

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 23 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.01.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 135/15.01.2021 της Μονοπρόσωπης Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον Δήμο, ... χιλιόμετρο Λεωφόρου ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ...(...) (εφεξής αναθέτων φορέας) και

Της παρεμβαίνουσας Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ...(...)..., οδός ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα υπ' αριθμ. ...Πρακτικού της από 17.12.2020 Συνεδρίασης), θέμα ... Ημερήσιας Διάταξης του Διοικητικού Συμβουλίου ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 25.09.2020 Πρακτικού ... και του από 28.09.2020 Πρακτικού ... της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που αποκλείστηκε η προσφορά της από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα υπ' αριθμ. ...Πρακτικού της από 17.12.2020 Συνεδρίασης), θέμα ... Ημερήσιας Διάταξης του Διοικητικού Συμβουλίου ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η

αποδοχή του από 25.09.2020 Πρακτικού... και του από 28.09.2020 Πρακτικού ... της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο ...(...) ως Αναθέτων Φορέας προκήρυξε Διεθνή Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης ...και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 04.05.2020 με κωδικό αριθμό ...και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 08.05.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ΚΟΜΙΣΤΡΟΥ ΥΠΟ ΜΟΡΦΗ «...» ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ ΚΑΤΑ ΤΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΟΥ ...(...)» (CPV: ...), προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου οκτακοσίων χιλιάδων ευρώ (1.800.000,00 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, με δικαίωμα προαίρεσης έως 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 9^η Ιουνίου 2020 και ώρα 14:00 μ.μ. και αρχική ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 12^η Ιουνίου 2020 και ώρα 14:00 μ.μ. Ήδη, δυνάμει της υπ' αριθμ. ...Απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου του ... (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04.06.2020, αποφασίστηκε η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών για την 6^η Ιουλίου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00 μ.μ. και η μετάθεση της ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών για την 10^η Ιουλίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 11:00 π.μ. αντίστοιχα. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 06.07.2020

και ώρα 11:58:16 μ.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ...Απόφασης (Απόσπασμα υπ' αριθμ. ...Πρακτικού της από 17.12.2020 Συνεδρίασης), θέμα ... Ημερήσιας Διάταξης του Διοικητικού Συμβουλίου ... (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04.01.2021, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 11.01.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή του ότι ο αναθέτων φορέας έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που αποκλείστηκε η προσφορά της από τη συνέχεια του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα υπ' αριθμ. ...Πρακτικού της από 17.12.2020 Συνεδρίασης), θέμα ... Ημερήσιας Διάταξης του Διοικητικού Συμβουλίου ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 25.09.2020 Πρακτικού Ι και του από 28.09.2020 Πρακτικού ... της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που αποκλείστηκε η προσφορά της από τη συνέχεια του διαγωνισμού, γ) να γίνει δεκτή η προσφορά της και να ανακηρυχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, αφού έχει προσφέρει τιμή μονάδας μικρότερη από την τιμή που προσέφερε η παρεμβαίνουσα και να προσκληθεί για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα ..., σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...),

Αριθμός Απόφασης: 505 /2021

όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 13.01.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας ALPHA BANK, ποσού δεκατριών χιλιάδων πεντακοσίων ευρώ (13.500,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.). Μάλιστα, η προσφεύγουσα κατέβαλε πλεονάζον το νόμιμο παράβολο, το οποίο στην πραγματικότητα ανέρχεται στο ποσό των εννέα χιλιάδων ευρώ (9.000,00 €), καθώς υπολόγισε σε αυτό και το δικαίωμα προαίρεσης της προς ανάθεση σύμβασης, το οποίο όμως έχει κριθεί παγίως (ΕΑ ΣΤΕ 187/2017, 10/2017 και ΔεφΘεσσ 58/2019) ότι δεν λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του νομίμου παραβόλου του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 15.01.2021, ο Αναθέτων Φορέας προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις

25.01.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 25 Ιανουαρίου 2021 παρέμβαση της παρεμβαίνουσας Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ...(...)..., οδός ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού με προσφερόμενη τιμή τεμαχίου 0,787998 €. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12.Επειδή, ο Αναθέτων Φορέας, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 145/15.01.2021 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία του κοινοποιήθηκε στις 15.01.2021 και υπέβαλε στις 22.01.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις του, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 17.02.2021 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας εταιρείας, το από 17.02.2021 υπόμνημά της.

14.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτέα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα

Αριθμός Απόφασης: 505 /2021

θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα υπ' αριθμ. ...Πρακτικού της από 17.12.2020 Συνεδρίασης), θέμα ... Ημερήσιας Διάταξης του Διοικητικού Συμβουλίου ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 25.09.2020 Πρακτικού Ι και του από 28.09.2020 Πρακτικού... της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που αποκλείστηκε η προσφορά της από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ο Ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 253 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων» (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 281 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 282 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 287 «Υπεργολαβία» (άρθρο 88 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 307 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 308 «Κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι» (παρ. 3 του άρθρου 80 και υποπαράγραφος 2 της παρ. 1, καθώς και υποπαράγραφος 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 315 «Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας» και το άρθρο 336 «Υπεργολαβία» (άρθρο 88 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ).

16. Επειδή, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης του διαγωνισμού, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και ο αναθέτων φορέας.

17. Επειδή, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 36, 42, 60 και 76 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 52 και 95 της ίδιας

Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 253, 262, 282 και 301 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτοντες φορείς κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

18.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ 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. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 1616/2008, ΕΑ ΣΤΕ 254/2008 κλπ).

19.Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες

εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται

ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η Διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι σε περίπτωση που η ίδια η Διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της. Το ίδιο αφορά προφανώς και τη διαπίστωση της συνδρομής των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά και των δικαιολογητικών συμμετοχής, τα οποία προβλέπονται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη.

20. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 14-21 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «II. Η αιτιολογία του Αναθέτοντος Φορέα», παρ. 1-12, ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που με αυτήν αποκλείστηκε η προσφορά της από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ όλη η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της, όπως περιλαμβάνεται στο από από 25.09.2020 Πρακτικό ...της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού είναι παντελώς αβάσιμη και έρχεται σε ευθεία αντίθεση με κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι η ακόλουθη: «*[...]. Β. Για την διαγωνιζόμενη ..., Στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) δηλώνεται πως ο διαγωνιζόμενος ... βασίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής του διαγωνισμού (πεδίο) και επίσης δηλώνεται ότι δεν προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας (πεδίο).*»

Η οντότητα στην οποία βασίζεται η διαγωνιζόμενη, είναι η εταιρεία ...με VAT ATU ...με έδρα στην ... και έχει υποβληθεί το ΕΕΕΣ από την εταιρεία αυτή.

