

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24.07.2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.06.2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης
στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική
Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 761/22.06.2020 της εταιρίας με την επωνυμία «*****»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ***** και της με αριθ. 335/2020 απόφασης του Δ.Σ. της
*****.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με
αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της, κατόπιν ελέγχου των προσκομισθέντων
δικαιολογητικών κατακύρωσης.

2. Επειδή, με την υπ'αριθ. *****/2019 Διακήρυξη η ***** προκήρυξε
διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον
συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, με
αντικείμενο την μελέτη, προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε παραγωγική
λειτουργία ολοκληρωμένου συστήματος τηλεέγχου-τηλεποπτείας
αντλιοστασίων αποχέτευσης, συνολικού προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου
τετρακοσίων χιλιάδων ευρώ (1.400.000,00 €), πλέον ΦΠΑ. Η Διακήρυξη εστάλη

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης προς δημοσίευση την 30.05.2019, αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 05.06.2019 και στην ηλεκτρονική πύλη του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 06.06.2019 με αριθ. Συστήματος****. Ως καταληκτική ημερομηνία της ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 03.07.2019 ενώ ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης ορίστηκε η 10.07.2019 και, τελικώς, κατόπιν της παράτασης που χορηγήθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 14240/02.07.2019 έγγραφο του Διευθυντή Οικονομικών της *****, η 24.07.2019 και ώρα 23:59. Εξάλλου, με το ίδιο ως άνω έγγραφο του Διευθυντή Οικονομικών της ***** παρατάθηκε και η ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών για τις 30.07.2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 09.00. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας ηλεκτρονικά προσφορές δέκα (10) οικονομικοί φορείς. Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε την 30.07.2019 και προέβη σε αποσφράγιση των προσφορών που υποβλήθηκαν. Από τον έλεγχο αυτών προέκυψε ότι πέντε (5) εκ των φακέλων προσφορών ήταν κενοί (χωρίς περιεχόμενο) και, ως εκ τούτου, οι εν λόγω προσφορές δεν αξιολογήθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού και οι οικονομικοί φορείς αποκλείστηκαν από τη διαγωνιστική διαδικασία. Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην εξέταση και αξιολόγηση των προσφορών των υπόλοιπων πέντε (5) οικονομικών φορέων: 1. «****» με διακριτικό τίτλο «****», 2. «*****» με διακριτικό τίτλο «****.», 3. «*****» με διακριτικό τίτλο «****», 4. «*****» με διακριτικό τίτλο «*****» και 5. «*****» με διακριτικό τίτλο «****». Στη συνέχεια, την 11.12.2019 συνήλθε εκ νέου η Επιτροπή Διαγωνισμού για να προβεί στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των προαναφερόμενων οικονομικών φορέων. Από αυτήν προέκυψε ότι τη χαμηλότερη τιμή προσέφερε ο οικονομικός φορέας «*****» με προσφερόμενη τιμή 728.000,00€, πλέον ΦΠΑ 174.720,00€, ήτοι συνολικά 902.720,00€. Δεύτερος μειοδότης αναδείχθηκε η εταιρεία «*****» με προσφερόμενη τιμή 828.762€, πλέον ΦΠΑ 198.902,88€, ήτοι συνολικά 1.027.664,88€. Ακολουθεί στην τρίτη θέση ο οικονομικός φορέας «*****» με προσφερόμενη τιμή 911.571€, πλέον ΦΠΑ 218.777,04€, ήτοι συνολικά 1.130.348,04€, στην τέταρτη θέση ο οικονομικός φορέας «*****» με

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

προσφερόμενη τιμή 1.106.000€, πλέον ΦΠΑ 265.440,00€, ήτοι συνολικά 1.371.440,00€ και, τέλος, στην πέμπτη θέση ο οικονομικός φορέας «*****» με προσφερόμενη τιμή 1.228.844€, πλέον ΦΠΑ 294.922,56€, ήτοι σύνολο 1.523.766,56 €. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω στοιχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 11.12.2019 3ο Πρακτικό εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας «*****» σε προσωρινό ανάδοχο και σχετικώς ελήφθη η με αριθμ. 33/2020 απόφαση του Δ.Σ. της *****. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** ασκήθηκε η από 10.02.2020 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «*****» ζητώντας την ακύρωση, ανάκληση ή τροποποίησή της, τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα «*****» (στο εξής: ***** ή προσφεύγουσα) και την ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου. Με την υπ' αριθμ. 320/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ απερρίφθη η εν λόγω προσφυγή. Σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ, η ***** κάλεσε την εταιρία «*****» να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την παραλαβή του σχετικού εγγράφου. Κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με το 4ο Πρακτικό της 20.05.2020, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε η προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχος σχετικά με τον κύκλο εργασιών της δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις των άρθρων 2.2.5 και 2.2.9.2.B.3 της Διακήρυξης, ως ερμηνεύονται συνδυαστικά. Σημείωσε ότι : «Ειδικότερα υπολείπεται ως προς την απαίτηση δήλωσης του μέσου κύκλου εργασιών στο αντικείμενο της σύμβασης». Ως εκ τούτου, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 335/2020 απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της*****, αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και αναδείχθηκε νέος προσωρινός ανάδοχος η «*****».

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ***** , ποσού 7.000,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης. .

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 1.400.000,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 09.06.2020 και η υπόψη Προσφυγή κατατέθηκε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 19.06.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει νομίμως το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς, παρότι αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης, εν τέλει με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκε η προσφορά της κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ματαιώνοντας την προσδοκία της να αναλάβει την εκτέλεση του δημοπρατούμενου αντικειμένου.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. 335/2020 απόφασης του Δ.Σ. της *****. με την οποία εν τέλει απορρίφθηκε η προσφορά της διότι, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διαπιστώθηκε ότι ως προς την απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας υποβλήθηκε υπεύθυνη δήλωση που αναφέρεται μόνον στον Μέσο Γενικό Κύκλο εργασιών, όπως αυτός ζητείται, και όχι στην

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

απαίτηση που σχετίζεται με τον μέσο κύκλο εργασιών σε αντικείμενα σχετικά με το δημοπρατούμενο, υποστηρίζοντας τα εξής : Σε συνέχεια του υπ' αριθ. πρωτ. 6901/14-4-2020 εγγράφου-πρόσκλησης του Διευθυντή Οικονομικών της ****, η προσφεύγουσα υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ήτοι : α) προς απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 της διακήρυξης με την οποία ζητείτο : «... οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016, 2017, 2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον ένα εκατομμύριο τετρακόσιες χιλιάδες ΕΥΡΩ (1.400.000,00 €)» (χωρίς να απαιτείται το σύνολο ή μέρος του εν λόγω κύκλου εργασιών να αφορά «σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης»), η προσφεύγουσα προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση ότι κατά τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη η καθαρή θέση της είναι θετική και ότι η προσφεύγουσα εταιρία έχει τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016, 2017, 2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον ένα εκατομμύριο τετρακόσιες χιλιάδες ΕΥΡΩ (1.400.000,00 €), β) προς απόδειξη της πλήρωσης των απαιτήσεων τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6. με την οποία ζητείτο : «... οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (από 1η Ιανουαρίου 2016 έως και την ημέρα του διαγωνισμού), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 2 συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παρόμοιου αντικειμένου με την παρούσα σύμβαση. Επιπλέον, να έχουν περαιώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας πενταετίας (από 1η Ιανουαρίου του έτους 2014 έως και την ημέρα του διαγωνισμού) τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας/έργου, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία συστήματος τηλεελέγχου και τηλεχειρισμού σε σχετικό πεδίο εφαρμογής» (χωρίς και πάλι να απαιτείται η πραγματοποίηση συγκεκριμένου ύψους κύκλου εργασιών που να αφορά στην κατηγορία έργων που ζητούνται), η προσφεύγουσα στηρίχθηκε, κατ' επίκληση της παραγράφου 2.2.8. της Διακήρυξης στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της τρίτης δανείζουσας την εμπειρία της εταιρίας «*****», με δ.τ. «*****», προσκομίζοντας όλα τα απαιτούμενα έγγραφα τα οποία τεκμηριώνουν ότι εν λόγω δανειοπάροχος έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (από 1η

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

Ιανουαρίου 2016 έως και την ημέρα του διαγωνισμού), τουλάχιστον 2 συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παρόμοιου αντικειμένου με αυτό της Διακήρυξης και ότι έχει περαιώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας πενταετίας (από 1η Ιανουαρίου του έτους 2014 έως και την ημέρα του διαγωνισμού) τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας/έργου, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία συστήματος τηλεελέγχου και τηλεχειρισμού σε σχετικό πεδίο εφαρμογής. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εκ των ανωτέρω όρων της διακήρυξης καθίσταται σαφές ότι ως υποψήφιος οικονομικός φορέας μπορεί να συμμετέχει παραδεκτώ, κάνοντας χρήση της κατά την παράγραφο 2.2.8. δυνατότητας να στηριχθεί για την πλήρωση των τεθέντων προϋποθέσεων (εν όλω ή εν μέρει) σε «δανειοπάροχο», και εταιρία που δεν έχει η ίδια εκτελέσει απολύτως καμία εργασία που να αφορά στην κατηγορία έργων που ζητούνται, η οποία θα έχει έτσι μηδενικό κύκλο εργασιών σε παρόμοια έργα, στηριζόμενη σχετικά στα προσόντα και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του «δανειοπαρόχου». Παρόλα αυτά, στην παράγραφο 2.2.9.2 Β.3 της διακήρυξης απαιτείται : «Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν οικονομικές καταστάσεις των ετών 2015, 2016 και 2017 μετά των προσαρτημάτων ή σημειώσεων από όπου να προκύπτει ότι η καθαρή θέση του υποψηφίου είναι θετική. Επίσης, θα προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση με το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης. [...]], δηλαδή προβλέπεται η υποχρέωση υποβολής της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης. Όμως, ως η προσφεύγουσα προβάλλει, η ίδια ήταν ανέφικτο να προσκομίσει την οριζόμενη κατά τον ανωτέρω όρο Β.3. «... υπεύθυνη δήλωση με το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης. [...]], αφού δεν είχε εκτελέσει η ίδια έργα σχετικά με το αντικείμενο της Διακήρυξης και για το λόγο αυτό, ως προς την ζητούμενη κατά την παράγραφο 2.2.6. της Διακήρυξης τεχνική και επαγγελματική ικανότητα στηρίχθηκε στις ικανότητες άλλου φορέα και συγκεκριμένα της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «*****» και διακριτικό τίτλο «*****». Υπό αυτά τα δεδομένα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

ότι η ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την υποχρέωση υποβολής από την προσφεύγουσα της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, ήτοι υπεύθυνης δήλωσης «... με το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης. ...», είναι μη νόμιμη. Αντιθέτως, κατά την προσφεύγουσα, η μοναδική νόμιμη και σύμφωνη με τις αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας ερμηνεία των απαιτήσεων της διακήρυξης είναι η γραμματική ερμηνεία αυτής κατά την οποία η υποχρέωση προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης με το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης αφορά αποκλειστικά και μόνο στους συμμετέχοντες-υποψήφιους εκείνους οι οποίοι ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα στηρίζονται σε δικές τους ικανότητες και δεν δύναται να αφορά σε υποψήφιους - οικονομικούς φορείς που σχετικώς στηρίζονται σε ικανότητες τρίτου φορέα (δανειοπαρόχου), σε εφαρμογή του όρου 2.2.8 της Διακήρυξης και του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, αφού τέτοιοι φορείς δεν έχουν και σε κάθε περίπτωση δεν προβάλλουν πραγματοποίηση εργασιών «... σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης...» και ως εκ τούτου δεν έχουν κύκλο εργασιών στο αντικείμενο αυτό. Περαιτέρω, με τον ανωτέρω όρο (Β.3.) ή και με οποιονδήποτε άλλο όρο της Διακήρυξης, ουδέν προβλέφθηκε περί υποβολής εναλλακτικού εγγράφου-δήλωσης για την περίπτωση που, όπως εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας στηρίχθηκε ως προς την ζητούμενη κατά την παράγραφο 2.2.6. της Διακήρυξης τεχνική και επαγγελματική ικανότητα στις ικανότητες άλλου φορέα (δανειοπαρόχου). Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα υφίσταται εν προκειμένω κενό ρύθμισης και πάντως ασάφεια της Διακήρυξης. Η προσφεύγουσα τονίζει ότι, κατά τον όρο 2.2.5 της Διακήρυξης, όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον 1.400.000,00 €, χωρίς να προβλέπεται οποιαδήποτε απαίτηση ο εν λόγω κύκλος εργασιών να αφορά εν όλω ή έστω και κατά κάποιο μέρος του «... σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης ...», απαίτηση που θα αφορούσε, άλλωστε, περισσότερο στην «τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

του υποψηφίου αναδόχου, και όχι οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια αυτού, με συνέπεια, όπως διατυπώθηκε και στο από 05.05.2020 έγγραφο της Επιτροπής του Διαγωνισμού, «... η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση δεν είναι στοιχείο που αξιοποιείται κατά την αξιολόγηση των υποψηφίων αναδόχων ...». Με άλλα λόγια, η υποχρέωση προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, στην πραγματικότητα δεν εξυπηρετεί την διακρίβωση συνδρομής-πλήρωσης των κριτηρίων ούτε όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ούτε όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Σε κάθε δε περίπτωση, και αν ακόμα ήθελε θεωρηθεί ότι η απαίτηση προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης αφορούσε, κατ' ερμηνεία της Διακήρυξης, στο πρόσωπο του δανειοπαρόχου μας, θα έπρεπε, ελλείψει σχετικής ρητής πρόβλεψης, αυτό να επισημανθεί διευκρινιστικά από την αναθέτουσα αρχή και να κληθεί η προσφεύγουσα σε σχετική διασαφήνιση, κατ' εφαρμογή των οριζομένων στο άρθρο 102 παρ.4 Ν.4412/2016. Ακόμα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δοθέντος ότι με τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης ως μοναδικό κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ορίζεται «οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016,2017,2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον 1.400.000,00 ευρώ», η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, ως μη αποδεικνύουσα την πλήρωση του κριτηρίου αυτού, δεν συνιστά δικαιολογητικό κατακύρωσης και ως εκ τούτου η μη υποβολή της δεν δύναται να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς της. Σε κάθε περίπτωση, η ενδεχόμενη ερμηνεία περί απαίτησης υποβολής της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης του όρου 2.2.9.2.B.3 έρχεται σε ευθεία αντίφαση με τις προβλέψεις του όρου 2.2.5 αυτής (στον οποίο ο όρος 2.2.9.2B.3. αποκλειστικά παραπέμπει), συνιστώντας προφανή πλημμέλεια των όρων της, καθώς, ενώ απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν συγκεκριμένο μέσο κύκλο εργασιών (2.2.5.), τούτος απαιτείται να αποδεικνύεται από υπεύθυνη δήλωση ειδικού κύκλου εργασιών. Η αντίφαση/πλημμέλεια, δε, αυτή των όρων της διακήρυξης δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος των διαγωνιζομένων και εν προκειμένω της προσφεύγουσας, και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους. Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα. Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, στον όρο 2.2.5 της διακήρυξης δεν προβλέπεται ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν συγκεκριμένο ειδικό κύκλο εργασιών και συνεπώς η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση δεν αποδεικνύει το τιθέμενο με τον όρο 2.2.5 κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αλλά και κανένα άλλο κριτήριο επιλογής ή λόγο αποκλεισμού.

9. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 11559/29.06.2020 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, υποστηρίζοντας τα εξής : Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί της γραμματικής ερμηνείας του άρθρου 2.2.9.2. Β.3. της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί αυτοί βάλλουν ευθέως κατά των όρων της διακήρυξης και ότι η προσφεύγουσα δεν ζητά την εφαρμογή τους αλλά την *contra legem* ερμηνεία τους. Παρόλα αυτά, οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται απαραδέκτως καθότι οι όροι της διακήρυξης προσβάλλονται επίκαιρα μόνον με προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης. Πάντως, οι ισχυρισμοί αυτοί είναι και αβάσιμοι διότι κατά το προφανές γράμμα του όρου 2.2.9.2. Β.3 της διακήρυξης ουδόλως προκύπτει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας που στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων δύναται να απόσχει από την προσκόμιση συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης. Αντιθέτως, η διακήρυξη περιέχει ρητή διάταξη για τα δικαιολογητικά που οφείλει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος όταν στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων, όπως αυτά ευθέως τίθεται στον όρο της παραγράφου 2.2.9.2. Β.3 της διακήρυξης. Προς άρση οιασδήποτε αμφιβολίας για την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, σημειώνεται ότι το ίδιο άρθρο 2.2.9.2.Β.3 προβλέπει ότι «Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο». Ήτοι, η διάταξη

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

αναφέρεται στα «ανωτέρω δικαιολογητικά», δηλαδή τόσο στις «οικονομικές καταστάσεις» όσο και «στην υπεύθυνη δήλωση» και συνεπώς εάν η προσωρινή ανάδοχος δεν είχε παραβλέψει την επίμαχη διάταξη, θα μπορούσε να είχε εκπληρώσει την απαίτηση της Διακήρυξης, εισφέροντας «οποιοδήποτε κατάλληλο έγγραφο». Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί ασάφειας/κενού ρύθμισης του άρθρου 2.2.9.2. Β.3 της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται και πάλι απαραδέκτως αφού βάλλουν ευθέως κατά της διακήρυξης, σε κάθε περίπτωση προβάλλονται αβασίμως καθότι, αφενός μεν με το άρθρο 2.2.9.2. Β.3 ορίζεται ότι αντί υπεύθυνης δήλωσης θα μπορούσε να προσκομιστεί κάθε κατάλληλο δικαιολογητικό, αφετέρου δε η προσφεύγουσα όφειλε προσκομίσει την, κατ' άρθρο 2.2.9.2.Β.3, υπεύθυνη δήλωση του φορέα στον οποίο στηρίζεται, δυνάμει του άρθρου 2.2.9.2.Α της Διακήρυξης, το οποίο προβλέπει ότι «Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8)». Τούτων δοθέντων ουδεμία ασάφεια των όρων της διακήρυξης υφίσταται. Επίσης, κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα αβασίμως αμφισβητεί τη σχέση του άρθρου 2.2.9.2.Β.3 με το άρθρο 2.2.5 της Διακήρυξης, σημειώνοντας ότι η απαίτηση της πρώτης διάταξης για την προσκόμιση της υπεύθυνης δήλωσης δεν εξυπηρετεί την δεύτερη. Το άρθρο 2.2.9.2.Β.3 της Διακήρυξης ζητεί, όπως εξηγήθηκε επανειλημμένα, «υπεύθυνη δήλωση» με συγκεκριμένο περιεχόμενο. Η δήλωση αυτή θα μπορούσε να προέρχεται είτε από την προσφέρουσα (η οποία θα δεσμευόταν για λογαριασμό της δανειοπαρόχου της) είτε από την δανειοπάρχο εταιρεία. Τα στοιχεία, πάντως, για τον κύκλο εργασιών στο αντικείμενο της σύμβασης όφειλαν να προκύπτουν με τον συγκεκριμένο τρόπο, μη δυναμένα να υποκατασταθούν από άλλα, τυχόν, έγγραφα που έχουν υποβληθεί στον διαγωνισμό. Αυτό άλλωστε συμβαδίζει και με την αρχή της

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

τυπικότητας. Σχετικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει την προσφεύγουσα σε διευκρινίσεις, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι το άρθρο 102 ν. 4412/2016 δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω διότι αφορά στις διευκρινίσεις των υποψήφιων φορέων επί των προσφορών και όχι επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Το ρυθμιστικό πεδίο της ανωτέρω διάταξης αφορά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών και όχι αυτό της κατακύρωσης της σύμβασης. Περαιτέρω, ούτε το κρίσιμο άρθρο 3.2 της Διακήρυξης (και κατ' επέκταση, το άρθρο 103 ν. 4412/2016 στο οποίο παραπέμπει η κανονιστική πράξη του διαγωνισμού) μπορούσε να εφαρμοστεί εφόσον, κατά επιτρεπτή ερμηνεία του δικογράφου, κριθεί ότι αυτό εννοεί η προσφεύγουσα, διότι, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2., η ενεργοποίηση της διαδικασίας συμπλήρωσης/διόρθωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης προϋποθέτει την υποβολή αιτήματος του προσωρινού αναδόχου εντός της δεκαήμερης προθεσμίας που τάχθηκε από τον αναθέτοντα φορέα για την εν γένει προσκόμιση των αποδεικτικών μέσων. Στο βαθμό που η Διακήρυξη ****/2019 δημοσιεύθηκε μετά την θέση σε ισχύ του ν. 4605/2019, είναι σαφές ότι η ερμηνεία των επίμαχων όρων ακολουθεί την ερμηνεία του άρθρου 43 παρ. 12 του προειρημένου νόμου, διά του οποίου τροποποιήθηκε το άρθρο 103 παρ. 2 ν. 4412/2016. Στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4605/2019 αναφέρεται, συναφώς, ότι *«Με την παράγραφο 12 μειώνεται ο χρόνος εντός του οποίου υποβάλλονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η μείωση του χρόνου συμβάλει στην επιτάχυνση των διαδικασιών. Επιπλέον, επιλύονται ερμηνευτικά ζητήματα που έχουν ανακύψει ως προς το ζήτημα των συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης και εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν για να λάβει χώρα η υποβολή συμπληρωματικών δικαιολογητικών. Συγκεκριμένα, εξορθολογίζεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών με τρόπο ώστε να μην αποτελεί υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωση, ει μη μόνο στις περιπτώσεις που δικαιολογείται αυτό, δηλαδή όταν ο προσωρινός ανάδοχος έχει επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και έχει αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των δικαιολογητικών. Παράλληλα, η δυνατότητα συμπλήρωσης και ο χρόνος παράτασης συνδέεται με το χρόνο έκδοσης των δικαιολογητικών από τις*

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

αρμόδιες αρχές». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υπέβαλε, μεν, εμπροθέσμως τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, πλην όμως δεν υπέβαλε αίτηση παράτασης της προθεσμίας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατ' άρθρο 3.2 της Διακήρυξης. Για την ακρίβεια, δεν υπέβαλε καν διευκρινιστικό ερώτημα στην ***** (στον κατάλληλο χρόνο ή, έστω και όψιμα, εντός της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης) σε σχέση με τον επίμαχο όρο 2.2.9.2.B.3 της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η *****, υπό οιαδήποτε εκδοχή, δεν δύνατο η αναθέτουσα αρχή να της ζητήσει την αντικατάσταση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης στο παρόν χρονικό σημείο, αφού δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 3.2 της κανονιστικής πράξης του διαγωνισμού και, συνακόλουθα, του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016. Ούτε, βεβαίως, πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 102 του ίδιου νόμου, που αφορά, ως προελέχθη, το προηγούμενο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών.

10. Επειδή, με το από 16.07.2020 Υπόμνημα της η προσφεύγουσα αντικρούει τους ισχυρισμούς που προβάλλει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ως εξής : *«Με πρώτο της ισχυρισμό η Αναθέτουσα στρέφεται κατά του πρώτου ισχυρισμού της εταιρίας μας, με το οποίο επικαλεστήκαμε «παραβίαση του άρθρου 3.2 της Διακήρυξης αλλά και των άρθρων 2.2.9.2.A. και 2.2.9.2.B.3 της κανονιστικής πράξης του διαγωνισμού», και επιχειρεί να τον ανατρέψει επικαλούμενη αφενός ότι «ο πρώτος ισχυρισμός μας βάλλει ευθέως κατά των όρων της Διακήρυξης» και ως εκ τούτου θα πρέπει να απορριφθεί ως προσβάλλων την αρχή της τυπικότητας και αφετέρου ότι η γραμματική ερμηνεία της εταιρίας μας επί των προαναφερθέντων όρων της Διακήρυξης δεν είναι ορθή. Ωστόσο, αφενός, η επίκληση της Αναθέτουσας περί παραβίασης της αρχής της τυπικότητας είναι προφανώς αβάσιμη καθώς και η ίδια η αναθέτουσα στην αντίκρουση του εν λόγω ισχυρισμού μας αναφέρει «α.ii. καταλήγει [η Προσφεύγουσα] ότι η ***** παραβίασε το άρθρο 3.2 της Διακήρυξης αλλά και τα άρθρα 2.2.9.2.A. και 2.2.9.2.B.3 της κανονιστικής πράξης του διαγωνισμού». Συνεπώς, είναι σαφές, και στην ίδια την Αναθέτουσα, πως ο ισχυρισμός μας*

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

ουδόλως στρέφεται κατά των όρων της Διακήρυξης αντιθέτως επιδιώκει την ορθή εφαρμογή της, υπεραμυνόμενος της Αρχής της τυπικότητας και ως εκ τούτου ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας κρίνεται ως αβάσιμος. Σημειωτέον, πως η επίκληση της απόφασης 21/2017 της Αρχής Σας, η οποία αφορούσε, ακριβώς, σε προδικαστική προσφυγή που στράφηκε κατά Διακήρυξης, χρησιμοποιήθηκε προς επίρρωση της θέση μας σχετικά με την αδυναμία των Αναθετουσών Αρχών να περιορίζουν εκ προοιμίου την δυνατότητα προσφυγής των συμμετεχόντων στην δάνεια εμπειρία, με κανέναν τρόπο δεν βλάπτει τον ισχυρισμό μας. Το γεγονός ότι ένα ζήτημα έχει αντιμετωπιστεί από την Αρχή Σας σε επίπεδο προδικαστικής προσφυγής κατά Διακήρυξης δεν σημαίνει ότι δεν ελέγχεται νομίμως εξίσου σε κάθε στάδιο της Διαγωνιστικής Διαδικασίας. Διαφορετική προσέγγιση θα οδηγούσε στο απευκταίο αποτέλεσμα οι Αναθέτουσες Αρχές να επικαλούνται προσχηματικά τον τύπο της διαδικασίας όπως αυτός προσδιορίζεται από την Εθνική και Ενωσιακή νομοθεσία κατά το στάδιο της Διακήρυξης και στη συνέχεια κατά το στάδιο της εφαρμογής να τον παραβιάζουν στηριζόμενες στην ίδια Αρχή της τυπικότητας(!). Η απόπειρα της Αναθέτουσας Αρχής να παρουσιαστεί ως προσπάθεια «διαφυγής» μας, η γραμματική ερμηνεία της Διακήρυξης όχι μόνο δεν είναι βάσιμη αλλά αντιθέτως έρχεται προς επίρρωση των ισχυρισμών μας. Πράγματι η Αναθέτουσα με την αντίκρουσή της αναφέρει πως κατά την κρίση της {«(...) θα προσκομίζεται (...)»}: Από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα με το ποιητικό αίτιο να προκύπτει από το υποκείμενο όλων των εδαφίων του άρθρου 2.2.9.2.A και από το υποκείμενο του εδαφίου γ' του άρθρου 2.2.9.B.3. [...] Η υποβολή της [Υπεύθυνης Δήλωσης] –ή, έστω η υποβολή κάθε κατάλληλου δικαιολογητικού (βλ. αμέσως παρακάτω, υπό iv.)- αποτελεί υποχρέωση κάθε οικονομικού φορέα που συμμετέχει στον διαγωνισμό,}, συμφωνώντας επί της ουσίας με την ερμηνεία της Εταιρίας μας. Όπως αναφέραμε και στην εν θέματι Προσφυγή μας «Με τις διατάξεις των παραγράφων 2.2.5. της Διακήρυξης προβλέπονται τα κριτήρια επιλογής που αφορούν την “οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια” (παράγραφος 2.2.5) που πρέπει να πληρούνται από τους υποψήφιους. Μεταξύ των σχετικών απαιτήσεων περιλαμβάνονται και (α) για την “οικονομική και χρηματοοικονομική

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

επάρκεια” «...οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016, 2017, 2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον ένα εκατομμύριο τετρακόσιες χιλιάδες ΕΥΡΩ (1.400.000,00 €)» (χωρίς να απαιτείται το σύνολο ή μέρος του εν λόγω κύκλου εργασιών να αφορά «σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης»). Ως εκ τούτου, όπως και η Αναθέτουσα δέχεται, όποιος αποδεικνύει, με την υποβολή κάθε κατάλληλου δικαιολογητικού, την ανωτέρω οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια καλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Συνεπώς, εάν η γραμματική ερμηνεία της Αναθέτουσας Αρχής θεωρούνταν ορθή, θα οδηγούσε σε περιορισμό της προσφυγής των συμμετεχόντων στη δάνεια εμπειρία απαιτώντας από αυτούς να έχουν όχι μόνο τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016, 2017, 2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον ένα εκατομμύριο τετρακόσιες χιλιάδες ΕΥΡΩ (1.400.000,00 €) αλλά και να απαιτείται το σύνολο ή μέρος του εν λόγω κύκλου εργασιών να αφορά «σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης» χωρίς αυτό να προκύπτει από οποιονδήποτε όρο της Διακήρυξης. Αντιθέτως, η ερμηνεία της Εταιρίας μας ότι η προσκόμιση των δικαιολογητικών που αποδείκνυαν την “οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια” (παράγραφος 2.2.5 της Διακήρυξης) σε συνδυασμό με τις ρητές δηλώσεις στο υποβληθέν έντυπο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6. της Διακήρυξης που αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, σύμφωνα με τις οποίες η εταιρία μας στηρίχθηκε, σύμφωνα και με τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 2.2.8. της Διακήρυξης, στις ικανότητες άλλου φορέα και συγκεκριμένα της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία "*****" και διακριτικό τίτλο "*****" είναι η μόνη ορθή υπό το πρίσμα της τήρησης της Ευρωπαϊκής και Εθνικής νομοθεσίας για τον μη περιορισμό της στήριξης στις δυνατότητες άλλων φορέων. 2. Με τον δεύτερο ισχυρισμό της η Αναθέτουσα στρέφεται κατά του ισχυρισμού μας περί της ασάφειας/κενού ρύθμισης του άρθρου 2.2.9.2.B.3 και επιχειρεί όπως και με τον πρώτο της ισχυρισμό να τον ανατρέψει επικαλούμενη αφενός ότι «ο συγκεκριμένος ισχυρισμός προβάλλεται, και πάλι, απαραδέκτως αφού βάλλει ευθέως κατά της Διακήρυξης» και ως εκ τούτου θα πρέπει να απορριφθεί ως προσβάτων την αρχή της τυπικότητας και

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

αφετέρου ότι «η προσφεύγουσα (ως στηριζόμενη σε ικανότητα τρίτου) όφειλε να προσκομίσει την, κατ' άρθρο 2.2.9.2.B.3, υπεύθυνη δήλωση του φορέα στον οποίο στηρίζεται, δυνάμει του άρθρου 2.2.9.2.A της Διακήρυξης, το οποίο προβλέπει ότι «Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8).». Πλην όμως, η Εταιρία μας δεν στρέφεται, δηλαδή, κατά της μη ρητής πρόβλεψης εναλλακτικού εγγράφου για τους συμμετέχοντες φορείς οι οποίοι προστρέχουν σε δάνεια εμπειρία, αλλά αντιθέτως, εκ της μη ρητής πρόβλεψης στη Διακήρυξη συνάγεται πέραν πάσης αμφιβολίας η μη υποχρέωσή τους (όσων «δανείζονται εμπειρία») να προσκομίσουν την σχετική επίμαχη Υπεύθυνη Δήλωση. Επιπλέον των ανωτέρω, η απόπειρα της Αναθέτουσας να υπονοήσει ότι τυγχάνει εφαρμογής η ανωτέρω παράγραφος 2.2.8 και ως εκ τούτου ότι το αντίστοιχο έγγραφο θα έπρεπε να έχει προσκομίσει ο δικαιούχος μας είναι αίολη για δύο λόγους. Πρώτον : η πρόβλεψη για την επίμαχη οιονεί Υπεύθυνη Δήλωση του όρου 2.2.9.2.B.3 αναφέρεται μεταξύ άλλων και στην παράγραφο 2.2.5 όπου ορίζεται ρητά για την “οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια” ότι «... οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016, 2017, 2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον ένα εκατομμύριο τετρακόσιες χιλιάδες ΕΥΡΩ (1.400.000,00 €)» χωρίς να απαιτείται το σύνολο ή μέρος του εν λόγω κύκλου εργασιών να αφορά «σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης». Δεύτερον : Αντίθετα από τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας, ακριβώς αυτή την εφαρμογή του όρου 2.2.8 επικαλείται η Εταιρία μας προς υποστήριξη των ισχυρισμών της. Πράγματι, όπως αναφέρουμε και στην Προσφυγή μας «Όπως είναι σαφές, ενόψει των ανωτέρω (υπό 1) αναφερόμενων, ως υποψήφιος οικονομικός φορέας μπορεί να συμμετέχει παραδεκτως, κάνοντας χρήση της κατά την παράγραφο 2.2.8. δυνατότητας να στηριχθεί για την πλήρωση των τεθέντων προϋποθέσεων (εν

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

όλω ή εν μέρει) σε “δανειοπάροχο”, και εταιρία που δεν έχει η ίδια εκτελέσει απολύτως καμία εργασία που να αφορά στην κατηγορία έργων που ζητούνται, η οποία θα έχει έτσι μηδενικό κύκλο εργασιών σε παρόμοια έργα, στηριζόμενη σχετικά στα προσόντα και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του “δανειοπαρόχου”.» 3. Με τον τρίτο ισχυρισμό της η Αναθέτουσα στρέφεται κατά του έτερου ισχυρισμού μας περί της ασάφειας/κενού ρύθμισης του άρθρου 2.2.9.2.B.3 και επιχειρεί όπως και με τους προηγούμενους ισχυρισμούς της να τον αναιρέσει επικαλούμενη αφενός ότι «Ο πρώτος επιμέρους ισχυρισμός (α.ι) είναι ιδεοτυπικό παράδειγμα ανεπικαίρως -και, άρα, απαραδέκτως-προβαλλόμενης αιτίας (προς αποφυγή επαναλήψεων, βλ. ανωτέρω, υπό (B.2.β).» και αφετέρου ότι «Το άρθρο 2.2.9.2.B.3 της Διακήρυξης ζητεί, όπως εξηγήθηκε επανειλημμένα, «υπεύθυνη δήλωση» με συγκεκριμένο περιεχόμενο. Η δήλωση αυτή θα μπορούσε να προέρχεται είτε από την προσφέρουσα (η οποία θα δεσμευόταν για λογαριασμό της δανειοπαρόχου της) είτε από την δανειοπάροχο εταιρεία. Τα στοιχεία, πάντως, για τον κύκλο εργασιών στο αντικείμενο της σύμβασης όφειλαν να προκύπτουν με τον συγκεκριμένο τρόπο, μη δυναμένα να υποκατασταθούν από άλλα, τυχόν, έγγραφα που έχουν υποβληθεί στον διαγωνισμό.». Επικαλούμενη, συνεπώς, την παραβίαση της αρχής της τυπικότητας ενόψει του προβληθέντος ισχυρισμού μας ότι «Με άλλες λέξεις, η υποχρέωση προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, στην πραγματικότητα δεν εξυπηρετεί την διακρίβωση συνδρομής-πλήρωσης των κριτηρίων ούτε όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ούτε όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.» η Αναθέτουσα Αρχή παραβλέπει το γεγονός ότι ο ισχυρισμός μας υπό στοιχείο Ε. στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή μας στρέφεται υπέρ της εφαρμογής και της τήρησης των οριζόμενων στην Διακήρυξη νομίμως ερμηνευμένων σύμφωνα με τις Εθνικές και Ενωσιακές διατάξεις σύμφωνα και με την νομολογία της Αρχής σας, όπως την επικαλούμαστε και στην Προσφυγή μας «Με άλλες λέξεις, εάν από τον εν λόγω επίμαχο όρο της Διακήρυξης, η δυνατότητα συνδρομής των συμμετεχόντων από «δάνεια εμπειρία» περιοριζόταν από την απαίτηση προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης με το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης, ο εν λόγω όρος κατά το μέτρο που "a priori" αποκλείει τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να αποδείξει με μέσα άλλα πλην των ρητώς προβλεπόμενων, τα ποιοτικά κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και της επαγγελματικής και τεχνικής του ικανότητας αποτελεί ευθεία παράβαση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας για τη «δάνεια εμπειρία» (ΑΕΠΠ 21/2017).». Με άλλα λόγια, κατά την κρίση μας, η πρόβλεψη της πρώτης παραγράφου του άρθρου 2.2.9.2.B.3 για την προσκόμιση της επίμαχης Υπεύθυνης Δήλωσης, ερμηνευόμενη συνδυαστικά με την ρητά διατυπωμένη πρόβλεψη της επόμενης παραγράφου του ίδιου άρθρου για δυνατότητα απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων «με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο» δεν στερούν από του συμμετέχοντες φορείς τη δυνατότητα να προσφύγουν σε δανειοπαρόχους εφόσον μπορούν να αποδείξουν την χρηματοοικονομική τους επάρκεια όπως αυτή απαιτείται συνδυαστικά από τα άρθρα 2.2.5 και 2.2.8 της επίμαχης Διακήρυξης. Ο δε ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής σχετικά με τη δυνατότητα των υποψηφίων να αποδείξουν την χρηματοοικονομική τους επάρκεια όπως αυτή απαιτείται συνδυαστικά από τα άρθρα 2.2.5 και 2.2.8 της επίμαχης Διακήρυξης μόνο με την χρήση εγγράφου Υπεύθυνης Δήλωσης αφενός και προφανώς έρχεται προς επίρρωση των προαναφερόμενων ισχυρισμών μας περί δυνατότητας των συμμετεχόντων να αποδείξουν την χρηματοοικονομική τους επάρκεια «με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο». Αφετέρου, δε, ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας περί υποχρέωσης προσκόμισης [«υπεύθυνης δήλωσης» με συγκεκριμένο περιεχόμενο{sic}] έρχεται καταφανώς σε ευθεία σύγκρουση με τη γραμματική διατύπωση της δεύτερης παραγράφου του άρθρου 2.2.9.2.B.3 σύμφωνα με την οποία παρέχεται στους συμμετέχοντες δυνατότητα απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής τους επάρκειας «με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο». Αυτό ακριβώς άλλωστε δηλώνει και η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή με τις Απόψεις της υπό στοιχείο Β.2.γ.ιv. όπου αναφέρει πως: «θα μπορούσε να είχε εκπληρώσει την απαίτηση της Διακήρυξης, εισφέροντας «οποιοδήποτε κατάλληλο έγγραφο».». Σχετικά, δε με την αιτίαση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

Διακήρυξη [προϋπέθετε την ύπαρξη «βάσιμου λόγου», ο οποίος να προκαλεί αδυναμία προσκόμισης της υπεύθυνης δήλωσης] και πως η Εταιρία μας δεν τον επικαλέστηκε με αποτέλεσμα την παραβίαση της τήρησης ουσιώδους όρου της Διακήρυξης θεωρούμε πως δεν υπάρχει ιδιαίτερο περιθώριο επιχειρηματολογίας ενόψει της παντελούς απουσίας οποιασδήποτε πρόβλεψης για «επίκληση» του προαναφερθέντος «βάσιμου λόγου». Άλλωστε, ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι για ορισμένους «βάσιμους λόγους» κατά περίπτωση ενδεχομένως να υφίσταται ανάγκη επίκλησής τους ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, σίγουρα εν προκειμένω αυτό δεν τυγχάνει εφαρμογής. Και τούτο ενόψει όλων των προαναφερομένων λόγων που αποδεικνύουν ότι η δυνατότητα ενός συμμετέχοντος να προσφύγει σε «δάνεια εμπειρία» συνιστά αυταπόδεικτο «βάσιμο λόγο» η βασιμότητα του οποίου κρίνεται ευχερώς ερμηνευτικά ως προσφέρουσα στους συμμετέχοντες την προβλεπόμενη από την Εθνική και Ενωσιακή νομοθεσία δυνατότητά του να έχουν «δανειοπαρόχους». 4. Επίσης, όπως αναφέρεται στην προδικαστική μας προσφυγή «αν ακόμα ήθελε θεωρηθεί ότι η απαίτηση προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης αφορούσε, κατ' ερμηνεία της Διακήρυξης, στο πρόσωπο του δανειοπάρочου μας, θα έπρεπε, ελλείψει σχετικής ρητής πρόβλεψης, αυτό να επισημανθεί διευκρινιστικά από την Αναθέτουσα Αρχή και να κληθούμε σε σχετική διασαφήνιση, κατ' εφαρμογή των οριζομένων στο άρθρο 102 παρ.4 Ν.4412/2016». Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, διότι το κανονιστικό πεδίο εφαρμογής του αφορά στις διευκρινίσεις των υποψηφίων φορέων επί των προσφορών και όχι επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ωστόσο, έχει κριθεί ότι, δεν αποκλείεται η εφαρμογή του άρθρου 102 στα δικαιολογητικά κατακύρωσης του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 υπό τους όρους προφανώς εν γένει εφαρμογής του, ήτοι εφόσον δεν πρόκειται για ανεπίτρεπτη τροποποίηση του υποβληθέντος φακέλου, άλλως εφόσον δεν υφίσταται δέσμια υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την οικεία προσφορά κατά τις κείμενες διατάξεις (βλ. ΔΕφΠατρ. Ν58/2019 και ΑΕΠΠ 105/2020). Ως εκ τούτου, ως αβάσιμοι θα πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

μη δυνατότητας εφαρμογής εν προκειμένω του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. 5. Τέλος, αναφορικά με το ζήτημα του χαρακτηρισμού της επίμαχης Υπεύθυνης Δήλωσης όπως προκύπτει και από τις διατάξεις των όρων 2.4.6 και 3.2. της Διακήρυξης και δοθέντος ότι με τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης ως μοναδικό κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ορίζεται πως «οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016,2017,2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον 1.400.000,00 ευρώ», κρίνουμε πως η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, ως μην αποδεικνύουσα την πλήρωση του κριτηρίου αυτού, δεν συνιστά δικαιολογητικό κατακύρωσης και ως εκ τούτου η μη υποβολή της δεν δύναται να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς μας. Ως εκ τούτου δεν καταφάσκεται εν προκειμένω ο λόγος αποκλεισμού της περ. ii του όρου 3.2 («Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου [...] εάν, [...] ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών»).

11. Επειδή, με τους όρους της υπόψη Διακήρυξης, η οποία θέτει το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, προβλέπονται τα εξής : Αναφορικά με την οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια των διαγωνιζομένων, στην παράγραφο 2.2.5 της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «2.2.5 Οικονομική Χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη (2016, 2017, 2018) Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών τουλάχιστον ένα εκατομμύριο τετρακόσιες χιλιάδες ΕΥΡΩ (1.400.000,00 €). Επισημαίνεται ότι σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων αρκεί ένα από τα μέλη της να έχει τον απαιτούμενο Μέσο Γενικό Κύκλο Εργασιών» και αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων, στην παράγραφο 2.2.6. της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

τριετίας (από 1^η Ιανουαρίου 2016 έως και την ημέρα του διαγωνισμού), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 2 συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παρόμοιου αντικειμένου με την παρούσα σύμβαση. Επιπλέον, να έχουν περαιώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας πενταετίας (από 1η Ιανουαρίου του έτους 2014 έως και την ημέρα του διαγωνισμού) τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας/έργου, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία συστήματος τηλεελέγχου και τηλεχειρισμού σε σχετικό πεδίο εφαρμογής. Το σύστημα τηλεελέγχου και τηλεχειρισμού θα πρέπει να αποτελείται από έναν (1) τουλάχιστον κεντρικό σταθμό ελέγχου (ΚΣΕ) και είκοσι πέντε (25) τουλάχιστον τοπικούς σταθμούς ελέγχου. Ως σχετικά πεδία εφαρμογής ορίζονται δίκτυα ή/και αντλιοστάσια ύδρευσης, άρδευσης, αποχέτευσης, δίκτυα ενέργειας, φυσικού αερίου, πετρελαιοειδών, τηλεπικοινωνιών και εγκαταστάσεις επεξεργασίας νερού ή λυμάτων. Σε περίπτωση που η ανωτέρω σύμβαση έχει περαιωθεί εντός της τελευταίας τριετίας, μπορεί να εκληφθεί ως μία εκ των δύο απαιτούμενων συμβάσεων, της πρώτης περίπτωσης». Τέλος, αναφορικά με την δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων, στην παράγραφο 2.2.8. της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων. Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης». Εν συνεχεία, αναφορικά με την απόδειξη της οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας, στην παράγραφο 2.2.9.2. Β.3 προβλέπεται ότι : «Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν οικονομικές καταστάσεις των ετών 2015, 2016 και 2017 μετά των προσαρτημάτων ή σημειώσεων από όπου να προκύπτει ότι η καθαρή θέση του υποψηφίου είναι θετική. Επίσης, θα προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση με το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο». Τέλος, στο άρθρο 3.2. της διακήρυξης σχετικά με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης προβλέπεται ότι : «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74) όσων από τα δικαιολογητικά που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, πρέπει να κατατεθούν στο στάδιο αυτό ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας των 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, ο Αναθέτων Φορέας παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας....».

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε 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

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

13. Επειδή, κατά πάγια επίσης νομολογία έχει κριθεί ότι, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ δε μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

14. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό. Ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την ως άνω αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, οι οποίες πρέπει να συντρέχουν, καθώς

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

επίσης και να αποδεικνύονται κατά τον χρόνο και εντός των αποκλειστικών προθεσμιών που ορίζονται στην Διακήρυξη.

15. Επειδή, από την εξέταση του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε η προσφεύγουσα προκύπτει ότι για την απόδειξη πλήρωσης των κριτηρίων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας αυτή προσκόμισε την από 23.07.2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της ότι : *«Η εταιρία έχει μέσο όρο ετήσιου κύκλου εργασιών των (3) οικονομικών χρήσεων(2017,2016,2015) ίσο με 3.231.772.23€ (ο κύκλος εργασιών του έτους 2015 είναι 4.231.468,49€, ο κύκλος εργασιών του έτους 2016 είναι 3.470.722,03€, ο κύκλος εργασιών του έτους 2017 είναι 1.993.126,17€). Δεδομένου πως έχει κλείσει και η οικονομική χρήση του έτους 2018 και έχουν δημοσιευτεί τα οικονομικά στοιχεία της εταιρίας, με κύκλο εργασιών έτους 2018 το ποσό των 1.541.222,73€, ο μέσος κύκλος εργασιών των τριών τελευταίων κλεισμένων οικονομικών χρήσεων 2016-2018 είναι ίσος με 2.335.023,64€»*. Περαιτέρω, προς απόδειξη της τεχνικής-επαγγελματικής της επάρκειας, η προσφεύγουσα δήλωσε ότι θα στηριχθεί αποκλειστικά στην τεχνική-επαγγελματική ικανότητα της τρίτης δανείζουσας εταιρίας «*****», προσκομίζοντας το μεταξύ τους από 27.07.2019 ιδιωτικό συμφωνητικό δέσμευσης δάνειας εμπειρίας, σχετικώς δε η τρίτη εταιρία προσκόμισε τις απαιτούμενες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης για την απόδειξη εκτέλεσης των ζητούμενων έργων. Δηλαδή, κατά τη σαφή διατύπωση του όρου 2.2.9.2. Β.3 της διακήρυξης σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα της οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας, απαιτείτο προς απόδειξη του συγκεκριμένου κριτηρίου οικονομικής επάρκειας, η προσκόμιση, όχι μόνον, των οικονομικών καταστάσεων των ετών 2015, 2016 και 2017 από όπου να προκύπτει ότι η καθαρή θέση του υποψηφίου είναι θετική, αλλά περαιτέρω και υπεύθυνης δήλωσης με το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης, σε κάθε δε περίπτωση προβλέπεται ρητώς ότι εάν ο οικονομικός φορέας δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει τα παραπάνω με οποιοδήποτε άλλο

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

κατάλληλο έγγραφο. Παρόλα αυτά, από το περιεχόμενο της από 23.07.2019 υπεύθυνης δήλωσης διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα βεβαιώνει μόνον την θετική καθαρή θέση αυτής και το μέσο κύκλο εργασιών της κατά τα τελευταία τρία έτη (2015, 2016, 2017) και όχι ειδικώς το ύψος του κύκλου εργασιών σε έργα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης, το οποίο, λαμβανομένης υπόψιν της αρχής της τυπικότητας κατά την υποβολή και τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σαφώς και όφειλε να βεβαιώσει με σχετική δήλωση και να συμπεριλάβει στην προσφορά της. Δοθέντος δε ότι από το φάκελο της προσφοράς της προσφεύγουσας πράγματι προκύπτει ότι για την πλήρωση των απαιτήσεων τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας η προσφεύγουσα στηρίζεται αποκλειστικά στις ικανότητες της τρίτης εταιρίας «*****», η οποία και αποδεικνύει την εκτέλεση των ζητούμενων κατά την διακήρυξη έργων, συνάγεται ότι η δήλωση αναφορικά με τον κύκλο εργασιών των σχετικών με το αντικείμενο της διακήρυξης έργων θα έπρεπε να προσκομιστεί από την τρίτη δανείζουσα εταιρία «*****» και να αξιολογηθεί κατάλληλα από την αναθέτουσα αρχή. Παρόλα αυτά, εντελώς αβάσιμα και δη αυθαίρετα, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη ως πρόσχημα την δάνεια εμπειρία της «*****», καταλήγει στο συμπέρασμα ότι εφόσον στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου δανείζοντος φορέα για τα ζητούμενα έργα, δεν όφειλε να υποβάλλει κανενός είδους δήλωση σχετικά με το μέσο κύκλο εργασιών αυτών. Εξίσου ως αβάσιμοι απορρίπτονται οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση δεν συνιστά δικαιολογητικό κατακύρωσης και ότι εκ του συνδυασμού των όρων 2.2.5. και 2.2.9.2. Β.3 της διακήρυξης συνάγεται ασάφεια ως προς το συγκεκριμένο δικαιολογητικό, ισχυρισμοί οι οποίοι ανατρέπονται από την αδιάσειστη διατύπωση του όρου 2.2.9.2. Β.3 της διακήρυξης, όπου ρητώς απαιτείται η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης με τον κύκλο εργασιών των σχετικών προς το αντικείμενο της διακήρυξης έργων. Περαιτέρω, ανεπίκαιρα και δη απαράδεκτα προβάλλονται οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η διακήρυξη θα έπρεπε, εάν ήθελε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης να προσκομίζεται και υπεύθυνη δήλωση για τον κύκλο εργασιών των έργων που σχετίζονται με την διακήρυξη, να ζητά τούτο και στον οικείο όρο

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

της παραγράφου 2.2.5, διότι δια των ισχυρισμών αυτών θίγεται ανεπιδικαίως το περιεχόμενο του οικείου όρου της διακήρυξης. Τέλος, αναφορικά με την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την συμπλήρωση/διευκρίνιση της υπεύθυνης δήλωσης κατά το μέρος τούτο, ως ορθώς η αναθέτουσα αρχή υπογραμμίζει με τις απόψεις της, αφενός μεν, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα, αφετέρου δε, εν προκειμένω, δεν πληρούνται ούτε οι εκ του νόμου τιθέμενες προϋποθέσεις για την εφαρμογή του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ως τούτο ισχύει κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, καθόσον, ουδόλως προκύπτουν οι κατάλληλες κατά την οικεία διάταξη περιστάσεις για την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης με σχετικό προηγουμένως αίτημα της προσφεύγουσας. Ενόψει των ανωτέρω, απορρίπτονται οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα ισχυρισμοί και ως εκ τούτου και η υπόψη Προσφυγή.

16. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή απορρίπτεται ως αβάσιμη.

17. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 7.000 ευρώ πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 7.000,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 24 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 27 Ιουλίου 2020.

Αριθμός απόφασης: 855 / 2020

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα