραφή μόνο του ενός εκ των διαχειριστών, του ... και μόνο φυσική υπογραφή (με θεώρηση γνησίου υπογραφής) του έτερου συνδιαχειριστή ... χωρίς να είναι ψηφιακά υπογραμμένο από τον τελευταίο, παραβιάζοντας ευθέως την ανωτέρω διάταξη του Νόμου και την Κατευθυντήρια Οδηγία 15 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στα νομιμοποιητικά έγγραφα που η εταιρεία ... υπέβαλε (αρ. 19 του υπ' αριθμ.7032/11-4-2012 καταστατικού) αναφέρεται ότι *«Η διαχείριση γενικά των εταιρικών υποθέσεων και η δικαστική και εξώδικη εκπροσώπηση της εταιρείας ανατίθεται με το παρόν καταστατικό για όλη τη διάρκεια της εταιρείας στους εταίρους ...και .... Οι ανωτέρω διαχειριστές θα ενεργούν στο όνομα και για λογαριασμό της εταιρείας είτε μεμονωμένα είτε από κοινού οποιοσδήποτε πράξεις διαχείρισης και διάθεσης, οι οποίες σε κάθε περίπτωση*

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

θα ανάγονται στους σκοπούς της εταιρικής επιχείρησης, και κατ' επέκταση θα εκπροσωπούν και θα δεσμεύουν νομίμως της εταιρείας», προκύπτει δηλαδή ότι αμφότεροι οι ... και ... είναι διαχειριστές της εταιρείας και εκπροσωπούν την εταιρεία από κοινού και χωριστά. Κατόπιν τούτου, η προσφεύγουσα επικαλείται την κατευθυντήρια Οδηγία της 15 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, σύμφωνα με την οποία το ΤΕΥΔ υπογράφεται ψηφιακά από το φυσικό/α πρόσωπα τα οποία είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον οικονομικό φορέα συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Περαιτέρω η προσφεύγουσα, αναφέρεται στην υπ' αριθμόν 38 απάντηση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (Συχνές ερωτήσεις – Απαντήσεις-αριθ. 38) σύμφωνα με την οποία, σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα, σύμφωνα με τα παραπάνω έχουν υποχρέωση υπογραφής του ΤΕΥΔ υπογράφουν στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ίδιου (και όχι διαφορετικού για κάθε υπογράφοντα) ΤΕΥΔ. Τέλος η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από το συνδυασμό των ανωτέρω και της διάταξης του αρ. 73 ν.4412/2016, σύμφωνα με την οποία «*Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά: αα) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές [...]*», προκύπτει ότι η υποχρέωση υπογραφής του ΤΕΥΔ από όλους του διαχειριστές ΕΠΕ, καθώς μόνον έτσι πληρούται η υποχρέωση υπεύθυνης δήλωσης όλων των διαχειριστών του οικονομικού φορέα περί μη ύπαρξης στο πρόσωπό τους των εκ του νόμου προβλεπόμενων λόγων αποκλεισμού.

(β) Την ακυρότητα της συμμετοχής της ... λόγω έλλειψης ανάλογης εμπειρίας και λόγω έλλειψης άδειας εμπορίας πολλαπλασιαστικού υλικού από το ΥΠΑΑΤ όπως προβλέπεται στην ΚΥΑ 1153/16620/2014. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι η ..., καίτοι προς απόδειξη της επαγγελματικής της εμπειρίας και πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

περί τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας στηρίχθηκε στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, εντούτοις η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί λόγω του ότι δεν αποδεικνύει εμπειρία σε παρόμοιο αντικείμενο προμήθειας και φύτευσης φυτών και εγκατάστασης αρδευτικού συστήματος, σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού, αλλά ένα μικρό μέρος αυτής και δη αυτό που αφορά σε παροχή υπηρεσιών και όχι προμήθειας. Η προσφεύγουσα επίσης ισχυρίζεται ότι η ... δεν δύναται νομίμως να στηριχθεί σε ικανότητες τρίτου για την πλήρωση του όρου της διακήρυξης που αφορά στην άδειας εμπορίας πολλαπλασιαστικού υλικού από το ΥΠΑΑΤ όπως προβλέπεται στην ΚΥΑ 1153/16620/2014. Τούτο δε διότι ακόμη και εάν η ... προμηθευτεί το απαραίτητο πολλαπλασιαστικό υλικό από τρίτη αδειοδοτημένη επιχείρηση δεν δύναται ωστόσο να προμηθεύσει νομίμως με τη σειρά της την αναθέτουσα αρχή. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ... δεν ασκεί συναφή με το αντικείμενο της επίμαχης διακηρύξεως δραστηριότητα. Προς επίρρωση των ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα αναφέρεται σε πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ σύμφωνα με το οποίο η μόνη καταχωρημένη στο ΕΒΕΑ εμπορική δραστηριότητα της ...είναι αυτή της πώλησης αυτοκινήτων και εν γένει οχημάτων μέσω διαδικτύου.

5. Επειδή η αναθέτουσα στις απόψεις που υπέβαλε επί της προδικαστικής προσφυγής υποστηρίζει τα εξής: (α) Ως προς τη νομιμότητα της προσφοράς της εταιρείας ...: Το ΤΕΥΔ, το οποίο επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούται να υποβάλει ο συμμετέχων στην διαγωνιστική διαδικασία που κατατείνει στη σύναψη δημοσίας συμβάσεως, οικονομικός φορέας, αποτελεί ουσιαστικώς υπεύθυνη δήλωση του φορέως αυτού, περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου ή λόγων αποκλεισμού του από την σύναψη της δημοσίας συμβάσεως, αποτελεί δηλαδή προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση πιστοποιητικών που εκδίδουν οι δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη για την εν λόγω αιτία, συνισταμένη στην ύπαρξη ή μη καταδικαστικής αποφάσεως εις βάρος των φυσικών προσώπων τα οποία συμμετέχουν στην διαγωνιστική διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή επικυρώνοντας τα πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού, έκρινε ότι δεν παραβιάζονται οι διατάξεις του Νόμου και όσα προβλέπονται στη διακήρυξη και τούτο διότι η συμμετέχουσα

## **Αριθμός Απόφασης: 164/2017**

ΕΠΕ υπέβαλε νομοτύπως το ΤΕΥΔ, καθώς οι διαχειριστές της ΕΠΕ έθεσαν τη φυσική υπογραφή τους σε αυτό δηλώνοντας ουσιαστικά αμφότεροι υπεύθυνα περί μη συνδρομής στο πρόσωπό τους λόγου ή λόγων αποκλεισμού τους από την σύναψη της δημοσίας συμβάσεως και ταυτόχρονα ο εκπρόσωπος της ΕΠΕ έθεσε και ψηφιακή υπογραφή, συμφώνως με το σκοπό της νομοθετικής διάταξης. Μάλιστα, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή από το γεγονός της έλλειψης της ψηφιακής υπογραφής ενός εκ των δύο διαχειριστών αλλά της ύπαρξης της φυσικής του υπογραφής δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι διακυβεύεται η διαφάνεια του διαγωνισμού. Η ψηφιακή υπογραφή άλλωστε αφορά σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής τη γνησιότητα του εγγράφου και ισοδυναμεί με τη φυσική υπογραφή. Εξάλλου, σύμφωνα με όσα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, σκοπός τόσο του κοινοτικού όσο και του εθνικού νομοθέτη, ο οποίος, προκύπτει από το προοίμιο του Εκτελεστικού Κανονισμού (Ε.Ε.) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, όσον από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016, είναι η απλούστευση και η ευελιξία των κανόνων και διαδικασιών που διέπουν την σύναψη δημοσίων συμβάσεων, η επέκταση και, εν τέλει, γενίκευση των ηλεκτρονικών μέσων ως τρόπου επικοινωνίας στο πεδίο αυτό, η δραστική περικοπή του διοικητικού φόρτου για τις αναθέτουσες αρχές λόγω των απαιτούμενων δικαιολογητικών από τους οικονομικούς φορείς, η μείωση των προβλημάτων που αφορούν την ακριβή σύνταξη των επισήμων δηλώσεων και εγγράφων και ο εκσυγχρονισμός των διαδικασιών με μείωση των προθεσμιών για την υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής σε διαγωνιστικές διαδικασίες. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή σημειώνει ότι παρά τα διαλαμβανόμενα στον ως άνω Κανονισμό (για το ΕΕΕΣ) και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 15 της Αρχής (για το ΤΕΥΔ), έχει υποβληθεί στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ πλήθος ερωτημάτων τόσο από αναθέτουσες αρχές όσο και από οικονομικούς φορείς, από τα οποία προκύπτει ότι υφίσταται ανάγκη περαιτέρω διευκρινίσεων ως προς τους υπόχρεους υπογραφής του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, προκειμένου να καλυφθεί η απαίτηση της παρ. 1 του άρθρου 73. Βάσει των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι απολύτως νόμιμη.

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

(β) Ως προς τη νομιμότητα της προσφοράς της Μαρίας Σιδέρη: Κατά την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 και τη διακήρυξη (σελ. 16 II) προβλέπονται τα ακόλουθα: «1. *Επίκληση δάνειας επαγγελματικής ικανότητας: Σύμφωνα με το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 78 ν.4412/2016) οι υποψήφιοι για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, μπορεί να στηρίζονται στην τεχνική ικανότητα τρίτων φορέων που δεν μετέχουν στην προσφορά, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύουν ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Η απόδειξη της δέσμευσης του τρίτου δανείζοντος φορέα κατά τα ανωτέρω γίνεται με την προσκόμιση των κάτωθι: α. Υπεύθυνη Δήλωση Ν.1599/86 του οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, περί δέσμευσης του προς την Αναθέτουσα Αρχή, με την οποία θα αναλαμβάνει την υποχρέωση να συνάψει έγγραφη συμφωνία συνεργασίας για την υλοποίηση του Έργου με τον διαγωνιζόμενο, πριν την τελική κατακύρωση του παρόντος διαγωνισμού, προκειμένου να αναλάβει την προμήθεια των αγαθών. β. Υπεύθυνη Δήλωση Ν.1599/86 του οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, περί δέσμευσης του προς την Αναθέτουσα Αρχή, περί συνεργασίας με τον προσφέροντα διάρκειας τουλάχιστον ίσης με το προβλεπόμενο χρονικό διάστημα υλοποίησης του Έργου». Εν προκειμένω, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής η ... προσκόμισε τα ως άνω απαιτούμενα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν τη στήριξή της στην επαγγελματική ικανότητα τρίτου και συγκεκριμένα στην εταιρεία ..., καθώς και το με αριθμ. πρωτοκ. 1954/75897/7-8-2017 έγγραφο της Γενικής Διεύθυνσης Βιώσιμης Φυτικής Παραγωγής – Διεύθυνση Φυτογενετικών Πόρων και Πολ/κου υλικού του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, από το οποίο προκύπτει ότι η εταιρεία ... πληροί τις προϋποθέσεις για την άσκηση εμπορίας πολλαπλασιαστικού υλικού αλλά και το με αριθμ. πρωτ. 6868/8-8-2017 πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ (το οποίο διευκρινίζεται από την Εισηγήτρια ότι δεν αφορά στη ... αλλά στην εταιρεία ...), από το οποίο προκύπτει ότι μεταξύ των δραστηριοτήτων της επιχείρησης είναι το χονδρικό εμπόριο. Επομένως,*

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή, ορθώς η τεχνική προφορά της Μαρίας Σιδέρη έγινε δεκτή και άρα ορθώς εξετάστηκε η οικονομική της προσφορά.

6. Επειδή ως προς την προβαλλόμενη ακυρότητα της προσφοράς της εταιρείας ... το Κλιμάκιο σκέφθηκε ως εξής: αναφορικά με το Τυποποιημένο έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ) του άρθρου 79 παρ 4 του Ν.4412/16, στις σελίδες 14 και 15 της διακήρυξης του διαγωνισμού αναφέρονται αυτολεξεί τα ακόλουθα: «I. Δικαιολογητικά κατάστασης υποψηφίου Α1.1) Τυποποιημένο έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ) του άρθρου 79 παρ 4 του Ν.4412/16, το οποίο καταρτίζεται και διατίθεται από την Αναθέτουσα Αρχή, αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα Δ) και συμπληρώνεται κατά τα ακόλουθα μέρη: ΜΕΡΟΣ II (Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα), ΜΕΡΟΣ III (Κριτήρια αποκλεισμού), ΜΕΡΟΣ IV (Κριτήρια Επιλογής) και Μέρος VI (Τελικές δηλώσεις) ώστε να δηλώνονται από τους οικονομικούς φορείς οι σχετικές πληροφορίες που απαιτούνται από τη διακήρυξη [...]. Το ανωτέρω Τυποποιημένο έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ) υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται ηλεκτρονικά από τους υποψήφιους αφού συμπληρωθεί μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως επί ποινή αποκλεισμού, σε μορφή αρχείου .pdf. Σημείωση(1):Υποχρέωση υποβολής του τυποποιημένου εντύπου υπεύθυνης δήλωσης - Τ.Ε.Υ.Δ: Η υποχρέωση υποβολής του τυποποιημένου εντύπου υπεύθυνης δήλωσης -Τ.Ε.Υ.Δ- περί μη έκδοσης τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης για τα αδικήματα της §1(περ α-στ) του άρθρου 73 Ν 4412/16- αφορά σε κάθε πρόσωπο που είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά ιδίως: α) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές, β) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου. γ) Σε όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις νομικών προσώπων, η υποχρέωση των προηγούμενων εδαφίων αφορά στους νόμιμους εκπροσώπους τους. Σημείωση (2):Υποχρέωση υπογραφής του ΤΕΥΔ: Το Τυποποιημένο Έντυπο



## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) υπογράφεται από το φυσικό/-ά πρόσωπο/α, τα οποία είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό & κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον οικονομικό φορέα, συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (Πρβλ. Κανονισμό (ΕΕ) 2017/6 & Κατευθυντήρια Οδηγία 15 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Συγκεκριμένα η υποχρέωση αφορά: α) στις περιπτώσεις Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. & Ε.Ε.), τους διαχειριστές, β) στις περιπτώσεις Ανωνύμων Εταιρειών (Α.Ε.) το Δ/ντα Σύμβουλο καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου γ) Σε όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις νομικών προσώπων, η υποχρέωση των προηγούμενων εδαφίων αφορά στους νόμιμους εκπροσώπους τους. Σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα, σύμφωνα με τα παραπάνω έχουν υποχρέωση υπογραφής του ΤΕΥΔ υπογράφουν στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ίδιου (και όχι διαφορετικού για κάθε υπογράφο) ΤΕΥΔ ( Συχνές ερωτήσεις – Απαντήσεις Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. - αριθ. 38).»

7. Επειδή, κατά το άρ. 8 παρ. 3 ΚΥΑ 56902/215/ΦΕΚ Β 2.6.2017 “Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας.”, ενώ το άρ. 15 ορίζει ότι “1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/ παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με

## **Αριθμός Απόφασης: 164/2017**

την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής [...]. 1.2.2. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*. Στην συνέχεια, ο οικονομικός φορέας παράγει από το Σύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία (εκτυπώσεις της Τεχνικής Προσφοράς Προμηθευτή και της Οικονομικής Προσφοράς Προμηθευτή σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*), τα οποία υπογράφονται με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς από τον οικονομικό φορέα.”

8. Επειδή, το άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προβλέπει μεταξύ άλλων ότι “Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά ιδίως: αα) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές, ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.”.

9. Επειδή περαιτέρω, η ΕΑΑΔΗΣΥ στο έγγραφό της περί Συχνών Ερωτήσεων ως προς τον Ν. 4412/2016, ρητά διευκρινίζει ως προς τον κύκλο των υπογραφόντων ΕΕΕΣ και ΤΕΥΔ πως «Το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)/ Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) υπογράφεται από το φυσικό/- ά πρόσωπο/ α, τα οποία είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό,

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον οικονομικό φορέα, συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. (Πρβλ. Κανονισμό (ΕΕ) 2017/6 & Κατευθυντήρια Οδηγία 15 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) Σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα, σύμφωνα με τα παραπάνω έχουν υποχρέωση υπογραφής του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, υπογράφουν στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ίδιου (και όχι διαφορετικού για κάθε υπογράφο) ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ.”

10. Επειδή, το Ελεγκτικό Συνέδριο (Απόφασή του Τμ. VI 1434/2017) (η οποία προφανώς έχει εφαρμογή και ως προς το ΤΕΥΔ και ΕΠΕ) ανακάλεσε την προηγούμενη 92/2017 Πράξη Στ' Κλιμακίου, και έκρινε ότι «...η υποχρέωση υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο συνιστά υπεύθυνη δήλωση για την ποινική κατάσταση εκάστου των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας, αφορά τόσο στο Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής όσο και σε έκαστο εκ των μελών του Διοικητικού της Συμβουλίου και υφίστατο, συνεπώς, υποχρέωση υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ. από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας, η οποία, λόγω της παραλείψεως υπογραφής αυτού από όλα τα μέλη του Δ.Σ. αυτής, νομίμως αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό. Άλλωστε, η σχετική διάταξη του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, βάσει της οποίας (διάταξης) κάθε άτομο «ενδέχεται» να πρέπει να υπογράψει το ίδιο Ε.Ε.Ε.Σ., τελεί υπό την επιφύλαξη των σχετικών εθνικών κανόνων δικαίου, ήτοι εν προκειμένω των ως άνω εφαρμοστέων διατάξεων των άρθρων 73 και 79 του ν. 4412/2016.». (βλ. και ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 66/2017).

11. Επειδή το νέο άρθρο 79<sup>Α</sup> του ν. 4412/2016, το οποίο προστέθηκε με τη παρ.13 άρθρου 107 Ν.4497/2017 (ΦΕΚ Α 171/13.11.2017) προβλέπει τα εξής ως προς την Υπογραφή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης και του ΤΕΥΔ: «1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.

2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

3. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται και για την υπογραφή του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) το οποίο εκδίδει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). Το παρόν άρθρο έχει εφαρμογή και για τις διαδικασίες σύναψης που είναι σε εξέλιξη και είναι στο στάδιο πριν την κατακύρωση».

12. 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 (ΟΛΣΤΕ 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). Εξάλλου, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (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 (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).

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

13. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Εξάλλου, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. ΣΤΕ 4052/1990, 3760/1992 κλπ), οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης, ενώ οι προσφορές αυτές δεσμεύουν απολύτως και πρωτίστως τους ίδιους κατά το περιεχόμενό τους, το οποίο δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη ως τυχόν “προαιρετικής” ή “ανά περίπτωση” δεσμευτικότητας. Σύμφωνα με την ως άνω αρχή, που διέπει μεταξύ άλλων τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενεργείας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣΤΕ 279/2008), η προσκόμιση στο φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζομένων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει. Τούτο δε, εκτός των άλλων και συνεπεία του κανονιστικού χαρακτήρα της διακήρυξης και της δέσμευσης που παράγει ως προς τις απαιτήσεις που θεσπίζει τόσο ως προς την αναθέτουσα, όσο και ως προς τους μετέχοντες, με συνέπεια για τους τελευταίους, οι προσφορές τους να αποκλείονται αν αποκλίνουν από τα κατά τη διακήρυξη οριζόμενα (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 118 και 119/2017 και βλ. ενδεικτικά Ε.Σ. VI Τμ. 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005).