Στη συνέχεια στο ΕΕΕΣ της διαγωνιζόμενης εταιρείας ... δηλώνεται στο πεδίο Γ. Ποσοστό υπερβολαβίας (σελ....) το εξής: «...Η εταιρεία μας θα βασιστεί στις ικανότητες της δηλωθείσας υπερβολάβου εταιρείας ...στην οποία θα ανατεθεί ποσοστό 97% στο σύνολο του έργου. Η εταιρεία μας θα αναλάβει τον επιπλέον ποιοτικό έλεγχο και την παράδοση των καρτών στον».

Επιπλέον και σε άλλα σημεία-πεδία του ΕΕΕΣ η διαγωνιζόμενη δηλώνει την εταιρεία ...ως υπερβολάβο εταιρεία (πεδίο ... - σελ. ..., πεδίο ... - σελ. ...)

Στη συνέχεια στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) της εταιρείας ...δηλώνεται πως συμμετέχει στο διαγωνισμό ως υπερβολάβος της εταιρείας ... και συγκεκριμένα:

«...πεδίο ...

Κατά περίπτωση αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά

Απάντηση:

Συμμετέχουμε ως υπερβολάβοι της εταιρείας ... που είναι και ο μοναδικός οικονομικός φορέας που υποβάλλει προσφορά για το σύνολο του έργου της διακήρυξης. Θα παράξουμε και θα παραδώσουμε στην ... **το 100% της ποσότητας των καρτών** που απαιτεί η διακήρυξη ακριβώς σύμφωνα με τις προδιαγραφές της διακήρυξης..».

Επίσης στα ηλεκτρονικά αρχεία του διαγωνισμού κατατέθηκε το αρχείο: 'ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ-... - AC_singed.pdf' που αφορά σε έγγραφο με θέμα : «Συμφωνητικό συνεργασίας προς υποβολή ενώπιον του ...»

Το έγγραφο αυτό αποτελεί συμφωνητικό συνεργασίας μεταξύ της εταιρείας ...και της διαγωνιζόμενης εταιρείας ... για τον παρόντα διαγωνισμό του ... (Διακήρυξη ...) και αναφέρονται ρητά τα εξής:

«...**B. ΟΡΟΙ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑΣ**

1. Τα συμβαλλόμενα μέρη με το παρόν ρητά δηλώνουν και εγγυώνται ότι η ... αναθέτει στον Υπερβολάβο και ο Υπερβολάβος αναλαμβάνει τη δέσμευση να συμπεριληφθεί στην προσφορά της ... ως Υπερβολάβος και να παρέχει στην ...

το ακόλουθο τμήμα του κυρίως έργου του διαγωνισμού, σύμφωνα με τους όρους , προϋποθέσεις, προδιαγραφές, μέσα στις χρονικές προθεσμίες και σύμφωνα με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τη Διακήρυξη, εφ' όσον ο Διαγωνισμός κατακυρωθεί στην ...και υπο τους όρους κατακύρωσης και σύμφωνα με τους όρους των συμβατικών κειμένων που θα υπογραφούν μεταξύ της ... και της Αναθέτουσας Αρχής:

• Κατασκευή και παράδοση στην ... **2.000.000 «...» - με δικαίωμα προαίρεσης έως 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης (με ανάλογη επαύξηση φυσικού και χρονικού αντικειμένου) – με μικροεπεξεργαστή επαναφορτιζόμενη με δυνατότητα χρήσης χωρίς επαφή (...), σύμφωνα με το Παράρτημα „, του Διαγωνισμού και τις προδιαγραφές του Διαγωνισμού).**

• Αρχικοποίηση του Τσιπ

• **Επιπρόσθετες υπηρεσίες εκπλήρωσης απαραίτητες στο πλαίσιο των ανωτέρω...»**

Συνεπώς προκύπτει με σαφήνεια ότι η διαγωνιζόμενη εταιρεία ... δηλώνει - ορίζει υπερβολάβο την εταιρεία ...για το σύνολο της σύμβασης (100% στην ποσότητα κατασκευής καρτών ή 97% στο σύνολο του έργου).

Επιπρόσθετα από τα έγγραφα που υποβλήθηκαν στον παρόντα διαγωνισμό προκύπτει πως οι δύο εταιρείες έχουν νομικούς δεσμούς μεταξύ τους δηλαδή και οι δύο εταιρείες έχουν κοινό κύριο μέτοχο την εταιρεία ...ως εξής:

1. Ο διαγωνιζόμενη εταιρεία ... στην αναλυτική κατάσταση μετοχών βάσει του βιβλίου μετόχων όπως ισχύει την 01η Ιουλίου 2020 που προσκομίζει, αναφέρεται ότι η «... ...» κατέχει το 100% των μετοχών της.

2. Η «... ...» στο πλήρες μετοχολόγιο της 23/06/2020 που υποβάλλεται στον διαγωνισμό εμφανίζει την ...ως κύριο μέτοχό της σε ποσοστό 70,783% των μετοχών της.

3. Η ...στο Απόσπασμα βιβλίου εταιρειών ...που υποβάλλει στον παρόντα διαγωνισμό δηλώνει την ...να έχει εισφορά 3.671.328,67 € από το σύνολο των 5.000.000,00€ (ποσοστό 73,43%).

Επιπρόσθετα ο κ. ...εμφανίζεται ως Διευθύνων Σύμβουλος και αποκλειστικός εκπρόσωπος της ...και συγχρόνως ως Αντιπρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος της διαγωνιζόμενης εταιρείας ...

Στην παρούσα διακήρυξη του διαγωνισμού ο Αναθέτων Φορέας ... δεν απαιτεί τη δήλωση υπεργολάβου από το διαγωνιζόμενο, διότι δεν το επιτρέπει η φύση της σύμβασης, δηλαδή δεν υποχρεώνει την ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε άλλον όπως σαφώς αναφέρεται στο **Άρθρο 287 του ν. 4412/16: και άρθρο 88 παρ.2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ** «...Στα έγγραφα της σύμβασης, ο αναθέτων φορέας ζητά από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει...» και συνδυαστικά όσα αναφέρονται στο άρθρο 336 του Ν. 4412/2016.

Σύμφωνα με το άρθρο 68 ΚΔΕ, στα έργα με προϋπολογιζόμενη δαπάνη μεγαλύτερη του ορίου εφαρμογής της εκάστοτε ισχύουσας σχετικής Οδηγίας η αναθέτουσα αρχή μπορεί να υποχρεώσει με τη διακήρυξη τους διαγωνιζόμενους, στην περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, να αναθέσουν σε τρίτους υπεργολάβους συμβάσεις που αντιπροσωπεύουν κατά μέγιστο όριο το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης.

Επίσης στην Κατευθυντήρια οδηγία 10/2015 της ΕΑΑΔΗΣΥ αναγράφεται 'ότι «...η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία, ήτοι τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής ως προς την οικονομική - χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό τον όρο της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, έγκειται στο γεγονός ότι ο "δανειζόμενος" εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων – μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής , ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον

υπεργολάβο...» συνεπώς προκύπτει πως οι οικονομικοί φορείς που δηλώνονται υπεργολάβοι δεν πρέπει να είναι οι ίδιοι στους οποίους στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος (δάνεια εμπειρία) προκειμένου να καλύψει τα κριτήρια συμμετοχής στον διαγωνισμό. Ούτε τίθεται θέμα υπεργολάβου όπως η έννοια αυτή αυθεντικά έχει προσδιοριστεί και ερμηνευτεί με την Κατευθυντήρια οδηγία 10/2015 (Απόφαση 139/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Σύμφωνα με την Κατευθυντήρια οδηγία 10/2015 «Ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεόμενων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Ο ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος. Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ.

Ο υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει - εκτελέσει μέρος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει - διαθέσει συγκεκριμένο/α αγαθό/ά στο εν λόγω πλαίσιο».

Επίσης αναφέρεται στην ως άνω Οδηγία οι υπεργολάβοι που υποδεικνύονται πρέπει να είναι εκ τοις πράγμασι ανεξάρτητοι τρίτοι σε σχέση με τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό οικονομικούς φορείς που τους υποδεικνύουν, έτσι ώστε να εξυπηρετείται πράγματι ο σκοπός του νόμου, σε περιπτώσεις όπου δυνάμει διακήρυξης έθετε σχετική ρήτρα υποχρεωτικής υπεργολαβικής ανάθεσης επί ποινή απαραδέκτου.

Από το περιεχόμενο των άρθρων της διακήρυξης και τις διατάξεις περί υπεργολαβίας του νόμου 4412/2016 προκύπτει ότι υπάρχει μεν δυνατότητα υπεργολαβίας από πλευράς υποψηφίου αναδόχου, αλλά μόνον για τμήμα της σύμβασης και όχι για το σύνολο της.

Η εταιρεία ... προκύπτει ότι αναθέτει ως υπεργολαβία ποσοστό 97% της υπό ανάθεση σύμβασης στην εταιρεία ..., η οποία όπως αναφέρεται και στην τεχνική προσφορά της θα κατασκευάσει το σύνολο των ποσοτήτων των υπό προμήθεια

καρτών στο εργοστάσιο της ως υπεργολάβος, και θα τις παραδώσει στην διαγωνιζόμενη εταιρεία.

Συνεπώς, όπως προκύπτει από την προσφορά της ..., το φυσικό αντικείμενο του έργου (εργασίες κατασκευής, αρχικοποίησης, σχεδιασμού, εκτύπωσης, συσκευασίας και αποστολής ..., καθώς και η διασφάλιση της ποιότητάς τους) υλοποιείται εξ ολοκλήρου από την υπεργολάβο εταιρεία όχι από τη συμμετέχουσα εταιρεία που υπέβαλε προσφορά.

Επιπλέον, στον Φάκελο Τεχνικής Προσφοράς της ... περιλαμβάνεται το αρχείο «...» το οποίο είναι το Σχέδιο Υλοποίησης Έργου, το οποίο δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή του νομίμως εξουσιοδοτηθέντος προσώπου του υποψηφίου αναδόχου αλλά την υπογραφή του εκπροσώπου του υπεργολάβου αυτού (...), κατά παρέκκλιση του άρθρ ...της διακήρυξης. [...]». Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις από 22.01.2021 Απόψεις του, στις σελ. ..., υπό «... ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», υποστηρίζει ότι ορθά απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι ως προς το ζήτημα της εσφαλμένης συμπλήρωσης του υποβληθέντος από αυτήν Ενιαίου Ευρωπαϊκού Εγγράφου Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), υπό «... ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΕΣΦΑΛΜΕΝΗΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗΣ ΤΟΥ ΕΕΕΣ». Ομοίως, επί του πρώτου ως άνω λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της, προβάλλονται αβασίμως για τους λόγους που επικαλείται στις σελ. 5-11 υπό «ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΩΤΟ ΛΟΓΟ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΑΝΕΠΙΤΡΕΠΤΗ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ: ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΘΡΩΝ ...,.....ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΑΡΘΡΩΝ 131 και 287 ΤΟΥ ΝΟΜΟΥ 4412/16 ΟΠΩΣ ΙΣΧΥΕΙ».

21. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως προκύπτει από το επικαλούμενο κανονιστικό πλαίσιο

διεξαγωγής του διαγωνισμού, είναι σαφές ότι βάσει της υποπαρ. ... της διακήρυξης, προβλέπεται ρητά η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων, για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής της υποπαρ. ... που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και αντίστοιχα της υποπαρ. ...για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς, προσκομίζοντας σχετική δέσμευση του τρίτου οικονομικού φορέα, από την οποία θα αποδεικνύεται ότι ο συμμετέχων θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης. Συναφώς, από τα οριζόμενα στην υποπαρ. ...της διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο ...συνάγεται πέραν πάσης αμφιβολίας ότι είναι δυνατή η υπεργολαβική ανάθεση τμήματος ή τμημάτων της σύμβασης σε έναν ή περισσότερους υπεργολάβους, ανεξάρτητα και χωρίς κανένα περιορισμό, σύμφωνα με τις προβλέψεις που περιέχονται στα σχετικά άρθρα της διακήρυξης και του νόμου. Όπως προκύπτει ευχερώς από τα υποβληθέντα με την προσφορά της προσφεύγουσας έγγραφα (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «...» και «...») στο «Μέρος ...: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», υπό «...: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» στην ερώτηση **«Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων**

Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος ...και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος ... κατωτέρω;», έδωσε την απάντηση «...!», δηλώνοντας ως τρίτη, δανείζουσα εμπειρία, εταιρεία, τον οικονομικό φορέα, με την επωνυμία «...-...», παρέχοντας τις σχετικές πληροφορίες για αυτόν στο οικείο πεδίο του υπολβηθέντος από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ. Ομοίως, υπό «...: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας», η προσφεύγουσα στην ερώτηση **«Δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων**

Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», έδωσε την απάντηση «...».

Επιπλέον, με βάση τις δηλώσεις της προσφεύγουσας, όπως περιλαμβάνονται στο «Μέρος ...: Κριτήρια επιλογής», υπό «...: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του Ε.Ε.Ε.Σ. και ειδικότερα στις σελ. 16, 17 και δη στη σελ. 18 αναφέρεται στην ως άνω εταιρεία «...-...» και ως υπεργολάβο της, δηλώνοντας παράλληλα ως **«Ποσοστό υπεργολαβίας**

Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω.

Προσδιορίστε

Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΑΣ ΘΑ ΒΑΣΙΣΤΕΙ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΤΗΣ ΔΗΛΩΘΕΙΣΑΣ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΥ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣΣΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΘΑ ΑΝΑΤΕΘΕΙ ΠΟΣΟΣΤΟ 97% ΣΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ. Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΑΣ ΘΑ ΑΝΑΛΑΒΕΙ ΤΟΝ ΕΠΙΠΛΕΟΝ ΠΟΙΟΤΙΚΟ ΕΛΕΓΧΟ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΑΡΑΔΟΣΗ ΤΩΝ ΚΑΡΤΩΝ ΣΤΟΝ ...». Αντίστοιχα, στο υποβληθέν από την τρίτη δανείζουσα εμπειρία και δηλωθείσα ως υπεργολάβο εταιρεία, Ε.Ε.Ε.Σ., στο «Μέρος ...: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», υπό «...: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» στην ερώτηση **«Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ**

Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά.», έδωσε την **«Απάντηση: ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΥΜΕ ΩΣ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΙ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ... ΠΟΥ ΕΙΝΑΙ ΚΑΙ Ο ΜΟΝΑΔΙΚΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ ΠΟΥ ΥΠΟΒΑΛΛΕΙ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ. ΘΑ ΠΑΡΑΞΟΥΜΕ ΚΑΙ ΘΑ ΠΑΡΑΔΩΣΟΥΜΕ ΣΤΗΝ ... ΤΟ 100% ΤΗΣ ΠΟΣΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ... ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΕΙ Η ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΑΚΡΙΒΩΣ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΙΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ.»**. Το ανωτέρω πλαίσιο συνεργασίας μεταξύ της προσφεύγουσας και της ίδιας ως άνω εταιρείας «...-...» προκύπτει άλλωστε και από το υποβληθέν με την προσφορά της προσφεύγουσας, από 03.07.2020

«Συμφωνητικό Συνεργασίας προς Υποβολή ενώπιον του ...(...) (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «...») και τους ειδικότερους οριζόμενους σε αυτό, όρους συνεργασίας τους. Συναφώς, όπως έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 536/2020 σκέψη 36) ενόψει της σαφούς διάκρισης των θεσμών της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας (ειδικότερα για την έννοια της υπεργολαβίας βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1205/2019 σκ. 26 και πρβλ. ΑΕΠΠ 827/2019), όπως αποτυπώνονται στα άρθρα 307 και 287 και 336 του Ν. 4412/2016 αντίστοιχα, δεν προκύπτει σε καμία περίπτωση από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής των δημόσιων διαγωνισμών, ότι αποκλείεται ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα και ταυτόχρονα να προτίθεται να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης της ανατεθείσας σύμβασης, υπεργολαβικά στον ίδιο οικονομικό φορέα, όπως εν προκειμένω συμβαίνει με τη σχέση που διέπει τη συνεργασία μεταξύ της προσφεύγουσας και την εταιρεία με την επωνυμία «...-...». Ακολούθως, όπως έχει επίσης κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 827/2019 σκέψη 23 και 672/2019 σκέψη 25) σε περιπτώσεις υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της προκηρυχθείσας σύμβασης το ΔΕΕ είχε την ευκαιρία στην Απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2004, υπόθεση C-314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. I-02549 να υπογραμμίσει ότι διάταξη της προκηρύξεως διαγωνισμού η οποία απαγορεύει την υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτους σημαντικών τμημάτων του αντικειμένου μιας συμβάσεως είναι αντίθετη προς την Οδηγία 92/50, όπως την ερμήνευσε το Δικαστήριο με την απόφασή του *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607 (σκέψη 41). Ταυτόχρονα, όσον αφορά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχεία γ' και η', της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ ρητώς προβλέπει τη δυνατότητα του παρέχοντος υπηρεσίες να δικαιολογήσει την τεχνική του ικανότητα παραθέτοντας κατάλογο του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών είτε ανήκουν άμεσα είτε όχι στον συγκεκριμένο παρέχοντα υπηρεσίες, που έχει στη διάθεσή του για την παροχή της υπηρεσίας, ή προσδιορίζοντας το τμήμα του αντικειμένου της συμβάσεως που προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους, καταλήγοντας ότι ένα πρόσωπο δεν μπορεί να

αποκλειστεί από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες. Εξ αυτού συνεπάγεται ότι είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί ο ίδιος τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως (σκέψη 43). Το ΔΕΕ με την προαναφερθείσα απόφασή του επανέλαβε τα πορίσματα της Απόφασης της 2^{ας} Δεκεμβρίου 1999, υπόθεση *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψεις 24-31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607, όπου τόνισε ότι εναπόκειται στον παρέχοντα τις υπηρεσίες, ο οποίος προτίθεται να προσφύγει στις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τους οποίους συνδέεται αμέσως ή εμμέσως, προκειμένου να του επιτραπεί η συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού, να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως. Συναφώς, κρίθηκε ότι δεν αποκλείεται η επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιαστών τμημάτων της συμβάσεως, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά (σκέψη 45), εφόσον διαπιστωθεί ότι με την επίμαχη διάταξη της διακήρυξης απαγορεύεται, στο στάδιο εξετάσεως των προσφορών και επιλογής του διαγωνιζομένου στον οποίο θα ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, η προσφυγή αυτού του διαγωνιζομένου στις υπηρεσίες τρίτων υπεργολάβων για σημαντικές παροχές από τις συνιστώσες το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά

μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησως αυτών των ικανοτήτων (σκέψη 46). Επιπλέον, το ΔΕΕ στην Απόφαση της 27^{ης} Οκτωβρίου 2016, υπόθεση C-292/15, Hörmann Reisen ... κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg, EU:C:2016:817, έκρινε ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να ορίσει ότι ο φορέας στον οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση και η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών, πρέπει να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70% (βλ. σκέψεις 49-57). Συνεπώς, το ΔΕΕ επιτρέπει τη θέση περιορισμών εκ μέρους των αναθετουσών αρχών κατά τη διατύπωση των όρων μιας διακήρυξης για την προσφυγή στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτων φορέων (είτε πρόκειται για υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης είτε, όπως εν προκειμένω για στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα κατά την έννοια του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016), εφόσον αυτό δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό (βλ. σχετικά και ΣτΕ 421/2020). Εν προκειμένω, ωστόσο, είναι απολύτως σαφές ότι ουδεμία χρήση τέτοιας ευχέρειας έγινε εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, περί θέσεων περιορισμού στη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης τμήματος ή τμημάτων της σύμβασης σε υπεργολάβο. Συνεπώς, κατ' αρχήν νομίμως, με βάση τα ως άνω εκτεθέντα, υπέβαλε η προσφεύγουσα τα σχετικά Ε.Ε.Ε.Σ. τόσο της ίδιας όσο και της τρίτης δανείζουσας εμπειρία, και υπεργολάβου αυτής, εταιρείας «...-...», με βάση το κανονιστικό πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού. Εξάλλου, ως εκ περισσού τονίζεται ότι η αναφορά που γίνεται τόσο στην αιτιολογία που περιλαμβάνεται στο Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού όσο και στις απόψεις του αναθέτοντος φορέα περί αδυναμίας του τελευταίου να απαιτήσει την υποβολή δήλωσης εκ μέρους του υπεργολάβου από τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, λόγω του ότι δεν το επιτρέπει η φύση της προκηρυσσόμενης σύμβασης, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο άρθρο 68 του Ν. 3669/2008 (Κώδικας Δημοσίων Έργων), προβάλλεται αλυσιτελώς, δεδομένου ότι η

συγκεκριμένη διάταξη αφενός δεν έχει εφαρμογή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, η οποία εξ αντικειμένου χαρακτηρίζεται ως προμήθεια και όχι ως «έργο» και αφετέρου, η επίμαχη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3669/2008 έχει καταργηθεί δυνάμει του άρθρου 377 του Ν. 4412/2016, παρ. (31). Ομοίως, αλυσιτελώς προβάλλονται εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, ισχυρισμοί, οι οποίοι εδράζονται αποκλειστικά στην όποια μετοχική σχέση συνδέει την προσφεύγουσα με την εταιρεία «...-...», καθώς όπως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΣτΕ 1086/2015) δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για το λόγο ότι ο ίδιος ή επιχείρηση με την οποία τυχόν συμπράττει για τις ανάγκες του διαγωνισμού έχουν ιδιότητα ή μεταξύ τους σχέση, η ύπαρξη της οποίας δεν έχει ρητώς απαγορευθεί από τη διακήρυξη.

22. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, στον βαθμό που ο αναθέτων φορέας (και η παρεμβαίνουσα), υποστηρίζουν ότι η εκ μέρους της προσφεύγουσας, υπεργολαβική ανάθεση στην «...-...» ποσοστού 97% της προς ανάθεση σύμβασης, υποκρύπτει στην πραγματικότητα υποκατάσταση της προσφεύγουσας στην εκτέλεση του συνόλου της επίμαχης σύμβασης, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Καίτοι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα και αντίστοιχα της παρεμβαίνουσας εταιρείας, ότι από την ίδια τη διατύπωση των σχετικών με την υπεργολαβία διατάξεων τόσο του νόμου όσο και της διακήρυξης, είναι προφανές και συνάγεται άνευ άλλου τινός, ότι αυτή μπορεί να αφορά την ανάθεση μόνο «ποσοστού» της προς ανάθεση σύμβασης, διατύπωση που εκ προοιμίου και εννοιολογικά αποκλείει την ολοκληρωτική ανάθεση υπεργολαβικά του συνόλου της σύμβασης, καθώς κάτι τέτοιο οδηγεί αναγκαστικά σε ανεπίτρεπτη υποκατάσταση του αναδόχου και εκτέλεση εν τέλει του συνόλου του συμβατικού αντικειμένου εκ μέρους του υπεργολάβου, ωστόσο, είναι σαφές ότι στην προκειμένη περίπτωση από το σύνολο των δηλωθέντων στα υποβληθέντα Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφεύγουσας και της «...-...», σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «...») και το αντίστοιχο προαναφερθέν από 03.07.2020 συμφωνητικό

μεταξύ τους, δεν συνήχθη πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι πράγματι υποκρύπτεται με το πρόσχημα της υπεργολαβικής ανάθεσης σε τρίτο φορέα, η ουσιαστική υποκατάσταση της προσφεύγουσας στην εκτέλεση του συνόλου της επίμαχης σύμβασης. Άλλωστε, όπως επισημαίνει και η ίδια η προσφεύγουσα (και έχει σχετικά δηλωθεί απερίφραστα με τα έγγραφα της προσφοράς της) «Οι ανωτέρω ποσότητες Καρτών θα κατασκευαστούν εξ' ολοκλήρου από το Εργοστάσιο που εδρεύει στην Δ/ση ...– ..., ως Υπεργολάβος της, απολύτως σύμφωνα με όλους τους όρους της Διακήρυξης. Ο Νόμιμος εκπρόσωπος της έχει αποδεχθεί έναντι της εταιρείας μας την υλοποίηση της συγκεκριμένης προμήθειας σε περίπτωση που αυτή ανατεθεί στην εταιρεία μας και έχει καταθέσει την ανάλογη βεβαίωση.

Η θα παράξει και παραδώσει στηντην συνολική απαιτούμενη ποσότητα των καρτών της Διακήρυξης. Ηθα κάνει τον ποιοτικό έλεγχο των καρτών και θα παραδώσει με ίδια μέσα στον Στην περίπτωση που ο ... ζητήσει την προσωποποίηση των καρτών, θα γίνει και από τις δύο εταιρείες σύμφωνα με τον εξοπλισμό που διαθέτουν και αναφέρεται παρακάτω.

Η ως υπεργολάβος τηςθα εκτελέσει το 97% της σύμβασης.», ενώ οι προς αντίκρουση των ανωτέρω, επικαλούμενοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, καταλήγουν ότι: «[...]. Επομένως, από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι το φυσικό αντικείμενο του έργου το οποίο σύμφωνα με το Παράρτημα ..., Μέρος ... της Διακήρυξης αποτελείται επί της ουσίας από εργασίες κατασκευής, αρχικοποίησης, σχεδιασμού, εκτύπωσης συσκευασίας και αποστολής ..., καθώς και υπηρεσίες διασφάλισης ποιότητας στο σύνολο των προηγούμενων, υλοποιείται και παραδίδεται εξ ολοκλήρου από την υπεργολάβο εταιρεία και ουδόλως από τον οικονομικό φορέα που υπέβαλε την προσφορά. Η δε προσπάθεια επίκλησης υπηρεσιών «ποιοτικού ελέγχου» από την εταιρία ούτε προβλέπονται, ούτε ζητούνται από τη διακήρυξη, ούτε τιμολογούνται, ούτε και εξηγείται με ποιο τρόπο, ποια μεθοδολογία θα παρασχεθούν στον Με άλλα λόγια φυσικό αντικείμενο της σύμβασης θα παρασχεθεί εξ ολοκλήρου από την υπεργολάβο εταιρία καθότι όλες οι απαραίτητες εργασίες κατασκευής, ελέγχου και παράδοσης των καρτών πραγματοποιούνται κατ' ουσίαν ΕΞ

ΟΛΟΚΛΗΡΟΥ από την υπεργολάβο [...]» και αντίστοιχα του αναθέτοντος φορέα, ο οποίος διατείνεται ότι: «[...]. Αντιθέτως η ...είναι η οντότητα που παρέχει μέσα και πόρους για την κατασκευή της κάρτας δηλαδή είναι πάροχος δάνειας εμπειρίας και το εργοστάσιο κατασκευής και θα εκτελέσει το σύνολο της σύμβασης και τον ποιοτικό έλεγχο διότι ο προσφεύγων θα διενεργήσει δεύτερο έλεγχο όταν παραλάβει τις κάρτες και τις προωθήσει προς τον

Συνεπώς συμπεραίνεται ότι ο προσφεύγων ως ανάδοχος θα υποκατασταθεί από τον υπεργολάβο του και δεν είναι επιτρεπτή η υποκατάσταση του αναδόχου στη δημόσια σύμβαση. [...].», δεν τεκμηριώνονται επαρκώς και συνεπώς, προβάλλονται όλως αορίστως. Ως εκ περισσού και παρά την αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, στο ίδιο ως άνω συμπέρασμα κατατείνει μεταξύ άλλων και η προσκομισθείσα εντός του φακέλου της προσφεύγουσας με αριθμό πρωτοκόλλου ...«Βεβαίωση Καλής Εκτέλεσης Σύμβασης» του ίδιου του αναθέτοντος φορέα προς την νυν προσφεύγουσα, για την άρτια και εμπρόθεσμη εκτέλεση αντίστοιχου συμβατικού αντικειμένου με αυτό του υπό κρίση διαγωνισμού, η οποία αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: «Με την παρούσα επιστολή επιβεβαιώνουμε την καλή εκτέλεση των όρων της υπ' αριθ. ...σύμβασης για την «Προμήθεια Μέσων Προϊόντων Κομίστρου υπό Μορφή «...», που Απαιτούνται κατά τη Λειτουργία του Αυτόματου Συστήματος Συλλογής Κομίστρου (...», προϋπολογισμού 3.400.000,00 € πλέον ΦΠΑ, με ανάδοχο την εταιρεία «...».

Η σύμβαση υπογράφηκε στις 09-03-2018 με αρχική διάρκεια υλοποίησης 6 μήνες και συμβατικού ποσού 2.856.000,00 € πλέον ΦΠΑ. Το αντικείμενο της σύμβασης ήταν:

• **1.700.000 «κάρτες»**

• **17.000.000 «πολλαπλά»** ως εξής:

α. 5.780.000 μεμονωμένα «πολλαπλά»

β. 11.220.000 «πολλαπλά» σε μορφή ρολών, ρολά των 1.700 «πολλαπλών» εισιτηρίων

Βεβαιώνουμε ότι η ανάδοχος εταιρεία μας έχει προμηθεύσει τα ανωτέρω προϊόντα κομίστρου για το

Τα παραπάνω είδη υποβλήθηκαν έγκαιρα, σε πλήρη συμμόρφωση με τις προδιαγραφές, χωρίς ελαττώματα και σε άριστη κατάσταση λειτουργίας, σύμφωνα με το χρονοδιάγραμμα της σύμβασης.», καθώς είναι παραπάνω από προφανές ότι η προσφεύγουσα έλαβε μέρος και σε εκείνη τη διαγωνιστική διαδικασία με τους αυτούς όρους συμμετοχής. Το αυτό υπογραμμίζει και η προσφεύγουσα στο υποβληθέν υπόμνημά της, επιρρωνύοντας το ως άνω εξαχθέν συμπέρασμα, όπου επισημαίνει μεταξύ άλλων τα εξής: «[...]. Σημειώνουμε δε, παρόλο που ο ισχυρισμός αυτός δεν ασκεί έννομη επιρροή στην παρούσα υπόθεση, ότι και στον αμέσως προηγούμενο πανομοιότυπο διαγωνισμό με τον ένδικο που διενήργησε ο ... για το ίδιο αντικείμενο (με αριθ. ...), στον οποίο συμμετείχε η εταιρία μας σε ένωση εταιριών, και πάλι το 96% της προμήθειας υλοποιούνταν από υπεργολάβους, στην ικανότητα των οποίων στηριζόμασταν. Ο ... τότε ουδόλως αμφισβήτησε τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης του 96% της προμήθειας στους υπεργολάβους μας και η προσφορά της εταιρίας μας είχε κριθεί απολύτως νόμιμη και παραδεκτή. Ο τότε Διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην παρεμβαίνουσα εταιρία ..., λόγω χαμηλότερης τιμής. [...]». Κατά συνέπεια, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περὶ του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα και της παρεμβαίνουσας.

23. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. ... της κρινόμενης προσφυγής, υπό «... ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «... ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ», παρ. ..., ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που με αυτήν αποκλείστηκε η προσφορά της από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ όλη η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της, όπως περιλαμβάνεται στο από από 25.09.2020 Πρακτικό... της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού (και αναφέρεται αυτούσια ανωτέρω στη σκέψη 20 της παρούσας) είναι παντελώς αβάσιμη και έρχεται σε ευθεία αντίθεση με κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του

διαγωνισμού. Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις από 22.01.2021 Απόψεις του, στις σελ. ..., υπό «.... ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», υποστηρίζει ότι ορθά απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, λόγω της εσφαλμένης υποβολής και υπογραφής εντύπου που έπρεπε να περιλαμβάνεται στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς της και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, υπό «Β. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΕΣΦΑΛΜΕΝΗΣ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΤΟΥ ΣΧΕΔΙΟΥ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΡΓΟΥ». Ομοίως, επί του δεύτερου ως άνω λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της, προβάλλονται αβασίμως για τους λόγους που επικαλείται στις σελ. ... υπό «ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΔΕΥΤΕΡΟ ΛΟΓΟ, ΤΗΣ ΨΗΦΙΑΚΗΣ ΥΠΟΓΡΑΦΗΣ ΕΓΓΡΑΦΟΥ ΑΠΟ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΑΠΟ ΑΝΑΡΜΟΔΙΟ ΠΡΟΣΩΠΟ ΚΑΙ ΜΗ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΠΛΗΡΩΣΗΣ ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ».

24. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Σύμφωνα με τις επικαλούμενες διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου, αλλά και την παρ. 1.2.1 του άρθρου 15 της υπ' αριθμ. 56902/215 Υ.Α. (ΦΕΚ Β' 1924/02.06.2017) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).» που ορίζει ότι: «1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής.» και 1.2.2: «1.2.2. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του

προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*», εξάγεται αναπόδραστα το συμπέρασμα ότι η νομότυπη υποβολή των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς έκαστου συμμετέχοντος, οφείλει να γίνει σε μορφή *Portable Document Format (.pdf)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, φέρουν υποχρεωτικά για τη νομότυπη υποβολή τους εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στην προαναφερθείσα διάταξη. Εξάλλου, περαιτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υποπαρ. ..., υπό ...της διακήρυξης, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, για την απόδειξη της τεχνικής τους ικανότητας, βάσει της παρ. ...της διακήρυξης, προσκομίζουν μεταξύ άλλων και Σχέδιο Υλοποίησης του Έργου (Σ.Υ.Ε.), το οποίο κατ' ελάχιστον θα περιλαμβάνει: «Σχέδιο Οργάνωσης & Διοίκησης του Έργου (ΣΥΕ), Ανάλυση Διακινδύνευσης του Έργου (Risk Assessment), Διαδικασίες Διαχείρισης Κινδύνων του Έργου (Risk Management), Διαδικασίες Διοίκησης Αλλαγών του Έργου (Change Management), Διαδικασίες Ποιοτικού Ελέγχου (Quality Control) / διασφάλισης και ελέγχου των ποιοτικών χαρακτηριστικών για κάθε παρτίδα παραγωγής «...», Διαδικασίες Παρακολούθησης του Έργου. Ο ανάδοχος θα τηρεί «Αρχείο Παρακολούθησης του Έργου», στο οποίο θα καταγράφονται κατ' ελάχιστον τα προβλήματα και οι αστοχίες κατά διαδικασία υλοποίησης της σύμβασης και οι διορθωτικές ενέργειες/μέτρα που ελήφθησαν από τον ανάδοχο για την εξάλειψή τους, Διαδικασίες Επικοινωνίας με τον ...και το σύνολο των εμπλεκόμενων μερών στο πλαίσιο της υλοποίησης του έργου. Ο ανάδοχος θα ενημερώνει τακτικά την αρμόδια τον ...σχετικά με την πορεία εκτέλεσης του έργου και θα προτείνει μέτρα που θα μπορούσε να λάβει ο ...για τη βελτίωση της υλοποίησής του, Αναλυτική κατάσταση του μηχανολογικού εξοπλισμού των εγκαταστάσεων παραγωγής που πρόκειται να χρησιμοποιηθούν για την υλοποίηση του έργου, από την οποία να τεκμηριώνεται η δυνατότητα παραγωγής «...» σύμφωνα με τις προδιαγραφές τις

παρούσας διακήρυξης.». Η προσφεύγουσα, πράγματι περιέλαβε στον φάκελο της προσφοράς της το απαιτούμενο ...(βλ. συνημμένο ηλεκτρονικό αρχείο στην προσφορά της με τίτλο «...»), το οποίο όμως, σύμφωνα με την αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της, αλλά και τις σχετικές αιτιάσεις που προβάλλονται από την παρεμβαίνουσα, δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή από την ίδια, αλλά από την τρίτη υπεργολάβο και δανείζουσα εμπειρία, εταιρεία «...-...», γεγονός που κατά τον αναθέτοντα φορέα και την παρεμβαίνουσα, οδηγεί αναγκαστικά σε απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, βάσει της παρ. ...της διακήρυξης, λόγω παραβίασης των ρητά οριζόμενων στην υποπαρ. ...της διακήρυξης (περιλαμβάνει ταυτόσημη διατύπωση με την αντίστοιχη της παρ. 1.2.1 του άρθρου 15 της Κ.Υ.Α. 56902/215), σχετικά με τη νομότυπη υποβολή των εγγράφων της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα. Ωστόσο, όπως συνάγεται από την ίδια την αδιάσπικτη διατύπωση των επίμαχων διατάξεων της διακήρυξης, σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από τον αναθέτοντα φορέα και την παρεμβαίνουσα εταιρεία, υπογράφονται ψηφιακά από τον ίδιο τον υποψήφιο οικονομικό φορέα, μόνο τα έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο και υποβάλλονται ως τέτοια. Υπό την έννοια αυτή, καίτοι είναι αναμφισβήτητο ότι όλοι οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό οικονομικοί φορείς και μεταξύ αυτών και η προσφεύγουσα, όφειλαν επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς τους, να υποβάλλουν ομού με τα αποδεικτικά μέσα της υποπαρ. ... περίπτωση ...και το απαιτούμενο Σ.Υ.Ε., με το ελάχιστο προβλεπόμενο περιεχόμενο, είναι σαφές ότι, όπως βάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα, το εν λόγω έγγραφο, υποβλήθηκε μεν, αλλά ψηφιακά υπογεγραμμένο από την εταιρεία που το είχε συντάξει, κατά την έννοια της υποπαρ. ...και του άρθρου 15 παρ. 1.2.1 της Κ.Υ.Α. 56902/215 και η οποία ήταν η εταιρεία «...-...». Όπως άλλωστε, παραδέχεται και ο ίδιος ο αναθέτων φορέας, τα σχετικά απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά προς τεκμηρίωση της τεχνικής ικανότητας της παρ. ...της διακήρυξης εκάστου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, όπως απαιτούνται να προσκομιστούν από το υπό στοιχεία ...αυτής, ανευρίσκονται τόσο στον φάκελο «...zip» όσο και στον φάκελο «....zip», αρμοδίως και προσηκόντως υπογεγραμμένα από τον ίδιο τον κατά

περίπτωση εκδότη τους και δεν υπογράφονται στο σύνολό τους από την προσφεύγουσα εταιρεία, καθώς αυτονοήτως δεν έχουν συνταχθεί/εκδοθεί/παραχθεί όλα από την ίδια. Προς επίρρωση των ανωτέρω γενόμενων παραδοχών, είναι σαφές ότι, όπως υποστηρίζει βάσιμα και η προσφεύγουσα, το ελάχιστο απαιτούμενο περιεχόμενο του σχετικού Σ.Υ.Ε., περιλαμβάνεται και στην Τεχνική Προσφορά της (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «...»), όπου στις σελ. ... αυτού, μεταφέρεται και επαναλαμβάνεται αυτούσιο το περιεχόμενο του υποβληθέντος Σ.Υ.Ε., με ψηφιακή υπογραφή από την εταιρεία «...-...», κατά τρόπο που δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι εν τέλει, το εν λόγω αρχείο δεν υποβλήθηκε καθόλου ή ότι δεν υποβλήθηκε ψηφιακά υπογεγραμμένο από την ίδια την προσφεύγουσα, καθώς είτε γίνει δεκτή η ερμηνευτική εκδοχή ότι δεν απαιτείτο να υπογράφεται από την προσφεύγουσα, ως μη εκδοθέν/παραχθέν/συνταχθέν από αυτήν έγγραφο και άρα η τελευταία δεν ήταν υποχρεωμένη και να το υπογράψει η ίδια ψηφιακά, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, είτε ότι εν πάση περιπτώσει, το ...εντάχθηκε και ενσωματώθηκε στην υποβληθείσα τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, περιλαμβάνοντας αναμφίβολα το ελάχιστο απαιτούμενο, βάσει της περίπτωση ...της υποπαρ. ..., περιεχόμενο, διαθέτοντας, σύμφωνα με την προεκτεθείσα ανάλυση και ψηφιακή υπογραφή από αυτήν, δεν καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία ότι η απαίτηση της διακήρυξης καλύφθηκε σε κάθε περίπτωση από το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς της προσφεύγουσας (πρβλ. και ΑΕΠΠ 1433/2020 σκέψη 24 και ΑΕΠΠ 17/2021 σκέψη 37). Στην ίδια άλλωστε, παραδοχή προβαίνει και ο αναθέτων φορέας, αναφέροντας στις απόψεις του ότι: «[...]. στον ηλεκτρονικό φάκελο «...zip» εμπεριέχεται ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «...pdf» (σχετ. ... της προσφεύγουσας) που αφορά στο ζητούμενο κατά το άρθρο ... της διακήρυξης (σελ. ...) Σχέδιο Υλοποίησης Έργου (ΣΥΕ). Στο αρχείο αυτό περιλαμβάνονται κείμενα που αφορούν στην ...και όχι στον διαγωνιζόμενο τα οποία επαναλαμβάνονται αυτούσια και στην Τεχνική Προσφορά της ... και είναι αυτά που ενδεικτικά αναφέρθηκαν παραπάνω, δηλ. πελατολόγιο προφίλ εταιρεία ...κλπ. [...].». Για δε την παράλειψη αναφοράς στο κείμενο της τεχνικής

προσφοράς της προσφεύγουσας του κεφαλαίου ... του ...της εταιρείας «...-...», την παράλειψη του οποίου επικαλούνται τόσο ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του όσο και η παρεμβαίνουσα εταιρεία, βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της ότι: «[...]. Είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός της ... ότι το κεφάλαιο 3 του ΣΥΕ της δεν περιλαμβάνεται στην Τεχνική μας προσφορά, καθότι στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση. Ως ελάχιστο περιεχόμενο του ΣΥΕ με βάση την Διακήρυξη δεν περιλαμβάνονται τα αναφερόμενα στο άρθρο 3 του ΣΥΕ του υπεργολάβου μας, ο οποίος για λόγους πληρότητας, θέλησε να αναφέρει τις πληροφορίες αυτές στο ΣΥΕ του. Επομένως, η εταιρία μας καμία υποχρέωση δεν είχε να συμπεριλάβει και αυτό το κεφάλαιο στην Τεχνική της Προσφορά και πολύ περισσότερο αυτό δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο απόρριψης της προσφοράς της, ήτοι υποβολή εγγράφου η οποία δεν ζητείτο από τη Διακήρυξη. Σε κάθε δε περίπτωση, οι πληροφορίες του κεφαλαίου 3 του ΣΥΕ της περιλαμβάνονται με άλλες λέξεις στην Τεχνική προσφορά (βλ. ιδίως σελ. ...-...) και επομένως υπάρχει η σχετική δέσμευση της εταιρίας μας. [...]». Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα και της παρεμβαίνουσας.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

27. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 505 /2021

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα υπ' αριθμ. ...Πρακτικού της από 17.12.2020 Συνεδρίασης), θέμα ... Ημερήσιας Διάταξης του Διοικητικού Συμβουλίου ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή του από 25.09.2020 Πρακτικού ... και του από 28.09.2020 Πρακτικού ... της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που αποκλείστηκε η προσφορά της από τη συνέχεια του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασηθεύσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δεκατριών χιλιάδων πεντακοσίων ευρώ (13.500,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 16 Μαρτίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα