

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 1 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6-6-2020 κατατεθείσα με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 702/9-6-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της δια της 432^{ης}/28-5-2020 ΤΑΚΤΙΚΗΣ ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗΣ ΣΥΓΚΛΗΤΟΥ της αναθέτουσας, Απόφασης περί εγκρίσεως του με αρ. πρωτ. 5135/27-5-2020 Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού, καθ' ο μέρος έκρινε στην Α' Φάση του Διαγωνισμού ως αποδεκτό τον φάκελο εκδήλωσης ενδιαφέροντος του παρεμβαίνοντος και προεπέλεξε αυτόν για τη Β' Φάση του Διαγωνισμού, στο πλαίσιο της διενεργούμενης μέσω ανταγωνιστικού διαλόγου διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ΣΔΙΤ για το έργο «.....», εκτιμώμενης καθαρής παρούσας αξίας άνευ ΦΠΑ αξίας 205.940.000,00 ευρώ, χωρίς να ληφθεί υπόψη η ενδεχόμενη συμμετοχή του Δημοσίου στη χρηματοδότηση του κόστους κατασκευής, που προκηρύχθηκε με την από 1-11-2019 Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 23-10-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 6-11-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 15.000,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, δια της εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούμενης την 6-6-2020 νομίμως υπογεγραμμένης προσφυγής, ο προσφεύγων και κριθείς ως αποδεκτός στην Α' ΦΑΣΗ της διαδικασίας, στρέφεται προς ακύρωση της προσβαλλομένης εκτελεστής πράξης περάτωσης της Α' ΦΑΣΗΣ της διαδικασίας, καθ' ο μέρος ομοίως κρίθηκε αποδεκτός και ο παρεμβαίνων και ομού, μετά 4 λοιπών μετεχόντων προήχθησαν στη Β' ΦΑΣΗ της διαδικασίας διενεργούμενης κατ' άρ. 30 Ν. 4412/2016 δια ανταγωνιστικού διαλόγου, η οποία διαδικασία λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης στην ΕΕΕΕ εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Σημειωτέον δε, ότι οι διαδικασίες για σύναψη ΣΔΙΤ υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του ΒΙΒΛΙΟΥ IV Ν. 4412/2016 και άρα και στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, όπως εκ του άρ. 372 παρ. 3 Ν.4412/2016 συνάγεται ρητά, αλλά και κατά την εκ του άρ. 345 Ν. 4412/2016 παραπομπή στις διαδικασίες του Ν. 4412/2016 ανεξάρτητα από τη φύση τους, στις οποίες πάντως, κατ' άρ. 1 παρ. 4 Ν. 4412/2016, αλλά και άρ. 49 και 128 αναμφίβολα υπάγονται οι ΣΔΙΤ. Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι πρώτον, ο παρεμβαίνων αντί απόφασης Δ.Σ. υπέβαλε πιστοποιητικό τέτοιας απόφασης, δεύτερον, επικλήθηκε ως προηγούμενη εμπειρία έργο που δεν πληροί τα ελάχιστα απαιτούμενα του οικείου κριτηρίου επιλογής, τρίτον, υπέβαλε ως αποδεικτικό εκτέλεσης του οικείου προηγούμενου έργου έγγραφο αλλοδαπής δημόσιας αρχής χωρίς προξενική θεώρηση, τέταρτον, επικλήθηκε πόρους τρίτων επί συγκεκριμένων κριτηρίων επιλογής, χωρίς να τηρήσει τις οικείες περί αυτών των κριτηρίων διατυπώσεις και πέμπτον, μη νομίμως υπέβαλε απαράδεκτα και πλημμελώς υπογεγραμμένα

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

απαιτούμενα για τη συμμετοχή του έγγραφα. Με την από 19-6-2020 Παρέμβαση του, κατόπιν της από 9-6-2020 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, ομοίως δε αιτείται και η αναθέτουσα με τις από 19-6-2020 και με αρ. πρωτ. 6263 Απόψεις της η αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, αντικρούει δε ο προσφεύγων με το από 25-6-2020 υπόμνημά του, ενώ αντίστοιχα υπέβαλε και το από 26-6-2020 υπόμνημά του και ο παρεμβαίνων. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο όρος 9.3.2 της Πρόσκλησης ορίζει ως αναγκαία νομιμοποιητικά έγγραφα της προσφοράς και άρα, ως κατά τους όρους 9.1.1 και 9.3 αναγκαία στοιχεία του Υποφακέλου Α του Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, μεταξύ άλλων τα εξής «9.3.2. Σε περίπτωση μεμονωμένου Υποψηφίου νομικού προσώπου, πρακτικό συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Υποψηφίου, σε περίπτωση Α.Ε., ή πρακτικό των Διαχειριστών, σε περίπτωση Ε.Π.Ε. ή Ι.Κ.Ε. ή Ο.Ε. ή Ε.Ε., με το οποίο: (α) Εγκρίνεται η υποβολή Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος του Υποψηφίου στον Διαγωνισμό, σύμφωνα με τους όρους της παρούσας Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος. (β) Ο Υποψήφιος αποδέχεται όλες τις ευθύνες και υποχρεώσεις για κάθε θέμα σχετικό με την εκδήλωση ενδιαφέροντος στον Διαγωνισμό. (γ) Δηλώνεται ότι ο Υποψήφιος έχει λάβει γνώση και αποδέχεται ανεπιφύλακτα τους όρους της παρούσας Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος. (δ) Δηλώνεται ότι ο Υποψήφιος δικαιούται να υποβάλει Εκδήλωση Ενδιαφέροντος και δεν υφίστανται εταιρικοί περιορισμοί, περιορισμοί λόγω ανταγωνισμού ή άλλοι νομικοί περιορισμοί που κωλύουν την υποβολή του Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος από τον Υποψήφιο. (ε) Δηλώνεται ότι συμμετοχή του Υποψηφίου στον Διαγωνισμό λαμβάνει χώρα με αποκλειστική ευθύνη και δαπάνη του ιδίου και δε γεννάται οποιοδήποτε δικαίωμα αποζημίωσής του από την Αναθέτουσα Αρχή ή τους συμβούλους της λόγω αυτής καθ' εαυτής της συμμετοχής του Υποψηφίου στον Διαγωνισμό. (στ) Δηλώνεται ότι όλες οι πληροφορίες, δηλώσεις και δικαιολογητικά ή άλλα συνοδευτικά έγγραφα που έχουν υποβληθεί με τον Φάκελο Εκδήλωσης

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

Ενδιαφέροντος είναι αληθή και ακριβή και ότι δεν έχουν αποκρυβεί πληροφορίες σχετικές με τον Διαγωνισμό και τον Υποψήφιο. (ζ) Ο Υποψήφιος δεσμεύεται για τη σύσταση, σε περίπτωση που ανακηρυχθεί Προσωρινός Ανάδοχος, της ΑΕΕΣ. (η) Ορίζεται εκπρόσωπος για τον Διαγωνισμό («ο Εκπρόσωπος Υποψηφίου») και αναπληρωτής του, με εξουσία να υπογράφει δεσμευτικά για τον Υποψήφιο όλα τα έγγραφα του Διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένων των Υπεύθυνων Δηλώσεων που απαιτούνται σύμφωνα με την παρούσα, καθώς και να προβαίνει στις λοιπές ενέργειες που αναφέρονται σχετικά στην παρούσα, (θ) Ορίζεται συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο ως Αντίκλητος, ο οποίος κατοικεί εντός των ορίων της Περιφέρειας Κρήτης ή της Περιφέρειας Αττικής (και ο οποίος δύναται να είναι το ίδιο πρόσωπο με τον ως άνω Εκπρόσωπο Υποψηφίου), με πλήρη στοιχεία επικοινωνίας αυτού (ονοματεπώνυμο, διεύθυνση, αριθμός τηλεφώνου, φαξ κ.λπ.). Επί Υποψηφίου αλλοδαπού νομικού προσώπου, προσκομίζεται απόφαση του, κατά τον νόμο ή το καταστατικό του, διοικούστος αυτό οργάνου, η οποία περιέχει τα στοιχεία που αναφέρονται ανωτέρω, υπό στοιχεία (α) μέχρι (θ).». Άρα, σε περίπτωση αλλοδαπού νομικού προσώπου, πρέπει να υποβληθεί Απόφαση του οικείου διαχειριστικού και διοικητικού αυτού οργάνου με το ως άνω περιεχόμενο, η ταυτότητα δε του οργάνου αυτού προκύπτει εκ του καταστατικού ή κατά περίπτωση, του νόμου. Κατά το υποβληθέν στον ΥΠΟΦΑΚΕΛΟ Α Καταστατικό του παρεμβαίνοντος, άρ. 12 αυτού «η εταιρεία διοικείται από τη διοίκηση, η οποία αποτελείται κατ' ανώτατο όριο από επτά διαχειριστές, εκ των οποίων τουλάχιστον ο ένας θα είναι εκτελεστικός διαχειριστής... Κάθε στέλεχος που έχει διοριστεί διαχειριστής, διορίζεται από τη γενική συνέλευση ως εκτελεστικής διαχειριστής. 3. Η διοίκηση της εταιρείας έχει επιφορτιστεί με τη διαχείριση της εταιρείας. ... Οι εκτελεστικοί διαχειριστές επιφορτίζονται κυρίως με την καθημερινή διαχείριση της εταιρείας και της επιχείρησης που έχει συνδεθεί με αυτήν. ... 16. Ένας διαχειριστής δύναται να συμμετέχει σε κάθε συνεδρίαση του διοικητικού συμβουλίου μέσω τηλεφώνων ή μέσω ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας που να καθιστούν εφικτή την ταυτόχρονη επικοινωνία μεταξύ όλων των συμμετεχόντων και η εν λόγω συμμετοχή θα θεωρηθεί αυτοπρόσωπη παρουσία στη συνεδρίαση ... 17. ... Οι αποφάσεις δύναται να λαμβάνονται επίσης μέσω έγγραφης απόφασης που έχει

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

υπογραφεί από όλους τους διαχειριστές ,, 19. Μια έγγραφη απόφαση υπογεγραμμένη από όλους τους διαχειριστές (επίσης μέσω e-mail) θα έχει την ίδια ισχύ και εγκυρότητα για όλους τους σκοπούς με μια απόφαση που έχει ληφθεί από τους διαχειριστές κατά τη συνεδρίαση του διοικητικού συμβουλίου που έχει συγκληθεί, τελεστεί και συγκροτηθεί νόμιμα.», κατά το δε άρθρο 16 «1. Η εταιρεία εκπροσωπείται δικαστικώς και εξωδίκως από τη διοίκηση. Η αρμοδιότητα ανήκει επίσης σε δύο διαχειριστές που ενεργούν από κοινού, εκ των οποίων ο ένας πρέπει να είναι εκτελεστικός διαχειριστής.». Άρα, κατά το ως άνω καταστατικό, η διαχείριση της εταιρείας συνιστά αρμοδιότητα του συλλογικού οργάνου αυτής και ασκείται ούτως συλλογικά, η δε εκπροσώπηση συνιστά αρμοδιότητα σωρευτικά τόσο του συλλογικού οργάνου όσο και της σύμπραξης εκτελεστικού και μη εκτελεστικού διαχειριστή ή δύο εκτελεστικών διαχειριστών. Πλην όμως, η Πρόσκληση δεν ζήτησε κατά τα ανωτέρω και δια της αμέσως παραπάνω απαίτησης την εκτέλεση μιας εκπροσωπευτικού χαρακτήρα αρμοδιότητας, όπως επί παραδείγματι η υποβολή ενός απευθυντέου σε αυτήν εγγράφου, όπως μιας δήλωσης, αλλά την απόφαση λήψη μιας διαχειριστικού τύπου απόφασης, που πρέπει ρητά να προέρχεται από το κατά νόμο αρμόδιο για τη διοίκηση της όργανο, που εν προκειμένω είναι η «διοίκηση», δηλαδή, κατ' άρ. 12 του καταστατικού το συλλογικό όργανο των διαχειριστών αυτής και η οποία μάλιστα απαιτείται να αποδειχθεί δια υποβολής της ίδιας της απόφασης αυτής. Προφανώς, θα ήταν δυνατόν, όπως κατά τον ίδιο όρο και για τις ημεδαπές εταιρείες, να υποβληθεί Απόσπασμα Πρακτικού Συνεδρίασης του Διοικητικού Οργάνου, το οποίο υπογράφεται ως Απόσπασμα μεν από τα αρμόδια προς έκδοση Αποσπασμάτων Πρακτικών πρόσωπα της εταιρείας, πλην όμως περιλαμβάνει αυτούσιο στο σώμα του Απόσπασμα της Απόφασης του Συλλογικού Διοικητικού Οργάνου, προφανώς μετά των ονομάτων των διαχειριστών. Όμως, εν προκειμένω ο παρεμβαίνων υπέβαλε αντί αυτών ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΟΥ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ, δηλαδή έγγραφο συνταγμένο από 2 διαχειριστές και στο πλαίσιο της ρητά εκεί επικαλούμενης εκπροσωπευτικής τους αρμοδιότητας, το οποίο δεν συνιστά αντίγραφο ούτε περιλαμβάνει έστω απόσπασμα πρακτικού συνεδρίασης Δ.Σ., αλλά απλώς εξιστορεί και αναφέρει και πιστοποιεί εκ των 2 αυτών αυτών

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

προσώπων τι αποφασίστηκε στην από 10-2-2020 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας. Ούτε τα ονόματα των μελών του Συμβουλίου αναφέρονται ούτε οι μετέχοντες ούτε τα παρόντα ή απόντα μέλη ούτε το έγγραφο συντάσσεται ως Απόφαση του Συλλογικού Διοικητικού Οργάνου, πολλώ δε μάλλον και ασχέτως ότι δεν υπογράφεται από τα Μέλη αυτού. Αλυσιτελώς δε τόσο η αναθέτουσα, όσο και ο παρεμβαίνων επικαλούνται την εκπροσωπευτική αρμοδιότητα των δύο εκδοτών του εγγράφου αυτού, αφού αφενός αυτό που ζητήθηκε ήταν απόφαση του διοικητικού οργάνου και όχι κάποια δήλωση των εκπροσώπων της εταιρείας, αφετέρου ούτως ή άλλως το ίδιο το έγγραφο, που δεν συνιστά Απόφαση του οργάνου ούτε καν Απόσπασμα Πρακτικού Συνεδρίασης κατά την οποία ελήφθη και στο οποίο περιλαμβάνεται η Απόφαση, αλλά εκ των εκπροσώπων πιστοποίηση ότι ελήφθη τέτοια Απόφαση, ρητά αναφέρεται σε ληφθείσα Απόφαση και άρα, ούτε το ίδιο το ως άνω έγγραφο δεν επικαλείται την ταυτότητα του αντικειμένου και του περιεχομένου της επικαλούμενης απόφασης, ως προϊόντος άσκησης εκπροσωπευτικής αρμοδιότητας και δη των συντακτών του, αλλά πιστοποιεί απλώς την ύπαρξη της απόφασης ως προϊόντος άσκησης διαχειριστικής αρμοδιότητας του διαχειριστικού του οργάνου, ήτοι του Διοικητικού Συμβουλίου του. Τα παραπάνω δε αποδεικνύονται και από την ίδια την εν τέλει Απόφαση που το πρώτον δια του Υπομνήματος του υπέβαλε ενώπιον της ΑΕΠΠ ο παρεμβαίνων και δη, με επικύρωση και μετάφραση μόλις της 25-6-2020, ήτοι κατόπιν ασκήσεως της προσφυγής και η οποία Απόφαση ρητά προκύπτει ως έγγραφο κοινής συντάξεων των 7 διαχειριστών που τη συνυπογράφουν. Άρα, ομοίως αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται την υπαγωγή του οικονομικού φορέα σε αλλοδαπό δίκαιο, αφού το ίδιο το υποβληθέν με τον φάκελο συμμετοχής του, καταστατικό του ρητά προβλέπει ότι η διοίκηση ασκείται από το ως άνω συλλογικό όργανο, επαφίοντας μόνο την εκπροσώπηση σε συμπράξεις 2 διαχειριστών, ενώ άλλωστε, το ίδιο το τελευταίο εδάφιο του όρου 9.3.2 που επικαλείται και ο παρεμβαίνων ορίζει ως απαιτητέο έγγραφο την απόφαση του διοικητικού οργάνου. Περαιτέρω, αλυσιτελώς επικαλείται διατάξεις του ολλανδικού δικαίου, οι οποίες δεν διαφέρουν εξάλλου από αυτές του καταστατικού και τούτο διότι αφενός, όπως ήδη αναφέρθηκε, όσα επικαλείται

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

αφορούν την εκπροσώπηση και άρα, δεν είναι συσχετιστέα με το ζήτημα του ποιος αποφασίζει ως διοικητικό όργανο της εταιρείας, αφετέρου, η προκείμενη πλημμέλεια δεν ανάγεται σε αναρμοδιότητα των εκπροσώπων να εκδίδουν πιστοποιητικά αποφάσεων διοικητικού συμβουλίου, αλλά ότι υποβλήθηκε ακριβώς τέτοιο πιστοποιητικό και όχι η ρητά απαιτούμενη Απόφαση. Αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται και το ισοδύναμο του εγγράφου που υπέβαλε με την Απόφαση ΔΣ, εμμέσως συνομολογώντας ούτως ότι το έγγραφο αυτό δεν συνιστά τέτοια Απόφαση, αφού δεν ζητήθηκε ισοδύναμο αποδεικτικό μέσο του γεγονότος λήψης μιας τέτοιας απόφασης, αλλά η ίδια η απόφαση, ενώ επιπλέον, τελικά υπήρχε τέτοια Απόφαση και δεν υπεβλήθη. Περαιτέρω, παρότι ουδόλως το απαράδεκτο της συμμετοχής του παρεμβαίνοντος προϋποθέτει αμφισβήτηση της γνησιότητας και της πιστότητας των αναφερομένων στο πιστοποιητικό έκδοσης απόφασης που υπέβαλε, αλλά προκύπτει εκ μόνης της μη υποβολής της απόφασης αυτής, σε κάθε περίπτωση ουδόλως, όπως ήδη αναφέρθηκε, το υποβληθέν έγγραφο αποτελεί απόσπασμα αυτούσιου πρακτικού συνεδρίασης Δ.Σ. και παράθεση των διαμοιφθέντων στη συνεδρίαση, όπως συμβαίνει σε ένα τέτοιο πρακτικό, αλλά αναφορά περί λήψης αποφάσεων σε τέτοια συνεδρίαση. Ομοίως αλυσιτελώς επικαλείται την πανδημία Covid 19, αφού αφενός το ως άνω καταστατικό περιλαμβάνει αναλυτικές διατάξεις περί εξ αποστάσεως συνεδριάσεων και δια περιφοράς λήψης αποφάσεων, αφετέρου ούτως ή άλλως, καθ' όσα υπέβαλε με το Υπόμνημά του ο παρεμβαίνων υπήρχε τέτοια Απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου, αλλά δεν την υπέβαλε με τον φάκελο συμμετοχής του. Τα ως άνω δε ισχύουν όλως ανεξαρτήτως του ότι, κατά το Υπόμνημα του παρεμβαίνοντος αναφέρεται ότι συγκεντρώθηκαν οι 7 υπογραφές των διαχειριστών (καίτοι, αυτές αναγράφουν ως χρόνο θέσης τους την 10-2-2020, ημερομηνία που θα έπρεπε να συμφωνεί με τον αληθή χρόνο θέσης αυτών), με αποτέλεσμα να μην καθίσταται κατανοητό αν εν τέλει η Απόφαση υπήρχε κατά τον χρόνο υποβολής του φακέλου συμμετοχής και άρα, αν το πιστοποιητικό αναφερόμενο σε συνεδρίαση της 10-2-2020, αφορούσε σύμφωνη με το καταστατικό ληφθείσα απόφαση ή αν το πρώτον η απόφαση ελήφθη και συντάχθηκε μετά την άσκηση της προσφυγής. Περαιτέρω, όλα όσα σχετικά αναφέρει στο Υπόμνημα του ο

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

παρεμβαίνων, είναι αβάσιμα διότι κατ' άρ. 12 παρ. 18 του Καταστατικού του, είναι δυνατή η υπογραφή της απόφασης ακόμα και με e-mail, χωρίς καν ανάγκη αυτοπρόσωπης παρουσίας και ταυτόχρονης υπογραφής ή ακόμα και υπογραφής επί του ιδίου φυσικού εγγράφου από το σύνολο των διαχειριστών. Περαιτέρω, αβασίμως ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται εφαρμογή του άρ. 102 Ν. 4412/2016, αφού ουδόλως προκύπτει εν προκειμένω μια τυπική πλημμέλεια επί παραδεκτώς υποβληθέντος εγγράφου, αλλά εν όλω μη υποβολή του απαιτούμενου εγγράφου, πράγμα που αποδεικνύεται και από την εν τέλει υποβληθείσα με το Υπόμνημα του παρεμβαίνοντος Απόφαση, αφού εξάλλου, αυτό που υπεβλήθη με τον φάκελο συμμετοχής ήταν ένα όλως διαφορετικό έγγραφο από αυτό που ζητείτο και υπεβλήθη με το Υπόμνημα. Επομένως, εν προκειμένω, η ανόρθωση της πλημμέλειας αυτής δεν απαιτεί απλώς συμπλήρωση και διευκρίνιση ήδη υποβληθέντος δικαιολογητικού, αλλά εν όλω αντικατάσταση του προς την το πρώτον συμμόρφωση με τους όρους της Πρόσκλησης και άρα, απαγορευμένα κατ' άρ. 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016. Άρα, η προσφορά του παρεμβαίνοντος τελεί σε ουσιώδη έλλειψη ρητώς απαιτούμενου εγγράφου του ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΥ Α της συμμετοχής του, το οποίο ουδόλως υποκαθίστατο και δη επιτρεπτά από το υποβληθέν έγγραφο και άρα, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, η συμμετοχή του ήταν άνευ ετέρου αποκλειστέα.

4. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, κατά τον όρο 7.4.2.γ της Πρόσκλησης, ο κατασκευαστής θα πρέπει ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, μεταξύ άλλων « (γ) Κατά τη διάρκεια των τελευταίων δεκαπέντε (15) ετών πριν την Ημερομηνία Υποβολής, να έχει περαιώσει επιτυχώς τουλάχιστον ένα Αποδεκτό Έργο, το οποίο έχει παραληφθεί οριστικά από τον κύριο του έργου. Για τους σκοπούς της παρούσας παραγράφου 7.4.2, ως Αποδεκτό Έργο για τη διαπίστωση της ως άνω ειδικής εμπειρίας του Κατασκευαστή νοείται σύμβαση κατασκευής κτιριακού έργου (πλην αποθηκών και βιομηχανικών κτιρίων) με ελάχιστη συμβατική αξία δεκαπέντε εκατομμυρίων ευρώ (€ 15.000.000), μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, όπως κατά τα λοιπά η έννοια του έργου ορίζεται στην παράγραφο 7 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016. (δ) Προκειμένου να διαπιστωθεί η συνδρομή των

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

ως άνω κριτηρίων, θα λαμβάνεται υπόψη το άθροισμα της σταθμισμένης (κατά το ποσοστό συμμετοχής του Κατασκευαστή στον οικονομικό φορέα που εκτέλεσε τις ανωτέρω συμβάσεις) αξίας των συμβάσεων που επικαλείται ο Κατασκευαστής. Σε περίπτωση που ο Κατασκευαστής είναι Ένωση Προσώπων, προκειμένου να διαπιστωθεί η συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής, θα λαμβάνεται υπόψη η σταθμισμένη αξία των ανωτέρω συμβάσεων, που έχει εκτελέσει έκαστο μέλος της ένωσης. Η κατά τα ανωτέρω στάθμιση γίνεται με βάση το δηλούμενο ποσοστό συμμετοχής αυτών των μελών στην Ένωση Προσώπων που ενεργεί ως Κατασκευαστής.», ο δε παρεμβαίνων προς πλήρωση του ανωτέρω όρου, δηλώνοντας στήριξη σε τρίτο οικονομικό φορέα (.....), επικαλείται έργο που κατά 25% εκτέλεσε ο τελευταίος, συνολικής αξίας, κατά μετατροπή από καταριανά ριαλ, 668.253.523,70 ευρώ και άρα, σταθμισμένης για τον ως άνω οικονομικό φορέα συνολικής αξίας 167.063.380,93 ευρώ και περαιτέρω, αξίας ειδικώς κτιριακών υποδομών και σταθμών 413.867.140,50 ευρώ με σταθμισμένη αξία του ως άνω οικονομικού φορέα 103.466.785,13 ευρώ. Το παραπάνω κριτήριο επιλογής απαίτησε εκτός των άλλων και προκειμένου να ληφθεί υπόψη προς πλήρωση του το επικαλούμενο έργο, αυτό να αφορά σύμβαση κατασκευής κτιρίων και δη, ρητά εξαιρουμένων των αποθηκών και των εν γένει βιομηχανικών κτιρίων. Άρα, ληπτέες υπόψη ήταν συμβάσεις κατασκευής οικιστικών, εμπορικές και γραφειακών κτιρίων, ουδόλως δε βοηθητικών κατασκευών και εν γένει κατασκευών σχετικών με άλλες, πλην κτιρίων, υποδομές, όπως κοινής ωφελείας (πλην γραφείων) ούτε κτιρίων βιομηχανικής, βιοτεχνικής, μεταποιητικής, αποθηκευτικής και παραγωγικής χρήσης, στα οποία περιλαμβάνονται προφανώς και κτίρια μηχανολογικών, ηλεκτρολογικών και λοιπών βιομηχανικού τύπου εργασιών. Το δε εκ του παρεμβαίνοντος επικληθέν έργο αφορά την κατασκευή υποδομών και 3 εξυψωμένων σταθμών, αποθήκες και διαβάσεις οδικού δικτύου. Ειδικότερα, οι σταθμοί επιμέρους προϋπολογισμού 1,725 δις καταριανά ριάλ, περιγράφονται στα εκ του παρεμβαίνοντος υποβληθέντα αποδεικτικά στοιχεία, ως συμπλέγματα σταθμών με παρακείμενα βοηθητικά αναδύομενα κτίρια παροχής ηλεκτρικής ισχύος, παροχής ενέργειας, κτιρίων με δωμάτια μπαταριών, κτιρίων δεξαμενής νερού

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

και κτιρίων ψύξης και άρα, κατά τα ρητώς οριζόμενα ανωτέρω, υπάγονται στην έννοια του βιομηχανικού κτιρίου και κατά τα λοιπά των μη κτιριακών υποδομών, ενώ προφανώς οι αποθήκες ρητά εξαιρούνται και οι διαβάσεις οδικού δικτύου δεν συνιστούν κτίρια κατά τα ανωτέρω, με αποτέλεσμα, όπως βάσιμα ο προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο ειδικότερο ισχυρισμό του προκείμενου λόγου του, κανένα μέρος της ως άνω σύμβασης να μην πληροί την περιγραφή των αποδεκτών εργασιών του ως άνω κριτηρίου επιλογής και τούτο, ενώ η ως άνω σύμβαση είναι η μόνη εκ του παρεμβαίνοντος επικληθείσα προς πλήρωση του παραπάνω κριτηρίου επιλογής. Αλυσιτελώς δε ο παρεμβαίνων επικαλείται, ότι το παραπάνω έργο αφορά και κτιριακές εγκαταστάσεις και υποδομές σταθμών και όχι εκτέλεση σιδηροδρομικών εργασιών, καθώς κατά τα ανωτέρω ουδόλως αρκούσε απλώς κάθε είδους κτίριο και δεν προσμετρούνταν ως αποδεκτές εργασίες οι εν γένει μη κτιριακές υποδομές, ενώ επιπλέον αλυσιτελώς επικαλείται ο ανεπιφύλακτα υποβάλων την προσφορά του, παρεμβαίνων την αντιστοιχία των εργασιών της ως άνω σύμβασης με ορισμένες εργασίες του υπό ανάθεση αντικειμένου, καθώς ουδόλως τέθηκε γενικά απαίτηση περί αντίστοιχων προηγούμενων εργασιών, αλλά το αντικείμενο της αποδεκτά επικαλούμενης προηγούμενης σύμβασης περιγράφηκε με αναλυτικό και ειδικό τρόπο, κατά τον ως άνω όρο. Προδήλως αλυσιτελώς προβάλλεται εκ του παρεμβαίνοντος και ο οικονομικός προσανατολισμός του κυρίου αντικειμένου της σύμβασης, καθώς ληπτές υπόψη κατά την ίδια την προσφορά του ήταν οι εργασίες που ούτως ή άλλως αφορούσαν τους σταθμούς μετρό, ασχέτως λοιπών αντικειμένων της σύμβασης και δεν αρκούσε εξάλλου, να αφορούν οι επικαλούμενες εργασίες εν γένει κτιριακές και δομικές εργασίες, όπως ήδη ανωτέρω αναφέρθηκε, το δε ζήτημα της προσφοράς του ανάγεται όχι στον καταρχήν χαρακτήρα και το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, αλλά στο ότι δεν προκύπτει καμία αποδεκτή κατά το κριτήριο επιλογής 7.4.2.γ εργασία, ώστε να στοιχειοθετηθεί έστω και με μερική αποδοχή ορισμένων εργασιών, η ελάχιστη οικεία αξία που απαιτούσε ο παραπάνω όρος. Περαιτέρω, πάντως, όσον αφορά τον ειδικότερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί μη απόδειξης της οριστικής παραλαβής του έργου, ο παρεμβαίνων υπέβαλε βεβαίωση της οικείας αντισυμβαλλομένης αρχής

(ασχέτως παραδεκτού υποβολής της, ζήτημα που θα κριθεί στο πλαίσιο του αμέσως επόμενου λόγου της προσφυγής), κατά την οποία αναφέρεται η 5-8-2018 ως ημερομηνία ολοκλήρωσης του έργου, με ρητή επισήμανση και περί ανάληψης αυτού (από την αντισυμβαλλομένη), χωρίς εξάλλου να προκύπτει ότι η Πρόσκληση απαιτούσε οτιδήποτε ειδικότερο και παρότι η διευκρίνιση 39 της αναθέτουσας ανέφερε ρητά ότι «*Η οριστική παραλαβή του Αποδεκτού Έργου μπορεί να αποδεικνύεται με κάθε πρόσφορο μέσο.*», ενώ, ούτε ο προσφεύγων προβάλλει οτιδήποτε στοιχείο περί μη οριστικής παραλαβής του έργου και εξάλλου, η έννοια της ολοκλήρωσης και ανάληψης του έργου, κατά τη γενική ορολογία των διεθνών συναλλαγών και ασχέτως του ειδικότερου, κατά το εθνικό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, περιεχομένου της έννοιας της οριστικής παραλαβής, έχει την έννοια της οριστικής περάτωσης του έργου και παράδοσης του ως όλως ολοκληρωμένου στον αντισυμβαλλόμενο. Επομένως, πρέπει σε κάθε περίπτωση, κατά τον πρώτο ειδικότερο ισχυρισμό του, να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής και η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι ως εκ τούτου απορριπτέα.

5. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, οι όροι 9.1.3 επ. της διακήρυξης, περί του ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ ΤΟΥ ΦΑΚΕΛΟΥ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ, ορίζουν ότι «*9.1.3 Όλα τα υποβαλλόμενα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα θα φέρουν την Επισημείωση (“Apostille”) σύμφωνα με τη Συνθήκη της Χάγης της 5ης Οκτωβρίου 1961, που κυρώθηκε με τον ν. 1497/1984, ώστε να πιστοποιείται η γνησιότητά τους, και θα συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση στα ελληνικά. Διευκρινίζεται ότι η διατύπωση αυτή σχετικά με την ως άνω Επισημείωση εφαρμόζεται σε όσα έγγραφα θεωρούνται ως δημόσια έγγραφα κατά το άρθρο 1 της ως άνω Συνθήκης και ειδικότερα: (i) τα έγγραφα που προέρχονται από αρχή ή δημόσιο υπάλληλο δικαιοδοτικού οργάνου του κράτους, (ii) τα διοικητικά έγγραφα, (iii) τα συμβολαιογραφικά έγγραφα και (iv) τις επίσημες βεβαιώσεις, όπως βεβαιώσεις καταχώρισης, θεωρήσεις για βέβαιη χρονολογία και επικυρώσεις υπογραφής που τίθενται σε ιδιωτικό έγγραφο.* 9.1.4. Τα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα που προέρχονται (i) από κράτη-μέρη της Σύμβασης της Χάγης της 5ης Οκτωβρίου 1961, αλλά εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της σύμβασης αυτής ή (ii) από κράτη τα

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

οποία δεν έχουν προσχωρήσει στη Σύμβαση της Χάγης πρέπει να φέρουν προξενική θεώρηση είτε από την ελληνική προξενική αρχή στο κράτος προέλευσής τους ή από την προξενική αρχή του κράτους αυτού στην Ελλάδα με επικύρωση της υπογραφής του διπλωματικού υπαλλήλου της ξένης προξενικής αρχής από το Τμήμα Επικυρώσεων της Μεταφραστικής Υπηρεσίας του Υπουργείου Εξωτερικών. Ειδικά για τα έγγραφα κρατών, για τα οποία η Ελλάδα έχει εκφράσει αντιρρήσεις για την προσχώρησή τους στη Σύμβαση της Χάγης, η επικύρωση γίνεται μόνον από την οικεία ελληνική προξενική αρχή στο εν λόγω κράτος.».

Άρα, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων έγγραφα προερχόμενα από δημόσιους φορείς αλλοδαπού κράτους, πρέπει να φέρουν επισημείωση Χάγης, εφόσον το κράτος του δημόσιου φορέα είναι μέρος της Σύμβασης Χάγης και τέτοια έγγραφα δημοσίων φορέων κρατών που δεν είναι μέρη της Σύμβασης πρέπει να φέρουν προξενική θεώρηση από την ελληνική προξενική αρχή του κράτους προέλευσης ή αντίστοιχα την προξενική αρχή του κράτους αυτού στην Ελλάδα, με εξαίρεση τα κράτη για τα οποία η Ελλάδα εξέφρασε αντιρρήσεις για την προσχώρησή τους στη Σύμβαση, τα έγγραφα εκ των οποίων θα πρέπει ειδικώς να φέρουν επικύρωση από την ελληνική προξενική αρχή στο οικείο κράτος. Ρητά δε τα έγγραφα από δημόσιες αρχές θεωρούνται υπαγόμενα σε τέτοια κατηγορία έγγραφα, σύμφωνα με τους ως άνω όρους. Ο δε παρεμβαίνων προς στοιχειοθέτηση της απαίτησης του κριτηρίου επιλογής 7.4.2.γ και του δικαιολογητικού απόδειξης του όρου αυτού, κατά τον όρο 9.6.2.ε-στ' («Πιστοποιητικά / βεβαιώσεις αναφερόμενες στα έργα του Πίνακα που περιλαμβάνεται στο (στ) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 10, που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή (π.χ. αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας, κύριος του έργου, ανεξάρτητος μηχανικός) , όπου θα αναφέρεται ο ανάδοχος, το είδος του έργου σύμφωνα με όσα αναφέρονται κατωτέρω, και θα πιστοποιείται η επιτυχής και προσήκουσα αποπεράτωση του έργου, ο τόπος και χρόνος εκτέλεσης και περαίωσης των εργασιών καθώς και ο εργοδότης με τα στοιχεία επικοινωνίας του.») της Πρόσκλησης, υπέβαλε βεβαιώσεις εκτέλεσης έργων από την, που συνιστά κρατικής ιδιοκτησίας φορέα του Κράτους του Κατάρ, που δεν έχει προσχωρήσει στην ως άνω Σύμβαση και ουδόλως είναι μέρος της, οι οποίες βεβαιώσεις υποβλήθηκαν σε απλά φωτοαντίγραφα, συνοδευόμενα

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

από απλές επικυρωμένες από έλληνα δικηγόρο, μεταφράσεις, άνευ οιασδήποτε προξενικής θεώρησης. Εξάλλου, ούτε ο παρεμβαίνων ούτε η αναθέτουσα επικαλούνται ότι δεν χρειαζόταν η παραπάνω προξενική θεώρηση. Σε αντίθεση όμως, με τα εκ του παρεμβαίνοντος ισχυριζόμενα, η παραπάνω ουσιώδης πλημμέλεια και παράβαση του ως άνω όρου, ουδόλως δύνανται να επανορθωθούν με το πρώτον παραδεκτή υποβολή των ανωτέρω εγγράφων, δια κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεων, διότι δια διευκρινίσεων είναι δυνατή μόνο η συμπλήρωση και διόρθωση προδήλων τυπικών σφαλμάτων επί καταρχήν παραδεκτώς υποβληθέντων δικαιολογητικών και όχι η υποβολή τους το πρώτον με σύννομο χαρακτήρα και σύμφωνο με τον νόμο και τη διακήρυξη τύπο. Η δε παράλειψη των ως άνω διατυπώσεων και δη, της θεώρησης της προξενικής αρχής ουδόλως συνιστά απλή τυπική και επουσιώδη απόκλιση ήσσονος σημασίας, εξομοιούται με μη υποβολή του εγγράφου και όλως απαράδεκτη συμπερίληψη του στα έγγραφα της προσφοράς, χωρίς να δύναται να ανορθωθεί μεταγενεστέρως, δια το πρώτον υποβολής εκ νέου του εγγράφου, αυτή τη φορά με την απαιτούμενη προξενική θεώρηση, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων κατ' εύνοια του παρεμβαίνοντος, της διαφάνειας και της τυπικότητας. Σε αντίθεση δε με όσα ο παρεμβαίνων αναφέρει, η ως άνω προξενική θεώρηση τίθεται από τη διακήρυξη ως αναγκαίος τύπος για την παραδεκτή υποβολή οιασδήποτε εγγράφου και δικαιολογητικού της προσφοράς και ενώ μάλιστα, η τυχόν το πρώτον υποβολή του θεωρημένου εγγράφου θα συνεπάγεται τη μετά την υποβολή της προσφοράς το πρώτον παραγωγή κατά τον αναγκαίο τύπο, του οικείου δικαιολογητικού. Εν προκειμένω δε, δεν προκύπτει απλά μια πλημμελής σήμανση επί της μετάφρασης και της επικύρωσης αντιγράφου (όπως θα προέκυπτε εφόσον τυχόν αρκούσε επικύρωση και μετάφραση εκ δικηγόρου και έλειπε η σφραγίδα του υπογράφοντος δικηγόρου επί της ήδη τεθείσας επικύρωσης και μετάφρασης ή όπως θα προέκυπτε αν εν προκειμένω είχε τεθεί η προξενική θεώρηση και απλά, λόγω σφάλματος του προξενείου έλειπαν ορισμένα στοιχεία ή δεν ήταν ευκρινή), αλλά ελλείπει εν όλω ο νόμιμος τύπος που απαιτείται και από τον νόμο και από τη διακήρυξη για την πιστοποίηση ότι το έγγραφο είναι έγκυρο και αναγνωρίζεται ως γνήσιο από την αλλοδαπή

έννομο τάξη, με αποτέλεσμα να μην αρκεί να υποβληθεί το ίδιο έγγραφο με διόρθωση σε κάποιο επιμέρους στοιχείο του, αλλά να πρέπει να υποβληθεί ένα το πρώτον φέρον προξενική θεώρηση έγγραφο, τα ανωτέρω δε αποκλείονται κατ' άρ. 102 παρ. 2-4 Ν. 4412/2016. Το δε ως άνω έγγραφο υποβλήθηκε ως η απαιτούμενη κατά τον όρο 9.6.2.ε-στ' απόδειξη εκτέλεσης του μοναδικού επικαλούμενου προς στοιχειοθέτηση της απαίτησης του όρου 7.4.2.γ της διακήρυξης, προηγούμενου έργου που εισφέρεται υπέρ του παρεμβαίνοντος από τον τρίτο οικονομικό φορέα και παρέχοντα σε αυτόν στήριξη και άρα, το απαράδεκτο υποβολής της βεβαίωσης συνεπάγεται το απαράδεκτο της επίκλησης της οικείας εμπειρίας και άρα, τη μη πλήρωση εκ του παρεμβαίνοντος του ελαχίστου απαιτούμενων κατά τους όρους 7.4.2.γ και 9.6.2.ε-στ' της Πρόσκλησης. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της προσφυγής, η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι απορριπτέα.

6. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι κατά το άρθρο 8, σελ. 39 της διακήρυξης, ορίζεται η δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων επί κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά την παρ. 7.3 και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά την παρ. 7.4, υπό τις ακόλουθες διατυπώσεις. Πρώτον, κατά τον όρο 8.2 οι ως άνω τρίτοι πρέπει «να κατονομάζονται στην επιστολή εκδήλωσης ενδιαφέροντος, σύμφωνα με το υπόδειγμα που περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 2 της Πρόσκλησης», δεύτερον, κατά τον όρο 8.3 «ο Υποψήφιος πρέπει να αποδείξει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους από τον Τρίτο Φορέα, που παρέχει τις σχετικές ικανότητες (Χρηματοοικονομική και Οικονομική Επάρκεια ή Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα), καθ' όλη τη διάρκεια της Σύμβασης Σύμπραξης για την υλοποίηση του αντικείμενου της Σύμβασης Σύμπραξης, προσκομίζοντας σχετική δέσμευση του εν λόγω Τρίτου Φορέα, σύμφωνα με τις παρ. 8.5 και 8.6 της παρούσας.», και ειδικότερα, όσον αφορά ειδικώς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, κατά τον όρο 8.6, στον οποίο παραπέμπει ο όρος 8.3 «Υποψήφιος και οι Τρίτοι Φορείς που παρέχουν τις σχετικές ικανότητες θα πρέπει να αποδείξουν ότι ο Τρίτος Φορέας θα συμμετέχει ενεργά, κατά περίπτωση και ανάλογα με την παρεχόμενη ικανότητα (όπως, ιδίως, η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του Κατασκευαστή, ή του

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

Μελετητή ή του Διαχειριστή), στην υλοποίηση του αντικείμενου της Σύμβασης Σύμπραξης. Στον Φάκελο Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος θα συμπεριλαμβάνεται Υπεύθυνη Δήλωση, υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο του Τρίτου Φορέα, που παρέχει τις σχετικές ικανότητες, στην οποία θα δηλώνει ότι δεσμεύεται να θέσει όλους τους αναγκαίους πόρους, τεχνογνωσία και τεχνικά μέσα στη διάθεση του Υποψηφίου για την υλοποίηση του αντικείμενου της Σύμβασης Σύμπραξης, μέσω της σύναψης σχετικής σύμβασης, και ότι θα υπέχει ευθύνη έναντι της Αναθέτουσας Αρχής σε περίπτωση που οι όροι που περιγράφονται στην παρούσα παράγραφο δεν πληρούνται (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 3 – Υπόδειγμα 2, Επίκληση Τεχνικής ή/και Επαγγελματικής Ικανότητας Τρίτων), η οποία θα θεωρείται σε κάθε περίπτωση επαρκές μέσο απόδειξης.» και τρίτον, κατά τον όρο 8.7 «ο Τρίτος Φορέας θα πρέπει να υποβάλει το σύνολο των εγγράφων που προβλέπονται στην παρ. 9.4 (Υποφάκελος Β – Δικαιολογητικά Τεκμηρίωσης Κριτηρίων Προσωπικής Κατάστασης) και, ανάλογα με την περίπτωση, τα έγγραφα που αρμόζουν από όσα προβλέπονται στην παρ. 9.5 (Υποφάκελος Γ – Δικαιολογητικά Τεκμηρίωσης Χρηματοοικονομικής και Οικονομικής Επάρκειας) ή στην παρ. 9.6 (Υποφάκελος Δ - Τεκμηρίωση Κριτηρίων Τεχνικής Ικανότητας).». Άρα, τίθενται τρεις σωρευτικές διατυπώσεις για την ως άνω στήριξη, ήτοι ειδική δήλωση του υποψηφίου στην επιστολή εκδήλωσης ενδιαφέροντος του, με παραπομπή στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 2, απόδειξη διάθεσης πόρων από τον τρίτο, μέσω όσων ρητά και ειδικά ορίζει ο όρος 8.6 όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα με παραπομπή στο ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ 2 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 3 και τέλος, δια της υποβολής εκ του τρίτου κάθε τεκμηριωτικού κατά τη διακήρυξη εγγράφου σχετικά με το κριτήριο επιλογής επί του οποίου παρέχει τη στήριξη του. Σημειωτέον δε, ότι ο κατασκευαστής (που κατά το άρθρο 2.1.23 της διακήρυξης ορίζεται ως εξής « ο οικονομικός φορέας (φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή ένωση προσώπων κατά την έννοια του άρθ. 2 παρ. 11 ν. 4412/2016), που έχει ορίσει ο Υποψήφιος με το Φάκελο Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για την κατασκευή του Τεχνικού Έργου ή ο εκάστοτε, κατά τις προβλέψεις της παρούσας, αντικαταστάτης του, ο οποίος θα συμβληθεί με την Α.Ε.Ε.Σ. με τη Σύμβαση Μελέτης – Κατασκευής, όπως αυτή ορίζεται κάτωθι.») δεν θεωρείται τρίτος οικονομικός φορέας κατά την

ΑΠΑΝΤΗΣΗ 9 του Πρώτου Τεύχους Διευκρινίσεων της διαδικασίας. Ο παρεμβαίνων υπέβαλε ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ κατά το ως άνω ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 2 που αναφέρει στο οικείο περί στηρίξεως σε τρίτους σημείο, τον ίδιο ως αποδέκτη της στήριξης (και περαιτέρω, και ως 100% κατασκευαστή) και ως τρίτο οικονομικό φορέα την και είδος ικανοτήτων επί του οποίου λαμβάνει χώρα η στήριξη «*Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα 8.6*», όπως αναγράφηκε στον οικείο προδιατυπωμένο πίνακα του παραπάνω ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 2. Ομοίως δε, ο παρεμβαίνων δήλωσε τον ίδιο τρίτο ως παρέχοντα στήριξη προς πλήρωση κριτηρίων επιλογής στο ΕΕΕΣ του ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΥ Β της προσφοράς του, υπέβαλε δε και ΕΕΕΣ του ως άνω τρίτου, ενώ στον ΥΠΟΦΑΚΕΛΟ Γ υπέβαλε το παραπάνω έντυπο επίκλησης πόρων τρίτων φορέων του ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΟΣ 2 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 3, υπογεγραμμένο από τους εκπροσώπους του παραπάνω τρίτου, όπου για λογαριασμό του τρίτου δηλώνουν κατά λέξη το περιεχόμενο του ως άνω Υποδείγματος. Συγχρόνως, υπεβλήθη στον ΥΠΟΦΑΚΕΛΟ Γ και ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΑΠΟΦΑΣΗΣ του ΔΣ του τρίτου, όπου αναφέρεται και δηλώνεται ότι ο οικονομικός φορέας θα μετάσχει ως τρίτος κατ' άρ. 8 της διακήρυξης στη διαδικασία και ότι *«(2) Η Εταιρία, με την ιδιότητα του Τρίτου Φορέα, δηλώνει ότι εγκρίνει και αποδέχεται ρητά και ανεπιφύλακτα την αποκλειστική συνεργασία με τον υποψήφιο (ο οποίος θα φέρει και την ιδιότητα του κατασκευαστή) με την επωνυμία («Υποψήφιος» ή/και «Κατασκευαστής» κατά περίπτωση), εταιρία περιορισμένης ευθύνης κατά μετοχάς ("naamloze vennootschap") νομίμως συσταθείσας και λειτουργούσας σύμφωνα με τη νομοθεσία της Ολλανδίας, η οποία έχει την έδρα της στο και έχει καταχωρηθεί στο μητρώο επιχειρήσεων ("handelsregister") του Εμπορικού Επιμελητηρίου της Ολλανδίας με αριθμό, και η οποία κατέχει το 100% των μετοχών της Εταιρείας, ήτοι αποτελεί 100% μητρική της, σύμφωνα με το άρθρο 8 της Πρόσκλησης Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος. (3) Η Εταιρία δεσμεύεται να συμμετέχει ενεργά, κατά περίπτωση και ανάλογα με την παρεχόμενη ικανότητα (όπως, ιδίως, η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του Κατασκευαστή) στην υλοποίηση του Έργου, και ειδικότερα δεσμεύεται να θέσει όλους τους*

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

αναγκαίους πόρους (υλικούς και ανθρώπινους) και την απαραίτητη τεχνογνωσία και τεχνικά μέσα στη διάθεση του Υποψηφίου/Κατασκευαστή για την υλοποίηση του αντικείμενου της Σύμβασης Σύμπραξης (εργασίες κατασκευής, την προμήθεια και εγκατάσταση του αναγκαίου εξοπλισμού των κτιριακών υποδομών και τις εργασίες ανάπλασης και διαμόρφωσης του περιβάλλοντος χώρου), μέσω της σύναψης σχετικής σύμβασης, καθ' όλη τη διάρκεια του Διαγωνισμού και, στην περίπτωση που ο Υποψήφιος ήθελε αναδειχθεί Προσωρινός Ανάδοχος, στον Ιδιωτικό Φορέα Σύμβασης (Ι.Φ.Σ.), για όλη τη διάρκεια της Σύμβασης Σύμπραξης (όπως ειδικότερα θα προβλέπεται σε αυτή), μέσω της σύναψης σχετικής σύμβασης, όπως ορίζεται στην ανωτέρω Πρόσκληση Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος. (4) Συγκεκριμένα, η Εταιρία δηλώνει ότι αποδέχεται το γεγονός ότι ο Υποψήφιος/Κατασκευαστής στηρίζεται και θα κάνει χρήση (α) της ειδικής τεχνικής ικανότητας και εμπειρίας της Εταιρείας, όπως αυτή πιστοποιείται δια Πιστοποιητικών Έργων όπως αυτά ορίζονται στο άρθρο 9.6(δ) της Πρόσκλησης Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, τα οποία θα διατεθούν στον Υποψήφιο/Κατασκευαστή και τα οποία ο Υποψήφιος/Κατασκευαστής θα επικαλεστεί ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, (β) και των εν γένει πόρων της Εταιρείας, κατά την εκτέλεση της Σύμβασης Σύμπραξης, των συναρτώμενων με την εμπειρία και ειδίκευση στις εργασίες για τις οποίες θα παράσχει την στήριξη και την ειδική τεχνική της ικανότητα, τόσο για την πλήρωση όλων των απαιτούμενων προϋποθέσεων για τη νόμιμη συμμετοχή του Υποψηφίου στο Διαγωνισμό, όσο και στη συνολική εκτέλεση της Σύμβασης Σύμπραξης σε περίπτωση που ανατεθεί στον Υποψήφιο.... (7) Η Εταιρία αναγνωρίζει ότι στο ως άνω πλαίσιο θα πρέπει να υποβάλει την υπεύθυνη δήλωση του Ν.1599/1986 σύμφωνα με το Υπόδειγμα 2 του Παραρτήματος 3 της Πρόσκλησης Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, και αποδέχεται ότι θα υπέχει ευθύνη έναντι της Αναθέτουσας Αρχής σε περίπτωση που δεν πληρούνται οι όροι που περιγράφονται στην ως άνω δήλωση ή/και στο Άρθρο 8 της Πρόσκλησης Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος.» Άρα, ασχέτως του γεγονότος ότι ο παρεμβαίνων δεν όρισε κατά το ΕΕΕΣ του τον ως άνω τρίτο και ως υπερβολάβο με αναφορά του οικείου ποσοστού υπερβολαβίας ούτε ως αναλαμβάνοντος μερίδιο επί της κατασκευής,

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

ζητήματα που ουδόλως ο προσφεύγων προβάλλει και δεν είναι εξεταστέα, σε κάθε περίπτωση ο τρίτος δεσμεύθηκε να παράσχει την ειδική ικανότητα και εμπειρία του, ως αυτή προκύπτει από τα πιστοποιητικά εκτελεσθέντων έργων και κάθε συναρτώμενο με την εμπειρία και την τεχνογνωσία του πόρο. Παρά δε τις γενικές αναφορές σε κάθε πόρο και προς πλήρωση κάθε απαίτησης και ασχέτως της παραπομπής στον όρο 9.6.δ που δεν υφίσταται (κατά το ως άνω πιστοποιητικό απόφασης ΔΣ), δεν προκύπτει εκ των ως άνω ότι ο τρίτος θα παρέχει στήριξη και για τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας 7.4.2.α και β', που αποδεικνύονται με τα δικαιολογητικά του όρου 9.6.2.α και β' και τούτο διότι η παραπάνω Απόφαση ΔΣ του τρίτου, ενώ αναφέρεται με ειδικότητα στην εμπειρία και τα πιστοποιητικά έργων, ουδόλως αναφέρεται σε οικονομικές καταστάσεις και οικονομικά προσόντα κατασκευαστή (τούτο, ασχέτως ότι εσφαλμένα η διακήρυξη όρισε τέτοια προσόντα ως τεχνικής ικανότητας). Συνεπώς, όσον αφορά τα κριτήρια επαγγελματικής και τεχνικής ικανότητας 7.4.2.α και 7.4.2.β και άρα και τα αποδεικτικά μέσα του όρου 9.6.2.α, ουδόλως αποδεικνύεται στήριξη του παρεμβαίνοντος σε ικανότητες τρίτου και άρα, η μη στήριξη συνεπάγεται την εκ μέρους του ανάληψη της ευθύνης πλήρωσης των οικείων κριτηρίων επιλογής, για τα οποία η στήριξη αυτή δεν αποδεικνύεται, με αποτέλεσμα δε, να μην είναι δυνατόν να προσμετρηθούν υπέρ της προσφοράς του, δικαιολογητικά και ικανότητες του τρίτου επί κριτηρίων, όπως τα ανωτέρω, για τα οποία δεν υφίσταται στήριξη και δη, διότι σε κάθε περίπτωση δεν υφίσταται νομιμοποίηση εκ του διαχειριστικού οργάνου του τρίτου για ανάληψη οικείας περί στήριξεως και σε αυτά τα κριτήρια, δέσμευση. Πλην όμως, η στήριξη σε ικανότητες τρίτου προϋποθέτει ρητή επίκληση αυτής και δη, με εξειδίκευση επί των κριτηρίων εφ'ων επέρχεται η στήριξη, η οποία πρέπει να λαμβάνει χώρα δια των ΕΕΕΣ του τρίτου τουλάχιστον ή και σωρευτικά και του προσφέροντος ή δια των κατά το εκάστοτε περιεχόμενο της διαδικασίας, αναπληρούντων το ως άνω έγγραφο στοιχείων. Ουδόλως όμως είναι δυνατόν να θεωρηθεί ως παραδεκτή γενική επίκληση στήριξης σε ικανότητες τρίτου επί γενικής κατηγορίας κριτηρίων επιλογής, αν δεν προκύπτει τούτο με σαφήνεια από την προσφορά, πολλώ δε μάλλον κατά τρόπο που επιτρέπει να υποβάλλονται στοιχεία από τον τρίτο και τον

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

προσφέροντα τα οποία, χωρίς ειδική διάκριση εκ της προσφοράς, εν γένει θα προστίθενται εκατέρωθεν για την κάλυψη των ελαχίστων απαιτούμενων για την αποδοχή της προσφοράς. Εξάλλου και κατά τον όρο 8.6 ορίζεται ότι δεν αρκεί η εν γένει επίκληση και δήλωση του τρίτου περί συνδρομής του, αλλά ότι θα πρέπει να αποδειχθεί πως ειδικά και «ανάλογα με την παρεχόμενη ικανότητα» ο τρίτος θα συμμετέχει ενεργά στην υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης και άρα, δεν στερείται εννόμου σημασίας η εξειδίκευση των επιμέρους κριτηρίων εφ' ων θα παρασχεθεί στήριξη και άρα και η δέσμευση εκ του τρίτου περί εκτέλεσης συγκεκριμένων εργασιών και εισφοράς συγκεκριμένων ικανοτήτων στον προσφέροντα. Η δε αναθέτουσα προβάλλει ότι το ως άνω έγγραφο παρέπεμπε στον όρο 9.6.2 και όχι στον όρο 9.6.2.δ, αλλά σε κάθε περίπτωση τα παραπάνω δεν προκύπτουν απλώς από την εσφαλμένη αναγραφή «9.6.δ» επί ανυπάρχτου όρου, αλλά από το ίδιο το αναλυτικό περιεχόμενο του ως άνω Πιστοποιητικού Απόφασης ΔΣ. Άλλωστε, και το ίδιο το Πιστοποιητικό Απόφασης ΔΣ του παρεμβαίνοντος, περί συμμετοχής στη διαδικασία, στο σημ. 12 αυτού αναφέρει ότι *«Συγκεκριμένα ο Υποψήφιος/Κατασκευαστής δηλώνει ότι στηρίζεται και θα κάνει χρήση της ειδικής τεχνικής ικανότητας και εμπειρίας του τρίτου οικονομικού φορέα, όπως αυτή πιστοποιείται δια Πιστοποιητικών έργων, όπως αυτά ορίζονται στο άρθρο 9.6.δ της Πρόσκλησης Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, τα οποία Πιστοποιητικά Έργων θα διατεθούν στον Υποψήφια και τα οποία ο Υποψήφιος θα επικαλεστεί ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής»*, τα ανωτέρω δε, αναφέρονται ως εξειδίκευση και αποσαφήνιση των γενικών υπό 11 και 12 του ιδίου Πιστοποιητικού, οριζόμενων περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου. Άρα, με πλήρη σαφήνεια προκύπτει αν μη τι άλλο, ότι η αποδεχόμενη αυτή εκ του παρεμβαίνοντος στήριξη αφορά ειδικώς την προηγούμενη εμπειρία και το κατά τον όρο 9.6.2.δ επ. και όχι 9.6.2 γενικά, προηγούμενο έργο που θα δηλωθεί στον πίνακα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 10 και και θα προσκομιστεί για αυτό το συνοδευτικό και τεκμηριωτικό Πιστοποιητικό/Βεβαίωση εκτέλεσης του έργου. Εξάλλου, η κατά τον όρο 8.6 δήλωση στήριξης του τρίτου, προϋποθέτει αυτονόητα κάλυψη του αντικειμένου της δηλώσεως από οικεία απόφαση του διαχειριστικού και εκπροσωπητικού οργάνου του, όπως προφανώς και

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

αποδοχή της στήριξης και του αντικειμένου της από τον προσφέροντα. Σε κάθε περίπτωση, το Υπόδειγμα 2 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 3 που υπέβαλε ως τέτοια δήλωση ο παραπάνω τρίτος δεν εξειδικεύει σε κάποιο κριτήριο, αλλά αναφέρεται γενικώς και αόριστως σε αναγκαίους πόρους, τεχνογνωσία και τεχνικά μέσα για την υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης, χωρίς πάντως καμία αναφορά σε συγκεκριμένα χρηματοοικονομικούς πόρους. Όμως, το γενικό αυτό περιεχόμενο δεν είναι δυνατόν παρά να εξειδικεύεται και να περιορίζεται από το ως άνω ειδικότερο και πιο περιορισμένο πλαίσιο που ορίζουν οι οικείες αποφάσεις των διαχειριστικών οργάνων των συνεργαζόμενων φορέων, ήτοι του παρεμβαίνοντος και του τρίτου, επί των οποίων μάλιστα αποφάσεων στηρίζεται και η νομιμοποίηση των εκπροσώπων τους για την υπογραφή των ως άνω οικείων δηλώσεων της Επιστολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος του παρεμβαίνοντος και της δήλωσης συνεργασίας (κατά το ως άνω Υπόδειγμα 2 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 3) του τρίτου. Αφού κατά τα ανωτέρω, τα παραπάνω Πιστοποιητικά Αποφάσεων ΔΣ των δύο οικονομικών φορέων προσδιορίζουν τη συνεργασία σε επίπεδο εισφοράς τεχνογνωσίας και ικανοτήτων εκ προηγούμενης εμπειρίας, χωρίς να καταλείπουν περιθώριο ερμηνείας περί εισφοράς πόρων εκ χρηματοοικονομικής στήριξης κατά τους όρους 9.6.2.α και β', δεν είναι δυνατόν να συναχθεί ότι και τα παραπάνω παράγωγα των Αποφάσεων αυτών έγγραφα που απαιτήθηκαν κατά την Πρόσκληση ως διατύπωση και προσδιορισμός της στήριξης δύνανται να καλύπτουν τα παραπάνω οικεία κριτήρια επιλογής 7.4.2.α-β' (που αφορούν οι όροι 9.6.2.α-β') και άρα, ότι η στήριξη αφορά και τα κριτήρια αυτά. Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, τα εκ του ως άνω τρίτου, δικαιολογητικά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος που αφορούν τους όρους 7.4.2.α-β' της Πρόσκλησης δεν δύνανται να ληφθούν υπόψη υπέρ της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και προς πλήρωση εκ μέρους του τελευταίου των οικείων κριτηρίων επιλογής και τούτο, ενώ ο παρεμβαίνων, που σύμφωνα με τα ως άνω, όφειλε να αποδείξει εξ ιδίων πόρων τα οικεία παραπάνω κριτήρια επιλογής, ουδόλως υπέβαλε σχετικά στοιχεία του ιδίου και άρα, ουδόλως απέδειξε τα κριτήρια επιλογής 7.4.2.α-β' και δεν πληροί τους οικείους

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

αποδεικτικούς περί των ως άνω κριτηρίων όρους 9.6.2.α-β' της Πρόσκλησης και άρα, η προσφορά του είναι άνευ ετέρου αποκλειστέα.

7. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι ο όρος 13.2 της Πρόσκλησης περί ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΜΕΣΩ ΕΣΗΔΗΣ, ορίζει περί του συνόλου των εγγράφων της αίτησης συμμετοχής τα εξής «13.2.1. Οι Ενδιαφερόμενοι πρέπει να υποβάλουν τους Φακέλους Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την Ημερομηνία Υποβολής, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος. 13.2.2. Για τη συμμετοχή στο Διαγωνισμό οι Ενδιαφερόμενοι απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης με αρ. 117384/26.10.2017 (ΦΕΚ Β' 3821) «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». ... 13.2.4. Οι αλλοδαποί Υποψήφιοι, και σε περίπτωση Ένωσης Προσώπων τα αλλοδαπά μέλη αυτών, 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 ο Φάκελος Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος 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 και η οποία φέρει υπογραφή έως και δέκα (10) ημέρες πριν την Ημερομηνία Υποβολής. Όπου στην παρούσα Πρόσκληση γίνεται αναφορά σε ψηφιακή υπογραφή εγγράφων και Δικαιολογητικών εφαρμόζεται η

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

παρούσα παράγραφος. 13.2.5. Στον ηλεκτρονικό Φάκελο Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος περιέχονται έξι (6) ξεχωριστοί ηλεκτρονικοί Υποφάκελοι, οι οποίοι θα περιέχουν τα έγγραφα που περιγράφονται στο Άρθρο 9 της παρούσας Πρόσκλησης. 13.2.6. Από τον Ενδιαφερόμενο σημαίνονται, με χρήση του σχετικού πεδίου του υποσυστήματος, κατά τη σύνταξη του Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, τα στοιχεία εκείνα που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση αυτή, ο Ενδιαφερόμενος υποβάλλει στον οικείο Υποφάκελο σχετική αιτιολόγηση με τη μορφή ψηφιακά υπογεγραμμένου αρχείου pdf, αναφέροντας ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας, ως συνημμένο του ηλεκτρονικού του φακέλου. ... 13.2.8. Ο χρήστης – Ενδιαφερόμενος υποβάλλει τους ανωτέρω Υποφακέλους μέσω του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ, όπως περιγράφεται κατωτέρω. Συγκεκριμένα, τα στοιχεία και Δικαιολογητικά Τεκμηρίωσης που περιλαμβάνονται στον Φάκελο Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος και υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα 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 της υπ' αρ. 117384/26.10.2017 Κ.Υ.Α. 13.2.9. Στη συνέχεια, οι Ενδιαφερόμενοι παράγουν από το υποσύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία [«εκτυπώσεις» των στοιχείων και Δικαιολογητικών Τεκμηρίωσης των Υποφακέλων του Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*]. Τα αρχεία αυτά υπογράφονται από τους Ενδιαφερόμενους με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ. 117384/26.10.2017 Κ.Υ.Α. και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους Υποφακέλους του Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος. Κατά τη συστημική υποβολή του Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος το υποσύστημα πραγματοποιεί αυτοματοποιημένους ελέγχους επιβεβαίωσης του ηλεκτρονικού Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος σε σχέση με τα παραχθέντα ηλεκτρονικά αρχεία (Υποφάκελοι) και εφόσον οι έλεγχοι αυτοί

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

αποβούν επιτυχείς, ο Φάκελος Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος υποβάλλεται στο υποσύστημα. Διαφορετικά, ο Φάκελος Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος δεν υποβάλλεται και το υποσύστημα ενημερώνει τους Ενδιαφερόμενους με σχετικό μήνυμα σφάλματος στη διεπαφή του χρήστη των Ενδιαφερομένων, προκειμένου οι τελευταίοι να προβούν στις σχετικές ενέργειες διόρθωσης.», ενώ ο όρος 13.3.4 της Πρόσκλησης ορίζει επιπλέον ότι «13.3.4. Σε περίπτωση διαφοροποιήσεων μεταξύ του εγγράφου που έχει υποβληθεί εγχάρτως και του ίδιου εγγράφου που έχει υποβληθεί μέσω ΕΣΗΔΗΣ και φέρει ψηφιακή υπογραφή, θα υπερισχύει το υποβληθέν μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Σε κάθε άλλη περίπτωση απόκλισης μεταξύ του πρωτότυπου σε έντυπη μορφή και του αντιγράφου σε ηλεκτρονική μορφή, θα υπερισχύει το πρωτότυπο σε έντυπη μορφή.». Επομένως, προδήλως τα ανωτέρω θεσπίζουν ως όλως υποχρεωτική την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή επί των εκ του οικονομικού φορέα εκδιδόμενων εγγράφων και δη, ως αναγκαίο μέρος της ηλεκτρονικής υποβολής των εγγράφων της αίτησης συμμετοχής στο πλαίσιο της προκείμενης διενεργούμενης μέσω του ΕΣΗΔΗΣ διαδικασίας, σε αντίθεση με τα εκ του παρεμβαίνοντος επικαλούμενα. Εξάλλου, αν δεν ήταν υποχρεωτική η ψηφιακή υπογραφή για την παραδεκτή υποβολή εγγράφου της διαδικασίας, όπως ρητά αναφέρεται αυτή ως καταρχήν «υποχρέωση» στον όρο 13.2.4, δεν θα θεσπιζόταν, κατά τον όρο 13.2.4 ανωτέρω, ρητή εξαίρεση από την υποχρέωση αυτή για οικονομικούς φορείς από κράτη όπου δεν προβλέπεται ως κατά νόμο υποχρεωτική η ψηφιακή υπογραφή και τούτο, μάλιστα μετά πλήθους αναγκαίων για την υποκατάσταση της έλλειψης ψηφιακής υπογραφής, διατυπώσεων. Επιπλέον αβασίμως, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι η υποχρέωση ψηφιακής υπογραφής αφορά τα φυσικά πρόσωπα-διαγωνιζόμενους και όχι τα νομικά, επειδή τα τελευταία δεν υπογράφουν, διότι και τα νομικά πρόσωπα συντάσσουν και απευθύνουν δηλώσεις και έγγραφα με μόνη διαφορά ότι αυτά εκδίδονται στο όνομα τους από το φυσικό πρόσωπο που δηλώνει με την ιδιότητα του εκπροσώπου τους στα οικεία έγγραφα, όντας ούτως ο εν στενή εννοία εκδότης των εγγράφων, αλλά στο όνομα και για λογαριασμό του νομικού προσώπου, ως εν ευρεία εννοία εκδότη, υπό την έννοια ότι ο εκδότης είναι αυτός που αναλαμβάνει την ευθύνη, τη δέσμευση και τις έννομες συνέπειες που

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

προκύπτουν εκ του εγγράφου, ως και αναλαμβάνει ως δική του βούληση το περιεχόμενο του. Περαιτέρω, η ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ του παρεμβαίνοντος και οι εντός αυτής δηλώσεις αναφέρει ως υπογράφοντα και απευθύνοντα αυτήν τον ενεργούντα υπό την ιδιότητα του νομίμου εκπροσώπου του παρεμβαίνοντος, είναι δε ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον και χειρόγραφα υπογεγραμμένη, άνευ βεβαίωσης γνησίου υπογραφής από πρόσωπο που υπογράφει ως, ο οποίος δια της ίδιας ως άνω επιστολής ορίζεται ως αντίκλητος και αρμόδιος επικοινωνίας με την αναθέτουσα. Η δε τελευταία αυτή υπογραφή λογίζεται ως μη τεθείσα αφενός διότι δεν είναι προηγμένη ηλεκτρονική, αφετέρου διότι δεν υφίσταται καμία βεβαιότητα χρόνου και γνησιότητας της χειρογράφως τεθείσας επ' αυτής υπογραφής. Περαιτέρω, δεδομένου ότι μόνη έγκυρη και δυνάμενη να παράγει έννομες συνέπειες υπογραφή, είναι η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του, προκύπτει ότι υφίσταται διάσταση μεταξύ του μόνου υπογράφοντος και του απευθύνοντος την οικεία δήλωση βούλησης και τις εκεί δεσμευτικές δηλώσεις του οικονομικού φορέα. Και ναι μεν, ο όρος 13.2.4 της Πρόσκλησης αναφέρει ειδικώς για τους αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς ότι δεν έχουν την υποχρέωση υπογραφής με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, δυνάμενη να αυθεντικοποιούν με κάθε άλλο πρόσφορο τρόπο την υπογραφή των εκπροσώπων τους, εφόσον στο κράτος προέλευσης δεν είναι υποχρεωτική η χρήση τέτοιας ψηφιακής υπογραφής όπως στην Ελληνική Δημοκρατία, οφείλουν όμως πρώτον, να δηλώσουν τούτο σε ειδική υπεύθυνη δήλωση στο φάκελο εκδήλωσης ενδιαφέροντος τους και δεύτερον, να παράσχουν ισοδύναμους τρόπους αυθεντικοποίησης της υπογραφής τους. Εν προκειμένω όμως, ούτε τέτοια δήλωση υπεβλήθη ούτε οιοσδήποτε άλλος τρόπος αυθεντικοποίησης των μη ηλεκτρονικών υπογραφών χρησιμοποιήθηκε. Περαιτέρω, με φυσικό τρόπο και με βεβαίωση γνησίου της υπογραφής υπεγράφη από τον ως άνω η κατά τους όρους 2.1.25 και 2.1.26 της Πρόσκλησης και το ειδικό Υπόδειγμα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 4, ειδική υπεύθυνη δήλωση περί ανέλεγκτων οικονομικών καταστάσεων, με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του, παρότι η δήλωση φέρεται με εκδότη κατά το ίδιο το περιεχόμενο της και δηλούντα τον, με αποτέλεσμα

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του που δεν συνιστά εκδότη ή δηλούντα, να μην έχει οιαδήποτε έννομη σημασία και ενώ όμως, ακόμη και η προκείμενη βεβαίωση γνησίου υπογραφής, ουδόλως αναπληρώνει τη ρητά και αποκλειστικά απαιτούμενη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή κατά τους σαφείς όρους της Πρόσκλησης. Σημειωτέον δε, ότι ο παρεμβαίνων υπέβαλε την από 19-2-2020 δήλωση του ίδιου του ως αποδεχόμενου τον διορισμό του ως νομίμου εκπροσώπου και νομιμοποιούμενου να υπογράψει δεσμευτικά για τον οικονομικό φορέα κάθε, μεταξύ άλλων υπεύθυνη δήλωση που απαιτείται κατά την Πρόσκληση. Αλυσιτελώς δε επικαλείται ο παρεμβαίνων την εκπροσωπευτική ιδιότητα του, διότι κανένα εκ των δύο έγγραφων δεν εκδόθηκε από τον και δεν αναφέρει ως ενεργούντα και δηλούντα το περιεχόμενο τους για λογαριασμό του οικονομικού φορέα, τον, αλλά τον απαραδέκτως υπογράψαντα και άρα, λογιζόμενο ως μη υπογράψαντα, με αποτέλεσμα αμφότερα τα έγγραφα και δη, καθ' έκαστον για τους ανωτέρω λόγους ως προς καθένα εξ αυτών, ως ανωτέρω διακρίθηκαν, να μη φέρουν παραδεκτή υπογραφή του εκδότη τους και αναφερόμενου ως δηλούντος για λογαριασμό του νομικού προσώπου του παρεμβαίνοντος, με αποτέλεσμα να έχουν υποβληθεί αμφότερα και έκαστο αυτοτελώς απαραδέκτως. Όσον αφορά δε, την κατά το ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ 2 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 3 δήλωση περί επίκλησης πόρων τρίτων φορέων της, αυτή φέρει τρεις φυσικές υπογραφές άνευ βεβαίωσης γνησίου υπογραφής των τριών νομίμων εκπροσώπων της και περαιτέρω προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του με χρονοσήμανση υπογραφής 21.2.2020, ενώ το έγγραφο δεν φέρει ημερομηνία υπογραφής αναγεγραμμένη στο σώμα του. Πλην όμως, όπως βάσιμα επί τούτου επικαλείται ο παρεμβαίνων, δεδομένου ότι κατά το Πιστοποιητικό Απόφασης ΔΣ του ως άνω τρίτου, έκαστος εκ των ως άνω τριών νομίμων εκπροσώπων, μεταξύ των οποίων και ο, νομιμοποιούνται αυτοτελώς και άνευ σύμπραξης των υπολοίπων, να εκπροσωπούν και να δεσμεύουν τον οικονομικό φορέα, έκαστος νομιμοποιούμενος και μόνος του να υπογράψει για λογαριασμό του οικονομικού φορέα τα απαιτούμενα έγγραφα της διαδικασίας και δη και συγκεκριμένα και την οικεία ως άνω υπεύθυνη δήλωση, μόνη της η παραδεκτή

κατά τη διακήρυξη υπογραφή του αρκεί, ώστε η δήλωση να θεωρηθεί ως απευθυνόμενη και δεσμεύουσα τον ως άνω τρίτο οικονομικό φορέα και δη, διότι ρητά κατονομάζεται ο στο περιεχόμενο της δήλωσης ως δηλών και εκδότης αυτής υπό την ιδιότητα του νομίμου εκπροσώπου της, σε αντίθεση με την όλως διαφορετική ανωτέρω περίπτωση του ίδιου του υποψηφίου οικονομικού φορέα, όπου ως εκδότης και δηλών αναφερόταν αποκλειστικά ο ως απευθυνόμενος και δεσμεύων δια των απευθυντέων προς την αναθέτουσα δηλώσεων, εκπρόσωπος του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, κατ' αποδοχή των οικείων ανωτέρω ισχυρισμών του πέμπτου λόγου της προσφυγής, περί της ΕΠΙΣΤΟΛΗΣ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ και της ΥΠΕΥΘΥΝΗΣ ΔΗΛΩΣΗΣ περί του ότι δεν διαθέτει ο υποψήφιος και παρεμβαίνων οικονομικές καταστάσεις, η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι άνευ ετέρου απορριπτέα. Ουδόλως δε, οι ως άνω πλημμέλειες δύνανται να αρθούν δια κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεων-συμπληρώσεων, όπως αβάσιμα επικαλείται ο παρεμβαίνων, αφού η κατά τα ανωτέρω μη σύννομη υπογραφή των ως άνω εγγράφων από τον κατονομαζόμενο σε αυτά ως εκδότη τους συνεπάγεται απαραίτητη υποβολή των εγγράφων, η οποία εξομοιούται με μη υποβολή αυτών και δια διευκρινίσεων και συμπληρώσεων είναι δυνατή μόνο η διόρθωση προδήλων τυπικών σφαλμάτων επί παραδεκτώς καταρχήν υποβληθέντων εγγράφων ή η αποσαφήνιση επί αυτών και όχι η το πρώτον παραδεκτή υποβολή τους, προς αναδρομική διάσωση προσφοράς που, συνεπεία της απαραδέκτου υποβολής τους, τελεί σε ουσιώδη έλλειψη.

8. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την άνευ ετέρου απορριπτέα εκδήλωση ενδιαφέροντος και συμμετοχή του παρεμβαίνοντος στην Α' Φάση της διαδικασίας και δη, για καθένα εκ των ως άνω πέντε λόγων αυτοτελώς, έκαστος και μόνος του, αλλά και μάλιστα κατά καθεμία επιμέρους πλημμέλεια εκ των τυχόν και ανά περίπτωση περισσοτέρων που έκαστος εξ αυτών αφορά κατά τα ανωτέρω, αρκούσε για την άνευ ετέρου απόρριψη του παρεμβαίνοντος από την προεπιλογή του για τη Β' Φάση της διαδικασίας.

Αριθμός Απόφασης: 794/2020

9. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο με αρ. και ποσού 15.000,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη δια της 432^{ης}/28-5-2020 ΤΑΚΤΙΚΗΣ ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗΣ ΣΥΓΚΛΗΤΟΥ της αναθέτουσας, Απόφαση περί εγκρίσεως του με αρ. πρωτ. 5135/27-5-2020 Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού, καθ' ο μέρος έκρινε στην Α' Φάση του Διαγωνισμού ως αποδεκτό τον φάκελο εκδήλωσης ενδιαφέροντος του παρεμβαίνοντος και προεπέλεξε αυτόν για τη Β' Φάση του Διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου με αρ. και ποσού 15.000,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 1-7-2020 και εκδόθηκε στις 13-7-2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