

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24-11-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/292/27-11-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/48/27-11-2017 της εταιρίας με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΝΑΥΤΙΛΙΑΣ ΚΑΙ ΝΗΣΙΩΤΙΚΗΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ», νόμιμα εκπροσωπούμενης

Και της παρεμβαίνουσας «...» και «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την ακύρωση της από 15.11.2017 και με αρ.πρωτ. 2832.7/82184/2017 Απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής με την οποία έγινε δεκτό το από 6.11.2017 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής των συμμετεχουσών εταιρειών στον ηλεκτρονικό, ανοικτό, διεθνή διαγωνισμό για την προμήθεια ειδών για την «Αναβάθμιση Ελληνικού Συστήματος Δορυφορικού Εντοπισμού για αποστολές Έρευνας και Διάσωσης – Συμμετοχή στο Σύστημα MEOSAR του διεθνούς Προγράμματος COSPAS – SARSAT (MEOSAR)», αφενός ως προς το σκέλος της με το οποίο απορρίπτει την προσφορά του προσφεύγοντος, αφετέρου ως προς το σκέλος της με το οποίο έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

«...» και «...». Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 17584583095801220054 και ποσού ευρώ 15.000,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου μέσω Τράπεζας AlphaBank, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου.

2. Επειδή, η από 24-11-2017 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα απόφασης έγκρισης πρακτικού τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών καθ' ο σκέλος αυτό αφενός δεν έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του προσφεύγοντος, αφετέρου έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των ως άνω έτερων δύο διαγωνιζομένων. Ειδικότερα, ο προσφεύγων αιτιάται όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς του τα εξής. Πρώτον (1^{ος} λόγος προσφυγής), ότι μη νομίμως η αναθέτουσα έκρινε ότι δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, διότι εσφαλμένα δεν έλαβε υπόψη της συνδυαστικά μετά των δικών του οικονομικών στοιχείων όπως τα δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Π. του, τα αντίστοιχα στοιχεία του τρίτου οικονομικού φορέα, ..., στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 ο προσφεύγων, παρότι ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας υπέβαλε Ε.Ε.Ε.Π. δηλώνοντας τα σχετικά. Δεύτερον (2^{ος} λόγος προσφυγής), ότι αφενός μη νομίμως κρίθηκε ότι παρανόμως υποβλήθηκε το Ε.Ε.Ε.Π. του ως άνω τρίτου οικονομικού φορέα, με την αιτιολογία ότι δεν έφερε αυτό ψηφιακή υπογραφή, αλλά χειρόγραφη του νομίμου εκπροσώπου της, η γνησιότητα της οποίας επικυρώθηκε με σχετική συμβολαιογραφική πράξη, αφετέρου ότι εκ παραδρομής του ο τελευταίος δεν συμπλήρωσε τίποτα όσον αφορά το Μέρος IV του ΕΕΕΣ περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η αναθέτουσα έσφαλε μη

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

αξιολογώντας ότι δεν προέβη στην παραπάνω παράλειψη εκούσια και ότι παρά ταύτη, συνιστά φορέα εγνωσμένου διεθνούς κύρους. Σε κάθε περίπτωση, ότι η τελευταία ως άνω έλλειψη του Μέρους IV είχε χαρακτήρα πρόδηλου τυπικού σφάλματος, περί της συμπλήρωσης του οποίου όφειλε η αναθέτουσα να ζητήσει διευκρινίσεις/συμπληρώσεις. Όσον αφορά την κατά τον προσφεύγοντα μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς «...», ο προσφεύγων επικαλείται τα εξής. Πρώτον (3^{ος} λόγος προσφυγής), ότι υπέβαλε τεχνική περιγραφή συνταγμένη στην αγγλική αντί της ελληνικής γλώσσας, κατά παράβαση του όρου 2.1.4 της διακήρυξης. Δεύτερον (4^{ος} λόγος προσφυγής) ότι ομοίως υπέβαλε στην αγγλική χωρίς επίσημη μετάφραση στην ελληνική γλώσσα τη δήλωση συνεργασίας της με τον οικονομικό φορέα ..., κατά παράβαση του ίδιου ως άνω όρου της διακήρυξης. Τρίτον (5^{ος} λόγος προσφυγής), ότι ο όρος 2.2.6 και 2.2.8.2 παρ. Β4 της διακήρυξης περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ορίζει ότι θα πρέπει να προσκομιστεί κατάλογος έργων από τον προσφέροντα στον οποίο να περιλαμβάνεται τουλάχιστον ένα (01) έργο εγκατάστασης σταθμού MEOLUT και ενός (01) κέντρου MCC, ικανού να επεξεργάζεται συγχωνευμένα δεδομένα των συστημάτων LEOSAR, GEOSAR και MEOSAR. Όμως, ο ως άνω διαγωνιζόμενος, στηριζόμενος στην ικανότητα του τρίτου οικονομικού φορέα ..., δεν αναφέρεται στη δήλωση συνεργασίας του μαζί του παρά μόνο στο σύστημα MEOLUT χωρίς αναφορά στα συστήματα MCC, RCS, GEOLUT και LEOLUT και επομένως δεν τεκμηριώνει τη σχετική τεχνική του επάρκεια. Τέταρτον (6ος λόγος προσφυγής), ότι ο ως άνω διαγωνιζόμενος υπέβαλε πιστοποιητικό ISO 9001:2008 σε αντίγραφο που δεν συνοδεύεται από επιστολή του φορέα πιστοποίησης κατά παράβαση της παρ. 12.2 Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης. Πέμπτον (7ος λόγος προσφυγής), ότι ο ως άνω διαγωνιζόμενος συμπλήρωσε Ε.Ε.Ε.Σ. που διαφέρει από τα προβλεπόμενα στο Παράρτημα Β' της Διακήρυξης κατά τα εξής: α) Στη σελίδα 1 του ΕΕΕΣ, στο πεδίο «Πληροφορίες σχετικά με τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων» αναγράφεται: Type of Procedure: Open procedure. Αντιθέτως, στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ που υπέβαλε η ως άνω εταιρεία αναγράφεται «Not specified». β) Στο έγγραφο ΕΕΕΣ του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης, δεν εμπεριέχεται Μέρος V. Αντιθέτως, στο έγγραφο ΕΕΕΣ που υπέβαλε η ως άνω εταιρεία, περιλαμβάνεται στη σελίδα 23 η ενότητα: Μέρος V,

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

«Περιορισμός του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια». Έκτον (8ος λόγος προσφυγής), ότι ο ως άνω διαγωνιζόμενος υπέβαλε ελλιπή τεχνική περιγραφή σε σχέση με όσα όριζε η παρ. 2.1.3 και δη η υποπαρ. 2.3.1.6 του Παραρτήματος Α' της διακήρυξης. Έβδομον (9ος λόγος προσφυγής), ότι κατά παράβαση της παρ. 4.8 του Παραρτήματος Α' της διακήρυξης τα στοιχεία διαθεσιμότητας που υποβλήθηκαν από τον ως άνω έτερο διαγωνιζόμενο (ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ.pdf Chapter 3.2.6 GEOLUT και Chapter 5.1.2.1.5 System Reliability System Reliability.pdf) για το προτεινόμενο σύστημα δεν μπορούν να θεωρηθούν έγκυρα για τους εξής λόγους: α) Υπάρχει αντίφαση μεταξύ των ποσοστών διαθεσιμότητας που δηλώνονται στο Κεφάλαιο 5.1.2.1.5 της Τεχνικής Περιγραφής και των ποσοστών διαθεσιμότητας που δηλώθηκαν στο Κεφάλαιο 1.1.1.1 της μελέτης αξιοπιστίας του συστήματος (System Reliability.pdf). Ενώ και τα δύο κεφάλαια περιλαμβάνουν τον ίδιο πίνακα με τα δεδομένα που χρησιμοποιούνται για τον υπολογισμό της διαθεσιμότητας, ωστόσο καταλήγουν σε διαφορετικά αποτελέσματα. (β) Επιπρόσθετα: i) Ο χρόνος που απαιτείται για την αλλαγή θέσης παρακολούθησης μεταξύ δύο δορυφόρων (switching time) δεν φαίνεται να λαμβάνεται υπόψη, ii) Το σχεδιάγραμμα της αρχιτεκτονικής του συστήματος που παρουσιάζεται στο σχήμα 39 (σελ 120 της Τεχνικής Περιγραφής) δεν είναι σύμφωνο με τα στοιχεία που χρησιμοποιούνται για τον υπολογισμό της διαθεσιμότητας (Πίνακας 1, σελ 3 της Μελέτης Αξιοπιστίας). Για παράδειγμα το υποσύστημα ελέγχου κεραίας (Antenna Control Subsystem) συμπεριλαμβάνεται στο σχήμα 39 ενώ η τιμή MTBF δεν εμπεριέχεται στον πίνακα. Επιπρόσθετα, το σύστημα Down Converter δεν αναπαρίσταται στο σχήμα, ενώ η σχετική τιμή MTBF συμπεριλαμβάνεται στον πίνακα 1, iii) Η τιμή για το MTBF της προσφερόμενης κεραίας που έχει δηλωθεί (53 000 ώρες), θεωρείται ιδιαίτερα υψηλή και είναι δεκαπλάσια σε σύγκριση με τις αντίστοιχες τιμές MTBF που έχουν δημοσιευτεί σε εκθέσεις του C / S, iv) Η παράμετρος MTTR δεν επαρκεί για την υπολογισμό της διαθεσιμότητας. Θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η παράμετρος MDT (Mean Down Time) που συμπεριλαμβάνει όλους τους χρόνους μειωμένης διαθεσιμότητας, v) Δεν αναφέρεται η παράμετρος TAT (Turn Around Time). Συμπερασματικά, δεν είναι δυνατή η αξιολόγηση του κριτηρίου 1.2 του πίνακα βαθμολόγησης αφού οι τιμές που έχουν δηλωθεί από την εταιρεία «...» είναι ασαφείς. Επιπρόσθετα, η τεχνική

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

περιγραφή δεν συμμορφώνεται με την απαίτηση της παραγράφου 2.3.3 του Παρατήματος Α΄ της Διακήρυξης, αφού μεθοδολογία της ανάλυσης διαθεσιμότητας δεν είναι τεκμηριωμένη. Ογδοον (10ος λόγος προσφυγής), ότι η προτεινόμενη εκ του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου λύση MEOLUT βασίζεται σε σύστημα πέντε παραβολικών κεραιών, ενώ μέχρι στιγμής κανένα σύστημα με λιγότερες των έξι παραβολικών κεραιών δεν έχει περάσει τις τελικές δοκιμές που προβλέπονται από το C/S. Έννατον (11^{ος} λόγος προσφυγής), ότι το προτεινόμενο από τον ως άνω διαγωνιζόμενο χρονοδιάγραμμα έργου, αναφέρει ότι η εκπαίδευση θα πραγματοποιηθεί παράλληλα με τη διαδικασία ελέγχων SAT, κατά παράβαση της παρ. 14.6 του Παραρτήματος Α΄ της Διακήρυξης. Δέκατον (12^{ος} λόγος προσφυγής), ότι η τεχνική περιγραφή που αυτός υπέβαλε δεν παρέχει πληροφορίες περί της εγκατάστασης και διασύνδεσης των πέντε προτεινόμενων κεραιών στην Κερατέα. Όσον αφορά τη μη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου «...», ο προσφεύγων αιτιάται τα ακόλουθα. Πρώτον (13^{ος} λόγος προσφυγής), ότι κατά παράβαση του όρου 2.4.4 της διακήρυξης αυτός συμπεριέλαβε τη δήλωσή του περί τρόπου πληρωμής στον Φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» αντί στον Φάκελο της «Οικονομικής Προσφοράς», πράγμα που εκτός της παράβασης του ως άνω όρου αντιτίθεται στην αρχή του υγιούς και ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, αφού συμπεριέλαβε στον φάκελο τεχνικής προσφοράς στοιχεία που αφορούν την οικονομική προσφορά και έτσι αποσκοπούσε, κατά τον προσφεύγοντα, σε επηρεασμό της αναθέτουσας σε στάδιο προ του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων. Δεύτερον (14ος λόγος προσφυγής), ότι με δεδομένο πως α) Έργα πολιτικού μηχανικού και ηλεκτρομηχανολογικά έργα δεν περιγράφονται ως ικανότητες της εταιρείας στο κατατεθέν πιστοποιητικό ISO και β) στις σελίδες 20 έως 22 του εγγράφου ΕΕΕΣ που υπέβαλε, καθώς και στο έγγραφο T10 (T10_ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VII ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ SARSAT ΤΗΣ ... signed), που υπέβαλε, δεν δηλώνεται προσωπικό της εταιρείας με τα τυπικά προσόντα για την εκτέλεση έργων πολιτικού μηχανικού, δεν προκύπτει και δεν τεκμηριώνεται η ικανότητα της εν λόγω εταιρείας να εκτελέσει τα έργα υποδομής που απαιτούνται από την Διακήρυξη, και μάλιστα δήλωσε στο ΕΕΕΣ ότι δεν προτίθεται να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους ως

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

υπεργολαβία. Ούτως, η προσφορά του παραβίασε τους όρους 2.2.6, 2.2.8.2 παρ. Β4 της διακήρυξης και παρ. 9.3 του Παραρτήματος Α' αυτής. Τρίτον (15ος λόγος προσφυγής), ότι κατά παράβαση της παρ. 9.1 του Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης, ναι μεν υπέβαλε κατάλογο προηγούμενων έργων, χωρίς όμως να υποβάλει σχετικά αποδεικτικά στοιχεία ή έγγραφα για την τεκμηρίωσή τους. Τέταρτον (16ος λόγος προσφυγής), ότι κατά παράβαση του όρου 2.2.8.2 παρ. Β4 της διακήρυξης και παρ. 9.3 Παραρτήματος Α' αυτής, υπέβαλε μόνο συνοπτικό πίνακα των υπαλλήλων της και όχι αναλυτικά βιογραφικά σημειώματα του προσωπικού που θα περιληφθεί στην ομάδα έργου. Πέμπτον (17ος λόγος προσφυγής), ότι η προτεινόμενη από τον ως άνω έτερο διαγωνιζόμενο τεχνική λύση δεν περιέχει επαρκή και τεκμηριωμένα στοιχεία ούτως ώστε να επιτρέψει τη σωστή αξιολόγηση της, καθώς: α) Απουσιάζει η τεχνική περιγραφή του συστήματος των ασύρματων ζεύξεων, καθώς επίσης απουσιάζουν σχετικά τεχνικά φυλλάδια. Επίσης υλικά του συστήματος, δεν συμπεριλαμβάνονται στον κατάλογο ανταλλακτικών. β) Εκτός λίγων εξαιρέσεων, ιδιαίτερα όσον αφορά τα υλικά COTS δεν συμπεριλαμβάνονται στην τεχνική προσφορά σχετικά τεχνικά φυλλάδια. γ) Δεν δίνονται πληροφορίες σχετικά με το πώς θα εγκατασταθούν και θα διασυνδεθούν στην Κερατέα οι έξι προτεινόμενες κεραιές. δ) Ως προς τον Υπολογισμό Κατανάλωσης / UPS επισημαίνεται ότι: i. Δεν έχουν ληφθεί υπόψη η κατανάλωση ρεύματος των συστημάτων ασύρματων ζεύξεων και των συστημάτων Ελέγχου – Παρακολούθησης – Ειδοποίησης. ii. Για τον υπολογισμό της κατανάλωσης χρησιμοποιήθηκαν οι τυπικές τιμές αντί για τις μέγιστες, όπως προβλέπεται από την παράγραφο 2.1.3.6 του παραρτήματος Α. Σαν αποτέλεσμα, οι επιμέρους καταναλώσεις που δηλώνονται είναι υπερβολικά χαμηλές και ο υπολογισμός του χρόνου υποστήριξης των συστημάτων από τις μονάδες UPS δεν είναι σωστός. Έκτον (18ος λόγος προσφυγής), ότι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος δεν υπέβαλε επαρκή και τεκμηριωμένη περιγραφή της προτεινόμενης λύσης γιατί δεν αναφέρονται στοιχεία που αφορούν την απαιτούμενη συντήρηση 1ου επιπέδου (helpdesk - 24/7), συντήρηση 2ου επιπέδου (προληπτική συντήρηση) και συντήρηση 3ου επιπέδου (επισκευή και αντιμετώπιση προβλημάτων). Επιπρόσθετα, στο έγγραφο "Διαθεσιμότητα συστήματος", το κεφάλαιο 5 «Προσέγγιση Συντηρησιμότητας» διακόπτεται στην παράγραφο 5.2.2 και το κείμενο

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

συνεχίζεται με το κεφάλαιο 8, ενώ δίδει ελάχιστες πληροφορίες. Έβδομον (19ος λόγος προσφυγής), ότι η ανάλυση που ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος υπέβαλε αφορά μόνο το σύστημα MEOSAR (99,9%) και δεν πρέπει να θεωρηθεί έγκυρη, καθώς: α) Ο χρόνος που απαιτείται για την αλλαγή θέσης παρακολούθησης μεταξύ δύο δορυφόρων (switching time) δεν φαίνεται να λαμβάνεται υπόψη, β) δεν παρέχεται κατάλογος των εξαρτημάτων με στοιχεία για τις τιμές MTBF / MTTR, γ) η παράμετρος MTTR δεν επαρκεί για την υπολογισμό της διαθεσιμότητας, ενώ θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η παράμετρος MDT (Mean Down Time) που συμπεριλαμβάνει όλους τους χρόνους μειωμένης διαθεσιμότητας και δ) δεν αναφέρεται η παράμετρος TAT (Turn Around Time). Ούτως η τεχνική επιγραφή παραβιάζει την απαίτηση της παρ. 2.3.3 του Παραρτήματος Α' της διακήρυξης αφού δεν βασίζεται σε τεκμηριωμένη μεθοδολογία ανάλυσης διαθεσιμότητας και δεν είναι δυνατή η αξιολόγηση του κριτηρίου 1.2 του πίνακα βαθμολόγησης, καθώς ο τρόπος υπολογισμού των τιμών διαθεσιμότητας είναι ασαφής. Επιπλέον δεν λαμβάνει χώρα ξεχωριστή ανάλυση διαθεσιμότητας για τα συστήματα LEOLUT / MEOLUT / GEOLUT / MCC όπως προβλέπεται από την Διακήρυξη σύμφωνα και με τα ειδικότερα οριζόμενα στην διευκρίνιση «Η» της 2/10/2017 (Αρ. Πρωτ: 2832.7/70064/2017). Ειδικότερα, σε σχετικό ερώτημα που είχε υποβληθεί στο πλαίσιο του εν θέματι διαγωνισμού, το ακριβές περιεχόμενο του οποίου είχε ως εξής: *«Σχετικά με τα γραφόμενα στην παράγραφο 4.8., αναφέρεται ότι «Η επιχειρησιακή διαθεσιμότητα του συστήματος ορίζεται για το MCC στο 99,5% και για το LEOLUT-GEOLUT-MEOLUT τουλάχιστον 95% σε ετήσια βάση». Θα θέλαμε να δοθεί η διευκρίνιση για το αν η απαίτηση 95% επιχειρησιακής διαθεσιμότητας αναφέρεται στο συνολικό σύστημα LUT (LEOLUT,GEOLUT και MEOLUT) και όχι για κάθε LUT ξεχωριστά»* δόθηκε από την αρμόδια διεύθυνση της Αναθέτουσας Αρχής δια του υπ'αρ. πρωτ. 2832.7/70064/2017- 2.10.2017 εγγράφου, η εξής απάντηση –διευκρίνιση: *«Η απαίτηση για επιχειρησιακή διαθεσιμότητα των LEOLUT-GEOLUT-MEOLUT τουλάχιστον σε 95% σε ετήσια βάση αφορά στι κάθε LUT ξεχωριστά, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των Εγχειριδίων COSPAS – SARSAT T.002, T.009 και T. 019».*

3. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που προκηρύχθηκε

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

βάσει της Διακήρυξης υπ'αρ. 08/2017 ηλεκτρονικού, ανοικτού, διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια ειδών για την «Αναβάθμιση Ελληνικού Συστήματος Δορυφορικού Εντοπισμού για αποστολές Έρευνας και Διάσωσης – Συμμετοχή στο Σύστημα MEOSAR του διεθνούς Προγράμματος COSPAS – SARSAT (MEOSAR)», CPV 32530000-7, για την κάλυψη των αναγκών του ΥΝΑΝΠ/ΑΡΧΗΓΕΙΟΥ ΛΙΜΕΝΙΚΟΥ ΣΩΜΑΤΟΣ-ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΑΚΤΟΦΥΛΑΚΗΣ, εκτιμώμενης αξίας άνευ ΦΠΑ 5.806.451,61 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 29-8-2017 και δημοσιεύτηκε την 31-8-2017 με αρ. 2017/S 166-342557, ενώ περαιτέρω δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31-8-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC001882697 και 17PROC001882442 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 31-8-2017 με συστημικό α/α 44205. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση προς την ΕΕΕΕ, ο οποίος κατ'άρ. 61 Ν. 4412/2016 συνιστά και τον κρίσιμο χρόνο για την κατάγνωση έναρξης του διαγωνισμού, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ'ύλην αρμοδιότητά της κατ'άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 15-11-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον Πρόεδρο Δ.Σ. και Διευθύνοντα Σύμβουλο του νομικού προσώπου. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής ως προς το πρώτο σκέλος αυτής, που συνίσταται εκ του πρώτου και δεύτερου λόγου της, ήτοι κατά το μέρος που ζητά ακύρωση της όσον αφορά τον δικό του αποκλεισμό, αφού μετείχε στον διαγωνισμό και κρίθηκε από την προσβαλλόμενη ως αποκλειστέος κατά το στάδιο τεχνικής προσφοράς-δικαιολογητικών. Το δε περαιτέρω έννομο συμφέρον του περί την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή των έτερων διαγωνιζομένων που κρίθηκαν αποδεκτοί από την προσβαλλόμενη, θα εξαρτηθεί από την αποδοχή της προσφυγής του ως προς το ως άνω πρώτο σκέλος της (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 119/2017). Και τούτο, διότι εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του, παρέλκει, ως αλυσιτελής η εξέταση του δεύτερου σκέλους αυτής και των οικείων λόγων που προβάλλει περί της μη νόμιμης αποδοχής της προσφοράς του συνδιαγωνιζομένου του (ΔΕφΑΘ 892/2010). Αυτό, καθώς, κατά τα παγίως

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

κριθέντα (βλ. ΣτΕ 1156/2010, ΣτΕ Ε.Α. 64/2012, 695, 311/2009) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος. Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, δύναται ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να προβάλλει με έννομο συμφέρον ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνου που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του. Επομένως, η Προσφυγή ασκήθηκε καταρχήν παραδεκτά κατά το σκέλος της με το οποίο ζητά την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το σκέλος της με το οποίο απέκλεισε την προσφορά της και δη κατά τον πρώτο και δεύτερο λόγο της, ενώ το παραδεκτό αυτής κατά το δεύτερο σκέλος της με το οποίο ζητά την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το σκέλος της με το οποίο ενέκρινε τις προσφορές των άλλων δύο διαγωνιζομένων, δηλαδή όσον αφορά όλους τους υπόλοιπους λόγους της, θα κριθεί μόνο κατόπιν της αποδοχής του ως άνω πρώτου σκέλους της προσφυγής.

4. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 1-12-2017 και με αρ. πρωτ. 2832.7/86488/2017 Απόψεις της επικαλείται τα εξής όσον αφορά τον πρώτο και δεύτερο λόγο της προσφυγής, η εξέταση των οποίων κατά τα παραπάνω πρέπει να προηγηθεί ως προϋπόθεση περαιτέρω εξέτασης των υπολοίπων. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής ότι ο μεν προσφεύγων διαθέτει κύκλο εργασιών μικρότερου του απαιτούμενου κατά τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης, ενώ κατά το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα τις ικανότητες του οποίου επικαλέστηκε, δεν γίνεται καμία αναφορά στον κύκλο εργασιών του, σφάλμα που και ο ίδιος ο προσφεύγων συνομολογεί στη σελ. 10 της προσφυγής και περί του οποίου δεν είναι δυνατή η ζήτηση διευκρινίσεων κατά το αρ. 102 Ν. 4412/2016. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ότι η υποχρέωση ψηφιακής υπογραφής προβλέπεται εκτός των άλλων ρητά στον όρο 2.4.2.5 της διακήρυξης και σαφέστατα αφορά και τους τρίτους

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζονται οι προσφέροντες. Περαιτέρω, ότι εσφαλμένα ο προσφεύγων αποπειράται να βρει έρεισμα του ισχυρισμού του στην Απόφαση 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 39/2017, καθώς αυτή ρητά μνημονεύει ότι η μόνη αποδεκτή υπογραφή σε ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς είναι η ψηφιακή, ότι το ζήτημα της ψηφιακής υπογραφής δεν αφορά κάποιον τυχόν υπερβολικό τύπο και ότι το σκέλος της Απόφασης αυτής αφορούσε τον μορφότυπο αρχείου που σε κάθε περίπτωση πρέπει να υπογραφεί ψηφιακά και όχι το παραδεκτό έλλειψης ψηφιακής υπογραφής.

5. Επειδή, ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος ... κατέθεσε ενώπιον της αναθέτουσας, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, το με αρ. πρωτ. 7669/1-12-2017 έγγραφο του, ως απάντηση της από 28-11-2017 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής, ήτοι εντός της σχετικής προθεσμίας για άσκηση παρέμβασης κατ' άρ. 7 ΠΔ 39/2017, με το οποίο έγγραφο βάλλει κατά της προσφυγής κατά το σκέλος της που τον αφορά, ενώ συγχρόνως συντάσσεται με αυτήν κατά το σκέλος της με το οποίο στρέφεται κατά του τρίτου έτερου διαγωνιζομένου Με το ως άνω έγγραφό του, ο παραπάνω οικονομικός φορέας ισχυρίζεται ότι ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι νόμω αβάσιμος διότι το έγγραφό του με ονομασία τεχνική περιγραφή, ορθώς συντάχθηκε στην αγγλική γλώσσα ως έγγραφο ειδικού τεχνικού περιεχομένου κατά τον όρο 2.1.4 της διακήρυξης. Ο δε τέταρτος λόγος της προσφυγής είναι ομοίως αβάσιμος, διότι ο ίδιος υπέβαλε την οικεία δήλωση αποκλειστικά προς διευκόλυνση της αναθέτουσας και όχι ως δικαιολογητικό και έγγραφο από αυτά που ορίζουν οι όροι 2.4.3.1, 4.4.2 και 2.2.8.2 της διακήρυξης κατά την οποία η δήλωση συνεργασίας συνιστά δικαιολογητικό κατακύρωσης και επομένως εκ περισπού υπεβλήθη στο στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης. Όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που παρέχεται σε αυτόν δεν περιορίζεται στο σύστημα MEOLUT, αλλά απαντά στους όρους 2.2.6 και 2.2.7 της διακήρυξης εξολοκλήρου και επεξηγείται στα έργα αναφοράς του τρίτου οικονομικού φορέα και στα βιογραφικά της και έτσι υπερκαλύπτει ο,τι σχετικώς απαιτεί η διακήρυξη. Όσον αφορά τον έκτο λόγο της προσφυγής, επικαλείται ότι είναι απορριπτέος διότι κατά τον όρο 12.2 του Παραρτήματος Α προκύπτει ότι γνήσιο αντίγραφο του οικείου πιστοποιητικού

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

και μετάφρασή του απαιτείται μόνο όταν αυτό δεν είναι πρωτοτύπως συνταγμένο στην ελληνική, κάτι που εν προκειμένω δεν ισχύει. Όσον αφορά τον έβδομο λόγο της προσφυγής, αιτιάται ότι είναι απορριπτέος διότι το Μέρος Ι του ΕΕΕΣ συμπληρώνεται από την αναθέτουσα και όχι από τον δηλούντα οικονομικό φορέα, ενώ το Μέρος V του εμπεριεχόταν στο .xml αρχείο που δημιούργησε η αναθέτουσα και ούτως αποτελούσε υποχρέωση των δηλούντων να το συμπληρώσουν όπως αυτή το ανήρτησε, ενώ σε κάθε περίπτωση το ΕΕΕΣ δύναται να υποβάλλεται και αυτούσιο και όχι μόνο με τα περιορισμένα πεδία που ζητούνται από τον φορέα. Όσον αφορά τον όγδοο λόγο της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι είναι απορριπτέος, διότι ο ίδιος έχει με την προσφορά του δεσμευτεί για αυτονομία 40 λεπτών, υπολογισμός ευχερής δια της ανάλυσης των τεχνικών φυλλαδίων των συστημάτων σε κάθε σημείο εγκατάστασης, ενώ η διακήρυξη δεν αναφέρεται στον αναλυτικό τρόπο υπολογισμού που απαιτείται. Όσον αφορά τον έννατο λόγο, ότι είναι απορριπτέος διότι η προσφορά του από τυπογραφικό σφάλμα αναφέρει δυο διαφορετικές τιμές για την διαθεσιμότητα των LGM MCC και MEOLUT στα έγγραφα Τεχνική Περιγραφή και Μελέτη Αξιοπιστίας Συστήματος αλλά οι σωστές και έγκυρες τιμές αναφέρονται στο έγγραφο «Reliability Analysis» και επίσης στον «Πίνακα Συμμόρφωσης» όσο και στην «Ανάλυση βαθμολογούμενων κριτηρίων προσφοράς ...». Ο δε τρόπος υπολογισμού αυτών των τιμών αναλύεται σε βάθος στα αναφερόμενα έγγραφα και έχει αποδειχθεί και διαπιστωθεί από τον κατασκευαστή και έτσι το παραπάνω τυπογραφικό σφάλμα δεν είναι ουσιαστικός λόγος απόρριψης της προσφοράς του. Όσον αφορά τον δέκατο λόγο, ότι είναι ομοίως απορριπτέος διότι οι παράγραφοι 1.1 και 3.2.1 της Τεχνικής Περιγραφής που υπέβαλε σε συνδυασμό με την Ανάλυση Βαθμολογούμενων Κριτηρίων, παρ. 1.1 και τον Πίνακα Συμμόρφωσης, παρ. 2.1.3 και 2.3.4.1 αντικρούουν πλήρως τη βασιμότητα των όσων ο προσφεύγων ισχυρίζεται σχετικά. Ο δε εντέκατος λόγος είναι απορριπτέος διότι το υποβληθέν χρονοδιάγραμμα έχει χρονική διάρκεια της εκπαίδευσης παράλληλη με την χρονική διάρκεια των SAT αλλά εφόσον έχουμε δεσμευτεί, στον Πίνακα συμμόρφωσης, η εκπαίδευση θα πραγματοποιηθεί έπειτα από τα SAT του κάθε συστήματος. Το δε χρονοδιάγραμμα του έργου που έχει επισυναφθεί στην προσφορά του είναι προσχέδιο και αυτό θα επικαιροποιηθεί κατά το στάδιο της μελέτης

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

εφαρμογής. Ο δωδέκατος λόγος είναι επίσης απορριπτέος διότι η διακήρυξη δεν προβλέπει απαίτηση αναλυτικής μελέτης εγκατάστασης και διασύνδεσης κεραιών στην Κερατέα, αλλά οι οικείες μελέτες θα κατατεθούν κατά το στάδιο της μελέτης εφαρμογής. Άρα, η προσφυγή είναι εν όλω απορριπτέα ως προς το σκέλος της με το οποίο στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης κατά το κεφάλαιό της με το οποίο έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του, ενώ, όπως προμνημονεύθηκε, ο παραπάνω έτερος διαγωνιζόμενος επιπλέον μνημονεύει ότι η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή καθ' ο σκέλος της στρέφεται κατά της προσφοράς του τρίτου έτερου διαγωνιζομένου "...", χωρίς όμως να αναφέρει τίποτε περαιτέρω.

6. Επειδή, το ως άνω έγγραφο αναγνωρίζεται καθ' ερμηνεία του ως παρέμβαση του άρ. 7 ΠΔ 39/2017 και του άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016, καθώς (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 132/2017, αλλά και Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) το Κλιμάκιο δεν εμποδίζεται στην κρίση του επί του χαρακτήρα και τη λήψη υπόψη ενός δικογράφου από τον τίτλο τον οποίο φέρει ούτε απαιτείται τυχόν πανηγυρική μνεία του χαρακτήρα του δικογράφου, αλλά αρκεί ο χαρακτήρας αυτός να συνάγεται από το περιεχόμενο και το καθ' ερμηνεία του τελευταίου αίτημά του (πρβλ. άρ. 17 παρ. 2 ΠΔ 18/89). Εξάλλου, ούτε το άρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ούτε το άρ. 7 ΠΔ 39/2017 προβλέπουν υποχρεωτική άσκηση της παρέμβασης δια τυποποιημένου εντύπου, πρόβλεψη που αφορά μόνο την προσφυγή, παρότι και γι' αυτήν τα παραπάνω δεν συνιστούν ουσιώδη τύπο, καθώς δεν προβλέπεται ποινή δικονομικής ακυρότητας στην περίπτωση μη τήρησής του. Περαιτέρω, ο ως άνω διαγωνιζόμενος κατέθεσε το παραπάνω έγγραφο υπό την ιδιότητά του ως αυτού του οποίου η συμμετοχή στον διαγωνισμό διακινδυνεύεται από την τυχόν αποδοχή της προσφυγής (υπό τον όρο όμως πρότερης κρίσης του μη νομίμου του αποκλεισμού του προσφεύγοντος κατά τη σκ. 3), άρα και τα συμφέροντά του επηρεάζονται κατά την έννοια του άρ. 7 ΠΔ 39/2017 και άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016, ενώ ρητά αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και συνεπώς τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης με προβολή ορισμένων ισχυρισμών. Επομένως, δια της καταθέσεως του ως άνω εγγράφου, το οποίο λογίζεται ως παρέμβαση, κατέστη καταρχήν παρεμβαίνων στην ανοιγείσα εξέταση και συνεπώς θα πρέπει να ληφθούν

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

υπόψη όσα ισχυρίζεται κατά των λόγων της προσφυγής που στρέφονται κατά της αποδοχής της προσφοράς του, εφόσον κριθεί μη νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, στοιχείο που συνιστά προϋπόθεση για το έννομο συμφέρον του όσον αφορά την παρέμβασή του ως και τις εξ αυτής αιτιάσεις που προβάλλει, δεδομένου δε ότι δεν προβάλλει κανένα ισχυρισμό κατά του πρώτου και δεύτερου λόγου της προσφυγής, οι οποίοι αφορούν το μη νόμιμο του αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Αντίθετα, δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη, όσα ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται υπέρ της προσφυγής και επομένως κατά της προσβαλλόμενης, όσον αφορά την αποδοχή του τρίτου έτερου διαγωνιζομένου. Και αυτό διότι πρώτον, κατ' άρ. 7 ΠΔ 39/2017 και άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 αποκλειστικό παραδεκτό αντικείμενο της παρέμβασης ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι η διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης, άρα δεν είναι δυνατόν δια παρεμβάσεως, να προβληθεί λόγος για τον οποίο η προσβαλλόμενη έσφαλε και άρα είναι ακυρωτέα όσον αφορά την αποδοχή τρίτου διαγωνιζομένου, ασχέτως δε αν η προσφυγή στρέφεται κατά της τελευταίας. Δεν νοείται εξάλλου ενώπιον της ΑΕΠΠ, κατά τα παραπάνω, παρέμβαση κατά της προσβαλλόμενης, αλλά αποκλειστικός σκοπός του ιδιότυπου αυτού βοηθήματος προδικαστικής προστασίας είναι η υπεράσπιση της προσβαλλόμενης, της οποίας το κύρος διακινδυνεύεται από τυχόν παραδοχή της προσφυγής και πάντα καθ' ο μέρος ο παρεμβαίνων έχει προς τούτο έννομο συμφέρον, δηλαδή κατά το μέρος που τα δια της προσφυγής προσβαλλόμενα κεφάλαια τον αφορούν. Δεύτερον, το μόνο παραδεκτό μέσο δια του οποίου δύνανται να προβληθούν ενώπιον της ΑΕΠΠ λόγοι ακύρωσης μιας πράξης της αναθέτουσας είναι η προδικαστική προσφυγή σύμφωνα και με τα άρ. 346 επ. και 360 επ. Ν. 4412/2016. Όμως, το παραπάνω έγγραφο δεν δύναται να ληφθεί υπόψη ως παραδεκτώς ασκούμενη "προδικαστική προσφυγή", τουλάχιστον κατά το σκέλος του με το οποίο στρέφεται κατά της αποδοχής προσφοράς έτερου διαγωνιζομένου, συντασσόμενο ως προς τούτο με την προκειμένη προσφυγή και αυτό διότι ασχέτως του ότι δεν χρησιμοποιήθηκε το προδιατυπωμένο έντυπο κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017, πρώτον δεν κατεβλήθη κανένα για αυτήν παράβολο κατά τα οριζόμενα στο άρ. 363 Ν. 4412/2016 και δεύτερον κατατέθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 1-12-2017, ήτοι μετά τη λήξη της, κατ' άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δεκαήμερης από την από 15-11-2017 κοινοποίηση της οικείας εκτελεστής πράξης προθεσμίας.

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

Τρίτον, δεν περιέχει καμία νομική ή πραγματική αιτίαση ή αυτοτελές ακυρωτικό αίτημα κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου, κατά παράβαση του άρ. 8 παρ. 1 ΠΔ 39/2017, όντας ούτως όλως αόριστη. Η δε μνεία ότι η “προσφυγή είναι έγκυρη κατά το μέρος που αφορά την αίτηση απόρριψης της προσφοράς” της ως άνω τρίτης διαγωνιζομένης εταιρίας, ουδόλως θεραπεύει την ως άνω αοριστία, διότι δεν νοείται προδικαστική προσφυγή με “δάνειο” αίτημα ως και ιδίως ισχυρισμούς από έτερη προσφυγή. Και αυτό διότι μια τέτοια “προσφυγή” ταυτίζεται εν τοις πράγμασι με παρέμβαση υπέρ άλλης προσφυγής (άρα και κατά του κύρους της προσβαλλομένης), η οποία όμως, όπως προαναφέρθηκε δεν επιτρέπεται και δεν νοείται σύμφωνα με το άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και το άρ. 7 ΠΔ 39/2017. Επομένως, το ως άνω έγγραφο δύναται να ληφθεί υπόψη αποκλειστικώς ως παρέμβαση (προφανώς υπέρ του κύρους της προσβαλλομένης) και δη όσον αφορά το σκέλος της προσφυγής που στρέφεται κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος. Πλήν, όμως, όπως αναφέρθηκε στη σκ. 3, αλλά και παραπάνω στην παρούσα σκέψη, το έννομο προς αυτήν συμφέρον του παρεμβαίνοντος, άρα και το παραδεκτό της παρεμβάσεώς του θα κριθούν και τελούν υπό τον όρο αποδοχής αμφοτέρων των δύο πρώτων λόγων της προσφυγής, σύμφωνα με τα αναφερόμενα και στη σκ. 2.

7. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής. Ο όρος 2.2.5 της διακήρυξης ορίζει κριτήρια ποιοτικής επιλογής ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια συνιστάμενα σωρευτικά, πρώτον σε γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών ύψους 7.200.000 ευρώ για κάθε μία από τις χρήσεις 2014, 2015 και 2016 και μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για τις παραπάνω τρεις χρήσεις ύψους 7.200.000 ευρώ. Κατά τον όρο 2.2.8.1 της διακήρυξης προς προκαταρκτική απόδειξη, οι προσφέροντες υποβάλλουν ως δικαιολογητικό συμμετοχής, σύμφωνα και με τον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης, ΕΕΕΣ περί του ότι δεν τελούν στις καταστάσεις του άρ. 2.2.3 της διακήρυξης περί λόγων αποκλεισμού και ότι πληρούν τα κριτήρια επιλογής των άρ. 2.2.4, 2.2.5 και 2.2.6, άρα και τα ως άνω κριτήρια ποιοτικής επιλογής περί της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Το δε ΕΕΕΣ υποβάλλεται σύμφωνα με το

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

συνημμένο στη διακήρυξη Παράρτημα Β' αυτής (βλ. περαιτέρω και Συχνά Ερωτήματα ΕΑΑΔΗΣΥ, αρ. 36), αποτελώντας έτσι, όπως ακριβώς έχει επισυναφθεί στη διακήρυξη και όπως έχει ακριβώς αναρτηθεί σε μορφή αρχείων τύπου xml και pdf στο ΕΣΗΔΗΣ, αναπόσπαστο μέρος της τελευταίας, όπως εξάλλου προβλέπει ομοίως και η σελ. 38 της διακήρυξης, με αποτέλεσμα να είναι υποχρεωτική η συμπλήρωση όλων των τιθέμενων σε αυτό (στη μορφή που έχει επισυναφθεί) πεδίων και απάντηση των οικείων ερωτημάτων. Κατά το δε ενημερωτικό έντυπο στο οποίο παραπέμπει η διακήρυξη στη σελ. 30 με ηλεκτρονικό σύνδεσμο (υποσημ. 16) αποσαφηνίζεται ότι όσον αφορά το ΕΕΕΣ «Πρόκειται για μια υπεύθυνη δήλωση της καταλληλότητας, της οικονομικής κατάστασης και των ικανοτήτων των επιχειρήσεων, η οποία χρησιμοποιείται ως προκαταρκτικό αποδεικτικό σε όλες τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που υπερβαίνουν το κατώτατο όριο της ΕΕ. Η υπεύθυνη δήλωση επιτρέπει στις συμμετέχουσες εταιρείες ή άλλους οικονομικούς φορείς να αποδείξουν ότι: δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις για τις οποίες πρέπει ή είναι δυνατόν να αποκλειστούν από τη σύναψη δημόσιας σύμβασης· πληρούν τα συναφή κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής. Μόνον ο προσωρινός ανάδοχος θα πρέπει να υποβάλει τα πιστοποιητικά που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή ως αποδεικτικά στοιχεία. Από τους υπόλοιπους συμμετέχοντες ενδέχεται να ζητηθούν ορισμένα ή όλα τα έγγραφα σε περιπτώσεις αμφιβολιών. Σε περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος παρέχει τους συνδέσμους για τα πρωτότυπα αποδεικτικά στοιχεία στα αντίστοιχα μητρώα, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να έχει άμεση πρόσβαση από εκεί. Ειδικότερα, με βάση την παρ. 6 του άρθρου 79 του Ν.4412/2016, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία όταν η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος-μέλος της Ένωσης. Το ΕΕΕΣ δεν περιλαμβάνει τεχνικές προδιαγραφές. Καλύπτει μόνο τους όρους συμμετοχής (προεπιλογή) από πλευράς κριτηρίων αποκλεισμού και επιλογής.». Στο δε Μέρος IV Ενότητα Β' του συνημμένου στη Διακήρυξη και αναρτημένου στο ΕΣΗΔΗΣ σε μορφές xml και pdf, ΕΕΕΣ, προβλέπονται ερωτήματα και προς συμπλήρωση πεδία όσον αφορά την ερώτηση «Ο γενικός ετήσιος κύκλος

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό οικονομικών ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής προκήρυξης, των εγγράφων σύναψης της σύμβασης ή του ΕΕΕΠ είναι ο εξής...» και στη συνέχεια περιλαμβάνονται τα πεδία «Ποσό», «Ημερομηνία Έναρξης», «Ημερομηνία Λήξης», καθώς και ερώτηση «Ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό οικονομικών ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής προκήρυξης, των εγγράφων σύναψης της σύμβασης ή του ΕΕΕΠ είναι ο εξής...» και στη συνέχεια περιλαμβάνονται τα πεδία «Αριθμός Ετών» και «Μέσος Κύκλος Εργασιών». Και στα δύο παραπάνω ερωτήματα περιλαμβάνεται επιπλέον και ερώτημα αν οι παραπάνω δηλούμενες πληροφορίες είναι διαθέσιμες δωρεάν για τις αρχές από τη βάση δεδομένων κράτους-μέλους και περαιτέρω ερώτημα για παραπομπή σε ηλεκτρονικό σύνδεσμο και αναφορά κωδικού και εκδότη του τυχόν οικείου εγγράφου, ερώτηση η οποία καθιστά σαφές ότι προϋποθέτει προηγούμενη δήλωση των σχετικών πληροφοριών με αναφορά σε έτη και ποσά. Εξάλλου, και στη σελ. 38 της διακήρυξης υποσημ. 23 δίδονται αναλυτικές οδηγίες και βήματα περί συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ, όπου μεταξύ άλλων καθίσταται και πάλι σαφές, ότι (βήμα δ) οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να χρησιμοποιήσουν και να τηλεφορτώσουν το συγκεκριμένο ΕΕΕΣ του διαγωνισμού που μεταφόρτωσαν («κατέβασαν») από το ΕΣΗΔΗΣ και επιπλέον (βήμα ε) ότι οφείλουν να συμπληρώσουν και να επιλέξουν ηλεκτρονικά τα πεδία που έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα στο παραπάνω ανηρτημένο στο ΕΣΗΔΗΣ συγκεκριμένο ΕΕΕΣ. Και ναι μεν ο όρος 2.2.7 προβλέπει στήριξη στην ικανότητα τρίτων οικονομικών φορέων κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, όσον αφορά μεταξύ άλλων και τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρ. 2.2.5, που προαναφέρθηκαν, αρκεί να αποδεικνύεται ότι οι προσφέροντες θα έχουν στη διάθεση τους, τους αναγκαίους πόρους με την προσκόμιση σχετικής δέσμευσης των τρίτων οικονομικών φορέων. Πλην όμως, σύμφωνα και με το άρ. 2.2.8, στην περίπτωση τέτοιας στήριξης σε ικανότητες τρίτων φορέων, υφίσταται υποχρέωση προσκόμισης δικαιολογητικών που αποδεικνύουν μεταξύ άλλων ότι οι τρίτοι οικονομικοί φορείς πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής, μεταξύ των οποίων και αυτό του όρου 2.2.5. Μεταξύ αυτών συγκαταλέγεται, όσον αφορά το στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης και το ΕΕΕΣ, δηλαδή ο προσφέρων όφειλε να υποβάλει νομίμως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο,

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

όπως νόμος ορίζει, ήτοι ψηφιακά, ΕΕΕΣ από κάθε ένα εκ των τρίτων οικονομικών φορέων στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, ανεξαρτήτως των τυχόν νομικών δεσμών του με αυτούς (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017), σύμφωνα και με το άρ. 79 παρ. 1 Ν. 4412/2016 που, επαναλαμβάνεται εξάλλου στη σελ. 39 της διακήρυξης και το οποίο ρητά ορίζει ότι *“Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή.”*. Εξάλλου, ούτε ο προσφεύγων επικαλείται εξαίρεση του τρίτου οικονομικού φορέα από την υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ, ρητά δε την συνομολογεί στη σελ. 7 της Προσφυγής του («ως όφειλε εκ του νόμου»). Δεδομένων όμως των ως άνω, οι ίδιες εν γένει υποχρεώσεις που θεσπίζονται για την πληρότητα και νομιμότητα του ΕΕΕΣ του προσφέροντος αφορούν και διέπουν εξολοκλήρου και τον τρίτο οικονομικό φορέα, μεταξύ δε αυτών και την υποχρέωση πλήρους συμπλήρωσης ως ουσιώδες προαπαιτούμενο της νομιμότητας στήριξης στις ικανότητές του, άρα και της συνολικής νομιμότητας της προσφοράς. Στόχος του ΕΕΕΣ εξάλλου είναι να περιοριστεί η ανάγκη προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής, με αποτέλεσμα τη δημιουργία προϋποθέσεων ευρύτερης συμμετοχής, λόγω της μείωσης του απαιτούμενου χρόνου προετοιμασίας του φακέλου υποβολής προσφοράς. Η υποβολή του συμπληρωμένου ΕΕΕΣ στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του κανόνα αυτού εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, συνιστά ουσιώδη παράλειψη. Η υποβολή δε του συμπληρωμένου ΕΕΕΣ στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία και δη σε ολόκληρο τμήμα αυτού, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του κανόνα αυτού εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, συνιστά ουσιώδη παράλειψη συνεπαγόμενη αποκλεισμού του υποψηφίου μη δυνάμενη να αναπληρωθεί με παροχή διευκρινήσεων, η οποία κατ’ άρ. 102 Ν.

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

4412/2016 παρέχεται μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση και όχι για το πρώτον συμπλήρωση και ιδίως μεταβολή της απάντησης σε κεφάλαιο του ίδιου του ΕΕΕΣ, μεταβολή που συνεπάγεται ουσιώδη μεταβολή της ίδιας της προσφοράς (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 89/2017) και πάντως δεν δύναται να λάβει χώρα μετά την κατάληξη του χρόνου υποβολής προσφορών, πόσο μάλλον μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης και δη την έγκριση της προσφοράς, όταν το θέμα της μη συμμόρφωσης της προσφοράς με τα απαιτούμενα κατά τον νόμο και τη διακήρυξη τίθενται για πρώτη φορά με προδικαστική προσφυγή του ήδη αποκλεισθέντος για τον ίδιο λόγο. Ούτως, εν προκειμένω η μη συμπλήρωση από τον παρεμβαίνοντα του σχετικού πεδίου ως και Ενότητας του ΕΕΕΣ που αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, δεν δημιουργεί ασάφεια, αλλά συνιστά ουσιώδη έλλειψη που συνέχεται με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 89, 96, 118 και 119/2017). Πολλώ δε μάλλον, τα ως άνω ισχύουν δεδομένου ότι η συμπερίληψη του ΕΕΕΣ, κατά τον όρο 2.1.1 εξάλλου, στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα και με τους λοιπούς παραπάνω προαναφερόμενους ρητούς όρους της διακήρυξης, καθιστά αυτό και δη στη συγκεκριμένη μορφή που το επισύναψε στη διακήρυξη η αναθέτουσα, αναπόσπαστο παράρτημα αυτής με αποτέλεσμα κάθε παράβαση των κανόνων που διέπουν τη συμπλήρωσή του να συνιστά παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης. Τέτοια παράβαση προεχόντως συνιστά η μη συμπλήρωση πεδίων που η ίδια η αναθέτουσα κατά ενάσκηση της οικείας κανονιστικής της ευχέρειας επέλεξε να συμπεριλάβει αναλυτικώς στο ΕΕΕΣ που επισύναψε και όρισε προς χρήση για την προκείμενη διαδικασία, ανεξαρτήτως αν αυτό αφορά το ΕΕΕΣ του προσφέροντος ή τρίτου οικονομικού φορέα του άρ. 78 Ν. 4412/2016, ζητώντας αναλυτική ως εκ τούτου αναγραφή των ανά περίπτωση ζητούμενων πληροφοριών, όπως αυτές που εν προκειμένω αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και ούτως αντιστρόφως επιλέγοντας να μην αρκестεί στη γενικόλογη αναφορά του δηλώνοντας ότι τυχόν πληροί όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

8. Επειδή, εν προκειμένω, ο μεν προσφέρων και νυν προσφεύγων δήλωσε τις οικείες περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πληροφορίες του στο δικό του ΕΕΕΣ, πλην όμως τα δικά του στοιχεία δεν κάλυπταν τις απαιτήσεις του όρου 2.2.5 της διακήρυξης. Παραδεκτώς δε, στηρίχθηκε στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα, υπέβαλε δε την από 9-10-2017 σύμβασή του με αυτόν περί παροχής των αναγκαίων πόρων τεχνικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ως και την εκτέλεση του επίμαχου συμβατικού αντικειμένου, υπέβαλε δε και αυτοτελές ΕΕΕΣ για τον ως άνω τρίτο φορέα. Πλην όμως, όπως προκύπτει από το κατατεθέν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΕΕΣ του, όσον αφορά το Μέρος IV Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής, ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας συμπλήρωσε απλώς «ΝΑΙ» στο οικείο ερώτημα ότι πληροί κάθε κριτήριο ποιοτικής επιλογής, ερώτημα που συμπληρώνεται αποκλειστικά στην περίπτωση που η ίδια η αναθέτουσα έχει επιλέξει μια γενική και συνολική απάντηση στο Μέρος IV, χωρίς να ζητά επιμέρους ανά κριτήριο πληροφορίες (πράγμα που δεν συνέτρεχε στη συγκεκριμένη περίπτωση και στο ειδικό και συγκεκριμένο έντυπο ΕΕΕΣ της διακήρυξης), έχοντας έτσι χρησιμοποιήσει δικής του σύνταξης, δομής και αυτόβουλης συμπλήρωσης έντυπο ΕΕΕΣ το οποίο δεν περιλάμβανε τα ειδικώς αναλυόμενα στο συνημμένο στη διακήρυξη συγκεκριμένο έντυπο ΕΕΕΣ όσον αφορά τις οικείες πληροφορίες περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ούτως, σύμφωνα και με τα αναφερθέντα στη σκ. 7, το ΕΕΕΣ αυτό τελούσε σε ουσιώδη έλλειψη και ορθώς η αναθέτουσα δεν έλαβε υπόψη τα οικονομικά στοιχεία του τρίτου οικονομικού φορέα υπέρ του προσφεύγοντος. Ούτε η παράλειψη αυτή ήταν δυνατό να συμπληρωθεί με την, αλυσιτελώς προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα, αυτοτελή υπεύθυνη δήλωση που περιείχε για πρώτη φορά συμπληρωμένες τις οικείες πληροφορίες σε περιλαμβανόμενο σε αυτήν απόκομμα του Μέρους IV του ΕΕΣ, που ο τρίτος οικονομικός φορέας συνέταξε μεταγενεστέρως και δη με ημερομηνία σύνταξης, όπως το ίδιο το έγγραφο αναφέρει την 24-11-2017, αφού δηλαδή είχε αποκλειστεί ο νυν προσφεύγων και το πρώτον ταυτοχρόνως δια της υποβολής της προσφυγής του, ανεξαρτήτως δε του ότι είναι υπογεγραμμένη φυσικώς και αβεβαίωτα ως προς τη χρονολόγησή της και την ταυτότητα του υπογράφοντος. Ούτε η ΑΕΠΠ είναι δυνατό κατά τα ως άνω αναφερθέντα στη

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

σκ. 7, να λάβει υπόψη πλέον τώρα τις πληροφορίες αυτού του ετεροχρονισμένου και συνταχθέντος 9 ημέρες μετά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος και ήδη συγχρόνως με την ενώπιον της προδικαστική προσφυγή του, εγγράφου, που δεν συνιστά καν την ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ΕΕΕΣ κατά την έννοια του άρ. 79 Ν. 4412/2016, αλλά ανεπίκαιρη απόπειρα εκ του προσφεύγοντος να καλύψει το παραπάνω ουσιώδες σφάλμα της προσφοράς του. Σε αντίθετη δε περίπτωση, αν δηλαδή η ΑΕΠΠ δύνατο να αποδέχεται και να αξιολογεί δια της εκάστοτε προσφυγής το πρώτον προβαλλόμενες και προσκομιζόμενες πληροφορίες, δικαιολογητικά και έγγραφα που ο προσφεύγων παρέλειψε να υποβάλει και να αναφέρει με την προσφορά του καίτοι υποχρεούτο προς τούτο κατά τη διακήρυξη και τον νόμο, θα προέκυπτε μια αδικαιολόγητη ευμενής μεταχείριση και διάκριση υπέρ του και δη υπό τη μορφή μιας ανεξέλεγκτης «δεύτερης ευκαιρίας», την οποία ούτε ο νόμος ούτε η διακήρυξη καθιερώνουν, και επομένως κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ισότητας, διαφάνειας και τυπικότητας εις βάρος των τηρούντων τους όρους της διακήρυξης λοιπών συμμετεχόντων. Θα έχανε δε οιοδήποτε νόημα η κανονιστική ισχύς της διακήρυξης, αφού οιοσδήποτε θα δύνατο, μετά τον αποκλεισμό του με συγκεκριμένη αιτιολογία, να τον αίρει καλύπτοντας ετεροχρονισμένα τις ελλείψεις και τους λόγους απαραδέκτου της συμμετοχής του. Η δε προδικαστική προσφυγή από μέσο ελέγχου παρανομιών των εκτελεστών πράξεων των αναθετουσών, θα κατέληγε προκάλυμμα για διόρθωση δι' αυτής, εμμέσως πλην σαφώς συνομολογούμενων σφαλμάτων των οικονομικών φορέων. Ούτε εξάλλου η ΑΕΠΠ έχει εκ του νόμου αρμοδιότητα να ασκεί την επαφιόμενη αποκλειστικά στην αναθέτουσα, διακριτική ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016, η οποία και πάλι ελέγχεται ως προς τη νομιμότητα και την εκ μέρους της τήρηση των άκρων ορίων αυτής (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), ιδίως ως προς τον περιορισμό του άρ. 102 παρ. 3, κατά το οποίο η άσκηση της ευχέρειας αυτής *«δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης»*. Ούτε για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η προδικαστική προσφυγή συνιστά το νόμιμο μέσο για τέτοιες τυχόν συμπληρώσεις, οι οποίες εξάλλου κατά ρητή μνεία του άρ. 102 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016 *“Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που*

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.”, δεν συνιστούν ευχέρεια του οικονομικού φορέα ούτε δύνανται να λαμβάνουν εξ αυτού χώρα αυτόκλητα.

9. Επειδή, εξάλλου, και αν ακόμη θεωρείτο ότι δια του ως άνω πρώτου λόγου του, ο προσφεύγων εμμέσως προσβάλλει και την παράλειψη της αναθέτουσας να του ζητήσει (και κατά τα παραπάνω, όχι να του επιτρέψει αυτοβούλως) να προσαγάγει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις ως προς την παραπάνω έλλειψη του ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα κατά τυχόν κακή εκ μέρους της αρνητική ενάσκηση της παραπάνω κατ’ άρ. 102 διακριτικής της προς τούτο ευχέρειας, και πάλι ο ισχυρισμός αυτός θα ήταν απορριπτός για όσους λόγους αναφέρθηκαν παραπάνω στη σκ. 7. Και αυτό διότι η παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν διάθεσή της από την αναθέτουσα, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα, αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Στην παρούσα περίπτωση δεν πρόκειται για ασάφεια, αλλά για πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς μιας μεμονωμένης πληροφορίας, αλλά ολόκληρης Ενότητας πληροφοριών. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 παρ. 1 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας επί των οποίων λαμβάνουν χώρα, η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης, όπως και το αντικείμενο, έγγραφο, δικαιολογητικό επί του οποίου το σφάλμα έλαβε χώρα, της τυχόν περιπλοκότητας συντάξεώς του, του πλήθους των πληροφοριών που περιλαμβάνει, του μεγάλου μεγέθους του, της αποδεικτικής του σημασίας ως προς τη συνολική διαδικασία και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά συγκροτήματος και ενότητας τέτοιων στοιχείων τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ.

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

3 Ν. 4412/2016. Ούτως, ιδίως σφάλματα που αφορούν τις ενημερωμένες υπεύθυνες δηλώσεις του άρ. 79, ήτοι τα ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ θα πρέπει να λαμβάνονται ιδιαίτερα σοβαρά υπόψη, δεδομένης της σημαντικής σμίκρυνσης του αποδεικτικού αντικειμένου που ζητείται στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης από τους διαγωνιζομένους στο νέο ισχύον πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων και το οποίο κατ' αποτέλεσμα οφείλει να καταλείπει μικρά περιθώρια ανοχής, όταν τα σφάλματα αυτά λαμβάνουν χώρα επί ενός τόσο μικρού εύρους πλαισίου πληροφοριών (το οποίο με τη σειρά του καταλείπει ιδιαίτερα μικρό περιθώριο σφαλμάτων σε σχέση με το προϊσχύσαν πλαίσιο) όπως αυτό που περιλαμβάνεται στα ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, τα οποία μάλιστα οι αναθέτουσες, όπως και εν προκειμένω, επσυνάπτουν και δημοσιεύουν εκ των προτέρων ως πρότυπα . Πολλώ δε μάλλον, όταν το σφάλμα συνίσταται στην παράλειψη συμπλήρωσης ολόκληρης Ενότητας (και εν προκειμένω Μέρους, βλ. παρακάτω σκ. 10) πληροφοριών του ως άνω εντύπου, οι οποίες μάλιστα συνιστούν και τον όλο σκοπό της χρήσης του τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, ήτοι να στηρίξει με τις ικανότητές του επί των κριτηρίων ποιοτικές επιλογής περί τη χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα τον προσφεύγοντα, ως και της υποχρέωσης υποβολής ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ για αυτόν στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης (ήτοι το Μέρος IV συμπληρώνεται από τον τρίτο οικονομικό φορέα, ακριβώς ώστε στο πλαίσιο προκαταρκτικής απόδειξης να κριθεί αν οι ικανότητές του συνδυασμένες με αυτές του προσφέροντος πληρούν τα παραπάνω κριτήρια ποιοτικής επιλογής). Επιπλέον, εν προκειμένω η παραπάνω μείζων έλλειψη έλαβε χώρα στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης συμβατικού αντικειμένου ιδιαίτερα μεγάλης οικονομικής αξίας, αυξημένων απαιτήσεων και ανταγωνισμού και με διακήρυξη η οποία επανειλημμένα μνημόνευε τις οικείες υποχρεώσεις παραπέμποντας μάλιστα στο ειδικά επισυνημμένο ΕΕΕΣ και μάλιστα η πλημμέλεια έλαβε χώρα με τον προσφεύγοντα να αμελεί ο τρίτος οικονομικός φορέας στο οποίο τις ικανότητες στηρίζεται να χρησιμοποιήσει το δημόσια ανηρτημένο από την αναθέτουσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΕΕΣ και αντ' αυτού υπέβαλε έντυπο ΕΕΕΣ με άλλη δομή και έλλειψη ερωτημάτων και πεδίων που η αναθέτουσα ενέταξε στο δικό της οικείο έντυπο. Επομένως, εν προκειμένω η αναθέτουσα εξ αρχής δεν είχε τέτοια ευχέρεια ζήτησης συμπληρώσεων και

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

επομένως κατά δεσμία αρμοδιότητα όφειλε να τον αποκλείσει λόγω της παραπάνω ουσιώδους ελλείψεώς του, πράγμα το οποίο και έπραξε και συνεπώς ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος. Τούτο δε, ανεξαρτήτως της βασιμότητας του δεύτερου λόγου αυτής, το τυχόν δε αβάσιμο του οποίου και η κατ' ακολουθία νομιμότητα της κρίσης της αναθέτουσας να μην λάβει καθόλου υπόψη ως εσφαλμένα υπογεγραμμένου το ΕΕΕΣ του ως άνω τρίτου οικονομικού φορέα, ούτως ή άλλως συνεπάγεται ότι δεν θα μπορούσαν και για αυτό τον λόγο να ληφθούν υπόψη οι ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα υπέρ του προσφέροντος.

10. Επειδή, όσα αναφέρθηκαν στις σκ. 7-9 ισχύουν για την ταυτότητα του νομικού λόγου και για το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής περί παράλειψης εν όλω συμπλήρωσης και των υπολοίπων ζητούμενων περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, αφού όπως προαναφέρθηκε ο τελευταίος χρησιμοποίησε άλλο ΕΕΕΣ από το συνημμένο στη διακήρυξη, το οποίο δεν περιείχε κανένα τέτοιο ερώτημα πλην της γενικόλογης αναφοράς στην πλήρωση όλων των κριτηρίων. Περαιτέρω, το γεγονός ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας είναι εταιρία εγνωσμένου κύρους δεν δύναται να θεωρηθεί ότι τον απαλλάσσει από τις υποχρεώσεις του κατά τη διακήρυξη, πολλώ δε μάλλον ότι δημιουργεί υπέρ του κάποιο τεκμήριο πλήρωσης κάθε εν γένει κριτηρίου επιλογής ανεξαρτήτως μάλιστα των ειδικότερα ζητούμενων ανά διακήρυξη και ούτως του προσδίδει ειδικό προνόμιο αζήμιας εσφαλμένης συμπλήρωσης ΕΕΕΣ, μη τήρησης όρων διακήρυξης ή ετεροχρονισμένης συμμόρφωσής του με αυτούς κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής κατόπιν αποκλεισμού του, ο δε οικείος ισχυρισμός του προσφεύγοντος προσκρούει αυτονόητα στην αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Ούτε η εκ μέρους του έλλειψη υπαιτιότητας δύναται να αξιολογηθεί και προβάλλεται αλυσιτελώς, αφού κατά τις επιταγές των αρχών της ισότητας και της διαφάνειας, ο ουσιώδης ή μη χαρακτήρας μιας έλλειψης δεν συναρτάται από τυχόν πρόθεση περί αυτής εκ μέρους του οικονομικού φορέα, ζήτημα άσχετο με την εκτελούμενη επί αποκλειστικά αντικειμενικών κριτηρίων εξέταση εκ μέρους του συμμόρφωσης με τους όρους της διακήρυξης. Ούτε, κατά τα

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

προαναφερθέντα στη σκ. 9, η ειδική πρόθεση περί παράλειψης συμπλήρωσης ολόκληρου Μέρους του ΕΕΕΣ και μάλιστα του πλέον κρίσιμου όσον αφορά τον ίδιο τον ρόλο του τρίτου οικονομικού φορέα στη διαδικασία, δηλαδή να στηρίξει τον προσφέροντα, κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, ακριβώς με τις ικανότητές του που μνημονεύει στο Μέρος IV, είναι δυνατό να αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για τη μη εφαρμογή του άρ. 102 περί διευκρινίσεων και επομένως, να επιτρέπονται συμπληρώσεις για κάθε μεγέθους σφάλμα και έλλειψη σε κάθε περίπτωση όπου δεν προκύπτει ειδική βούληση και γνώση του οικονομικού φορέα περί εκ μέρους του μη συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης (περίπτωση, δηλαδή ειδική πρόθεση παραβίασης της διακήρυξης, που εξάλλου στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι πρακτικά απίθανη). Επομένως, κάθε σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι απορριπτός, ως απορριπτός είναι και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής του κατά το παραπάνω δεύτερο σκέλος του.

11. Επειδή, όσον αφορά το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής περί παράλειψης ψηφιακής υπογραφής στο ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, αναφέρονται τα ακόλουθα. Ο όρος 2.4.3.1 της διακήρυξης προβλέπει μεταξύ άλλων την ηλεκτρονική συμπλήρωση του συνημμένου στη διακήρυξη και αναρτημένου στο ΕΣΗΔΗΣ εντύπου ΕΕΣ και μάλιστα κατά ρητή μνεία στη σελ. 38 αυτής μνημονεύει ότι πρέπει να υποβληθεί σε «μορφή αρχείου .pdf, ψηφιακά υπογεγραμμένο από τον προσφεύγοντα». Η δε υποσημ. 23 στην ίδια σελίδα στα βήματα ζ' και η' αυτής και πάλι ρητά αναφέρεται σε ψηφιακή υπογραφή του αρχείου .pdf και την υποβολή του αρχείου ΕΕΕΣ ψηφιακά υπογεγραμμένου. Εξάλλου, η ψηφιακή υπογραφή καθιερώνεται από τη διακήρυξη ως αποκλειστικός τύπος για τη νόμιμη υπογραφή και υποβολή των εγγράφων της διαγωνιστικής διαδικασίας τόσο στον όρο 2.4.4 περί οικονομικής προσφοράς και τούτο και για τη συστημική και για την αναλυτική που ειδικώς ζητά στις σελ. 39-40 της, όσο και στους όρους 2.4.2.4 και 2.4.2.5 περί τεχνικής και οικονομικής προσφοράς και οικείων υποφακέλων, στον όρο 2.2.8.2 παρ. Β.1 σημ. β' σελ. 31-32 όπου μάλιστα ρητά μνημονεύεται και ότι η υπογραφή της εκεί αναφερόμενης υπεύθυνης δήλωσης περί οφειλών σε οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης πρέπει να είναι ψηφιακή χωρίς να απαιτείται, ακριβώς για αυτόν τον λόγο

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

βεβαίωση γνησίου υπογραφής, και στον όρο 3.2 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά και στη σελ. 7 σημ. 7 όπου ρητά μνημονεύει ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή (επαναλαμβάνει δε τούτου στον όρο 2.4.2.1, σελ. 35) και μάλιστα παραθέτει αναλυτικές πληροφορίες για την απόκτησή της. Περαιτέρω δε, προβαίνει σε μνεία αναλυτικών πληροφοριών περί του πως οι οικονομικοί φορείς τρίτων χωρών μπορούν να αποκτήσουν τέτοια ψηφιακή υπογραφή, μην καταλείποντας έτσι ουδέν περιθώριο παρερμηνείας ότι από την παραπάνω υποχρέωση απαλλάσσονται οι τελευταίοι. Στις δε σελ. 36-37, όρος 2.4.2.5 η διακήρυξη μνημονεύει ποια έγγραφα που φέρουν σφραγίδα Χάγης γίνονται δεκτά και τα οποία όλα είναι όσα πρέπει να υποβληθούν σε φυσική μορφή, ρητά αντιδιαστέλλοντάς τα από αυτά που κατά τα παραπάνω πρέπει να υποβληθούν ηλεκτρονικά και ούτως να φέρουν ψηφιακή υπογραφή. Σε κανένα δε σημείο της δεν καταλείπει αμφιβολία ή έστω και απομακρυσμένο περιθώριο ερμηνείας πως είναι επιτρεπτή η χρήση εναλλακτικών τύπων υπογραφής και βεβαίωσης της ταυτότητας του υπογράφοντος και της ημεροχρονολόγησης όσων εγγράφων πρέπει να συνταχθούν ηλεκτρονικά μεταξύ των οποίων ρητώς και προεχόντως το ΕΕΕΣ, πλην της ψηφιακής υπογραφής ή ότι δύνανται οι οικονομικοί φορείς να υποβάλουν αυτά τα έγγραφα και ειδικά το ΕΕΕΣ φυσικά υπογεγραμμένα σε «σκαναρισμένη» μορφή. Στον δε παραπάνω όρο 2.4.3.1, ο οποίος ρητά μνημονεύει την ψηφιακή υπογραφή του ΕΕΕΣ σε αρχείο μορφότυπου .pdf, συμπεριλαμβάνεται μνεία, βλ. και παραπάνω σκ. 7, περί υποχρέωσης υποβολής του ΕΕΕΣ και για τον τρίτο οικονομικό φορέα, χωρίς καμία ειδική ή διαφορετική περί της σύνταξης και υπογραφής του πρόβλεψη και αδιαχώριστα από κάθε άλλη πρόβλεψη του ίδιου όρου. Επομένως, από ουδέν σημείο της διακήρυξης δύναται να συναχθεί ότι αυτή καθιέρωνε σιωπηρώς ή επέτρεπε εναλλακτικούς τρόπους υπογραφής και τύπους για το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ή ότι ειδικώς για αυτόν η χρήση της ψηφιακής υπογραφής ήταν προαιρετική και επαφιόμενη στην κρίση του, όντας μάλιστα αδιάφορο, όπως προαναφέρθηκε, αν αυτός έδρευε στην Ελλάδα ή το εξωτερικό. Η δε Διακήρυξη του διαγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 174/2017) αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Τα ως άνω όμως, εκτός της διακήρυξης, προκύπτουν ευθέως και εκ της ΥΑ 56902/215/2017, κατά το άρ. 8 παρ. 3 της οποίας προβλέπεται ότι *“Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας.”*, ενώ το άρ. 15 ορίζει ότι *“1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου Portable Document Format (PDF) και εφόσον έχουν συνταχθεί/ παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής.... 1.2.2. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου Portable Document Format(PDF). Στην συνέχεια, ο οικονομικός φορέας παράγει από το Σύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία (εκτυπώσεις της*

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

Τεχνικής Προσφοράς Προμηθευτή και της Οικονομικής Προσφοράς Προμηθευτή σε μορφή αρχείου Portable Document Format (PDF), τα οποία υπογράφονται με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς από τον οικονομικό φορέα.”. Κατά τα ανωτέρω προκύπτει ότι στο πλαίσιο των ηλεκτρονικών διαγωνισμών, ως υπογραφή δε νοείται αποκλειστικά η ψηφιακή, υπό την έννοια ότι τυχόν σφραγίδα και φυσική υπογραφή δεν νοείται καν ως υπογραφή και το έγγραφο, όπως εν προκειμένω το ΤΕΥΔ ελλείπει ψηφιακής υπογραφής θεωρείται εν όλω ανυπόγραφο άρα και πλήρως απαράδεκτο, ασχέτως αν υφίσταται φυσική υπογραφή, μετά βεβαίωσης ή μη του γνησίου της υπογραφής, ακόμη και ρητά προσδιοριζόμενων προσώπων και δη όλων των εκ του νόμου προβλεπόμενων ως υπογράφωντων, αλλοδαπών ή μη. Εξάλλου, κάθε περί ψηφιακής υπογραφής πρόβλεψη εφαρμόζεται για κάθε οικονομικό φορέα, κατά τη ρητή πρόβλεψη των παραπάνω διατάξεων, όπου οι οικείες υποχρεώσεις και ενέργειες μνημονεύονται με βάση ακριβώς τον όρο του “οικονομικού φορέα”, άρα και των τρίτων φορέων του άρ. 78 Ν. 4412/2016 και όχι απλώς και περιορισμένα του προσφέροντος, έννοια στενότερη της πρώτης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017).

12. Επειδή, εν προκειμένω, ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε ο προσφεύγων υπέβαλε, όπως και ο ίδιος συνομολογεί, ΕΕΕΣ χωρίς ψηφιακή υπογραφή, αλλά φυσικά υπογεγραμμένο με βεβαίωση γνησίου της υπογραφής από συμβολαιογράφο και περαιτέρω σφραγίδα Χάγης. Άρα, σύμφωνα με τα αναφερθέντα στη σκ. 11, το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, υπεγράφη μη νομίμως και επομένως είναι εν όλω απαράδεκτό και επομένως οι ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη υπέρ του προσφεύγοντος, άρα και η δική του προσφορά είναι εν όλω ελλιπής και επομένως απορριπτέα. Όλα αυτά δε ισχύουν, ασχέτως της τυχόν επέλευσης ή μη βλάβης από τη μη τήρηση του οικείου οριζόμενου από τη διακήρυξη τύπου, καθώς δεν είναι δυνατό η εκ μέρους των διαγωνιζομένων τήρηση των όρων της διακήρυξης να επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια αυτών περί του πως μπορούν να επιφέρουν με άλλα

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

μέσα, από τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη, τυχόν ισοδύναμο αποδεικτικό αποτέλεσμα. Εξάλλου, σύμφωνα και με την αρχή της τυπικότητας των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. ΣΤΕ 4052/1990, 3760/1992 κλπ), οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και ο τύπος που αυτή καθιερώνει δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη ως τυχόν “προαιρετικής” ή “ανά περίπτωση” δεσμευτικότητας. Σύμφωνα με την ως άνω αρχή, που διέπει μεταξύ άλλων τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣΤΕ 279/2008), η προσκόμιση στον φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας. Τούτο δε, εκτός των άλλων και συνεπεία του κανονιστικού χαρακτήρα της διακήρυξης και της δέσμευσης που παράγει ως προς τις απαιτήσεις που θεσπίζει τόσο ως προς την αναθέτουσα, όσο και ως προς τους μετέχοντες, με συνέπεια για τους τελευταίους, οι προσφορές τους να αποκλείονται αν αποκλίνουν από τα κατά τη διακήρυξη οριζόμενα (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 118 και 119/2017 και βλ. ενδεικτικά Ε.Σ. VI Τμ. 294/2010, 224, 19/2005). Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας (ως ανωτέρω ορίζεται), της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και δη με τον τρόπο που αυτή ορίζει (πρβλ. ΣΤΕ 1329/2008). Συνεπώς τυχόν διαφορετική αντιμετώπιση και, ούτως, όχι απλώς ανοχή υποβολής δικαιολογητικών όπως το ΕΕΕΣ με άλλο τρόπο από τον προβλεπόμενο από τη διακήρυξη, από κάποιον οικονομικό φορέα θα συνιστούσε υπέρ του ευμενή διάκριση και αδικαιολόγητη και άνιση ευνοϊκή μεταχείριση του (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 133/2017). Εξάλλου, ο προσφεύγων ουδέποτε αμφισβήτησε το κύρος των όρων της διακήρυξης και

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

συμμετείχε στον διαγωνισμό ανεπιφύλακτα, αποδεχόμενους πλήρως αυτούς. Επομένως, δεν δύναται τώρα το πρώτον να επικαλείται λυσιτελώς, τυχόν δικαίωμά του για προαιρετική τους τήρηση ή εφαρμογή άλλων μεθόδων εκτός και πέραν όσων η διακήρυξη όριζε ή τυχόν υπερβολική τυπικότητα αυτών πέραν του δέοντος μέτρου, πόσο μάλλον να ισχυρίζεται ότι μετέχει σε διαγωνισμούς ανά την Ευρώπη χωρίς να έχει προκύψει ποτέ παρόμοιο πρόβλημα, ισχυρισμός που εξάλλου προβάλλεται αόριστα και αναπόδεικτα. Η δε έντονη διεθνής επιχειρηματική του δραστηριότητα θα όφειλε να καθιστά αυτόν εισέτι προσεκτικότερο στην τήρηση των οικείων τύπων, επομένως και τα όποια σφάλματά του ακόμη λιγότερο συγγνωστά, κατά την ως άνω σκ. 9, και σε καμία περίπτωση δεν συνιστά λόγο εξαίρεσής του από τις ισχύουσες για όλους τους μετέχοντες στον διαγωνισμό, απαιτήσεις που θέτει η διακήρυξη. Η δε Απόφαση ΑΕΠΠ 6^{ου} Κλιμακίου 39/2017 την οποία ομοίως αλυσιτελώς επικαλείται, πρώτον αναφέρθηκε όσον αφορά τον αχρείαστο και υπερβολικό τύπο σε απαιτήσεις της διακήρυξης περί υποβολής αρχείων σε πολλαπλούς μορφότυπους σωρευτικά, παρότι η αναθέτουσα θα ήταν πρακτικά καλυμμένη και με έναν από αυτούς στα πλαίσια του έργου αξιολόγησης των προσφορών, δεύτερον δεν έκρινε ποτέ ότι η τήρηση του τύπου της ψηφιακής υπογραφής συνιστά υπερβολή, αλλά αντίθετα μνημόνευσε ότι μόνος αποδεκτός τύπος υπογραφής σε ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς είναι αυτός της προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής και τρίτον εκδόθηκε επί προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ήτοι επί περίπτωσης όπου ο προσφεύγων εμπρόθεσμα και παραδεκτά αμφισβήτησε το κύρος αυτών και δεν επικαλέστηκε το πρώτον παρανομία τους μετά από τυχόν αποκλεισμό του κατά το επόμενο στάδιο της αξιολόγησης δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών. Περαιτέρω, αβάσιμα προβάλλεται ότι η τήρηση του τύπου της ψηφιακής υπογραφής δεν τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού, άρα αντιστρόφως ήταν προαιρετικής τήρησης, καθώς τίποτα τέτοιο δεν προκύπτει από το σύνολο των όρων της διακήρυξης, ενώ αντίθετα αυτή στους όρους 2.4.2.1-2.4.2.2 σελ. 35-36 αυτής παραπέμπει στην ΥΑ 56902/215/2017, αναφέρει την απαίτηση ψηφιακής υπογραφής η οποία κατά τα αναφερθέντα στη σκ. 11 και κατά τον όρο 2.4.3.1 διέπουν και το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα και μάλιστα κατά την υποσημ. 23 στη σελ. 38 αυτής αναφέρεται ότι για τη διαμόρφωση του ΕΕΕΣ θα πρέπει να ακολουθηθούν βήματα μεταξύ των

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

οποίων και η ψηφιακή υπογραφή. Εξάλλου, για να είναι μια έλλειψη ουσιώδης δεν χρειάζεται να προκύπτει μετά πανηγυρικού τύπου επί κάθε επιμέρους όρου, φράσης και περιόδου της διακήρυξης ότι η όποια οικεία απαίτηση τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, αλλά αρκεί ο σχετικός χαρακτήρας της να προκύπτει από το αντικείμενό της, την παραπομπή σε διατάξεις νόμου ή κανονιστικών πράξεων και συνδυαστικά το σύνολο των όρων της διακήρυξης. Πάντως, σε κάθε περίπτωση, όσον αφορά το ζήτημα της ψηφιακής υπογραφής του ΕΕΕΣ τόσο για τον προσφέροντα όσο και για τον τρίτο οικονομικό φορέα, αυτό ρυθμίζεται ως υποχρεωτικό και χωρίς να καταλείπεται καμία περί του αντιθέτου αμφιβολία από το σύνολο των οικείων νομικών διατάξεων, ως και προκύπτει εκ του ευρύτερου εν γένει πλαισίου που ισχύει εδώ και χρόνια για τους ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς και δεν μπορεί να τύχει το πρώτον αμφισβήτησης και διαπραγματεύσεως εν όψει της ολιγωρίας ενός μεμονωμένου οικονομικού φορέα σε έναν συγκεκριμένο διαγωνισμό, ενώ συγχρόνως ειδικώς στη συγκεκριμένη διακήρυξη υφίσταντο επανειλημμένες αναφορές στην υποχρέωση ψηφιακής υπογραφής, διαφωτίζοντας κάθε συμμετέχοντα. Επιπλέον, τέτοιου είδους έλλειψη υπογραφής που καθιστά το ΕΕΕΣ εν όλω απαράδεκτο δεν μπορεί να συμπληρωθεί εκ των υστέρων, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω στη σκ. 9, τα οποία κατά μείζονα λόγο ισχύουν και όσον αφορά τη μη νομότυπη παράλειψη τήρησης του τύπου της ψηφιακής υπογραφής. Εξάλλου, τόσο ο ίδιος ο προσφεύγων όσο και οι λοιποί διαγωνιζόμενοι υπέβαλαν ψηφιακά υπογεγραμμένο ΕΕΕΣ από το σύνολο των μελών της διοίκησής τους, σημειωτέον δε ότι το ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένο από τρία αλλοδαπά φυσικά πρόσωπα εκ των τεσσάρων συνολικώς υπογράφωντων. Η δε διακήρυξη περιείχε και ειδικές πληροφορίες για το πως οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς, όπως ο προκείμενος τρίτος οικονομικός φορέας, αποκτούν ψηφιακή υπογραφή, ενώ στον προκείμενο διαγωνισμό μετείχαν και άλλες αλλοδαπές εταιρίες και συγκεκριμένα ο τρίτος οικονομικός φορέας τις ικανότητες του οποίου επικαλέστηκε ο παρεμβαίνων, αλλά και ο τρίτος, μη παρεμβαίνων, έτερος διαγωνιζόμενος, των οποίων όμως τα ΕΕΕΣ υπεγράφησαν ψηφιακά (στην πρώτη περίπτωση από το σύνολο των τεσσάρων αλλοδαπών μελών του διοικητικού οργάνου και στη δεύτερη περίπτωση από το σύνολο και των πέντε αλλοδαπών μελών του διοικητικού του οργάνου). Επομένως, η εκ

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

μέρους του προσφεύγοντος επικλήσεις ότι ειδικώς όσον αφορά τον δικό του τρίτο οικονομικό φορέα, η ψηφιακή υπογραφή δεν συνιστούσε επί ποινή αποκλεισμού προϋπόθεση, αλλά υπερβολικό τύπο προσκρούει αφενός στην ίση μεταχείρισή του με τους άλλους διαγωνιζόμενους που υπέβαλαν νομότυπα τα ΕΕΕΣ τους και επομένως δεν έρχονταν σε δυσμενή θέση αν τελικά ιδρυόταν υπέρ του δικαίωμα εναλλακτικής υπογραφής, αφετέρου στην ίδια την πράξη του προσφεύγοντος να υπογράψει ψηφιακά το δικό του ΕΕΕΣ, στην οποία δεν εξηγεί γιατί προέβη εφόσον πίστευε ότι ο τύπος της ψηφιακής υπογραφής δεν τον δέσμευε. Τα παραπάνω δε ισχύουν ανεξαρτήτως αν το προκείμενο ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, υπεγράφη από το σύνολο των υπόχρεων προσώπων κατά τον συνδυασμό των άρ. 79 παρ. 1 και 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης, λόγος που δεν συμπεριελήφθη στην αιτιολογία της αναθέτουσας. Συνεπώς, κάθε περί του αντιθέτου ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι απορριπτός ως είναι και στο σύνολό του, κατόπιν και των όσων αναφέρθηκαν στη σκ. 10, και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της Προδικαστικής Προσφυγής, οι οποίοι ως στρεφόμενοι κατά της αποδοχής έτερων διαγωνιζομένων, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος σύμφωνα και με τα εκτεθέντα στη σκ. 3 και δεδομένης της απόρριψης της προσφυγής ήδη κατά το σκέλος της που στρέφεται κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, άρα και δεδομένου ότι ήδη κρίθηκε κατά τα παραπάνω η νόμιμη απόρριψη της προσφοράς του. Επομένως, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.

14. Επειδή, συνεπεία της απόρριψης της Προδικαστικής Προσφυγής ήδη κατά το σκέλος της με το οποίο στράφηκε κατά της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος και κατ' αποτέλεσμα της συνολικής της απόρριψης κατά κάθε περαιτέρω λόγο της, που στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ως και του τρίτου έτερου διαγωνιζομένου, δεν υφίσταται, κατά τα ήδη αναφερθέντα στη σκ. 6, έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος για κάθε περιλαμβανόμενο στην Παρέμβασή του λόγο, ως και συνολικά για αυτήν, αφού εξάλλου δεν περιείχε κανένα

Αριθμός Απόφασης: 208/2017

ισχυρισμό στρεφόμενο κατά των πρώτων δύο λόγων της Προσφυγής. Επομένως, και η Παρέμβαση πρέπει τυπικώς να απορριφθεί ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος.

15. Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 13, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12-12-2017 και εκδόθηκε την 18-12-2017.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**