

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.11.2019 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1366/08.11.2019 της προσφεύγουσας «...», που εδρεύει στο ..., ... αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει 1. να γίνει δεκτή η προσφυγή, 2. να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις και συγκεκριμένα: α) η υπ' αριθμ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την κατακύρωση του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα και β) το υπ' αριθμ. 20/18/10.10.2019 τελικό πρακτικό της ΑΕΠ της αναθέτουσας αρχής, με το οποίο διαπιστώθηκε η πληρότητα και η κανονικότητα των υποβληθέντων/προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, 3. να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να κηρύξει έκπτωτη την παρεμβαίνουσα, για τους προβαλλόμενους με την προσφυγή λόγους, σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ. 3, 4 και 5 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει και τον όρο 9 παρ. 10 του Παραρτήματος Β, «Γενικοί όροι του Διαγωνισμού» της Διακήρυξης 4. να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του Διαγωνισμού η προσφεύγουσα, ως αμέσως επόμενη μειοδότη, 5. να κληθεί η προσφεύγουσα να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του διαγωνισμού και σε

περίπτωση που διαπιστωθεί η πληρότητα και κανονικότητά τους να κατακυρωθεί σε αυτήν ο διαγωνισμός και να συναφθεί με αυτήν η σχετική σύμβαση και 6. να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων πράξεων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκηρύχτηκε ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΣ ΑΝΟΙΚΤΟΣ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ- ΠΛΑΙΣΙΟ ΜΕ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΘΑΛΑΣΣΙΩΝ ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ ...ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΦΟΔΙΩΝ ΑΠΟ ΤΙΣ ΗΠΑ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ ΚΑΙ ΑΝΤΙΣΤΡΟΦΑ ΧΡΟΝΙΚΗΣ ΔΙΑΡΚΕΙΑΣ ΤΡΙΩΝ (3) ΕΤΩΝ ΚΑΙ ΕΝΑΝΤΙ ΣΥΝΟΛΙΚΗΣ ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗΣ ΑΞΙΑΣ ΕΝΝΙΑΚΟΣΙΩΝ ΕΝΕΝΗΝΤΑ ΧΙΛΙΑΔΩΝ ΕΥΡΩ (990.000 €) ΑΝΕΥ ΦΠΑ (CPV ...). Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 08.11.2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (...). Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 12.11.2018, με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 07.11.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Alpha Bank, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 4.950,00€.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 01.11.2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 08.11.2019, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, καθώς με την προσβαλλόμενη κατακυρώνεται ο διαγωνισμός στην παρεμβαίνουσα, ενώ η προσφεύγουσα αποτελεί τη μοναδική έτερη συμμετέχουσα στο διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας έχει γίνει δεκτή.

6. Επειδή τα υπ' αριθμ. 3, 4 και 5 αιτήματα της προσφυγής προβάλλονται απαραδέκτως, καθώς η ικανοποίησή τους εκφεύγει των αρμοδιοτήτων της Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018), ενώ απαραδέκτως προσβάλλεται και το υπ' αριθμ. 20/18/10.10.2019 τελικό πρακτικό της ΑΕΠ της αναθέτουσας αρχής, το οποίο στερείται εκτελεστότητας λόγω του αμιγώς γνωμοδοτικού του χαρακτήρα.

7. Επειδή, η υπό κρίση παρέμβαση έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 18.11.2019, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε την παρεμβαίνουσα, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, για την άσκηση της

υπό εξέταση προσφυγής και την ανάρτηση αυτής στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 08.11.2019. Η ως άνω παρέμβαση κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. από την παρεμβαίνουσα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 18.11.2019. Περαιτέρω, ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος.

8. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. Φ.602.2/24/291486/Σ.3260/15.11.2019 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. στις 18.11.2019 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

9. Επειδή, επί των ως άνω Απόψεων η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 13.12.2019 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το από 13.12.2019 Υπόμνημα, το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη, ως εκπροθέσμως υποβληθέν, σύμφωνα με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν.4605/2019. Η δε παρεμβαίνουσα υπέβαλε επίσης στις 13.12.2019 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το από 13.12.2019 Υπόμνημα. Ωστόσο, βάσει της γραμματικής ερμηνείας του νόμου 4412/2016 (άρθρο 365) με την τροποποίηση που επέφερε ο ν. 4605/2019 παρέχεται το δικαίωμα αντίκρουσης των απόψεων με υπόμνημα μόνο στον προσφεύγοντα. Ειδικότερα, παρέχεται η δυνατότητα συμπληρωματικής αιτιολογίας στην αναθέτουσα αρχή, κοινοποιούμενης έως και δέκα ημέρες πριν την ημερομηνία συζήτησης στον προσφεύγοντα, προκειμένου ο τελευταίος να δύναται να την αντικρούσει εγκαίρως, ήτοι πέντε ημέρες πριν την εξέταση της προσφυγής. Εξάλλου, και σύμφωνα με την απόφαση ΣτΕ 780/2019 καθ'ερμηνείαν της προγενέστερης μορφής του αυτού άρθρου, αναδεικνύεται απαραίτητη - επί αιτήματος του προσφεύγοντος - η κοινοποίηση στον τελευταίο τόσο των απόψεων όσο και τυχόν παρέμβασης, προκειμένου στα πλαίσια της αρχής της αντιμωλίας, να είναι σε θέση (ο προσφεύγων) να τα αντικρούσει με υπόμνημα. Καθίσταται, επομένως, σαφές, ότι τόσο η νομολογία όσο και η διαμορφούμενη μετά την νομοθετική ρύθμιση οικεία διάταξη, εστιάζουν στην αντίκρουση των απόψεων (και της παρέμβασης η δικαστική

απόφαση) στα πλαίσια της ισότητας των όπλων. Ωστόσο, κατά την ορθότερη ερμηνεία, ανεξαρτήτως καταρχήν της μη πρόβλεψής της στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο, η υποβολή - σε συνέχεια των απόψεων της αναθέτουσας αρχής- υπομνήματος του παρεμβαίνοντος, ο οποίος επιδιώκει την διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, δεν εξυπηρετεί την αρχή της αντιμωλίας υπό την έννοια της αναγκαιότητας που υπογραμμίζει η νομολογία, υπό το «φως» των άρθρων 6 και 13 ΕΣΔΑ (πρβλ. απόφαση ΑΕΠΠ 518/2019, σκ. 35-37).

10. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκηρύχτηκε ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΣ ΑΝΟΙΚΤΟΣ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ- ΠΛΑΙΣΙΟ ΜΕ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΘΑΛΑΣΣΙΩΝ ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ ... ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΦΟΔΙΩΝ ΑΠΟ ΤΙΣ ΗΠΑ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ ΚΑΙ ΑΝΤΙΣΤΡΟΦΑ ΧΡΟΝΙΚΗΣ ΔΙΑΡΚΕΙΑΣ ΤΡΙΩΝ (3) ΕΤΩΝ ΚΑΙ ΕΝΑΝΤΙ ΣΥΝΟΛΙΚΗΣ ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗΣ ΑΞΙΑΣ ΕΝΝΙΑΚΟΣΙΩΝ ΕΝΕΝΗΝΤΑ ΧΙΛΙΑΔΩΝ ΕΥΡΩ (990.000 €) ΑΝΕΥ ΦΠΑ (CPV ...). Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε στις 11.02.2019, κατόπιν παρατάσεων, λόγω της άσκησης των με Γ.Α.Κ. 1252/26.11.2018 και Γ.Α.Κ. 1402/31.12.2018 προδικαστικών προσφυγών κατά της διακήρυξης εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, επί των οποίων εκδόθηκαν οι υπ' αριθμ. 1135/2018 και 70/2019 αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π., αντίστοιχα. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορές η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος ...) και η παρεμβαίνουσα (προσφορά με α/α συστήματος ...). Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών προσφορών και των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Φ. 602.2/24/282858/Σ.1014/29.03.19/.../Ε2-II (Δ26) της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε: α. η αποδοχή των υποβληθέντων φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας και β. η απόρριψη του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, καθόσον διαπιστώθηκε ότι δεν πληρούται η απαίτηση των άρθρων 2 και 3 της διακήρυξης, του άρθρου 79 του ν.4412/16, καθώς και της Κατευθυντήριας Οδηγίας Νο 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ (ΑΔΑ: ...). Ειδικότερα, διαπιστώθηκε ότι το υποβληθέν με την προσφορά ηλεκτρονικό

αρχείο, και συγκεκριμένα το ΕΕΕΣ της εταιρείας «...» στις ικανότητες της οποίας δήλωσε η παρεμβαίνουσα ότι θα στηριχθεί, δεν ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένο από τον εκδότη του, αλλά από τον οικονομικό φορέα που υπέβαλε την προσφορά στο διαγωνισμό (δηλαδή την εταιρεία «...»). γ. η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και η ανάδειξή της ως προσωρινού αναδόχου. Κατά της ως άνω Απόφασης, η παρεμβαίνουσα άσκησε την με Γ.Α.Κ. 436/11.04.2019 προδικαστική προσφυγή, η οποία έγινε δεκτή με την υπ' αριθμ. 566/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Κατά της ως άνω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. η προσφεύγουσα άσκησε την υπ' αριθμ. Α.Ν.Μ. 225/06.06.2019 αίτηση αναστολής, η οποία απερρίφθη με την υπ' αριθμ. 260/2019 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ενώ έχει ασκήσει και την υπ' αριθμ. ΑΚ1367/13.09.2019 αίτηση ακυρώσεως, επί της οποίας εκκρεμεί η έκδοση απόφασης. Σε συμμόρφωση με την ως άνω υπ' αριθμ. 566/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την υπ' αριθμ. Φ. 602.2/24/284925/Σ.1699/31.05.19/.../Ε2-II Απόφαση, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα. Ακολούθως, μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Φ.602.2/24/290597(Σ3047)/29.10.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την κατακύρωση του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Κατά της ως άνω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή.

11. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται

και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένου τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί

αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

12. Επειδή, με τον πρώτο λόγο, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι *«1. Παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 78 και 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και των όρων της σχετικής Διακήρυξης, κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή εδέχθη τη δάνεια εμπειρία της εταιρείας «...» ως προς το Πιστοποιητικό «...» από την εταιρεία «...», κατά παράβαση των διατάξεων του Ενωσιακού Τελωνειακού Κώδικα (Κανονισμός 952/2013). Η αναθέτουσα αρχή παρανόμως και συγκεκριμένα κατά παράβαση του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), εδέχθη δια των προσβαλλομένων πράξεων ότι η εταιρεία «...» προς κάλυψη του απαιτούμενου «Δικαιολογητικού Προσφοράς», όπως αυτό απαιτείται από τις διατάξεις της παραγράφου 18 της «Τεχνικής Προδιαγραφής» της Διακήρυξης, ήτοι, για την υποβολή του Πιστοποιητικού «ΑΕΟ» (Authorized Economic Operator - Τελωνειακές Απλουστεύσεις/ Ασφάλεια και Προστασία) κατά τον παγκόσμιο οργανισμό Τελωνείων», το οποίο προφανώς δεν κατείχε, θα «...στηριχθεί και στις ικανότητες άλλου φορέα και συγκεκριμένα, ότι θα χρησιμοποιήσει ως «δάνεια εμπειρία» τις ικανότητες της εταιρείας «...». Ειδικότερα, κατά τη διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει: «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». Εξάλλου, κατά την παρ. 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει: «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». Τέλος, στο άρθρο 9 παρ. 7 της Διακήρυξης του Διαγωνισμού ορίζεται ότι: «Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό (π.χ. ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ προσφέροντος και τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ή από οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο μέσο)». Επισημαίνεται ότι το ΑΕΟ «εξουσιοδοτημένος οικονομικός φορέας» (Authorised Economic Operator) αφορά απλουστεύσεις που προβλέπονται από την τελωνειακή νομοθεσία· ή/και διευκολύνσεις σχετικά με τους τελωνειακούς ελέγχους που άπτονται της ασφάλειας και της προστασίας. Το ΑΕΟ εκδίδεται κατά τις διατάξεις: α) του Κανονισμού (ΕΚ) αρ. 648/2005 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Απριλίου 2005, για τροποποίηση του κανονισμού (ΕΟΚ) αρ. 2913/92 του Συμβουλίου περί θεσπίσεως κοινοτικού τελωνειακού κώδικα (άρθρο 5α), β) του Κανονισμού (ΕΚ) αρ. 1875/2006 της Επιτροπής, της 18ης Δεκεμβρίου 2006, για τροποποίηση του κανονισμού (ΕΟΚ) αριθ. 2454/93 για τον καθορισμό ορισμένων διατάξεων εφαρμογής και γ) του Κανονισμού (ΕΟΚ) αρ. 2913/92 του Συμβουλίου περί θεσπίσεως κοινοτικού τελωνειακού κώδικα (άρθρα 14α έως 14 κδ). Χορηγούνται τριών ειδών

Αριθμός Απόφασης: 24 /2020

πιστοποιητικά ΑΕΟ: α) Πιστοποιητικό ΑΕΟ - Τελωνειακές απλουστεύσεις. Χορηγείται σε κάθε οικονομικό φορέα που επιθυμεί να επωφεληθεί από απλουστεύσεις που προβλέπονται στην τελωνειακή νομοθεσία, ο οποίος είναι εγκατεστημένος στην Κοινότητα και πληροί τα κριτήρια της τελωνειακής συμμόρφωσης, των κατάλληλων προτύπων τήρησης βιβλίων και της χρηματοπιστωτικής φερεγγυότητας. β) Πιστοποιητικό ΑΕΟ - Ασφάλεια και προστασία. Χορηγείται σε κάθε οικονομικό φορέα που επιθυμεί να επωφεληθεί από διευκολύνσεις κατά τους τελωνειακούς ελέγχους σχετικά με την ασφάλεια και προστασία κατά την είσοδο ή την έξοδο των εμπορευμάτων από το τελωνειακό έδαφος της Κοινότητας, ο οποίος είναι εγκατεστημένος στην Κοινότητα και πληροί τα κριτήρια της τελωνειακής συμμόρφωσης, των κατάλληλων προτύπων τήρησης βιβλίων και της χρηματοπιστωτικής φερεγγυότητας και επιπρόσθετα τηρεί τα κατάλληλα πρότυπα ασφάλειας και προστασίας (εξαίρεση από τον γενικό κανόνα της εγκατάστασης στην Κοινότητα προβλέπεται στα άρθρα 14ζ και 14ια §2 του καν. 2454/93, π.χ. αεροπορική ή ναυτιλιακή εταιρεία). γ) Πιστοποιητικό ΑΕΟ - Τελωνειακές απλουστεύσεις/Ασφάλεια και προστασία. Χορηγείται σε κάθε οικονομικό φορέα που είναι εγκατεστημένος στην Κοινότητα και πληροί τα κριτήρια της τελωνειακής συμμόρφωσης, των κατάλληλων προτύπων τήρησης βιβλίων, της χρηματοπιστωτικής φερεγγυότητας, τηρεί τα κατάλληλα πρότυπα ασφάλειας και προστασίας και επιθυμεί να επωφεληθεί από όλα τα ευεργετήματα που παρέχονται στους ΑΕΟ. Τα οφέλη για τους ΑΕΟ, ανάλογα με το είδος του πιστοποιητικού, είναι τα ακόλουθα: - Λιγότεροι φυσικοί έλεγχοι και έλεγχοι εγγράφων. Το ευεργέτημα αυτό θα ισχύει από 01/01/2008 και θα εφαρμόζεται για τους κατόχους πιστοποιητικών ΑΕΟ όλων των κατηγοριών. - Προτεραιότητα στη διεκπεραίωση φορτίων, εάν έχουν επιλεγεί για έλεγχο. Το ευεργέτημα αυτό θα ισχύει από 01/01/2008 για όλες τις κατηγορίες των πιστοποιητικών ΑΕΟ. - Επιλογή του τόπου διενέργειας των ελέγχων. Το ευεργέτημα αυτό θα ισχύει από 01/01/2008 για όλες τις κατηγορίες των πιστοποιητικών ΑΕΟ. - Ευκολότερη υπαγωγή στις τελωνειακές απλουστεύσεις. Το ευεργέτημα αυτό θα ισχύει από 01/01/2008 για τους κατόχους πιστοποιητικού ΑΕΟ - Τελωνειακές

Απλουστεύσεις ή πιστοποιητικού ΑΕΟ - Τελωνειακές Απλουστεύσεις/ Ασφάλεια και Προστασία. - Μειωμένη σειρά δεδομένων για τις συνοπτικές διασαφήσεις. Το ευεργέτημα αυτό θα ισχύει από 01/07/2009 για τους κατόχους πιστοποιητικού ΑΕΟ - Ασφάλεια και Προστασία ή πιστοποιητικού ΑΕΟ – Τελωνειακές Απλουστεύσεις/ Ασφάλεια και Προστασία. – Προειδοποίηση. Η περίπτωση αυτή αφορά τις περιπτώσεις που το φορτίο έχει επιλεγεί να υποβληθεί σε περαιτέρω φυσικό έλεγχο, εφόσον η ειδοποίηση δεν εκθέτει σε κίνδυνο τον προς διενέργεια έλεγχο. Το ευεργέτημα αυτό θα ισχύει από 01/07/2009 για τους κατόχους πιστοποιητικού ΑΕΟ - Ασφάλεια και Προστασία ή μεικτού πιστοποιητικού. - Έμμεσα οφέλη. Είναι τα οφέλη που δεν συνδέονται άμεσα με τις τελωνειακές πτυχές των εργασιών του ΑΕΟ, πχ περιορισμός κλοπών, μείωση καθυστερήσεων στις αποστολές εμπορευμάτων, βελτίωση προγραμματισμού, κοκ. Βελτίωση των σχέσεων με τις τελωνειακές αρχές. - Αναγνώριση ως ασφαλούς επιχειρηματικού εταίρου. - Αμοιβαία αναγνώριση. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι το ΑΕΟ δεν αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου, ούτε τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους ή την εμπειρία για να εκτελέσει τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, κατά τα διαλαμβανόμενα στις διατάξεις των άρθρων 78 παρ. 1 και 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, για τα οποία η εταιρεία «...» θα μπορούσε να λάβει δάνεια εμπειρία. Το δε ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας του υποψηφίου αφορά παρόμοιες συμβάσεις που έχει εκτελέσει κατά το παρελθόν που αποδεικνύεται με κατάλληλες συστάσεις, όπως ρητά ορίζεται από τη δεύτερη περίοδο της παρ. 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016. Σε κάθε περίπτωση, εάν τούτο περιλαμβάνεται στα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α ή στη σχετική επαγγελματική εμπειρία, σε καμία διάταξη του από 31.1.2019 ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ της εταιρείας «...» και της εταιρείας «...» δεν προβλέπεται ότι η εταιρεία «...» θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες για λογαριασμό της εταιρείας «...», κατά παράβαση της δεύτερης περιόδου της παρ. 1 του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει. Επομένως, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου

78 και 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και των προαναφερομένων όρων της σχετικής Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή δια των προσβαλλομένων πράξεων εδέχθη τη δάνεια εμπειρία της εταιρείας «...» ως προς το Πιστοποιητικό «ΑΕΟ» από την εταιρεία «...». Επιπλέον, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. ... απάντηση της ΑΑΔΕ επί σχετικού ερωτήματος με ημερομηνία 15.2.2019 θυγατρικής μας εταιρείας (...), τα οφέλη από το πιστοποιητικό ΑΕΟ επωφελείται μόνο ο ίδιος οικονομικός φορέας που διαθέτει το πιστοποιητικό αυτό, σύμφωνα με τις αναφερόμενες στο έγγραφο αυτό διατάξεις του Ενωσιακού Τελωνειακού Κώδικα (Κανονισμός 952/2013). Κατά συνέπεια, το πιστοποιητικό ΑΕΟ δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δάνειας εμπειρίας στην προκειμένη περίπτωση από την εταιρεία «...» στην εταιρεία «...», πολλώ δε μάλλον αφού, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, στο από 31.1.2019 ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ των ανωτέρω εταιρειών δεν προβλέπεται ότι η εταιρεία «...» θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες για λογαριασμό της εταιρείας «...».

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει συναφώς ότι «Ι. Ως προς την παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 78 και 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει και των όρων της σχετικής διακήρυξης, κατά το μέρος που η Αναθέτουσα Αρχή εδέχθη τη δάνεια εμπειρία της εταιρείας μας ως προς το πιστοποιητικό ΑΕΟ από την εταιρεία, κατά παράβαση των διατάξεων του Ενωσιακού Τελωνειακού Κώδικα (Κανονισμός 952/2013). Σύμφωνα με το άρθρο 78 παρ. 1 εδ. β' του ν. 4412/2016, αναφορικά με τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων εφόσον οι τελευταίοι πρόκειται να εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες, για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Εν προκειμένω, μεταξύ των προβλεπόμενων δικαιολογητικών προσφοράς στο άρθρο 18 του Παραρτήματος Ε της Διακήρυξης περιλαμβανόταν το Πιστοποιητικό ΑΕΟ (Authorised Economic Operator/Τελωνειακές Απλουστεύσεις-Ασφάλεια και Προστασία), κάτοχος του οποίου ναι μεν δεν είναι η εταιρεία μας, το διαθέτει εντούτοις, η εταιρεία,

της οποίας τη σχετική ικανότητα επικαλούμαστε, δυνάμει του από 31.01.2019 συναφθέντος ιδιωτικού συμφωνητικού. Ο δε ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί παραβίασης των άρθρων 75 παρ. 4 και 78 του ν. 4412/2016, καθώς και των σχετικών άρθρων της Διακήρυξης είναι καθόλα αβάσιμος. Και τούτο, διότι το άρθρο 4 παρ. 2 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης προβλέπει ότι «η Τεχνική Προσφορά περιέχει έγγραφα και δικαιολογητικά, που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια και την δυνατότητα υλοποίησης των απαιτήσεων του παρόντος διαγωνισμού, ως αυτές ορίζονται στα Παραρτήματα Γ και Ε. Ειδικότερα, κατά τον παρόντα διαγωνισμό θα περιέχει: α) Τα δικαιολογητικά της παρ. 18 του Παραρτήματος Ε της παρούσας Διακήρυξης. β) Κάθε άλλο δικαιολογητικό που τυχόν απαιτείται από το Παράρτημα Ε της Παρούσας». Βάσει της γραμματικής και συστηματικής ερμηνείας συνάγεται ότι το προβλεπόμενο στο άρθρο 18 του Παραρτήματος Ε της Διακήρυξης Πιστοποιητικό ΑΕΟ τεκμηριώνει την τεχνική επάρκεια και όχι τα επαγγελματικά προσόντα. Ως εκ τούτου, η κρινόμενη περίπτωση δεν εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. β', αλλά στον γενικό κανόνα του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. α', κατά το οποίο, αναφορικά με τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, δάνεια εμπειρία επιτρέπεται, χωρίς να είναι αναγκαίο ο τρίτος να αναλαμβάνει την εκτέλεση της σύμβασης. Άλλως ειπείν, το Πιστοποιητικό ΑΕΟ εμπίπτει στα δικαιολογητικά του άρθρου 75 παρ. 4, κατά το οποίο «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. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους», και όχι στα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 75, που αφορούν την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας. Εξάλλου, ως επαγγελματικό προσόν υπό την

έννοια των άρθρων 75 παρ. 2 και 78 παρ. 1 εδ. β', λογίζεται η εγγραφή σε επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα, η συμμετοχή σε οργανισμούς κ.ά. (βλ. Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α), κάτι που ουδόλως συντρέχει εν προκειμένω. Ως προς τη φύση των κριτηρίων που πιστοποιούνται με το Πιστοποιητικό ΑΕΟ, με την ΕΣ VI 453/2018 απόφαση, κρίθηκε ότι σε διαγωνιστική διαδικασία, που απαιτείτο από τη διακήρυξη η κατοχή από τον προσφέροντα ισχύοντος πιστοποιητικού ISO, το οποίο να καλύπτει τις διαδικασίες διακίνησης, αποθήκευσης, μεταφοράς και εμπορίας υγρών καυσίμων ως απόδειξη τεχνικής ικανότητας και διασφάλισης ποιότητας, είναι δυνατή η στήριξη στις ικανότητες τρίτων και η προσφυγή στον θεσμό της δάνειας εμπειρίας. Κατά λογική ακολουθία, το Πιστοποιητικό ΑΕΟ, που είναι παρεμφερές με το Πιστοποιητικό ISO, υπάγεται στα δικαιολογητικά, που τεκμηριώνουν την τεχνική ικανότητα και όχι τα επαγγελματικά προσόντα και ως εκ τούτου είναι καθόλα νόμιμη η αξιοποίηση του θεσμού της δάνειας εμπειρίας (άλλωστε στον διαγωνισμό ζητείται στα τεχνικά δικαιολογητικά). Σημειώνεται δε ότι ακόμα όμως και αν ήθελε υποτεθεί ότι το Πιστοποιητικό ΑΕΟ σχετίζεται με τα επαγγελματικά προσόντα, όπως προκύπτει με σαφήνεια από το ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ των εταιρειών και ..., η τελευταία έχει δεσμευθεί συμβατικά να αναλάβει και την εκτέλεση της σύμβασης, καθ' ο μέτρο είναι αναγκαίο. Συγκεκριμένα, «συμφωνεί να συμμετάσχει η αφ] ετέρου συμβαλλόμενη εταιρεία στον ανωτέρω διαγωνισμό, βασιζόμενη στις ικανότητες της αφ] ενός συμβαλλόμενης, κατά το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, και συγκεκριμένα βασιζόμενη στην κατοχή του ανωτέρω πιστοποιητικού ΑΕΟ, προκειμένου αυτό να χρησιμοποιηθεί για τις ανάγκες της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και για την εκτέλεση του έργου... Η αφενός συμβαλλόμενη υπόσχεται να συμπράξει σε οποιαδήποτε ενέργεια απαιτηθεί κατά την διαγωνιστική διαδικασία και κατά την εκτέλεση της σύμβασης, σύμφωνα με τις υποδείξεις της αφ] ετέρου συμβαλλόμενης εταιρείας... Η αφ] ενός συμβαλλόμενη υποχρεούται να έχει στην διάθεση της αφ] ετέρου συμβαλλόμενης το ανωτέρω πιστοποιητικό ΑΕΟ καθ' όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και της εκτέλεσης της σύμβασης, η οποία έχει χρονική διάρκεια τριών (3) ετών από την υπογραφή της δυνάμενη να παραταθεί για έξι

(6) μήνες... Οι συμβαλλόμενοι δηλώνουν ότι έχουν λάβει γνώση και θα συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις της ανωτέρω Διακήρυξης, του ν. 4412/2016 και των αποφάσεων 1135/2018 και 79/2019, της ΑΕΠΠ, καθ' όλη τη διάρκεια της παρούσας συμφωνίας, κατά το μέρος που αφορά την εκτέλεση της παρούσας συμφωνίας». Σε κάθε περίπτωση η Αρχή Σας δέον είναι να λάβει υπ' όψιν την *ratio* του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, ήτοι τη διασφάλιση του ανοίγματος της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, μέσω της συμμετοχής όσο το δυνατόν περισσότερων οικονομικών φορέων (αρχή *favor participationis*, Απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, *Assitur Srl*, C-538/07, σκ. 26. Απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, *Siemens και ARGE Telecom*, C-314/01, σκ. 42-44.), ο οποίος δε συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του ενωσιακού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών (Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-412/04, σκ. 2. Απόφαση της 2ης Δεκεμβρίου 1999, *Holst Italia*, C-176/98, σκ. 23.), αλλά εξίσου και με το συμφέρον της ίδιας της Αναθέτουσας Αρχής, που διαθέτει τοιουτοτρόπως ευρεία δυνατότητα για την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσας προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά. (Απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, *CoNISMα*, C-305/08, σκ. 37. Απόφαση της 15ης Μαΐου 2008, *SECAP και Santorso*, C-147/06 και C-148/06, σκ. 29 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω νομολογία.). Είναι δε αξιοσημείωτο ότι ο εν λόγω θεσμός διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο επίσης, επιδιώκει η Οδηγία 2014/24/ΕΕ, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 2, 59 και 78 αυτής. (Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI*, C-94/12, σκ. 34, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη νομολογία.) Υπό αυτό το πρίσμα, η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων θα πρέπει να εκλαμβάνεται ως γενική αρχή και όχι εξαίρεση. (Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, σκ. 36. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέως *Manuel Campos Sanchez-Bordona* της 21ης Ιανουαρίου 2016, *Pirro Pizzo*, C-27/15, σημείο 40. Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI*, C-94/12, σκ. 35, 36.). Κατ'

εξαίρεση δε περιορισμοί θα πρέπει να εξυπηρετούν αποκλειστικά τον σκοπό της ορθής και αποτελεσματικής εκτέλεσης της σύμβασης, να είναι συναφείς με το αντικείμενο αυτής και να διέπονται από την αρχή της αναλογικότητας, να προβλέπονται ρητώς στην προκήρυξη και να είναι σαφώς καθορισμένοι, καθώς και να διασφαλίζουν το δικαίωμα των προσφερόντων οικονομικών φορέων να προτείνουν στην αναθέτουσα αρχή εναλλακτικούς τρόπους χρήσεως των δυνατοτήτων τρίτων φορέων, προϋποθέσεις που δεν πληρούνται εν προκειμένω. (Απόφαση της 4ης Μαΐου 2017, Esaprojekt, C-387/14, σκ. 83. Απόφαση της Dariusz, C-324/14, σκ. 40, 56, 57.) Ενδεικτικά, ο Γενικός Εισαγγελέας Niilo Jaaskinen στις από 8 Σεπτεμβρίου 2015 Προτάσεις του αναφέρει ότι «σε μεγάλο βαθμό, τούτο εξαρτάται από την φύση και το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, υπάρχουν πόροι που μπορούν να μεταβιβαστούν. Ας υποθέσουμε την ανάθεση από έναν πάροχο δημόσιων υγειονομικών υπηρεσιών μιας συμβάσεως η οποία έχει ως αντικείμενο τον έλεγχο συγκεκριμένης μορφής καρκίνου μέσω της χρήσεως μιας δεδομένης τεχνολογίας για καθορισμένο αριθμό προσώπων. Ας υποθέσουμε επιπλέον ότι οι όροι της εν λόγω συμβάσεως προβλέπουν ότι, στις περιπτώσεις οι οποίες δεν είναι απολύτως σαφείς, τα αποτελέσματα θα πρέπει να επιβεβαιώνονται από έναν ειδικό που θα έχει συγκεκριμένα και ανώτερα επαγγελματικά προσόντα. Υπό αυτές τις περιστάσεις, δεν θα συνέτρεχε λόγος να στερηθεί ο προσφέρων της δυνατότητας να στηριχθεί σε έναν άλλο φορέα ο οποίος θα του παράσχει τις απαραίτητες συμβουλευτικές υπηρεσίες. Ωστόσο, αν η εν λόγω σύμβαση αφορούσε τον έλεγχο μέσω μιας νέας και μη δεδομένης μεθοδολογίας, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως θα απαιτούσε από τον ίδιο τον προσφέροντα να διαθέτει αυτός τις σχετικές ικανότητες. Στην περίπτωση αυτή ανακύπτει ένα ζήτημα το οποίο αφορά τις πραγματικές περιστάσεις της αναθέσεως της συμβάσεως... είναι σχεδόν βέβαιο ότι θα υπάρχουν περιπτώσεις όπου η σχετική υποχρέωση είναι τέτοιου βαθμού δυσκολίας ώστε να πρέπει να αναληφθεί από τον τρίτο που διαθέτει τις εξειδικευμένες ικανότητες των οποίων γίνεται επίκληση, και όχι απλώς στη βάση παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών και διαβουλευσεως εκ μέρους ενός τέτοιου φορέα, ενώ την αντίστοιχη υποχρέωση

αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος ο προσφέρων.» (*Partner Apelski Dariusz, C-324/14, σημείο 32 επ.*). Εν προκειμένω, οι δυνατότητες που κατοχυρώνει το Πιστοποιητικό ΑΕΟ σχετίζονται αφενός με τη διευκόλυνση και επιτάχυνση των διαδικασιών, που απαιτούνται για την διεκπεραίωση της μεταφοράς και την παράδοση του φορτίου και αφετέρου με την απαραίτητη ασφάλεια για την μεταφορά του συμβατικού αντικειμένου. Αμφότερες δε οι δυνατότητες δεν είναι προσωποπαγείς, υπό την έννοια ότι συνδέονται άρρηκτα με τον κάτοχο του Πιστοποιητικού, αλλά μπορούν να μεταβιβασθούν, αποτελώντας αντικείμενο δάνειας εμπειρίας. Συνεπώς, βάσει και της τεολογικής ερμηνείας του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. β' του ν. 4412/2016, δε συντρέχει λόγος να υποχρεούται ο τρίτος φορέας να αναλαμβάνει δια αυτεπιστασίας την εκτέλεση της υπηρεσίας. Το δε Δικαστήριο, σε μια προσπάθεια να μη διακυβεύεται το *effet utile* του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, αλλά και να διευρύνει έτι περαιτέρω την έκταση της δυνατότητας επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων φορέων, έκανε δεκτό ότι προσφέρων σε έναν διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίου έργου μπορεί να είναι ακόμα και επιχείρηση, που δε δραστηριοποιείται καν στο πεδίο της εκτέλεσης δημοσίων έργων. (Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, *Ordine degli Architetti, C-399/98, σκ. 90-92.*) Ως εκ τούτου, με ένα επιχείρημα *a minore ad maius*, προσφέρων στον επίμαχο διαγωνισμό μπορεί να είναι η εταιρεία μας, η οποία ναι μεν δεν είναι η ίδια κάτοχος Πιστοποιητικού ΑΕΟ, εντούτοις, δραστηριοποιείται με υπευθυνότητα και συνέπεια στον τομέα των διεθνών μεταφορών και στις τελωνειακές διατυπώσεις έχοντας έμπειρο προσωπικό εκτελωνιστών με πτυχία ήδη από το 1969. Περαιτέρω, επικαλείται την οικεία ικανότητα της εταιρείας ... Επιχείρημα για την επιεική ερμηνευτική προσέγγιση του θεσμού της δάνειας εμπειρίας αντλείται και από το άρθρο 83 παρ. 2 *in fine* του ν. 4412/2016, που μεταφέρει το άρθρο 64 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Τέλος, σημειώνεται ότι η δυνατότητα αξιοποίησης του θεσμού της δάνειας εμπειρίας για το ΑΕΟ έχει εν τοις πράγμασι κριθεί ως συμβατή με το ισχύον ρυθμιστικό πλαίσιο τόσο δυνάμει της υπ' αριθμ. 566/2019 αποφάσεως του 7ου Κλιμακίου της Αρχής Σας καθώς και δυνάμει της υπ' αριθμ. 260/2019 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Θα ήταν δε οξύμωρο και

παράλογο να σπαταλούσαμε το χρόνο της Αρχής Σας, αλλά και του τακτικού διοικητικού δικαστηρίου για το εάν έπρεπε ή όχι να έχει ψηφιακή υπογραφή το έγγραφο της εταιρείας, εάν τελικώς δεν μπορούσαμε να στηριχθούμε στις ικανότητες αυτές. Κατά λογική ακολουθία, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής είναι άνευ ετέρου αβάσιμος».

14. Επειδή, από το άρθρο 3 «Δικαιολογητικά συμμετοχής (Άρθρο 93, Ν.4412/2016)» του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, αλλά και το πλέγμα των διατάξεων που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό, προκύπτει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή σε αυτόν συμμετέχοντος οικονομικού φορέα ο οποίος στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, απαιτείται αυτός (ο συμμετέχων οικονομικός φορέας) να συνυποβάλει με την προσφορά του τόσο το Ε.Ε.Ε.Π. που αφορά τον ίδιο, όσο και, χωριστό έντυπο Ε.Ε.Ε.Π. για καθένα από τους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται (Α.Ε.Π.Π. 566/2019). Επίσης, σύμφωνα με το Άρθρο 4 «Δικαιολογητικά Τεχνικής Προσφοράς (Άρθρο 94, Ν.4412/16)» του Παραρτήματος Β της διακήρυξης «... 2. Πέραν του ανωτέρω, η Τεχνική Προσφορά περιέχει έγγραφα και δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια και την δυνατότητα υλοποίησης των απαιτήσεων του παρόντος διαγωνισμού, ως αυτές ορίζονται στα παραρτήματα «Γ» και «Ε». Ειδικότερα κατά τον παρόντα διαγωνισμό θα περιέχει: α. Τα δικαιολογητικά παραγράφου 18 του παραρτήματος «Ε» της παρούσας διακήρυξης. ...». Σύμφωνα, δε, με την παράγραφο 18 του Παραρτήματος Ε της διακήρυξης, στο οποίο παραπέμπει το ως άνω Άρθρο 4: «18. ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ: Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, πέραν από τη συμμόρφωση τους με τους ανωτέρω όρους (μέσω της συμπλήρωσης της αντίστοιχης ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ), θα υποβάλουν και τα κάτωθι δικαιολογητικά, που ενισχύουν την εξασφάλιση της Υπηρεσίας αναφορικά με τις δυνατότητες των υποψήφιων μεταφορέων για την εύρυθμη υλοποίηση των ανωτέρω όρων κατά την εκτέλεση των συμβάσεων: α. Πιστοποιητικό ΑΕΟ (Authorized Economic Operator – Τελωνειακές Απλουστεύσεις/Ασφάλεια και Προστασία) σύμφωνα με τον παγκόσμιο οργανισμό Τελωνείων. ...». Επίσης, σύμφωνα με το Άρθρο 9 «Δικαιολογητικά

Κατακύρωσης (Άρθρα 80 και 103, Ν.4412/16)» του Παραρτήματος Β της διακήρυξης «... 7. Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό (πχ. ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ προσφέροντος και τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, ή από οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο μέσο)». Εκ των ως άνω όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν στο φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς να υποβάλουν το ζητούμενο από την παράγραφο 18 του Παραρτήματος Ε της διακήρυξης Πιστοποιητικό ΑΕΟ. Επίσης, η έγγραφη δέσμευση του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου τυχόν στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, προσκομίζεται, κατά τη διακήρυξη, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης.

15. Επειδή, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος προσφυγής, κατά το μέρος που με αυτόν προβάλλεται ότι το πιστοποιητικό ΑΕΟ δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δάνειας εμπειρίας είναι απορριπτέος ως ανεπικαίρως και συνεπώς απαραδέκτως προβαλλόμενος. Τούτο, δε, διότι, η στήριξη της παρεμβαίνουσας σε τρίτο οικονομικό φορέα ως προς το πιστοποιητικό ΑΕΟ είχε ήδη δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. της παρεμβαίνουσας, ενώ στο φάκελο της τεχνικής της προσφοράς είχε υποβληθεί το ως άνω πιστοποιητικό. Το στάδιο, δε, του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών οριστικοποιήθηκε με την υπ' αριθμ. Φ. 602.2/24/284925/Σ.1699/31.05.19/.../Ε2-II Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, την οποία (απόφαση) η προσφεύγουσα δεν προσέβαλε. Επίσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο ειδικώς διέπον τη διαγωνιστική διαδικασία κανονιστικό καθεστώς της διακήρυξης, απαιτείται έγγραφη δέσμευση του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους. Συνακόλουθα, η δέσμευση που διατυπώνεται στο επίμαχο ιδιωτικό συμφωνητικό, σύμφωνα με την οποία «...3/ Για την συμμετοχή της στον ανωτέρω Διαγωνισμό, ο οποίος απαιτεί μεταξύ άλλων την κατοχή του

πιστοποιητικού ΑΕΟ από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, η αφ' ετέρου συμβαλλόμενη εταιρεία θα συνεργασθεί, κατά το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, με την αφ' ενός συμβαλλόμενη εταιρεία, η οποία είναι κάτοχος του ανωτέρω πιστοποιητικού. 4/ Με το παρόν η αφ' ενός συμβαλλόμενη εταιρεία συμφωνεί να συμμετάσχει η αφ' ετέρου συμβαλλόμενη εταιρεία στον ανωτέρω διαγωνισμό, βασιζόμενη στις ικανότητες της αφ' ενός συμβαλλόμενης, κατά το άρθρο 78 του ν.4412/2016, και συγκεκριμένα βασιζόμενη στην κατοχή του ανωτέρω πιστοποιητικού ΑΕΟ, προκειμένου αυτό να χρησιμοποιηθεί για τις ανάγκες της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και για την εκτέλεση του έργου, σε περίπτωση που η αφ' ετέρου συμβαλλόμενη ανακηρυχθεί Ανάδοχος αυτού. Η αφενός συμβαλλόμενη υπόσχεται να συμπράξει σε οποιαδήποτε ενέργεια απαιτηθεί κατά την διαγωνιστική διαδικασία και κατά την εκτέλεση της σύμβασης, σύμφωνα με τις υποδείξεις της αφ' ετέρου συμβαλλόμενης εταιρείας, και να υπογράψει διά των εκπροσώπων της κάθε απαραίτητη δήλωση και έγγραφο, προκειμένου να επιτευχθεί ο ανωτέρω σκοπός. Η αφ' ενός συμβαλλόμενη υποχρεούται να έχει στην διάθεση της αφ' ετέρου συμβαλλόμενης το ανωτέρω πιστοποιητικό ΑΕΟ καθόλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και της εκτέλεσης της σύμβασης, η οποία έχει χρονική διάρκεια τριών (3) ετών από την υπογραφή της δυνάμενη να παραταθεί για έξι (6) μήνες. ...», πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτός.

16. Επειδή, με το δεύτερο λόγο, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «2. Παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 78 και 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και των άρθρων 4 παρ. 1 και 5 παρ. 1 και 3 του Συντ., κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή εδέχθη υπό όρους ή αίρεση τη δάνεια εμπειρία ως προς το Πιστοποιητικό ΑΕΟ της εταιρείας «...» από την εταιρεία «....». Ειδικότερα, με τον όρο 8 της από 31.1.2019 ιδιωτικής συμφωνίας περί δάνειας εμπειρίας ως προς το Πιστοποιητικό ΑΕΟ μεταξύ της εταιρείας «...» και της εταιρείας «....» προβλέπεται ότι: «η ισχύς της παύει από την ημερομηνία κατά την οποία η αφετέρου συμβαλλόμενη εταιρεία (εννοεί την εταιρεία ...) θα λάβει Πιστοποιητικό

ΑΕΟ». Τούτο σημαίνει ότι η εν λόγω δάνεια εμπειρία παρέχεται υπό όρους ή διαλυτική αίρεση και δεν καλύπτει την έννοια και απαίτηση της ανεπιφύλακτης δάνειας εμπειρίας που προϋποθέτουν οι προαναφερόμενες διατάξεις του Ν. 4412/2016. Και τούτο διότι οι διατάξεις αυτές (άρθρο 78 και άρθρο 75 παρ. 4) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει ουδόλως αναφέρουν ότι η δάνεια εμπειρία θα ισχύσει μέχρις ότου η υποψήφια εταιρεία ή η ανάδοχος του Διαγωνισμού αποκτήσει η ίδια την εμπειρία αυτή. Σε αντίθετη περίπτωση, οποιοσδήποτε διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν πληροί τα κριτήρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του Διαγωνισμού, θα μπορούσε να συμμετάσχει σε αυτόν και να αναλάβει τη σύμβαση μέχρις ότου τα αποκτήσει, γεγονός που θα φαλκίδευε επιπροσθέτως τον ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση μεταξύ των διαγωνιζομένων, ιδίως σε σχέση με όσους υποψηφίους, όπως η εταιρεία μας, πληρούσαν αυτοτελώς τα κριτήρια αυτά, κατά παράβαση των άρθρων 5 παρ. 1 και 3 και 4 παρ. 1 του Συντ.».

17. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει συναφώς ότι «II. Ως προς την παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 78 και 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει και των όρων της σχετικής διακήρυξης, κατά το μέρος που η Αναθέτουσα Αρχή εδέχθη υπό όρους ή αίρεση τη δάνεια εμπειρία της εταιρείας μας ως προς το πιστοποιητικό ΑΕΟ από την εταιρεία Ratio της επίκλησης της ικανότητας τρίτων, όπως προαναφέρθηκε, είναι η διευκόλυνση της συμμετοχής όσο το δυνατόν περισσότερων, ιδίως μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, σε περιπτώσεις που δεν πληρούν αυτοπροσώπως οι διαγωνιζόμενες τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής. Σε πλήρη εναρμόνιση με τον επικουρικό χαρακτήρα του μηχανισμού της δάνειας εμπειρίας τελεί και ο όρος του από 31.01.2019 ιδιωτικού συμφωνητικού (πριν την σύνταξη του ΕΕΕΣ για την διασφάλιση της συμφωνίας προς την Αναθέτουσα Αρχή) ότι δηλαδή το παρόν ισχύει καθ' όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και της εκτέλεσης της σύμβασης, εκτός εάν η εταιρεία ... αποκτήσει Πιστοποιητικό ΑΕΟ. Τούτο ουδόλως σημαίνει ότι η δάνεια εμπειρία μας τελεί υπό διαλυτική αίρεση. Απλώς, σε περίπτωση που η εταιρεία μας διαθέτει ίδιο

Πιστοποιητικό, είναι ανορθολογικό να επικαλούμαστε την ίδια ικανότητα τρίτου φορέα. Εξάλλου, ουδόλως διακυβεύεται η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, καθώς τα κριτήρια επιλογής θα πληρούνται καθ' όλη τη διάρκεια είτε από την ίδια την προσφέρουσα είτε από τον τρίτο φορέα. Ακόμα όμως και αν ήθελε ερμηνευθεί ο επίμαχος συμβατικός όρος ως εισάγων διαλυτική αίρεση, στη δάνεια εμπειρία χωρεί προσθήκη αιρέσεων, ακόμα και αναβλητικών, που ενέχουν πιο έντονο το στοιχείο της αβεβαιότητας συγκριτικά με τις διαλυτικές. Σύμφωνα με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ 909/2019, 971/2018 και 237/2018, πέραν της δυνατότητας της προσφέρουσας να διαθέτει ως κύριος ή ως νόμιμος κάτοχος τον απαραίτητο εξοπλισμό, βάσει ισχύουσας ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς σύμβασης μίσθωσης, εναλλακτικά, η διαγωνιζόμενη μπορεί να αποδείξει ότι θα διαθέτει τον εξοπλισμό μέσω της επίκλησης ικανότητας τρίτου, ανεξαρτήτως του αν η δέσμευση αυτή λάβει χώρα μέσω συμφωνητικού, όπως μισθωτήριο υπό αναβλητική αίρεση, αφού για τη στήριξη σε ικανότητες τρίτου είναι αδιάφοροι οι νομικοί δεσμοί του προσφέροντος με τον τρίτο οικονομικό φορέα. Επισημαίνεται δε ότι η αίρεση θα μπορούσε να καταστεί νόμιμη και σύμφωνη με τη διακήρυξη, μόνο υπό την εκδοχή ότι τίθεται στο ειδικώς ρυθμιζόμενο πλαίσιο της δέσμευσης τρίτου οικονομικού φορέα που παρέχει στήριξη. Επιχείρημα υπέρ της δυνατότητας προσθήκης αναβλητικών, πολλώ μάλλον διαλυτικών αιρέσεων στη δάνεια εμπειρία αντλείται και από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, κατά το οποίο «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». Κατά λογική ακολουθία, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι αναντίρρητα αβάσιμος».

18. Επειδή, από τη διατύπωση του ιδιωτικού συμφωνητικού σύμφωνα με την οποία η δέσμευση του τρίτου οικονομικού φορέα καλύπτει

ρητώς τη συνολική διάρκεια της σύμβασης, σε συνδυασμό με το ότι κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα δεν διακυβεύεται η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, καθώς τα κριτήρια επιλογής θα πληρούνται καθ' όλη τη διάρκειά της, και σε κάθε περίπτωση κατά την αληθή έννοια η ως άνω επίμαχη φράση εν τοις πράγμασι αφορά την περίπτωση που κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής δεν είναι πλέον απαραίτητη η συνδρομή του τρίτου φορέα λόγω έκδοσης ΑΕΟ από τον ίδιο προσφέροντα, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτέος.

19. Επειδή, με τον τρίτο λόγο, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι *«3. Παραβίαση των άρθρων 2 και 3 της Διακήρυξης, του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 και της υπ' αριθμ. 23 κατευθυντήριας Οδηγίας της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ), κατά το μέρος που το υποβληθέν ιδιωτικό συμφωνητικό περί της ανωτέρω δάνειας εμπειρίας της εταιρείας «...» ως προς το Πιστοποιητικό ΑΕΟ από την εταιρεία «...» φέρει εκ των υστέρων ψηφιακές υπογραφές των νομίμων εκπροσώπων των εν λόγω εταιρειών με ημερομηνία 13.6.2019. Ειδικότερα, το ιδιωτικό συμφωνητικό περί δάνειας εμπειρίας ως προς το Πιστοποιητικό ΑΕΟ μεταξύ της εταιρείας «...» και της εταιρείας «...» φέρει ημερομηνία 31.1.2019, υποβλήθηκε εμπροθέσμως ψηφιακά μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 13.6.2019, όπως προκύπτει από την κονσόλα διαχείρισης του ΕΣΗΔΗΣ με τα υποβληθέντα/προσκομισθέντα δικαιολογητικά της εν λόγω εταιρείας κατά το στάδιο της κατακύρωσης και υπογράφεται ψηφιακά την 13.6.2019 από τον ... νόμιμο εκπρόσωπο (Διαχειριστή) της εταιρείας «...» και τη ... νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας «...», όπως προκύπτει από το σώμα αυτού. Πλην όμως, τούτο σημαίνει ότι η εταιρεία «...» αποδέχεται ότι το εν λόγω συμφωνητικό έπρεπε εξ αρχής (31.1.2019) να φέρει ψηφιακή υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου (Διαχειριστή) της εταιρείας «...» και όχι χειρόγραφη υπογραφή αυτού με θεωρημένο το γνήσιο της υπογραφής του, γεγονός για το οποίο αρχικά υπήρξε αποκλεισμός της από τη διαγωνιστική διαδικασία με την υπ' αριθμ. Φ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφού τούτο συνιστά παράβαση των άρθρων 2 και 3 της Διακήρυξης, του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 και της υπ' αριθμ. 23 κατευθυντήριας Οδηγίας της Ανεξάρτητης*

Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ), όπως εδέχθη αρχικά η αναθέτουσα αρχή και όπως αναλυτικά υποστηρίζουμε με την υπ' αριθμ. ΑΚ.../13.9.2019 αίτησή μας ακυρώσεως ενώπιον του ΔιοικΕφΑθ (Τμήμα ΙΒ' Ακυρωτικό). Πέραν τούτου, η νόμιμος εκπρόσωπος (Διαχειριστής) της εταιρείας «...» παρανόμως υπέγραψε ψηφιακά το εν λόγω ιδιωτικό συμφωνητικό με ημερομηνία 13.6.2019, ενώ τούτο έπρεπε να φέρει ψηφιακή υπογραφή αυτής με ημερομηνία 31.1.2019 (ημερομηνία σύνταξής του), οπότε διέθετε ψηφιακή υπογραφή».

20. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει συναφώς ότι «III. Ως προς την παραβίαση των άρθρων 2 και 3 της Διακήρυξης, του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και της υπ' αριθμ. 23 κατευθυντήριας οδηγίας της ΕΑΑΔΗΣΥ, κατά το μέρος που το επιβληθέν ιδιωτικό συμφωνητικό περί της δάνειας εμπειρίας φέρει εκ των υστέρων ψηφιακές υπογραφές. Με τον τρίτο λόγο ακύρωσης, η προσφεύγουσα επικαλείται παραβίαση του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, των άρθρων 2 και 3 της Διακήρυξης και της υπ' αριθ. 23 Κατευθυντήριας Οδηγίας της ΕΑΑΔΗΣΥ, που αφορούν άπαντας το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Από την άλλη πλευρά, τα επιχειρήματα που επικαλείται προς επίρρωση του σχετικού λόγου, είναι προδήλως μη συναφή με τη φερόμενη παραβίαση, καθώς στρέφονται κατά της εκπρόθεσμης ψηφιακής υπογραφής του ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ των εταιρειών και, δυνάμει του οποίου η ανάδοχος επικαλείται την ικανότητα της αναφορικά με το Πιστοποιητικό ΑΕΟ. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας ουδόλως σχετίζεται με την παραβίαση των ως άνω διατάξεων. Βάσει δε του τίτλου, που συνοδεύει τον τρίτο λόγο ακύρωσης, συνάγεται ευχερώς η μομφή της περί μη προσήκουσας υπογραφής του ΕΕΕΣ όχι από τον οικονομικό φορέα, αλλά από τον τρίτο, ζήτημα για το οποίο έχει αποφανθεί τόσο η ΑΕΠΠ, όσο και το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών ad hoc ότι η παράλειψη ψηφιακής υπογραφής του ΕΕΕΣ από τον τρίτο, εφόσον υπάρχει ιδιόχειρη υπογραφή, το γνήσιο της οποίας βεβαιώνεται από Κέντρο Εξυπηρέτησης Πολιτών οι υπηρεσίες δημοσίου τομέα, δεν πλήττει τη νομιμότητα της συμμετοχής του οικονομικού φορέα, καθώς δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία για την ταυτότητα και ιδιότητα των δηλούντων και το περιεχόμενο των δηλούμενων πληροφοριών. Εξάλλου, από τις εφαρμοστέες

διατάξεις, αυτοτελώς και συνδυαστικώς ερμηνευόμενες, προκύπτει ότι μόνο οι υποβάλλοντες προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, υποχρέωση που δεν επεκτείνεται και μάλιστα, επί ποινή αποκλεισμού και στην περίπτωση του τρίτου φορέα. Αναλυτικότερα, τόσο το άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 όσο και τα ομοίου περιεχομένου άρθρα 79 και 79Α του ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε την εν λόγω Οδηγία στην ελληνική έννομη τάξη, ως προς το ΕΕΕΣ, προβλέπουν πρώτον, ότι αυτό παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή (και άρα, όχι ότι φέρει υποχρεωτικά ψηφιακή υπογραφή) και δεύτερον, ότι σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας εξαρτάται από τις ικανότητες άλλων φορέων, θα πρέπει να περιέχει τις απαιτούμενες πληροφορίες και για τις οντότητες αυτές. Καταρτίζεται δε το ΕΕΕΣ βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος ΙΙ του Κανονισμού 2016/7/ΕΕ της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, κατά το οποίο «Όσον αφορά την υπογραφή (ή τις υπογραφές) του ΕΕΕΣ, επισημαίνεται ότι ενδέχεται να μην είναι απαραίτητο να υπάρχει υπογραφή στο ΕΕΕΣ όταν αυτό διαβιβάζεται ως μέρος σειράς εγγράφων, των οποίων η αυθεντικότητα και η ακεραιότητα διασφαλίζεται μέσω της απαιτούμενης υπογραφής (ή υπογραφών) του μέσου διαβίβασης. Για παράδειγμα: εάν η προσφορά και το συνοδευτικό ΕΕΕΣ σε ανοικτή διαδικασία διαβιβάζονται μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου το οποίο διαθέτει το απαιτούμενο είδος ηλεκτρονικής υπογραφής, τότε ενδέχεται να μην είναι απαραίτητο να υπάρχει πρόσθετη υπογραφή (ή υπογραφές) στο ΕΕΕΣ. Η χρήση ηλεκτρονικής υπογραφής στο ΕΕΕΣ ενδέχεται επίσης να μην είναι απαραίτητη όταν εισάγεται σε πλατφόρμα ηλεκτρονικών προμηθειών, για τη χρήση της οποίας απαιτείται ηλεκτρονικός έλεγχος ταυτότητας». Στο δε τυποποιημένο έντυπο για το ΕΕΕΣ, όπως περιέχεται στο Παράρτημα ΙΙ του Κανονισμού, στο τέλος αναγράφονται τα εξής: «Ημερομηνία, τόπος και, όπου ζητείται ή είναι απαραίτητο, υπογραφή/-ές». Λόγος αποκλεισμού και μάλιστα δυνητικός, είναι οι σοβαρές ψευδείς δηλώσεις κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ ή, γενικότερα, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την

πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ή όταν οι οικονομικοί φορείς έχουν αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσουν τα σχετικά δικαιολογητικά, που είναι προφανώς, *aliud* σε σχέση με την έλλειψη ψηφιακής υπογραφής της δήλωσης. Σε πλήρη εναρμόνιση με τον ανωτέρω Εκτελεστικό Κανονισμό, με τις πρόσφατες τροποποιήσεις του ν. 4605/2019, προστέθηκε η παράγραφος 7 στο άρθρο 92 του ν. 4412/2016, ως εξής: «Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 36, οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς δεν έχουν την υποχρέωση να υπογράψουν τα δικαιολογητικά του παρόντος με χρήση προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής, αλλά μπορεί να τα αυθεντικοποιούν με οποιονδήποτε άλλον πρόσφορο τρόπο, εφόσον στη χώρα προέλευσής τους δεν είναι υποχρεωτική η χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Στις περιπτώσεις αυτές η προσφορά ή η αίτηση συμμετοχής συνοδεύεται με υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δηλώνεται ότι, στη χώρα προέλευσης δεν προβλέπεται η χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής ή ότι, στη χώρα προέλευσης δεν είναι υποχρεωτική η χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Η υπεύθυνη δήλωση του προηγούμενου εδαφίου φέρει υπογραφή έως και δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ή των αιτήσεων συμμετοχής». Το ζήτημα της έλλειψης ψηφιακής υπογραφής επί του ΕΕΣΣ, που υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, έχει αντιμετωπισθεί ήδη νομολογιακά. Ειδικότερα, στην υπ' αριθ. 234/2018 *ad hoc* απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι η έλλειψη ψηφιακής υπογραφής επί του ΕΕΣΣ, που υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, ουδόλως πλήττει τη νομιμότητα της συμμετοχής αυτού στη διαγωνιστική διαδικασία, όταν δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία για την ταυτότητα και ιδιότητα των δηλούντων κατά το περιεχόμενο των δηλούμενων πληροφοριών. Στη δε βιβλιογραφία (Καλλιτσιώτη Ε., Δημόσιες Συμβάσεις. Ν. 4412/2016. Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 352) γίνεται

ευθεία σύνδεση της προαναφερθείσα νομολογίας με τη ratio του Εκτελεστικού Κανονισμού ΕΕ 2016/7 της Επιτροπής της 05ης.01.2016. Συναφής είναι και η υπ' αριθ. 296/2018 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, στην οποία κρίθηκε ότι η έλλειψη ψηφιακής υπογραφής επί του ΕΕΣΣ από όλα τα μέλη του ΔΣ του οικονομικού φορέα, δεν καθιστά την προσφορά αυτού απαράδεκτη, δεδομένου ότι προσκομίστηκαν κατά την ελεγχόμενη διαδικασία δικαιολογητικά μείζονος αποδεικτικής ισχύος. Η ως άνω πάγια νομολογιακή θέση έχει υιοθετηθεί και από την ΑΕΠΠ (ενδεικτικά ΑΕΠΠ 775/2018, 1122/2018). Στη δε υπ' αριθ. 566/2019 απόφαση του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε δεκτή η με Γ.Α.Κ. ΑΕΠΠ 436/11.04.2019 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας μας, κρίθηκε ότι «η έλλειψη ψηφιακής υπογραφής θεωρείται ότι δεν πλήττει τη νομιμότητα της συμμετοχής τους στη διαγωνιστική διαδικασία, μόνο όμως όταν δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία για την ταυτότητα και ιδιότητα των δηλούντων και το περιεχόμενο των δηλούμενων πληροφοριών (ΕλΣυν VI Τμ. 234, 296/2018, πρβλ. ΔΕφΠατρών 7/2018). Ειδικότερα, εφόσον το Ε.Ε.Ε.Π. του τρίτου οικονομικού φορέα δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή του κατά τον νόμο υποχρεούτος να υπογράψει αυτό, αλλά ιδιόχειρη, το γνήσιο της οποίας (υπογραφής) βεβαιώνεται από Κέντρο Εξυπηρέτησης Πολιτών (Κ.Ε.Π.) ή υπηρεσίες δημοσίου τομέα, όπως προβλέπεται στο άρθρο 11 του Ν. 2690/1999, θεωρείται ότι δεν πλήττει η νομιμότητα της συμμετοχής οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία, δεδομένου ότι δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ούτε για το περιεχόμενο των δηλώσεων και των περιεχομένων σε αυτές πληροφοριών σχετικά με τον τρίτο οικονομικό φορέα, ούτε για την ταυτότητα και την ιδιότητα των δηλούντων (βλ. ad hoc ΕλΣυν VI Τμ. 296/2018 και Α.Ε.Π.Π. 775/2018)». Η απόφαση της ΑΕΠΠ επικυρώθηκε από την υπ' αριθ. 260/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, σύμφωνα με την οποία «Επειδή, από τις προεκτεθείσες νομικές διατάξεις, αυτοτελώς και συνδυαστικώς ερμηνευόμενες, προκύπτει ότι οι ενδιαφερόμενοι προμηθευτές (οι οποίοι κατά την έννοια που αποδίδεται στο άρθρο 2 του ν. 4412/2016 νοούνται οι υποβάλλοντες προσφορά στον ένδικο διαγωνισμό), οφείλουν να υποβάλουν την προσφορά τους ηλεκτρονικώς, μέσω του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο οποίο

πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι και επί πλέον, απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής... Η ανωτέρω απαίτηση, κατά την μη επιδεχόμενη αμφιβολίας έννοια των προμνησθεισών διατάξεων, αφορά στην ψηφιακή υπογραφή των εγγράφων και δικαιολογητικών που εκδίδονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα, δεν απαιτείται δε και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, η κατοχή ψηφιακής υπογραφής από εκδότες εγγράφων, οι οποίοι δεν φέρουν την ιδιότητα του προσφέροντος στον ένδικο διαγωνισμό. Περαιτέρω, από τις αυτές ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή στον επίδικο διαγωνισμό συμμετέχοντος οικονομικού φορέως ο οποίος στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, απαιτείται αυτός (ο συμμετέχων οικονομικός φορέας) να συνυποβάλει με την προσφορά του, πλέον του Ε.Ε.Ε.Σ. που αφορά στον ίδιο, χωριστό έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. για κάθε έναν από τους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, το οποίο απαιτείται να είναι «δεόντως» συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νομίμους εκπροσώπους των εν λόγω φορέων... Τούτο δε, εν' όψει και του ότι η ψηφιακή υπογραφή του συγκεκριμένου δικαιολογητικού δεν τάσσεται από τη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, και δη επί ποινή αποκλεισμού, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς, εφ' όσον στους σχετικούς όρους (άρθρο 9 παρ. 7, άρθρο 10 παρ. 2) δεν περιέχεται τέτοια ρήτρα, και λαμβανομένου υπ' όψιν ότι δεν τίθεται εν αμφιβόλω το μείζον εν προκειμένω ζήτημα, δηλαδή η γνησιότητα του δικαιολογητικού αυτού καθώς και η τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρήσεως των διαγωνιζομένων (πρβλ. Ε.Α. 29/2019,268/2017, σκ. 9)». Ειδικά δε για το ιδιωτικό συμφωνητικό με την εταιρεία ..., υπογραμμίζεται ότι την ημέρα της σύνταξής του ουδεμία υποχρέωση να λάβει ψηφιακή υπογραφή υφίστατο. Με διαφορετική διατύπωση, το συμφωνητικό υπεγράφη το πρώτον την 31η.01.2019 μεταξύ των συμβαλλομένων μερών με σφραγίδες των εταιρειών τους και πριν την σύνταξη του ΕΕΕΣ ώστε να έχει εκ των προτέρων διασφαλίσει την στήριξη σε ικανότητες τρίτων (ΑΕΟ), αλλά έλαβε ψηφιακή υπογραφή νομοτύπως την ημέρα που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ. Υπό το φως των

ανωτέρω, ο τέταρτος εδώ προβαλλόμενος λόγος είναι αναντίρρητα αβάσιμος και εν τοις πράγμασι έχει ήδη εξετασθεί από την Αρχή Σας».

21. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 260/2019 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία εκδόθηκε σε προγενέστερο στάδιο επί του υπό εξέταση διαγωνισμού και δη αναφορικά με την υποχρέωση θέσης ψηφιακής υπογραφής στο Ε.Ε.Ε.Σ. του δανειζοντος εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα, κρίθηκαν τα κάτωθι: «8. Επειδή, από τις προεκτεθείσες νομικές διατάξεις, αυτοτελώς και συνδυαστικώς ερμηνευόμενες, προκύπτει ότι οι ενδιαφερόμενοι προμηθευτές (οι οποίοι κατά την έννοια που αποδίδεται στο άρθρο 2 του ν. 4412/2016 νοούνται οι υποβάλλοντες προσφορά στον ένδικο διαγωνισμό), οφείλουν να υποβάλουν την προσφορά τους ηλεκτρονικώς, μέσω του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο οποίο πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι και επί πλέον, απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής... Η ανωτέρω απαίτηση, κατά την μη επιδεχόμενη αμφιβολίας έννοια των προμνησθεισών διατάξεων, αφορά στην ψηφιακή υπογραφή των εγγράφων και δικαιολογητικών που εκδίδονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα, δεν απαιτείται δε και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, η κατοχή ψηφιακής υπογραφής από εκδότες εγγράφων, οι οποίοι δεν φέρουν την ιδιότητα του προσφέροντος στον ένδικο διαγωνισμό. ...». Συνεπώς, ο ως άνω λόγος προσφυγής, κατά το μέρος που με αυτόν προβάλλεται ότι το επίμαχο ιδιωτικό συμφωνητικό έπρεπε να φέρει ψηφιακή υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας «....» είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Επίσης, στην παρ. 4 του Άρθρου 2 «Περιεχόμενο Φακέλων Προσφοράς - Χρόνος και Τρόπος Υποβολής (Άρθρα 92, 93, 94, 95 και 96 Ν.4412/16)» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «4. Όλα τα δικαιολογητικά των (υπό)φακέλων της προσφοράς υποβάλλονται στο σύνολό τους ηλεκτρονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ σε μορφή αρχείου .pdf. Όσα εκ των δικαιολογητικών / παραστατικών εκδίδονται από τον ίδιο τον υποψήφιο οικονομικό φορέα, υπογράφονται ψηφιακά από αυτόν. Τα υπόλοιπα δικαιολογητικά / παραστατικά (τα οποία έχουν και αυτά υποβληθεί ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ, και τα οποία δεν εκδίδονται από τον ίδιο τον υποψήφιο οικονομικό φορέα και επομένως δεν

υπογράφονται ψηφιακά από αυτόν), υποβάλλονται και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπα ή αρμοδίως επικυρωμένα ως ακριβή αντίγραφα) στην υπηρεσία που διενεργεί τον διαγωνισμό (ΚΕΦΝ/ΑΕΠ) εντός χρονικού διαστήματος τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική τους υποβολή, ...». Συνεπώς, σύμφωνα με τον ως άνω όρο, ψηφιακή υπογραφή πρέπει να φέρουν τα έγγραφα που εκδίδονται από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα. Ως τέτοιο έγγραφο, δεν μπορεί να νοηθεί το ιδιωτικό συμφωνητικό, το οποίο υπογράφεται εκτός από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα και από τον αντισυμβαλλόμενο του. Περαιτέρω, οι Παρατηρήσεις της Προσθήκης Ι στο Παράτημα Β, οι οποίες αφορούν σε όλα τα αναφερόμενα στην Προσθήκη αυτή δικαιολογητικά, ήτοι και στα δικαιολογητικά κατακύρωσης (αφού στην Προσθήκη αυτή περιλαμβάνεται «Κεφάλαιο» με τίτλο «δ. Δικαιολογητικά του προσφέροντος στον οποίο πρόκειται να γίνει η Κατακύρωση»), αφενός ορίζουν ότι «(2) Όλα τα παραστατικά που απαιτούνται να υποβληθούν και σε έντυπη μορφή, πρέπει να είναι: (i). ... (ii). Ευανάγνωστα φωτοαντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων, εφόσον αυτά έχουν επικυρωθεί αρχικά από δικηγόρο καθώς και ευκρινή φωτοαντίγραφα από τα πρωτότυπα όσων ιδιωτικών εγγράφων φέρουν θεώρηση από δημόσιες υπηρεσίες και φορείς που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 1 του Ν.4250/14. ...» και αφετέρου (βλ. Παρατήρηση υπ' αριθμ. 3) παραπέμπουν, μεταξύ άλλων, στο αμέσως ανωτέρω προπαρατεθέν άρθρο 2 της Διακήρυξης. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι το ιδιωτικό συμφωνητικό, ως ιδιωτικό έγγραφο, μη συντασσόμενο (αποκλειστικά) από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα, δεν απαιτείται, σύμφωνα με τη διακήρυξη να φέρει την ψηφιακή υπογραφή ούτε του νομίμου εκπροσώπου του υποψηφίου οικονομικού φορέα. Συνακόλουθα, ο επίμαχος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και κατά το μέρος που με αυτόν προβάλλεται ότι το ιδιωτικό συμφωνητικό έπρεπε να φέρει ψηφιακή υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας. Εξάλλου, η εκ περισσού θέση ψηφιακής υπογραφής με ημερομηνία 13.06.2019 επί του ιδιωτικού αυτού συμφωνητικού δεν επιφέρει καμία έννομη συνέπεια επ' αυτού, καθώς είναι προφανές ότι τέθηκε προκειμένου να θεωρηθεί ότι ανήκει σε μία ενιαία σειρά υποβληθέντων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας δικαιολογητικών

κατακύρωσης κατατεθέντων στις 13.06.2019 και όχι με σκοπό να καλύψει όψιμα την παράλειψη θέσης ψηφιακής υπογραφής (πρβλ. Α.Ε.Π.Π. 566/2019 σκ. 37).

22. Επειδή, εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το επίμαχο ιδιωτικό συμφωνητικό, φέρον ιδιόχειρες υπογραφές, στις 13.06.2019, όπως αναφέρει και η προσφεύγουσα. Επίσης, στις 13.06.2019, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση σύμφωνα με την οποία *«Σύμφωνα με την παρ 2 άρθρο 11 του κώδικα Διοικ. Διαδικασίας με την οποία δεν απαιτείται επικύρωση αντιγράφου αν τούτο συνοδεύεται από την παρ. 5 του άρθρου 3 υπεύθυνη δήλωση στην οποία ο ενδιαφερόμενος βεβαιώνει την ακρίβεια των στοιχείων. Βεβαιώνω ότι τα φωτοαντίγραφα που επισυνάπτω στο διαγωνισμό αποτελούν ακριβή αντίγραφα των πρωτοτύπων που έχω στα χέρια μου»*. Εξάλλου, η εκ περισσού θέση ψηφιακής υπογραφής με ημερομηνία 13.06.2019 επί του ιδιωτικού αυτού συμφωνητικού δεν επιφέρει καμία έννομη συνέπεια επ' αυτού, καθώς είναι προφανές ότι τέθηκε προκειμένου να θεωρηθεί ότι ανήκει σε μία ενιαία σειρά υποβληθέντων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας δικαιολογητικών κατακύρωσης κατατεθέντων στις 13.06.2019 και όχι με σκοπό να καλύψει όψιμα την παράλειψη θέσης ψηφιακής υπογραφής (πρβλ. Α.Ε.Π.Π. 566/2019 σκ. 37). Κατόπιν των ανωτέρω, ο τρίτος λόγος προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτέος.

23. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι *«4. Παραβίαση του άρθρου 82 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και του άρθρου 9 παρ. 4 της Διακήρυξης, Παράρτημα Β «Γενικοί όροι Διαγωνισμού»*. Η εταιρεία *«...»* δεν κατέθεσε, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα δικαιολογητικά του άρθρου 82 του Ν. 4412/2016 που αφορούν πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, όπως προκύπτει από την κονσόλα διαχείρισης του ΕΣΗΔΗΣ με τα υποβληθέντα/προσκομισθέντα δικαιολογητικά της εν λόγω εταιρείας κατά το στάδιο της κατακύρωσης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 82 του Ν. 4412/2016: *«1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων 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 τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές 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 για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας. 2. Εάν οι αναθέτουσες αρχές 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 διαχείρισής 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 βασισμένα σε αντίστοιχα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα που έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται επίσης άλλα αποδεικτικά μέσα μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ισοδύναμα με εκείνα που απαιτούνται βάσει του εφαρμοστέου συστήματος ή του προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης. 3. Εφόσον της ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, σύμφωνα με το άρθρο 343, κάθε πληροφορία σχετικά με

τα έγγραφα που προσκομίζονται ως στοιχεία αποδεικτικά της συμμόρφωσης με ποιοτικά και περιβαλλοντικά πρότυπα που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2». Εξάλλου, κατά τον όρο 9 παρ. 4 της Διακήρυξης, Παράρτημα Β, «Γενικοί όροι Διαγωνισμού»: «Κατά τον παρόντα Διαγωνισμό απαιτείται η προσκόμιση των κατά περίπτωση δικαιολογητικών των παρ. 2 και 3 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και του άρθρου 82 του Ν. 4412/2016 ως αναλυτικά έχουν αποτυπωθεί στην Προσθήκη 1 του παρόντος Παραρτήματος». Στη δε Προσθήκη 1 του εν λόγω Παραρτήματος υπό στοιχ. δ' «Δικαιολογητικά του προσφέροντος στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση» αναφέρεται ότι αυτά είναι «αναλυτικά ως άρθρο 9 του παρόντος Παραρτήματος». Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 82 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, είναι υποχρεωτική για τον προσωρινό ανάδοχο κατά το στάδιο της κατακύρωσης. Πλην όμως, η εταιρεία «...» δεν κατέθεσε τα δικαιολογητικά αυτά, ούτε αρχικά με την υποψηφιότητά της, ούτε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως αποδεικνύεται από την κονσόλα διαχείρισης του ΕΣΗΔΗΣ με τα υποβληθέντα/προσκομισθέντα δικαιολογητικά της εν λόγω εταιρείας κατά το στάδιο της κατακύρωσης».

24. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει συναφώς ότι «IV. Ως προς την παραβίαση του άρθρου 82 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 4 της Διακήρυξης, Παράρτημα Β «Γενικοί Όροι Διαγωνισμού». Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό του πλαίσιο και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και την ίδια την Αναθέτουσα Αρχή που προκηρύσσει τον οικείο διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ ΕΑ 352/2016, Πράξεις VI Τμήματος ΕΣ 294/2010, 224, 78/2007, 181/2006, 19/2005, 105/2003, 31/2003, ΑΕΠΠ 491/2018, 434/2018, 413/2018, 237/2018 κ.ά.). Οι δε διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλλουν τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη προκειμένου να συμμετάσχουν νομίμως στον διαγωνισμό. Εν προκειμένω, τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης ορίζονται με σαφήνεια στο Παράρτημα Β περ. δ

της παρούσας διακήρυξης (σελ. Β-30 επ). Στην άκρως αναλυτική και περιοριστική λίστα με τα απαραίτητα δικαιολογητικά ουδεμία αναφορά γίνεται στα δικαιολογητικά του άρθρου 82 του ν. 4412/2016 περί προτύπων διασφάλισης ποιότητας και προτύπων περιβαλλοντικής διαχείρισης. Ως εκ τούτου, ουδεμία υποχρέωση προσκόμισης δικαιολογητικών περί προτύπων διασφάλισης ποιότητας και προτύπων περιβαλλοντικής διαχείρισης υφίστατο για την εταιρεία μας. Σημειώνεται δε ότι σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 4 της διακήρυξης, απαιτείται η προσκόμιση των δικαιολογητικών «ως αναλυτικά έχουν υποτυπωθεί στην προσθήκη Ι του παρόντος παραρτήματος». Κατά λογική ακολουθία, το άρθρο 9 παραπέμπει στο Παράρτημα Β περ. δ της διακήρυξης για τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, στα οποία ουδόλως εμπεριέχονται τα δικαιολογητικά του άρθρου 82 του ν. 4412/2016. Στη αδόκητη δε περίπτωση που κριθεί ότι τα δικαιολογητικά άρθρου 82 του ν. 4412/2016 απαιτούνταν από τη διακήρυξη, τότε η Αναθέτουσα Αρχή θα εφάρμοζε το άρθρο 103 το ν. 4412/2016 και να ζητήσει τη συμπλήρωση του ελλείποντος δικαιολογητικού κατακύρωσης. Συνεπώς, ο τέταρτος λόγος είναι άνευ ετέρου αβάσιμος και απορριπτέος.».

25. Επειδή, σύμφωνα με το Άρθρο 9 «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης (Άρθρα 80 και 103, Ν.4412/16)» του Παραρτήματος Β της διακήρυξης «...4. Κατά τον παρόντα διαγωνισμό απαιτείται η προσκόμιση των κατά περίπτωση δικαιολογητικών των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 80 του Ν.4412/16 (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και του άρθρου 82 του Ν.4412/16, ως αναλυτικά έχουν υποτυπωθεί στην προσθήκη Ι του παρόντος παραρτήματος.» Συνακόλουθα, η διακήρυξη, ως προς το άρθρο 82 του Ν.4412/16, παραπέμπει στα δικαιολογητικά που ειδικώς αναφέρονται ως προσκομιστέα στην προσθήκη Ι του Παραρτήματος Β. Σε κανένα, δε, άλλο σημείο της Διακήρυξης δεν γίνεται αναφορά σε άλλα δικαιολογητικά αναφορικά με το άρθρο 82 του Ν.4412/16. Συνακόλουθα, κατά το μέρος που με τον επίμαχο λόγο η προσφεύγουσα υπολαμβάνει ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να υποβάλει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης και έτερα δικαιολογητικά, πλην των αναφερόμενων στην προσθήκη Ι του Παραρτήματος Β, είναι απορριπτέος ως

αβάσιμος. Ο σχετικός λόγος, δε, είναι και απορριπτέος ως αορίστως προβαλλόμενος, καθώς η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ποια ήταν τα σχετικά με το άρθρο 82 του Ν.4412/16 δικαιολογητικά που όφειλε να υποβάλει η παρεμβαίνουσα και δεν το έπραξε.

26. Επειδή, με τους πέμπτο, έκτο, έβδομο και όγδοο λόγο, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «5. Παραβίαση των άρθρων 79 παρ. 5, 102 και 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει και των άρθρων 7 και 11 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης, υπό τον τίτλο «Γενικοί όροι Διαγωνισμού». Ειδικότερα, όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. 20/2018/10.10.2019 τελικό πρακτικό της ΑΕΠ, η αναθέτουσα αρχή με την τηλεομοιοτυπία Νο 80 από 1.10.2019/ΚΕΦΝ/ΑΕΠ ζήτησε από τις εταιρείες «...» και «...» διευκρινίσεις μέχρι την 8.10.2019 επί των υποβληθέντων από αυτήν δικαιολογητικών κατακύρωσης του Διαγωνισμού, οι οποίες και παρασχέθηκαν από αυτήν με το από 7.10.2019, 17:24:55 μήνυμα ΕΣΗΔΗΣ. Οι διευκρινίσεις αυτές αφορούσαν τη μη υποβολή εις βάρος τους της ποινής προστίμου ή προστίμων με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας το χρονικό διάστημα δύο ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής υποψηφιότητας (5.2.2019), όπως όριζε η Διακήρυξη (άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 11 του Παραρτήματος Β, «Γενικοί όροι του Διαγωνισμού» της Διακήρυξης), για τις οποίες, με τις προσκομισθείσες κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από 12.6.2019 υπεύθυνες δηλώσεις της ... για λογαριασμό της εταιρείας «...» και του ... για λογαριασμό της εταιρείας «...» και τις υπ' αριθμ. 25601/11.6.2019 και 14595/11.6.2019 αντίστοιχες ένορκες βεβαιώσεις τους, δηλώνονταν ότι δεν έχει επιβληθεί εις βάρος των εταιρειών τους ποινή προστίμου ή προστίμων με τελεσίδικη δικαστική ισχύ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας στο χρονικό διάστημα δύο ετών «πριν από σήμερα», αντί του ορθού «πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής υποψηφιοτήτων». Πλην όμως, κατά τη διάταξη του άρθρου 79 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει: «5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα

δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82». Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 και ιδίως των παρ. 2 έως 5 αυτού: «2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη

προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». Περαιτέρω, κατά το άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο: «το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος». Επιπλέον, κατά τη διάταξη του άρθρου 7 του Παραρτήματος Β, «Γενικοί όροι Διαγωνισμού» της Διακήρυξης: «Κατά την αξιολόγηση των προσφορών είναι δυνατή η συμπλήρωση/διευκρίνιση/αποσαφήνιση πληροφοριών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 79 και 102 του Ν. 4412/2016». Τέλος, κατά τη διάταξη του άρθρου 11, με τίτλο «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - οψιγενείς μεταβολές» του Παραρτήματος Β, «Γενικοί όροι του Διαγωνισμού» της Διακήρυξης: «Περί οψιγενών μεταβολών ισχύουν τα καθοριζόμενα στις παρ. 2 και 3 του άρθρου 104 του Ν. 4412/2016». Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η εν λόγω διευκρίνιση που ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή δεν είχε ως σκοπό να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά η εταιρεία «...» και η εταιρεία «...», αφού ουσιαστικά αφορούσαν διορθώσεις του περιεχομένου τους, τα δικαιολογητικά αυτά δεν είχαν παραληφθεί από τις εν λόγω εταιρείες, αλλά είχαν δηλωθεί εσφαλμένως, η διόρθωση αυτή δεν αφορούσε ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση και δεν περιλαμβάνεται στις περιπτώσεις που ενδεικτικά αναφέρονται στη διάταξη του άρθρου 102 παρ. 2 του Ν. 4412/2016,

όπως ισχύει, αφού με τη διευκρίνιση αυτή ουσιαστικά μεταβαλλόταν το χρονικό διάστημα εντός του οποίου στις εταιρείες αυτές δεν έπρεπε να είχε επιβληθεί ποινή προστίμου ή προστίμων με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και άρα επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, συνιστά μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, κατά τα αναφερόμενα ανωτέρω, δεν αφορούσε το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που είχαν υποβάλει, ούτε ασάφεια των δικαιολογητικών τους, με συνέπεια η ανωτέρω διευκρίνιση να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση εις βάρος μας και να έχει ως συνέπεια την ευνοϊκή μεταχείριση των εν λόγω εταιρειών στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, πέραν του γεγονότος ότι προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στις εν λόγω εταιρείες σε σχέση με την υποψηφιότητά μας. Επομένως, η εν λόγω «διευκρίνιση» παραβιάζει τις προαναφερόμενες διατάξεις. 6. Εκπρόθεσμη υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης εκ μέρους της εταιρείας «...», κατά παράβαση της υπ' αριθμ. Φ.602.2/24/84925/Σ.1699/31.5.2019 απόφασης του ...(...) - ..., του άρθρου 9 παρ. 1 και 10 του Παραρτήματος Β, «Γενικοί όροι του Διαγωνισμού» της Διακήρυξης και 103 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει. Όπως προκύπτει από την κονσόλα διαχείρισης του ΕΣΗΔΗΣ με τα υποβληθέντα/προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατά το στάδιο της κατακύρωσης, η εταιρεία «...» ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ, ως προσωρινή υποβολή, τα ακόλουθα δικαιολογητικά με ημερομηνία μετά την 13.6.2019 και συγκεκριμένα: Α. Με ημερομηνία 17.6.2019: α) μη αναστολή επιχειρηματικών δραστηριοτήτων από ΑΑΔΕ και ..., β) υπεύθυνη δήλωση βάσει ΕΕΕΠ ..., γ) πιστοποιητικό συνδέσμου Ελλήνων διαμεταφορέων και επιχειρήσεων Logistics για τη ..., δ) βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας, αρ. πρωτ. ... και ε) αποδεικτικό ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο, αρ. πρωτ. Β. Με ημερομηνία 14.6.2019: α) γενικό πιστοποιητικό μεταβολών ΕΒΕΠ, αρ. πρωτ. ..., ..., β) αμιγές πιστοποιητικό ιστορικότητας του εμπορικού και βιομηχανικού επιμελητηρίου ..., με αρ. πρωτ. ..., γ) ένορκη βεβαίωση 14595, ..., δ) πιστοποιητικό περί μη θέσεως σε καθεστώς αναδιοργάνωσης, αρ. πιστοπ. 5262/2019, ..., ε) πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου από 1.3.2013 - 31.12.2015,

...περί μη διορισμού εκκαθαριστή, αρ. 48/19, στ) πιστοποιητικό περί μη θέσεως σε καθεστώς αναδιοργάνωσης ..., αρ. πιστοπ. ..., ζ) βεβαίωση Εφετείου ..., η) πιστοποιητικό Πρωτοδικείου περί μη λύσεως εταιρείας ..., αρ. πιστοπ. 5270/2019, θ) βεβαίωση Εφετείου ..., ι) Πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου, αρ. 49/19 περί μη διορισμού εκκαθαριστή ... από 1.3.2013 - 31.12.2015, ια) Ισολογισμός 2015 ..., ιβ) φορολογία εισοδήματος 2015 ..., ιγ) υπεύθυνη δήλωση άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 ..., ιδ) υπεύθυνη δήλωση ισολογισμών 2015, 2016, 2017 Κ. ..., ιε) ανακοίνωση ΓΕΜΗ, αρ. πρωτ. ... για τροποποίηση της ..., ιστ) απόφαση χορήγησης πιστοποιητικού τύπου ..., εμπιστευτικό, ..., ιζ) ένορκη βεβαίωση ... από συμβολαιογράφο αρ. πρωτ. 25601, ιη) εκτύπωση από ΣΕΠΕ ... και ιθ) ανακοίνωση ΓΕΜΗ και ισολογισμός 2017. Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει: «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.» Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 9 παρ. 1 του Παραρτήματος Β, με τίτλο «Γενικοί όροι του Διαγωνισμού» της σχετικής Διακήρυξης: «1. Τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν υποβάλλονται κατά τη φάση υποβολής των προσφορών των υποψηφίων αναδόχων, αλλά μόνον κατόπιν σχετικής πρόσκλησης μέσω ΕΣΗΔΗΣ της αναθέτουσας αρχής, μετά την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου και πριν την κατακύρωση του Διαγωνισμού». Στη δε παρ. 10 του ίδιου Παραρτήματος αναφέρεται ότι: «όταν κάποιος προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή δεν τα υποβάλει εμπρόθεσμα, τότε εφαρμόζονται

τα οριζόμενα στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016». Κατά συνέπεια, τα ανωτέρω δικαιολογητικά η εταιρεία «...» τα υπέβαλε οριστικώς προς την αναθέτουσα αρχή εκπροθέσμως τουλάχιστον την 14.6.2019 και 17.6.2019 αντίστοιχα ή και αργότερα, ενώ, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. Φ.602.2/24/84925/Σ.1699/31.5.2019 απόφαση του ... (...) - ..., της εδόθη προθεσμία 10 ημερών από την κοινοποίηση της παρούσης (3.6.2019) να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η οποία συνεπώς έληγε την 13.6.2019, γεγονός που συνιστά επίσης παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 9 παρ. 1 και 10 του Παραρτήματος Β, «Γενικοί όροι του Διαγωνισμού» της Διακήρυξης και της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει. 7. Παραβίαση του άρθρου 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, λόγω ενδεχόμενης παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την αναθέτουσα αρχή. Στη υποθετική περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή χορήγησε προθεσμία παράτασης στην εταιρεία «...» για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του Διαγωνισμού, τούτο αντιβαίνει στη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει. Ειδικότερα, κατά τη διάταξη αυτή: «2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.». Κατά τη διάταξη αυτή, η παράταση χορηγείται νομίμως από την αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις που η εν λόγω εταιρεία είχε ζητήσει με αίτημά της προς την αναθέτουσα αρχή την

παράταση της προθεσμίας και τα σχετικά δικαιολογητικά δεν της χορηγήθηκαν από την αρμόδια Υπηρεσία χορήγησής τους πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους (13.6.2019) και υπό την προϋπόθεση ότι η αίτηση χορήγησής τους είχε υποβληθεί προς την αρμόδια Υπηρεσία από την αιτούσα εταιρεία πριν την ανωτέρω καταληκτική ημερομηνία (13.6.2019), η οποία σημειωτέον πρέπει να συνοδεύει και το αίτημα παράτασης προς την αναθέτουσα αρχή και όχι στις περιπτώσεις, όπως εν προκειμένω, όπου τα δικαιολογητικά αυτά η εταιρεία «...» θα μπορούσε να τα έχει λάβει αυθημερόν ηλεκτρονικά, όπως αυτά που υπέβαλε με ημερομηνία 17.6.2019 ή για τα οποία δεν απαιτείτο η παράταση της προθεσμίας, γιατί γνώριζε ότι δεν ετηρούντο αντίστοιχα βιβλία στην αρμόδια Υπηρεσία (πχ βεβαίωση περί υπαγωγής της σε διαδικασία εξυγίανσης, κλπ), ούτε απαιτείτο να εκδώσει νεότερο έγγραφο, αφού τα είχε υποβάλει με την υποψηφιότητά της και άλλα τα κατείχε από προηγούμενους Διαγωνισμούς. Σημειωτέον επίσης ότι για τα πιστοποιητικά περί μη λύσεως της εταιρείας και περί μη θέσεως σε καθεστώς αναδιοργάνωσης, η αντίστοιχη αίτηση της εταιρείας «...» και εκείνη της «...» έχουν υποβληθεί προς την αρμόδια Υπηρεσία (Πρωτοδικείο ...) εκπροθέσμως με ημερομηνία 14.6.2019.

8. Παραβίαση των συνταγματικώς κατοχυρωμένων αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (άρθρο 4 παρ. 1 του Συντ.), της διαφάνειας της δράσης της δημόσιας Διοίκησης (άρθρο 42 του Συντ.), καθώς και της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος Β, υπό τον τίτλο «Παρατηρήσεις» (1) και του άρθρου 2 παρ. 4 των Γενικών Όρων του Διαγωνισμού (Παράρτημα Β της Διακήρυξης), άλλως πλημμελής και ελλιπής αιτιολογία των προσβαλλομένων πράξεων. Όπως προκύπτει από το προοίμιο των προσβαλλομένων πράξεων, σε καμία από αυτές δεν αναφέρεται ότι εδόθη από την αναθέτουσα αρχή προς την εταιρεία «...», κατόπιν αιτήματος αυτής, παράταση υποβολής για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πέραν της 13.6.2019, γεγονός που τελικώς, εάν εδόθη, πλήττει επιπροσθέτως τις συνταγματικές κατοχυρωμένες αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων εις βάρος μας και υπέρ της εν λόγω εταιρείας, αφού η εν λόγω εταιρεία θα έπρεπε να είχε κηρυχθεί έκπτωτος, λόγω εκπροθέσμου υποβολής των δικαιολογητικών της κατακύρωσης και η εταιρεία

μας ήταν ο αμέσως επόμενος μειοδότης, κατά παράβαση του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντ. και επιπροσθέτως της συνταγματικώς κατοχυρωμένης αρχής της διαφάνειας της δημόσιας Διοίκησης, αφού μέχρι σήμερα δεν γνωρίζουμε εάν εδόθη η εν λόγω παράταση, υπό ποιες προϋποθέσεις και εάν υπεβλήθη σχετικό αίτημα της εταιρείας «...». Εάν δεν εδόθη από την αναθέτουσα αρχή προς την εταιρεία «...» παράταση υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τότε γεννάται το εύλογο ερώτημα γιατί το σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ δεν έκλεισε την 13.6.2019 και ώρα 12η νυχτερινή. Επισημαίνεται ότι στις προσβαλλόμενες πράξεις δεν αναφέρεται επίσης πότε υπέβαλε οριστικώς η εταιρεία «....» τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του Διαγωνισμού στην αναθέτουσα αρχή, ούτε πότε αυτά προσκομίστηκαν στην Επιτροπή Αξιολόγησης σε έντυπη μορφή μετά την ηλεκτρονική υποβολή τους, κατά παράβαση της Προσθήκης 1 στο Παράρτημα Β, υπό τον τίτλο «Παρατηρήσεις» (1), η οποία προβλέπει ότι για όσα δικαιολογητικά απαιτείται και έντυπη υποβολή τους προσκομίζονται στην Επιτροπή Αξιολόγησης εντός τριών εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή και του άρθρου 2 παρ. 4 των Γενικών Όρων Διαγωνισμού, Παράρτημα Β της Διακήρυξης. Επίσης, από το προοίμιο των προσβαλλομένων πράξεων και κυρίως από το προοίμιο του τελικού πρακτικού με αρ. 20/18/10.10.2019 της ΑΕΠ της αναθέτουσας αρχής παραλείπεται η αναφορά του μηνύματος με ημερομηνία 7.10.2019, 11:24:02 περί παροχής διευκρινίσεων από την εταιρεία «...» προς την αναθέτουσα αρχή, κατόπιν της υπ' αριθμ. 80 από 1.10.2019/ΚΕΦΝ/ΑΕΠ τηλεομοιοτυπίας της αναθέτουσας αρχής περί παροχής διευκρινίσεων προς την εταιρεία «...». Επομένως, οι προσβαλλόμενες πράξεις εξεδόθησαν επιπροσθέτως με πλημμελή, άλλως ελλιπή αιτιολογία».

27. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει συναφώς ότι «V. Ως προς την παραβίαση των άρθρων 79 παρ. 5, 102 και 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει και των άρθρων 7 και 11 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης υπό τον τίτλο «Γενικοί Όροι Διαγωνισμού». Ο ισχυρισμός περί παραβίασης του άρθρου 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016 είναι αβάσιμος. Και τούτο, διότι το μεν εδ. α' του ως άνω άρθρου αναφερόμενο σε «προσφέροντες και υποψηφίους» και εντασσόμενο στο σύστημα των διατάξεων που ρυθμίζουν τα

περί υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ., έχει την έννοια ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής («μπορεί») να ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών προς τεκμηρίωση των δηλωθέντων στα Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ., χάριν της ορθής διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι και πριν το στάδιο την κατακύρωσης. Σε κάθε περίπτωση δε, το άρθρο 79 παρ. 5 *in fine* προβλέπει ρητώς τη δυνατότητα συμπλήρωσης/διευκρίνισης των πιστοποιητικών από τους οικονομικούς φορείς, κατόπιν κλήσης της αναθέτουσας αρχής. Ειδικά πάντως, για το στάδιο της κατακύρωσης, ο νομοθέτης θέσπισε το άρθρο 103, που ως *lex specialis* κατισταχθεί του άρθρου 79 παρ. 5. Συγκεκριμένα, το άρθρο 103 παρ. 2 προβλέπει ρητώς δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, σε περίπτωση μη προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης ή ελλείψεων τούτων, να παράσχει προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε ημερών από την κοινοποίηση έγγραφης ειδοποίησης με δυνατότητα μάλιστα δεκαπενθήμερης παράτασης. Το δε άρθρο 9 του Παραρτήματος Β, που ρυθμίζει τα περί δικαιολογητικών κατακύρωσης παραπέμπει στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, χωρίς κατά τα λοιπά να εισάγει καμία νέα ρύθμιση. Ομοίως ούτε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 εφαρμόζεται εν προκειμένω, καθώς αναφέρεται σε «αξιολόγηση των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής», «προσφέροντες ή υποψήφιους», «φάκελο, υποφακέλους, δικαιολογητικά και έγγραφα προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής», «περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς και ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς» και ως εκ τούτου, διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία μέχρι και πριν το στάδιο της κατακύρωσης. Άλλως ειπείν, η κλήση προς υποβολή διευκρινίσεων και συμπληρώσεων του άρθρου 102 εφαρμόζεται μόνο για όσο χρόνο διαρκεί η αξιολόγηση των προσφορών και διακρίνεται από την κλήση της αναθέτουσας αρχής για υποβολή διευκρινίσεων επί ασαφειών των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών, που υποβάλλει ο προσωρινός ανάδοχος μετά την ολοκλήρωση όλων των σταδίων αξιολόγησης κατά το άρθρο 103 (Ράικος Γ., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016. Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2018, σελ. 960, 964). Σύμφωνα πάντως, με μια ερμηνεία του εφαρμοστέου άρθρου 103 υπό το φως

του άρθρου 102, η έννοια της ανακρίβειας που έχει ως έννομη συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του και την κατακύρωση στον προσφέροντα, που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά και εφόσον δεν υφίσταται, τη ματαίωση του διαγωνισμού, θα πρέπει να διακρίνεται από την έννοια της απλής ασάφειας, η οποία, εφόσον πρόκειται για πρόδηλο σφάλμα ή επουσιώδη πλημμέλεια μπορεί να διευκρινιστεί με πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής (Ραϊκος, σελ. 964). Εν προκειμένω, η λεκτική απόκλιση από την τυπική ορολογία αποτελεί κλασική περίπτωση πρόδηλου τυπικού σφάλματος που δεν αλλοιώνει τους όρους της προσφοράς. Παράλληλα, υπογραμμίζεται ότι ούτε το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 εφαρμόζεται, για τον λόγο ότι καθορίζει τα χρονικά σημεία, κατά τα οποία θα πρέπει να συντρέχουν οι όροι συμμετοχής και ορίζει τις έννομες συνέπειες σε περιπτώσεις οφισγενών μεταβολών. Στην κρινόμενη περίπτωση ουδέν τέτοιο ζήτημα τίθεται, καθώς η εταιρεία μας πληρούσε τις απαιτούμενες προϋποθέσεις σε όλα τα κρίσιμα σημεία. Οι δε διευκρινίσεις δε δόθηκαν, διότι συντελέστηκε οφισγενής μεταβολή, αλλά για να διορθωθεί το εκ παραδρομής δηλωθέν στις υπεύθυνες δηλώσεις και τις αντίστοιχες μαρτυρικές καταθέσεις της ... και του ..., ότι ουδέν πρόστιμο έχει επιβληθεί για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και για χρονικό διάστημα δύο ετών «πριν από σήμερα», αντί του προβλεπόμενου «πριν από τη λήξη της ημερομηνίας υποβολής υποψηφιότητας». Εξάλλου, το ότι η αναγραφή της λέξης «από σήμερα» δεν αποσκοπούσε στο να αποσιωπήσει επιβληθέν πρόστιμο, αποδεικνύεται και από τις υποβληθείσες διευκρινίσεις, σύμφωνα με τις οποίες όντως ουδέν πρόστιμο είχε καταλογιστεί σε βάρος των δύο εταιρειών κατα το απαιτούμενο από τον νόμο διάστημα. Ομοίως, δε συντρέχει παραβίαση και των άρθρων 7 και 11 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης, που παραπέμπουν στα άρθρα 79, 102 και 104 αντιστοίχως, χωρίς να εισάγουν καμία νέα ρύθμιση. Η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και μάλιστα με μεγαλύτερη επιείκεια συγκριτικά με τα δικαιολογητικά προσφοράς, επισημαίνεται και στην Ε.Α. 37/2019. Κατά τη νομολογία αυτή μάλιστα, η συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης

«είναι υποχρεωτική, σε περίπτωση κατά την οποία οι ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης οδηγούν στη ματαίωση της κατακυρώσεως σε αυτόν του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Μολονότι δε η συμπλήρωση ή διευκρίνιση υποβληθέντων δικαιολογητικών προϋποθέτει, κατ' αρχήν, σχετική κλήση εκ μέρους των αρμοδίων οργάνων του διαγωνισμού, πιθανολογείται ότι, σε περίπτωση κατά την οποία, όπως εν προκειμένω, ο αναθέτων φορέας παραλείπει την υποχρέωσή του να καλέσει την προσωρινή ανάδοχο να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και δεδομένου ότι, κατά την ανωτέρω δοθείσα ερμηνεία των όρων της διακηρύξεως, δεν θα μπορούσε να προβεί στην απόρριψη του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων, πριν καλέσει την προσωρινή ανάδοχο για τη συμπλήρωση των ελλείψεων αυτών, νομίμως λαμβάνει υπ' όψιν δικαιολογητικά, τα οποία προσκομίζονται από την προσωρινή ανάδοχο με υπόμνημα που κατατίθεται για την αντίκρουση προδικαστικής προσφυγής συνδιαγωνιζομένου οικονομικού φορέα που βάλλει κατά της αποδοχής του φακέλου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης». Υπό το φως των ανωτέρω, ο πέμπτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι νόμω και ουσία αβάσιμος.

VI. Ως προς την εκπρόθεσμη υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης. Στις διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ρυθμίζεται η διαδικασία υποβολής των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης μετά από πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής στον προσωρινό ανάδοχο. Πιο αναλυτικά, ο προσωρινός ανάδοχος καλείται κατ' αρχήν εντός 10ήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της οικείας πρόσκλησης να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η δεκαήμερη προθεσμία από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης υιοθετείται και στο Παράρτημα Β της παρούσας διακήρυξης. Εν προκειμένω, πράγματι η Αναθέτουσα Αρχή την 03η.06.2019 μέσω ΕΣΗΔΗΣ ανήρτησε την πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Παρά ταύτα, δεδομένων των νομικών πλημμελειών που εμπεριείχε η ως άνω πρόσκληση και κατόπιν της από 06.06.2019 επιστολής μας που αναρτήθηκε την ίδια ημέρα στο ΕΣΗΔΗΣ, η Αναθέτουσα Αρχή την 07η.06.2019 ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ ορθή επανάληψη

της πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Όπως δε ρητά αναγράφεται στην από 07.06.2019 επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής «Με μέριμνα σας να υποβληθούν ηλεκτρονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την εκ νέου ανάρτηση της σχετικής (β) απόφασης και την κοινοποίηση της παρούσας τηλεομοιοτυπίας. Για όσα εκ των δικαιολογητικών κατακύρωσης απαιτείται και η έντυπη υποβολή, αυτά να παραδοθούν στην ... (... , ..., ΤΚ ..., ...) σε σφραγισμένο φάκελο, εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους». Ως εκ τούτου, η 10ήμερη προθεσμία για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εκκινούσε από την 07η.06.2019 και όχι από την 03η.06.2019, όπως η προσφεύγουσα αβάσιμα ισχυρίζεται. Συνεπώς, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ήταν η 17η.06.2019 και όχι η 13η.06.2019 και η εταιρεία μας καθόλα εμπροθέσμως υπέβαλε έως την καταληκτική ημερομηνία το σύνολο των απαιτούμενων δικαιολογητικών. Εντύπωση δε δημιουργεί πώς η προσφεύγουσα εταιρεία ενώ είχε πρόσβαση στο ΕΣΗΣΔΗΣ και ορθά διαπίστωσε ότι η εταιρεία μας ανήρτησε στο ΕΣΗΣΔΗΣ τα απαιτούμενα δικαιολογητικά την 14η.06.2019 και την 17η.06.2019, δεν έλαβε γνώση της από 07.06.2019 επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής περί ορθής επανάληψης της πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εκφράζουμε τη βαθύτατη πεποίθησή μας πως πρόκειται για μία απλή αβλεψία της προσφεύγουσας εταιρείας και όχι μία παρελκυστική τακτική δημιουργίας εντυπώσεων. Συνοψίζοντας, η εταιρεία μας προσκόμισε εμπροθέσμως τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ως εκ τούτου ο έκτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής είναι ουσία αβάσιμος. VII. Ως προς την παραβίαση του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, λόγω ενδεχόμενης παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την Αναθέτουσα Αρχή. Η προσφεύγουσα εταιρεία με τον έβδομο προβαλλόμενο λόγο αναφέρει εν τοις πράγμασι ότι παραβιάζεται το άρθρο 103 παρ. 2 καθώς δόθηκε παράταση της προθεσμίας υποβολής δικαιολογητικών χωρίς να έχει υποβληθεί από την εταιρεία μας σχετικό δικαιολογημένο αίτημα για την παράταση της ως άνω προθεσμίας. Παρά ταύτα, η προσφεύγουσα υποπίπτει σε

μία πρόδηλη λογική αντινομία και τούτο διότι δεν χορηγήθηκε παράταση της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης για να καθίσταται *sine qua non* προϋπόθεση η υποβολή αιτήματος παράτασης. Με διαφορετική διατύπωση, εντός 10 ημερών από την κοινοποίηση της από 07.06.2019 ορθής πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης η εταιρεία μας υπέβαλε άνευ ετέρου το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εφόσον η προθεσμία η οποία μας εδόθη μέχρι την 17/06/2019 μας επαρκούσε πλήρως για την εμπρόθεσμη υποβολή των δικαιολογητικών μας. Δεδομένου, λοιπόν, ότι ουδεμία παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών εδόθη, ο έβδομος προβαλλόμενος λόγος είναι νόμω και ουσία αβάσιμος. VIII. Ως προς την παραβίαση των συνταγματικώς κατοχυρωμένων αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, της διαφάνειας της διοικητικής δράσης, καθώς και της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος Β υπό τον τίτλο «Παρατηρήσεις» (1) και του άρθρου 2 παρ. 4 των Γενικών Όρων του Διαγωνισμού (Παράρτημα Β της Διακήρυξης), άλλως πλημμελής και ελλιπής αιτιολογία των προσβαλλόμενων πράξεων. Η δράση της Δημόσιας Διοίκηση διέπεται, σε όλη την έκτασή της, από την αρχή της νομιμότητας και ασκείται για την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος. Στο πλαίσιο του ρυθμιστικού πλαισίου περί δημοσίων συμβάσεων, οι συνταγματικές αρχές εξειδικεύονται και αποκτούν μία αυτόνομη έννοια υπό το φως του ενωσιακού δικαίου και υπό το πρίσμα της διασφάλισης συνθηκών ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Ειδικότερα, η συνταγματική αρχή της ισότητας προσλαμβάνει την ειδικότερη μορφή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, ενώ η δράση της Αναθέτουσας Αρχής δέον είναι να διέπεται από την αρχή της διαφάνειας και της αναλογικότητας. Ο όγδοος εδώ προβαλλόμενος λόγος της προσφεύγουσας εταιρείας είναι σχεδόν ακατανόητος. Πώς είναι δυνατόν να πλήττεται η ίση μεταχείριση και η διαφάνεια με την εμπρόθεσμη υποβολή των δικαιολογητικών μας στο ΕΣΗΔΗΣ; Για ποιο λόγο αφήνει μομφές ότι δεν έκλεισε το ηλεκτρονικό σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ την 13η.06.2019 δεδομένου ότι η 17η.06.2019 ήταν η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης; Παράλληλα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι αντιφατικός. Ειδικότερα, ενώ στον 6ο λόγο (σελ. 21 επ.

προδικαστικής προσφυγής) η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης έλαβε χώρα εκπρόθεσμα την 14η.06.2019 και την 17η.06.2019, στον υπό εξέταση 8ο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής ζητά να μάθει πότε τελικώς προσκομίσαμε τα δικαιολογητικά. Προς άρση δε των όποιων παρελκυστικώς δημιουργημένων αμφιβολιών, η εταιρεία μας καθόλα εμπροθέσμως την 18η.06.2019 προσκόμισε και σε έγχαρτη μορφή τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης (υπ' αριθμ. πρωτ. 242/18.06.2019) στην Αναθέτουσα Αρχή. Εν κατακλείδι, ο όγδοος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι άνευ ετέρου νόμω και ουσία αβάσιμος».

28. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο Άρθρο 9 «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης (Άρθρα 80 και 103, Ν.4412/16)» του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης «... 10. Όταν κάποιος προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή δεν τα υποβάλλει εμπρόθεσμα, τότε εφαρμόζονται τα οριζόμενα στο άρθρο 103 του Ν.4412/16.» Το άρθρο 103 του Ν.4412/2016 τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 12 του Ν.4605/2019 (Φ.Ε.Κ. Α' 52/01.04.2019). Στην ως άνω τροποποίηση δεν υπάρχει μεταβατική διάταξη, σύμφωνα με την οποία το νέο άρθρο 103 ισχύει και για τις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, σε αντίθεση με άλλες περιπτώσεις, όπου ο νομοθέτης θέλησε την εφαρμογή των νέων άρθρων, ως τροποποιήθηκαν με το Ν.4605/2019, και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες και όρισε τούτο ρητά (λ.χ. αρ. 43 παρ. 7^α του Ν.4605.2019, με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 80 του Ν.4412/2016). Επίσης, με την επίμαχη τροποποίηση καθίσταται επιτρεπτή υπό αυστηρότερες προϋποθέσεις η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, συνακόλουθα, ελλείψει ειδικής μεταβατικής διάταξης, το άρθρο 103 του Ν.4412/2016 διέπει την υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης,, πριν την τροποποίησή του με το Ν.4605/2019 (a contrario ΕΑ ΣτΕ 133/2019). Σύμφωνα, δε, με το ως άνω άρθρο 103 του Ν.4412/2016 «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται

να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της

αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

29. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. ... Ε2 Τμήμα ΙΙ Φ.602.2-24-284925/31-5-2019 έγγραφό της, το οποίο κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 03/06/2019, η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος και της ζητήθηκε να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Στις 06.06.2019 η παρεμβαίνουσα κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού επιστολή με το εξής περιεχόμενο: «Αξιότιμοι Κύριοι, 1. Με το ανωτέρω σχετικό, το οποίο αναρτήθηκε ηλεκτρονικά στο σύστημα ΕΣΗΔΗΣ στις 03/06/2019 11:58:43, η εταιρεία μας κλήθηκε να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του διαγωνισμού 20/2018, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της απόφασης στην ΚΕΦΝ/ΑΕΠ σε σφραγισμένο φάκελο. Όμως, σύμφωνα με τον σαφή όρο της Προσθήκης "I" στο Παράρτημα "B" της Διακήρυξης 20/18 υπό τον τίτλο "Πίνακας Περιεχομένου Προσφορών", στην οποία περιλαμβάνονται και τα "Δικαιολογητικά του προσφέροντος στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση (αναλυτικά ως άρθρο 9 του παρόντος Παραρτήματος)", τα οποία μας καλέσατε να υποβάλουμε, προβλέπεται ότι: "Όλα τα δικαιολογητικά υποβάλλονται ηλεκτρονικά. Για όσα δικαιολογητικά απαιτείται και η έντυπη υποβολή τους, προσκομίζονται στην επιτροπή αξιολόγησης εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή" (σελ. Β-36,37 Διακήρυξης). 2. Η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία είναι απολύτως δεσμευτική για την Αναθέτουσα Αρχή και για τους συμμετέχοντες, η δε παράβαση των όρων αυτής συνεπάγεται την ακυρότητα της διαδικασίας, όπως δέχεται παγίως η νομολογία μας (ΕΣ Πράξεις ΙV Τμήματος 78/2007, 19/2005, ΟΛΣτΕ 2137/1993, ΑΕΠΠ 30/2019), Συνεπώς, σύμφωνα με τον ανωτέρω όρο της Διακήρυξης οφείλατε να μας καλέσετε να υποβάλουμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ηλεκτρονικά και όχι σε σφραγισμένο φάκελο. Οφείλατε δε, για την υλοποίηση της ανωτέρω πρόσκλησης, να ανοίξετε το ηλεκτρονικό σύστημα υποβολής των δικαιολογητικών. 3. Επίσης, συνημμένα στην ανωτέρω σχετική απόφαση, αναρτήσατε το Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικής Προσφοράς και το Πρακτικό

Αξιολόγησης της Οικονομικής Προσφοράς, μαζί με τον Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας «...», η οποία δεν έχει αναδειχθεί μειοδότη του διαγωνισμού, αντί του Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας μας, η οποία ανακηρύχθηκε “προσωρινή ανάδοχος”. 4.Επειδή η ανωτέρω σχετική απόφαση ... Ε2 ΤΜΗΜΑ ΙΙ Φ.602.2-24-284925/31-5-2019 περιλαμβάνει ουσιώδη σφάλματα, τα οποία παραβιάζουν την Διακήρυξη και αλλοιώνουν την νόμιμη διαδικασία του Διαγωνισμού, ζητούμε τα εξής: α) να προβείτε σε ορθή επανάληψη και εκ νέου ανάρτηση της ανωτέρω απόφασης, ώστε να προβλέπεται η ηλεκτρονική υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και για όσα δικαιολογητικά απαιτείται και η έντυπη υποβολή τους, η υποβολή εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή, και, αυτονοήτως, να προβλέπεται ότι η προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών θα αρχίζει από την ανάρτηση της ορθής επανάληψης της απόφασης. β) να προβείτε στο άνοιγμα του ηλεκτρονικού συστήματος στο ΕΣΗΔΗΣ, ώστε να καταστεί δυνατή η ηλεκτρονική μετάβαση των αρχείων των εγγράφων κατακύρωσης. γ) να προβείτε σε ανάρτηση της ορθής επανάληψης της απόφασης με συνημμένο τον Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας μας.» Κατόπιν τούτου, στις 07.06.2019 κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την από 07.06.2019 επιστολή με το ακόλουθο περιεχόμενο: «1. Σε συνέχεια της σχετικής (γ) επιστολής σας, σας γνωρίζεται ότι στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ έχει αναρτηθεί η σχετική (β) απόφαση με όλες τις οικονομικές προσφορές που υποβλήθηκαν στον σχετικό (α) Διαγωνισμό. 2. Με μέριμνα σας να υποβληθούν ηλεκτρονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την εκ νέου ανάρτηση της σχετικής (β) απόφασης και την κοινοποίηση της παρούσας τηλεομοιοτυπίας. Για όσα εκ των δικαιολογητικών κατακύρωσης απαιτείται και η έντυπη υποβολή, αυτά να παραδοθούν στην ΚΕΦΝ/ΑΕΠ (... , ... , ΤΚ ... , ...) σε σφραγισμένο φάκελο, εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους.» Εκ των ως άνω συνάγεται ότι εν προκειμένω, η δεκαήμερη προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρ. 1 του άρθρου 103 του Ν.4412/2016

αφετηριάσθηκε από την κοινοποίηση προς την παρεμβαίνουσα της δεύτερης επιστολής της αναθέτουσας αρχής, ως ρητώς άλλωστε αναφέρεται και στην επιστολή αυτή, ήτοι στις 07.06.2019 και έληξε στις 17.06.2019. Συνακόλουθα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι εκπροθέσμως υποβλήθηκαν δικαιολογητικά κατακύρωσης μετά την 13.06.2019 και δη στις 14.06.2019 και στις 17.06.2019, ως προβάλλονται – ήτοι, ανεξαρτήτως του ότι στο άρθρο 8 περ. στ της Διακήρυξης περί της ηλεκτρονικής υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης γίνεται μνεία για «φάκελο» δικαιολογητικών κατακύρωσης - καθώς και σχετικοί ισχυρισμοί της περί δυνητικής χορήγησης παράτασης από την αναθέτουσα αρχή είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Επίσης, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (συνολικά 88) κατατέθηκαν, κατά τους ισχυρισμούς της ίδιας της προσφεύγουσας, σε φυσικό φάκελο στις 18.06.2019 (υπ' αριθμ. πρωτ. 242/18.06.2019 έγγραφο, το οποίο προσκομίζεται από την προσφεύγουσα), ενώ στις 17.09.2019 η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε τους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ότι η αποσφράγιση του ηλεκτρονικού και του φυσικού φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης θα γίνει στις 18.09.2019. Όπως, δε, προκύπτει από τους προπαρατεθέντες λόγους της προσφυγής, η προσφεύγουσα αμφισβητεί και την εμπρόθεσμη υποβολή του εντύπου φακέλου. Σύμφωνα με την Παρατήρηση 2 της Προσθήκης του Παραρτήματος Β, αλλά και με την από 07.06.2019 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται εντύπως εντός τριών εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους. Από τον ηλεκτρονικό τόπο, δε, του διαγωνισμού προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε ηλεκτρονικά δικαιολογητικά κατακύρωσης και προ της 13.06.2019 (ημέρα Πέμπτη) και ειδικότερα στις 10.06.2019, 11.06.2019 και 12.06.2019. Συνακόλουθα, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά κατά τις ως άνω τρεις ημερομηνίες προ της 13.06.2019, εκπροθέσμως υποβλήθηκαν εντύπως στις 18.09.2019. Συνεπώς, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι βάσιμοι και πρέπει να γίνουν δεκτοί.

30. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεδομένου ότι η κατά τα ως άνω κρίση περί εκπρόθεσμης υποβολής εντύπου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης στηρίζει αυτοτελώς τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας και καθιστά αλυσιτελή την εξέταση των λοιπών ισχυρισμών.

31. Επειδή, όλως επικουρικώς, την 01.10.2019 κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού η από 01.10.2019, απευθυνόμενη στην παρεμβαίνουσα, επιστολή της αναθέτουσας αρχής, με το εξής περιεχόμενο «1. Στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας θέματος και μετά την αποσφράγιση του Φακέλου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης Διαγωνισμού θέματος παρακαλούμε όπως διευκρινίσετε το χρονικό διάστημα στο οποίο αφορούν τα δηλωθέντα στις υποβληθείσες ένορκες βεβαιώσεις και υπεύθυνες δηλώσεις της εταιρείας σας και της εταιρείας «...», «περί μη επιβολής από την Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ΣΕΠΕ, ποινή προστίμου ή προστίμων με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας», υποβάλλοντας υπεύθυνη δήλωση έκαστης εκ των ανωτέρω εταιρειών στην οποία τα δηλούμενα στοιχεία θα αναφέρονται σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό θέματος, ως α/α 5 παραγράφου δ, της Προσθήκης «1» Παραρτήματος «B» σχετικής διακήρυξης. 2. Παρακαλείσθε όπως οι ανωτέρω διευκρινίσεις / στοιχεία διαβιβασθούν, μέσω ΕΣΗΔΗΣ το ταχύτερο δυνατό και όχι αργότερα από την Τρίτη 08 Οκτωβρίου 2019».

32. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι κατά παράβαση των άρθρων 104 παρ. 2 και 3 και 102 του Ν.4412/2016 ζητήθηκαν με την αναφερόμενη στην προηγούμενη σκέψη επιστολή της αναθέτουσας αρχής διευκρινίσεις στην παρεμβαίνουσα, καθώς αφενός η εν λόγω διευκρίνιση που ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή δεν είχε ως σκοπό να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά η εταιρεία «...» και η εταιρεία «....», και αφετέρου η διόρθωση αυτή δεν αφορούσε ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση και δεν περιλαμβάνεται στις περιπτώσεις που ενδεικτικά αναφέρονται στη διάταξη

του άρθρου 102 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αλλά συνιστά μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων. Οι ως άνω ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως ερειδόμενοι επί εσφαλμένη νομικής προϋπόθεσης. Τούτο, δε, διότι, ανεξαρτήτως της ειδικότερης διατύπωσης της επίμαχης επιστολής της αναθέτουσας αρχής («*παρακαλούμε όπως διευκρινίσετε*»), η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της παρ. 2 του προπαρατεθέντος άρθρου 103 του Ν.4412/2016, το οποίο ειδικώς εφαρμόζεται ως προς τη διαδικασία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αν δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή αρχή οφείλει να παράσχει προθεσμία προς προσκόμιση ή συμπλήρωση αυτών, τούτο, δε, ανεξαρτήτως σοβαρότητας των διαπιστωθεισών πλημμελειών. Τα έγγραφα, δε, που ζητήθηκαν με την ως άνω επιστολή της αναθέτουσας αρχής, υποβλήθηκαν από την παρεμβαίνουσα στις 04.10.2019, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Περαιτέρω, οι προβαλλόμενοι με τον όδγοο λόγο της προσφυγής ισχυρισμοί της προσφεύγουσας απορρίπτονται σε κάθε περίπτωση ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι, καθώς η προσφεύγουσα έλαβε γνώση όλων των κρίσιμων στοιχείων του διαγωνισμού, ενώ της κοινοποιήθηκε και η εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής επί του επίμαχου σταδίου του διαγωνισμού, την οποία μάλιστα προσέβαλε με την υπό εξέταση προσφυγή της. Η μη ρητή, δε, αναφορά στο σώμα της προσβαλλόμενης των στοιχείων που επικαλείται η προσφεύγουσα ουδόλως πλήττει τη νομιμότητά της.

33. Επειδή, με τον ένατο λόγο, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι *«9. Παράτυπη υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης εκ μέρους της εταιρείας «...», γεγονός που παραβιάζει την αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού. Οι υπεύθυνες δηλώσεις της εταιρείας «...», όπως είχαν κατατεθεί με ημερομηνία πριν τις 13.6.2019 απευθύνονται όχι προς την αναθέτουσα αρχή ...του ..., αλλά προς τη ... (...), Υπηρεσία Προμηθειών ... (...) και συγκεκριμένα οι υπεύθυνες δηλώσεις της με ημερομηνία 11.6.2019 περί του κύκλου εργασιών της, με ημερομηνία 10.6.2019 περί της βεβαίωσης ακρίβειας των αντιγράφων εκ των πρωτοτύπων που είχε εις χείρας της, με ημερομηνία 12.6.2019 για μη ύπαρξη*

ποινών προστίμου με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, με ημερομηνία 17.6.2019 περί προσκόμισης του ΑΕΟ, με ημερομηνία 13.6.2019 περί απόφασης αποκλεισμού της σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης σύμβασης, με ημερομηνία 4.10.2019 για μη ύπαρξη ποινών προστίμου με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, με ημερομηνία 17.6.2019 περί προσκόμισης του ΑΕΟ και περί ασφάλισης του προσωπικού της στο ΙΚΑ και περί μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού της, όπως αναφέρεται στο ΕΕΕΠ. Τούτο παραβιάζει την αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού. Και τούτο διότι ο όλος μηχανισμός των Δημοσίων Διαγωνισμών και μάλιστα ο μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των «δικαιολογητικών συμμετοχής» ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, διέπεται - και πρέπει να διέπεται - από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή, της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, όπως άλλωστε ακολουθείται κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων, επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή της τυπικότητας) τη σύνταξη των «προσφορών», άρα και των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τις υποδείξεις της Αναθέτουσας Αρχής (όπως αυτές διατυπώνονται στη Διακήρυξη ή/και σε διατάξεις νόμων, κανονισμών και αποφάσεων, στους οποίους η ίδια η Διακήρυξη παραπέμπει) (ΣτΕ ΕΑ 816/2007, 26/2007), καθόσον οι συμμετέχοντες πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως τόσο με τους όρους της Διακήρυξης, όσο και με το νομικό/θεσμικό πλαίσιο που τη διέπει. Σύμφωνα με τις αρχές της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων, ο μετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να υποβάλει προσηκόντως τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει και με τον τρόπο που προβλέπεται (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ 254/2008 κλπ), γεγονός που δεν έλαβε χώρα εν προκειμένω από την εταιρεία «...», για τους λόγους που προεκτέθηκαν».

34. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει συναφώς ότι «Ως προς την παράτυπη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, γεγονός που

παραβιάζει την αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού. Η αρχή της τυπικότητας επιτάσσει τη διαμόρφωση ενός σαφούς και οριοθετημένου πλαισίου εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός καθώς και την αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής. (Πράξη VI Τμήματος Ε.Σ. 70/2006). Εν προκειμένω, είναι άξιο απορίας πώς πλήττεται η αρχή της τυπικότητας από το πρόδηλο και επουσιώδες σφάλμα της αναγραφής «...» και όχι «...» στις οικείες υπεύθυνες δηλώσεις. Πρόκειται για ένα πασιδηλο και πρόδηλο επουσιώδες σφάλμα. Δεν προκύπτει δε καμία αμφιβολία για τον γνήσιο αποδέκτη των ως άνω αναφερόμενων υπεύθυνων δηλώσεων δεδομένου του ότι υπεβλήθησαν προσηκόντως στο διαδικτυακό πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού και από το ίδιο το περιεχόμενο τους προκύπτει ο αληθής αποδέκτης αυτών. Έλαβε δε αριθμό ΕΣΗΔΗΣ του επίμαχου διαγωνισμού (βλ. add hoc ΑΕΠΠ 40/2018, σκ. 29). Το σημαντικότερο, όμως, στοιχείο υπέρ της θέσεώς μας, που παραλείπεται από την προσφεύγουσα εταιρεία, είναι ότι η εντός της προθεσμίας που τάχθηκε για την παροχή των αναγκαίων διευκρινήσεων δυνάμει της από 01.10.2019 επιστολής της Αναθέτουσας Αρχής, ανήρτησε εκ νέου στο ΕΣΗΔΗΣ την 07η.10.2019 τις υπεύθυνες δηλώσεις διορθώνοντας το ως άνω πρόδηλο σφάλμα. Σημειώνεται δε ότι σύμφωνα με τις αποφάσεις της Αρχής Σας (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 556/2018), η Αναθέτουσα Αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα να ζητά διευκρινήσεις για τα επουσιώδη και πρόδηλα σφάλματα για τα δικαιολογητικά συμμετοχής, πολλώ δε μάλλον για τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπό το φως και του άρθρου 103 του ν. 4412/2016. Υπό το φως των ανωτέρω καθίσταται εμφανές ότι και ο ένατος προβαλλόμενος λόγος είναι άνευ ετέρου αβάσιμος».

35. Επειδή, η αναφορά της αναθέτουσας αρχής στις υποβλητέες από τους διαγωνιζόμενους υπεύθυνες δηλώσεις δεν ορίζεται από κανέναν όρο της διακήρυξης ως επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση. Συνακόλουθα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παράβασης της αρχής

της τυπικότητας είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Επίσης, σε όλες τις υπεύθυνες δηλώσεις τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα, παρά το γεγονός ότι στο πεδίο «Προς» αυτές απευθύνονται εσφαλμένως στην ...(...), Υπηρεσία Προμηθειών ... (...), αναγράφονται τα στοιχεία του υπό εξέταση διαγωνισμού, ήτοι, ο αριθμός της διακήρυξης, ο τίτλος της διακήρυξης και ο αριθμός ΕΣΗΔΗΣ του διαγωνισμού. Συνακόλουθα, η ως άνω εσφαλμένη αναγραφή συνιστά πρόδηλο τυπικό σφάλμα, καθώς δεν καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία ότι οι επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις αφορούν την υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία και δεσμεύουν την παρεμβαίνουσα ως προς αυτήν (πρβλ πάγια νομολογία σύμφωνα με την οποία δεν είναι απορριπτέα προσφορά λόγω μη αναγραφής στην εγγυητική επιστολή της αναθέτουσας αρχής εάν δεν καλύπτεται αμφιβολία ως προς αυτήν, παρά το γεγονός ότι σύμφωνα με το νόμο –άρ. 72 παρ. 4 του Ν.4412/2016- και κατά κανόνα και τις διακηρύξεις, η αναφορά της αναθέτουσας αρχής αποτελεί υποχρεωτικό περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής - Απόφ. VI Τμήμ. 294/2010, Απόφ. VI Τμήμ. 119/2008, Α.Ε.Π.Π. 175/2019, 198/2018, 341/2018, 102/2017). Συνεπώς, ο ένατος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτέος.

36. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

37. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ύψους 4.950,00€ που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. Φ.602.2/24/290597(Σ3047)/29.10.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την κατακύρωση του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 4.950,00€.

Αριθμός Απόφασης: 24 /2020

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 7 Ιανουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Φωτεινή Μαραντίδου