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

14. Επειδή η ως άνω διάταξη του αρ. 79<sup>A</sup> του ν. 4412/2016 λαμβανομένης υπόψη της μεταβατικής της διάταξης σύμφωνα με την οποία αυτή «έχει εφαρμογή και για τις διαδικασίες σύναψης που είναι σε εξέλιξη και είναι στο στάδιο πριν την κατακύρωση», δεν τυγχάνει εν προκειμένω εφαρμογής καθώς δεν δύναται να θεωρηθεί ότι κατισχύει των ρητών ως άνω παρατιθέμενων όρων της διακήρυξης, σύμφωνα με τους οποίους προετοίμασαν και υπέβαλαν τις προσφορές τους όλοι οι συμμετέχοντες και σύμφωνα με τους οποίους (όρους) «η υποχρέωση υποβολής του τυποποιημένου εντύπου υπεύθυνης δήλωσης -Τ.Ε.Υ.Δ- περί μη έκδοσης τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης για τα αδικήματα της §1(περ α-στ) του άρθρου 73 Ν 4412/16- αφορά σε κάθε πρόσωπο που είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά ιδίως: α) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) [...]Σημείωση (2):Υποχρέωση υπογραφής του ΤΕΥΔ: Το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) υπογράφεται από το φυσικό/-ά πρόσωπο/α, τα οποία είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό & κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον οικονομικό φορέα, συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (Πρβλ. Κανονισμό (ΕΕ) 2017/6 & Κατευθυντήρια Οδηγία 15 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Συγκεκριμένα η υποχρέωση αφορά: α) στις περιπτώσεις Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης (Ε.Π.Ε.)[...]. Σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα, σύμφωνα με τα παραπάνω έχουν υποχρέωση υπογραφής του ΤΕΥΔ υπογράφουν στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ίδιου (και όχι διαφορετικού για κάθε υπογράφοντα) ΤΕΥΔ ( Συχνές ερωτήσεις – Απαντήσεις Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. - αριθ. 38).» Εφαρμογή της ως άνω μεταβατικής διάταξης θα χωρούσε ενδεχομένως στην περίπτωση κατά την οποία οι όροι της διακήρυξης κατέλειπαν περιθώριο ερμηνείας. Εν προκειμένω οι όροι του διαγωνισμού είναι σαφείς και δεν δύναται να τροποποιηθούν αναδρομικά προκαλώντας ζημία σε συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, διαταράσσοντας της ασφάλεια δικαίου και παραβιάζοντας της αρχή της δικαιολογημένης προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικουμένου.

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

Τα παραπάνω εξάλλου ενισχύονται από το γεγονός ότι από τη διατύπωση και τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης του αρ. 79<sup>Α</sup> του ν. 4412/2016 δεν προκύπτει άνευ ετέρου ότι κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ ή του ΤΕΥΔ τίθεται μόνη η υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα προς προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν, αλλά ότι μόνη η υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου **δύναται –αναλόγως των της διατύπωσης των όρων διακήρυξης** να αρκεί (αυτολεξεί η διάταξη: «κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, **είναι δυνατή**, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν»). Τούτο σε συνδυασμό με τις ανωτέρω σκέψεις επιβεβαιώνει περαιτέρω το ως άνω σκεπτικό βάσει του οποίου, δεδομένου ότι οι όροι του επίμαχου διαγωνισμού δεν καταλείπουν περιθώριο ερμηνείας, η εν προκειμένω εφαρμογή της εν λόγω μεταβατικής διάταξης θα ισοδυναμούσε με τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού μετά την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και άρα θα συνιστούσε παραβίαση της αρχής της τυπικότητας των δημοσίων συμβάσεων, της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας των σταδίων αξιολόγησης του διαγωνισμού.

**15.** Επειδή, η δοθείσα από την αναθέτουσα αρχή ερμηνεία περί μη υποχρεωτικής ψηφιακής υπογραφής του ΤΕΥΔ από τον συνδιαχειριστή και νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας ... και επάρκειας της φυσικής υπογραφής αυτού θα οδηγούσε, εάν ίσχυε, σε πλήρη καταστρατήγηση των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και ασφαλώς και της αρχής της νομιμότητας της διαδικασίας καθώς θα έδινε τη δυνατότητα άνισων όρων κρίσης οικονομικών φορέων για τους οποίους ζητείται η απόδειξη ή

## **Αριθμός Απόφασης: 164/2017**

προαπόδειξη των αυτών στοιχείων και καταστάσεων στα πλαίσια μιας ενιαίας ηλεκτρονικής διαδικασίας, η οποία διέπεται από συγκεκριμένους υποχρεωτικούς έναντι όλων κανόνες.

**16.** Επειδή από το σύνολο της κείμενης νομοθεσίας καθίσταται σαφές ότι α) η ψηφιακή υπογραφή στοχεύει στην αντικατάσταση της φυσικής υπογραφής παρέχοντας παράλληλα και τα εχέγγυα γνησιότητάς της, ήτοι ταυτίζεται με την πρωτότυπη ιδιόγραφη υπογραφή, που φέρει θεώρηση γνησίου της, και β) συνιστά ουσιώδη τύπο, δεδομένης της υποχρεωτικής ηλεκτρονικής διαδικασίας υποβολής της προσφυγής, η παράλειψη του οποίου δεν δύναται να θεραπευθεί.

**17.** Επειδή από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, τις διατάξεις του νόμου και τη νομολογία προκύπτει αφενός ότι στην υπό κρίση υπόθεση το ΤΕΥΔ έπρεπε να φέρει την ψηφιακή υπογραφή και των δύο διαχειριστών της εταιρείας, αφετέρου ότι η φυσική υπογραφή δεν δύναται να υποκαταστήσει την ψηφιακή υπογραφή.

**18.** Επειδή εν προκειμένω ο ... συνδιαχειριστής της προσωρινής αναδόχου εταιρείας ... δεν υπέγραψε ψηφιακά το ΤΕΥΔ σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, η δε έλλειψη της ψηφιακής υπογραφής του ασχέτως εξουσιοδότησης προς τον έτερο συνδιαχειριστή ή βεβαίωσης γνησίου υπογραφής δεν δύναται εν προκειμένω να αναπληρώσει την έλλειψη ψηφιακής υπογραφής.

**19.** Επειδή επομένως το ΤΕΥΔ της προσωρινής αναδόχου εταιρείας ... έχει υποβληθεί απαραδέκτως και η έλλειψη αυτή καθιστά την προσφορά του εν όλω αποκλειστέα ήδη από το στάδιο των τεχνικών προσφορών/δικαιολογητικών.

**20.** Επομένως επειδή κατά την παραπάνω σκέψη η μη σύννομη συμμετοχή της προσωρινής αναδόχου εταιρείας ... στο στάδιο των τεχνικών προσφορών/δικαιολογητικών καθιστά τη συμμετοχή της και στο επόμενο



## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

στάδιο των οικονομικών προσφορών μη νόμιμη. Συνεπώς και η ίδια η ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου είναι παράνομη. Επομένως η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Χαλανδρίου είναι ακυρωτέα τόσο κατά το σκέλος της με το οποίο εγκρίθηκε το πρακτικό 1/23.08.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών κατά το ειδικότερο μέρος του με το οποίο έκρινε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας ..., όσο και κατά το σκέλος της με το οποίο εγκρίθηκε το πρακτικό 2/05.10.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών κατά το ειδικότερο μέρος του με το οποίο ανακήρυξε την εταιρεία ... ως προσωρινή ανάδοχο.

**21.** Επειδή ως προς την προβαλλόμενη ακυρότητα της προσφοράς της Μαρίας Σιδέρη το Κλιμάκιο σκέφθηκε ως εξής: Καταρχάς αντικείμενο της διακήρυξης είναι η προμήθεια και φύτευση φυτών στη νησίδα της οδού Ηρακλείτου και εγκατάσταση αρδευτικού συστήματος. Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (σελ 19.) *«Στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», επί ποινή αποκλεισμού, θα πρέπει να υποβληθούν ηλεκτρονικά σε μορφή .pdf, τα κάτωθι δικαιολογητικά: 1. Συμβάσεις (τουλάχιστον μία εντός της τελευταίας τριετίας) σε παρόμοιο αντικείμενο προμήθειας και φύτευσης φυτών και εγκατάστασης αρδευτικού συστήματος σε αναθέτουσες αρχές, που θα αποδεικνύουν ότι οι διαγωνιζόμενοι διαθέτουν ανάλογη εμπειρία. 2. Άδεια εμπορίας πολλαπλασιαστικού υλικού από το ΥΠΑΑΤ, όπως προβλέπεται στην Κ.Υ.Α. 1153/16620/2014».* Σύμφωνα με τον όρο 8.3 της διακήρυξης *«Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: Κάθε διαγωνιζόμενος που πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 4.α, οφείλει να διαθέτει επιπλέον και ειδική τεχνική και επαγγελματική ικανότητα κατά τα διαλαμβανόμενα στο παρόν άρθρο. Η ειδική τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αποδεικνύεται, επί ποινή αποκλεισμού, με την υποβολή τουλάχιστον μίας σύμβασης αντίστοιχων υπηρεσιών με το αντικείμενο προμήθειας, που έχουν παρασχεθεί κατά την τελευταία τριετία, σε αναθέτουσες αρχές. Επί κοινοπραξιών η ειδική τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται κατά το άρθρο αυτό, αρκεί να προκύπτει σε ένα τουλάχιστον από τα μέλη της κοινοπραξίας. Οι διαγωνιζόμενοι για την*

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, μπορούν να στηρίζονται στην τεχνική ικανότητα τρίτων φορέων που δεν μετέχουν στην προσφορά, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς (άρθρο 78 του ν. 4412/16). Προκειμένου να γίνει δεκτή η εμπειρία αυτή, θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού, να υποβληθούν (πέραν της τεχνικής ικανότητας) και τα απαραίτητα δικαιολογητικά του άρθρου 7.11, από τα οποία να προκύπτει η δέσμευση του νομίμου εκπροσώπου του οικονομικού φορέα που δανείζει την τεχνική του ικανότητα στο διαγωνιζόμενο. Σημειώνεται ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί να δανείσει κατά τα ανωτέρω τη τεχνική του ικανότητα σε ένα μόνο διαγωνιζόμενο. Σε αντίθετη περίπτωση, αποκλείονται από τη διαδικασία όλοι οι διαγωνιζόμενοι που προσκομίζουν δάνεια εμπειρία από τον ίδιο οικονομικό φορέα. Όσον αφορά την Τεχνική και επαγγελματική, επάρκεια του προσφέροντος, απαιτείται να προκύπτει από την συμπλήρωση των αντίστοιχων πεδίων του ΤΕΥΔ». Περαιτέρω, σύμφωνα με τα αποδεικτικά στοιχεία τεκμηρίωσης τεχνικής εμπειρίας (σελ 29) «Ελάχιστη προϋπόθεση τεκμηρίωσης τεχνικής εμπειρίας αποτελεί το γεγονός, ο υποψήφιος ανάδοχος, να έχει ολοκληρώσει την υλοποίηση τουλάχιστον μίας εντός της τελευταίας τριετίας σύμβαση σε παρόμοιο αντικείμενο προμήθειας και φύτευσης φυτών και εγκατάστασης αρδευτικού συστήματος σε αναθέτουσες αρχές».

**22.** Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 78 του ν.4412/2016 ισχύουν τα ακόλουθα: «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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ 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.

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

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.

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.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων».

23. Επειδή η ...προς απόδειξη της εμπειρίας της υπέβαλε μεταξύ άλλων τις εξής συμβάσεις μετά των βεβαιώσεων καλής εκτέλεσής τους:

## **Αριθμός Απόφασης: 164/2017**

υπ'αρ. 15118/14.04.2016 συμφωνητικό με αναθέτουσα αρχή το δήμο Βάρης Βούλας Βουλιαγμένης («Έλεγχος, Ρύθμιση και Αποκατάσταση Βλαβών συστημάτων αυτόματης άρδευσης κοινοχρήστων χώρων δήμου»), υπ'αρ. 12777/30.03.2016 συμφωνητικό με αναθέτουσα αρχή το δήμο Βάρης Βούλας Βουλιαγμένης («Εργασίες κηποτεχνικής ανάπλασης κοινοχρήστων χώρων»), που κατά το συμφωνητικό προβλέπει προμήθεια δένδρων, θάμνων και αναρριχόμενων, κηπευτικού χώματος και προκατασκευασμένου χλοοτάπητα, φυτεύσεις, κλαδεύσεις, διαμόρφωση, αρδευτικές εργασίες, προμήθεια αρδευτικού και ποτιστικού υλικού, φρεατίων, βανών, εκσκαφικές εργασίες κλπ.

**24.** Επειδή η ... στηρίζεται, όπως και ο προσφεύγων συνομολογεί, σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα και δη της εταιρείας ..., η οποία διαθέτει άδεια εμπορίας πολλαπλασιαστικού υλικού όπως προκύπτει από το με αριθμ. πρωτοκ. 1954/75897/7-8-2017 έγγραφο της Γενικής Διεύθυνσης Βιώσιμης Φυτικής Παραγωγής – Διεύθυνση Φυτογενετικών Πόρων και Πολ/κου υλικού του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων.

**25.** Επειδή η ... προσκόμισε το με αριθμ. πρωτ. 5271/09.06.2017 πιστοποιητικό ΕΒΕΑ από το οποίο προκύπτουν μεταξύ άλλων ως δραστηριότητές της οι υπηρεσίες φυσικού τοπίου, σχεδιασμού και επίβλεψης χώρων πρασίνου, εκπόνησης μελετών φυτοτεχνικής διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου και έργων πρασίνου και διαμόρφωσης και περιποιήσεις κήπων. Επίσης προσκόμισε το με αριθμ. πρωτ. 6868/8-8-2017 πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ της εταιρείας ..., από το οποίο προκύπτει ότι μεταξύ των δραστηριοτήτων της επιχείρησης είναι το χονδρικό εμπόριο λουλουδιών και φυτών, το χονδρικό εμπόριο δενδρουλλίων και φυτών, η καλλιέργεια φυτών κηποτεχνίας εξωτερικού χώρου κλπ.

**26.** Επειδή από τα παραπάνω προκύπτει ότι αντικείμενο της διακήρυξης είναι η προμήθεια και φύτευση φυτών και εγκατάσταση αρδευτικού συστήματος, οι δε ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς των οποίων η δραστηριότητα είναι σχετική με το αντικείμενο του διαγωνισμού δικαιούνται να μετέχουν σε αυτόν είτε στηριζόμενοι σε ίδια μέσα είτε, όσον αφορά τα

## Αριθμός Απόφασης: 164/2017

προβλεπόμενα στον όρο 7 της διακήρυξης και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής ως προς την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα.

**27.** Επειδή όσον αφορά τον ισχυρισμό της αιτούσας ότι η ... δεν προσκόμισε αποδεικτικό εμπειρίας σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, αβασίμως προβάλλεται διότι ερείδεται στην εσφαλμένη πραγματική προϋπόθεση ότι οι ως άνω συμβάσεις (σκ. 25) που η ... προσκόμισε δεν καταλάμβαναν εξ ολοκλήρου το αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού, ενώ όπως προκύπτει το αντικείμενο της υπ'αρ. 12777/30.03.2016 σύμβασης που η ... εκτέλεσε ήταν σχεδόν ταυτόσημο με το αντικείμενο του προκείμενου διαγωνισμού.

**28.** Επειδή από τους όρους του επίμαχου διαγωνισμού και τη διάταξη του αρ. 78 του ν.4412/2016 δεν προκύπτει απαγόρευση στήριξης σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα όσον αφορά κριτήριο ποιοτικής επιλογής περί τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, όπως είναι εν προκειμένω η άδεια εμπορίας πολλαπλασιαστικού υλικού. Επειδή δε ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι ως προς την εν λόγω άδεια εφαρμοστέο είναι το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του αρ. 78 ν.4412/2016, σύμφωνα με το οποίο *«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»*, δεν μπορεί να γίνει δεκτός καθώς η επίμαχη άδεια δεν συνιστά ούτε τίτλο σπουδών ούτε επαγγελματικό προσόν. Εξάλλου, ως προς τον ισχυρισμό της αιτούσας ότι ακόμη και εάν η ... προμηθευτεί το απαραίτητο πολλαπλασιαστικό υλικό από τρίτη αδειοδοτημένη επιχείρηση δεν δύναται ωστόσο να προμηθεύσει νομίμως με τη σειρά της την αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να γίνει δεκτός, καθώς το συμβατικό αντικείμενο όπως περιγράφεται από τη διακήρυξη δεν αφορά πώληση πολλαπλασιαστικού υλικού από τον ανάδοχο προς την αναθέτουσα αλλά αφορά σε προμήθεια και φύτευση

## **Αριθμός Απόφασης: 164/2017**

έτοιμων φυτών μαζί με υπηρεσίες άρδευσης με τελικό στόχο την κηποτεχνική διαμόρφωση της νησίδας της οδού Ηρακλείτου. Κατά τούτο ο λόγος αυτός προβάλλεται αβασίμως.

**29.** Επειδή περαιτέρω η ... αφενός προσκόμισε τα ως άνω πιστοποιητικά ΕΒΕΑ, από τα οποία προκύπτει ότι δραστηριοποιείται σε αντικείμενο συναφές με αυτό του διαγωνισμού, αφετέρου στους όρους του διαγωνισμού δεν προβλέπεται ότι από το πιστοποιητικό Επιμελητηρίου των συμμετεχόντων πρέπει να προκύπτει προμηθευτική δραστηριότητα του ίδιου του συμμετέχοντος. Κατά τούτο, ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι η ... δεν ασκεί συναφή με το αντικείμενο της επίμαχης διακηρύξεως δραστηριότητα, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

**30.** Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι να γίνει δεκτή κατά το σκέλος της που ζητείται η απόρριψη της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου ... και να απορριφθεί κατά το σκέλος της που ζητείται η απόρριψη της προσφοράς της ....

**31.** Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού εξακοσίων ευρώ (600€).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό 766/13-10-2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Χαλανδρίου τόσο κατά το σκέλος της με το οποίο εγκρίθηκε το πρακτικό 1/23.08.2017 αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών κατά το ειδικότερο μέρος του με το οποίο έκρινε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας ..., όσο και κατά το σκέλος της με το οποίο εγκρίθηκε το πρακτικό 2/05.10.2017 αποσφράγισης

**Αριθμός Απόφασης: 164/2017**

και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών κατά το ειδικότερο μέρος του με το οποίο ανακήρυξε την εταιρεία ... ως προσωρινή ανάδοχο.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα ποσού ποσού εξακοσίων ευρώ (600€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10.11.2017 και εκδόθηκε στις 30.11.2017.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**