

**Η**

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12-1-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/25/12-1-2018 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 6/4/12-1-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «Υπουργείο Υγείας», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή, ο αιτών επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. 18/2017 Διακήρυξη με την οποία προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την καταστροφή ληγμένων φαρμάκων με τη μέθοδο της αποτέφρωσης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 196.774,19 ευρώ (CPV 90513300-9) και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 29-1-2018. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 18469505895803120088 και ποσού ευρώ 985,00 ευρώ, όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω της AlphaBank της 11-1-2018 και την τυποποιημένη εκτύπωση εκ του ηλεκτρονικού συστήματος της Γ.Γ.Π.Σ. περί πληρωμής του παραβόλου, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει με τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 12-1-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα διακήρυξης δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού ανάθεσης σύμβασης άνω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 18-12-2017 ενώ περαιτέρω δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-12-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002436600 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 19-12-2017 με συστημικό α/α 51260. Με την ως άνω Προσφυγή του ο προσφεύγων επικαλείται ως πρώτο λόγο αυτής το ότι η διακήρυξη είναι ασαφής ως προς το επιτρεπτό της δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και ως προς τον ειδικότερο τρόπο και τις αναγκαίες διατυπώσεις, ως και τα έγγραφα και δικαιολογητικά που πρέπει να υποβάλει ο προσφέρων για την παραδεκτή τυχόν επίκλησή τέτοιας στήριξης, καίτοι ο προσφεύγων έχει πρόθεση να στηριχθεί εν προκειμένω σε ικανότητες τέτοιου τρίτου οικονομικού φορέα. Προβάλλει δε ως δεύτερο λόγο την παρανομία του άρ. 11 της Διακήρυξης και του άρ. 20 του Υποδείγματος Προσχεδίου Σύμβασης-Παράρτημα Β της Διακήρυξης με τα οποία θεσπίζεται υποχρέωση ανεπιφύλακτης και πλήρους αποδοχής των όρων της διακήρυξης ως και δηλώσεως τούτου υπευθύνως, προσβάλλει δε τους παραπάνω όρους καθ' ο μέρος έχουν την έννοια ότι δεν επιτρέπουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που ενώ υποβάλλουν προδικαστική προσφυγή και τα περαιτέρω ένδικα βοηθήματα, υποβάλλουν με την προσφορά τους σχετική επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των οικείων προσβληθέντων όρων.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου αποστολής για δημοσίευση αυτής στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

N. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 N. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το αρ. 361 παρ. 1 N. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) αυτού. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων δηλώνει στην προσφυγή του ως πραγματικό χρόνο γνώσης την 11-1-2018, πλην όμως κατά την προηγούμενη διάταξη του N. 4412/2016 ως απώτατο σημείο εκκίνησης της προθεσμίας άσκησης προσφυγής κατά διακήρυξης τίθεται αυτό της παραγωγής τεκμηρίου γνώσης, το οποίο συντρέχει με την ολοκλήρωση 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, του νόμου μάλιστα μη διακρίνοντας μεταξύ διαδικασιών με εκτιμώμενη αξία άνω ή κάτω των ορίων. Επομένως, το τεκμήριο πλήρους γνώσης εν προκειμένω παρήχθη την 2-1-2108 (χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-12-2017), η δε προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής άρχισε την επόμενη του αφετηρίου της προθεσμίας γεγονότος (το οποίο έλαβε χώρα την 2-1-2018), ημέρα, δηλαδή την 3-1-2018 (η οποία ημέρα προσμετράται στη δεκαήμερη προθεσμία) και συνεπώς, η ασκηθείσα την 12-1-2018 προσφυγή ασκήθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας. Ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο και διευθύνοντα σύμβουλο του νομικού του προσώπου. Ο δε Προσφεύγων, έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της ως Προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον εν γένει κλάδο που αφορά το αντικείμενο της επίμαχης διακήρυξης, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονότητα θίγεται τουλάχιστον από ορισμένους από τους προσβαλλόμενους με την Προσφυγή του όρους της Διακήρυξης, διότι, όπως ο ίδιος μάλιστα δηλώνει, ειδικώς όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, προτίθεται να επικαλεστεί στήριξη σε ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα, πλην όμως η επικαλούμενη από αυτόν οικεία ασάφεια της διακήρυξης καθιστά την ορθή εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ως και την επίκληση και απόδειξη αυτής της ικανότητας ιδιαίτερως δυσχερή, ενώ συγχρόνως θέτει και σε αμφιβολία την ίδια τη δυνατότητά του να μετέχει στον διαγωνισμό με τέτοια στήριξη, ενώ, δεδομένου ότι όπως ο ίδιος δηλώνει δεν πληροί τα θεσπισθέντα κριτήρια

## Αριθμός Απόφασης: 30/2018

ποιοτικής επιλογής περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, η παραπάνω ασάφεια καθιστά αμφίβολη και την ίδια τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Ο δεύτερος εξάλλου, λόγος συνέχεται με τον πρώτο, αφού αφορά τη δυνατότητα του προσφεύγοντος να μετάσχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη ως προς την παραπάνω επικαλούμενη από αυτόν ασάφεια που επικαλείται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, το δε ειδικότερο έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος περί της επιμέρους προβολής του θα εξεταστεί περαιτέρω, κατόπιν της εκκαθάρισεως της υπόθεσης ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, κατ' άρ. 78 παρ. 1 Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο την οικεία πρόβλεψη του άρ. 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι *«1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν*

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.”. Η παραπάνω δε διάταξη δεν καθιερώνει τυχόν διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών να θεσπίσουν ή μη στη διακήρυξη οικείο όρο που τυχόν επιτρέπει τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, αλλά δεσμία αρμοδιότητά αυτών προς τούτο αλλά και γενικότερα ως προς την αποδοχή της στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, καθώς η ως άνω διάταξη δεν καταλείπει απλή δυνατότητα, πράγμα που θα σήμαινε ότι η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε ανά περίπτωση να θεσπίζει όρο περί του επιτρεπτού αυτής της στήριξης, να μην θεσπίζει τίποτα ή και να την αποκλείει ρητά, αλλά υποχρέωση της αναθέτουσας να αποδέχεται αυτή τη στήριξη, και αντίστοιχα ιδρύει σχετικό δικαίωμα των οικονομικών φορέων. Κατ’ αποτέλεσμα, όρος διακήρυξης ο οποίος αποκλείει τέτοια στήριξη κατ’ άρ. 78 Ν. 4412/2016 είναι παράνομος και ακυρωτέος. Αντίστοιχα δε, η εκ μέρους της αναθέτουσας παράλειψη να συμπεριλάβει ρητό όρο περί του επιτρεπτού της στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, ουδόλως μπορεί να ερμηνευθεί ως έχων τη συνέπεια του αποκλεισμού αυτού του δικαιώματος και δυνατότητας που ο νόμος θεσπίζει υπέρ των οικονομικών φορέων ούτε δύναται να αντιταχθεί κατ’ αυτών κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών και να οδηγήσει στον αποκλεισμό τους. Και τούτο, διότι ναι μεν η διακήρυξη συνιστά κανονιστική πράξη της αναθέτουσας πλην όμως εκδίδεται, απορρέει και ερείδεται επί των οικείων διατάξεων τυπικού νόμου και συγκεκριμένα του Ν. 4412/2016 και επομένως διέπεται από τις τελευταίες, ενώ η εφαρμογή της κατά το στάδιο της αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού δεν είναι δυνατόν να λαμβάνει χώρα με τρόπο τέτοιο, ώστε να οδηγεί σε παράβασή τους. Και εφόσον συγκεκριμένο δικαίωμα και ευχέρεια παρέχεται στους οικονομικούς φορείς εκ του νόμου και του ενωσιακού δικαίου, όπως εν προκειμένω περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, η αναθέτουσα δεν δύναται

## Αριθμός Απόφασης: 30/2018

να το καταργεί, πολλώ δε μάλλον να εξαρτά τη συνδρομή του από τη ρητή εκ μέρους της μνεία στη διακήρυξη. Σημειωτέον δε, ότι το ίδιο το άρ. 78 Ν. 4412/2016 κατά το ανωτέρω περιεχόμενο θεσπίζει με σαφή και στενά ερμηνευόμενο τρόπο τις περιπτώσεις εκείνες όπου το δικαίωμα στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα δύναται να περιοριστεί ή να εξαρτηθεί από συγκεκριμένες προϋποθέσεις και προβλέπει με αποκλειστικό και εξαντλητικό τρόπο τις ειδικότερες περιπτώσεις στις οποίες η αναθέτουσα έχει όντως δυνατότητα και ευχέρεια να θεσπίσει περιοριστικές του ως άνω δικαιώματος προβλέψεις. Συγκεκριμένα προβλέπεται, πρώτον, κατ' άρ. 78 παρ. 3, ο αποκλεισμός της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων στις διαδικασίες συνάψεως σύμβασης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών και δη μόνο για όσες διαδικασίες είναι κάτω των ορίων, δεύτερον, κατ' άρ. 78 παρ. 1 εδ. β', ότι η στήριξη σε κριτήρια περί των τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων ειδικώς του Προσαρτήματος Α' Παραρτήματος XII Μέρους ΙΙ περ. στ' είναι δυνατή μόνο αν οι τρίτοι φορείς εκτελέσουν τις εργασίες και υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι σχετικές ικανότητες, η δε αναθέτουσα δεν έχει ευχέρεια να προβλέψει το αντίθετο στις ως άνω δύο περιπτώσεις. Καταλείπεται δε ευχέρεια στην αναθέτουσα, κατ' άρ. 78 παρ. 1 εδ. ζ', να προβλέψει στην περίπτωση στήριξης σε τρίτους για πλήρωση κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ότι απαιτείται αυτοί να είναι από κοινού με τον προσφέροντα υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης, όρος όμως που αφενός δεν σημαίνει δυνατότητα της αναθέτουσας να αποκλείσει την ίδια την ικανότητα στήριξης για τέτοια κριτήρια σε τρίτους, αφετέρου δεν συνεπάγεται αυτοδίκαιη τέτοια απαίτηση, αλλά απλή δυνατότητα της αναθέτουσας να τη θεσπίσει, ήτοι σε περίπτωση μη ρητής τέτοιας πρόβλεψης, δεν υφίσταται υποχρέωση ο τρίτος φορέας να είναι από κοινού υπεύθυνος. Τέλος, κατ' άρ. 78 παρ. 2, ειδικώς όσον αφορά συμβάσεις έργου ή υπηρεσιών ή εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμήθειας, ιδρύεται πάλι διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών να θεσπίσουν απαίτηση εκτέλεσης ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων από τον ίδιο τον προσφέροντα ή από συγκεκριμένο μετέχοντα σε ένωση οικονομικών φορέων που υποβάλλει προσφορά, πλην όμως αυτό σημαίνει πως αφενός αν δεν προβλέπεται ρητά τέτοια υποχρέωση από τη διακήρυξη, τότε δεν

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

υφίσταται, αφετέρου η διακήρυξη θα πρέπει ρητά να προβλέπει ποια είναι τα κρίσιμα καθήκοντα που πρέπει να εκτελεστούν από τον προσφέροντα και όχι από τον τρίτο οικονομικό φορέα. Κάθε άλλη περίπτωση αποκλεισμού, περιορισμού ή θέσπισης εν γένει περιοριστικών προϋποθέσεων ως προς την ελεύθερη άσκηση του δικαιώματος στήριξης σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων ως προς τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, υπό τον όρο βέβαια τήρησης κάθε εκ του νόμου και της διακήρυξης προβλεπόμενης διατύπωσης και απόδειξης (προϋπόθεση που δεν συνιστά περιορισμό του δικαιώματος, αλλά προσδιορισμό του τρόπου παραδεκτής ασκήσεώς του, προκειμένου να τηρούνται και να μην καταστρατηγηθούν και οι λοιποί κανόνες και αρχές του εθνικού και ενωσιακού δικαίου), πλην των ως άνω τεσσάρων (ήτοι των δύο που απορρέουν ευθέως εκ του νόμου και δεσμευτικά για την αναθέτουσα και των επόμενων δύο που καταλείπονται στην ευχέρεια της αναθέτουσας να τις θεσπίσει, σε περίπτωση δε μη θεσπίσεώς τους δεν υφίστανται) είναι παράνομη.

5. Επειδή, περαιτέρω (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 135/2017), ο εκάστοτε προσφέρων, είναι ελεύθερος να συνάπτει δεσμούς με τους φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζεται και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών αυτών, εντούτοις, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως έχει στη διάθεσή του τους πόρους των συγκεκριμένων φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία και *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Ένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών επειδή δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του αλλά προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες και δεξιότητες τρίτων και οι οποίοι τις διαθέτουν και στους οποίους θα προσφύγει εάν του ανατεθεί η σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. (Αποφάσεις

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

ΔΕΚ, της 12.7.2001, C-399/98, Ordine degli Architetti, σκ. 90 -92, της 2.12.1999, C- 176/98, Holst Italia, σκ. 24 -31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep, σκ. 13 - 14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΣΤΕ 896/2009). . Περαιτέρω (Απόφαση ΑΕΠΠ 253/2017), η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα να μην κατοχυρώνεται από το άρ. 78 Ν. 4412/2016, αλλά και από την ως άνω ενωσιακή νομολογία, ως μέσο προώθησης του ανταγωνισμού και της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, πλην όμως δεν αίρει την υποχρέωση προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπόψη των ικανοτήτων αυτών, τήρησης των αναγκαίων διατυπώσεων, οι οποίες ομοίως εξάλλου απορρέουν από την παραπάνω διάταξη νόμου και την ως άνω νομολογία. Ειδικότερα, δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί στον συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα, άνευ της οποίας δεν λαμβάνει ούτως ή άλλως και αποκλείεται εξαρχής και δη δια της ίδιας της παραλείψεως δηλώσεως άρα αρνητικής σχετικής δηλώσεως του ίδιου του προσφέροντος, η στήριξη του στον τρίτο οικονομικό φορέα. Τέτοια παράλειψη δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος περί τρίτου οικονομικού φορέα μπορεί να ερμηνευθεί μόνο ως εκ μέρους του προσφέροντος δήλωση ότι συγκεντρώνει ο ίδιος αποκλειστικά στο πρόσωπό του τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αποκλείεται δε η περαιτέρω και σε ύστερο στάδιο, ήτοι μετά την υποβολή της προσφοράς του, το πρώτον επίκληση τέτοιας στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα ή αντίστοιχα στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα νέο και επιπλέον όσων τυχόν τρίτων οικονομικών φορέων είχε ήδη επικληθεί με την προσφορά του, καθώς τούτο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς κατά παράβαση εξάλλου και του άρ. 104 Ν. 4412/2016 που προβλέπει τη συνδρομή της ικανοποίησης των όρων του διαγωνισμού και κατά το στάδιο της υποβολής προσφοράς εκτός των άλλων. Εξάλλου, η παράλειψη τέτοιας δήλωσης στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του ίδιου του προσφέροντος περί στήριξης στις ικανότητες συγκεκριμένου τρίτου φορέα, δεν αναπληρώνεται από την τυχόν ταυτόχρονη με την υποβολή της προσφοράς του απλή υποβολή του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ κάποιου τρίτου οικονομικού φορέα ούτε αν τέτοια λάβει χώρα (άνευ όμως δηλώσεως τούτου και στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος) συνιστά διαζευκτική πρόταση πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, η οποία καθιστά το σύνολο της προσφοράς αόριστο. Ούτε όμως η δήλωση του



## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

προσφέροντος στο δικό του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί της στήριξης σε συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα αίρει την υποχρέωση για υποβολή εκ του προσφέροντος και με επιμέλειά του προφανώς, αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του τρίτου αυτού φορέα λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων. Στην περίπτωση δε που οι παραπάνω δύο προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 208, 231, 246/2017). Η δε έλλειψη των παραπάνω συνιστά έλλειψη αθεράπευτη κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ Α51, 96, 208 και 231/2017). Ούτε η τυχόν αυτή έλλειψη θεραπεύεται με την υποβολή μαζί με την προσφορά οιοδήποτε άλλου στοιχείου, συμφωνητικού ή υπεύθυνης ή άλλης δήλωσης συνεργασίας του τρίτου οικονομικού φορέα, η οποία ναι μεν δύναται να απαιτείται κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα ως αποδεικτικό μέσο της δέσμευσής αυτού, αλλά διατηρεί καταρχήν την αυτοτέλειά της ως αποδεικτικό μέσο εντός της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν αναπληρώνει τον ρόλο του ΕΕΕΣ ως προς την προκαταρκτική απόδειξη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που ανά περίπτωση συνδράμει ο τρίτος φορέας και της έλλειψης λόγων αποκλεισμού κατ' άρ. 73 Ν. 4412/2016 (Απόφαση ΑΕΠΠ 208, 247/2017) ούτε αναπληρώνεται όμως, τουλάχιστον καταρχήν, από το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος και του τρίτου οικονομικού φορέα. Ο δε σκοπός του παραπάνω αποδεικτικού μέσου απορρέει ευθέως από το τρίτο εδάφιο του άρ. 78 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ, εξάλλου, οι οικείες εγγραφές στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος και του τρίτου οικονομικού φορέα ναι μεν συνιστούν δηλώσεις στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης, η πρώτη του ίδιου του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί στον τρίτο και η δεύτερη του τρίτου ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και δεν συντρέχουν εις βάρος του λόγοι αποκλεισμού. Πλην όμως δεν αφορούν αυτή καθαυτή τη διάρκεια και το περιεχόμενο της δέσμευσης του τρίτου οικονομικού φορέα να διαθέσει στον τρίτο συγκεκριμένες ικανότητες ούτε αποδεικνύουν με οριστικό, σαφή και

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

βέβαιο τρόπο το ότι ο προσφέρων όντως θα δύναται να διαθέσει και δη για όλο το τυχόν διάστημα της σύμβασης και για κάθε σχετική επιμέρους πτυχή του συμβατικού αντικειμένου τις οικείες ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα, πράγμα όντως αναγκαίο, όπως προκύπτει και από την οικεία ενωσιακή νομολογία, για την κρίση της αναθέτουσας περί της πλήρωσης εκ μέρους του προσφέροντος των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, άρα και για το καταρχήν παραδεκτό της ίδιας της συμμετοχής του προσφέροντος (η οποία εξετάζεται στο επιμέρους στάδιο των δικαιολογητικών, κατ'άρ. 100 παρ. 2 εδ. α' Ν. 4412/2016 (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 231/2017)). Ούτως, η επίκληση ικανότητας τρίτου οικονομικού φορέα σε κάθε περίπτωση προϋποθέτει πρώτον ειδική αναφορά στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος και δη στο Μέρος II Ενότητα Γ', δεύτερον την υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ νομίμως συμπληρωμένου και ψηφιακά υπογεγραμμένου από τον ίδιο τον τρίτο οικονομικό φορέα. Τρίτον, απαιτείται απόδειξη, αναλόγως του ειδικότερου προς τούτο τρόπου που τυχόν θεσπίζει η διακήρυξη, περί του αν και πως ο προσφέρων διαθέτει τους αναγκαίους πόρους των τρίτων οικονομικών φορέων και της δέσμευσης των τελευταίων να του διαθέσουν τις ικανότητες και τους πόρους τους τόσο για τη συμμετοχή του στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης όσο και για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Σε περίπτωση δε που η διακήρυξη σιωπά περί του τρόπου αυτής της απόδειξης, η οικεία σιωπή της και επομένως η παράλειψή της να προβλέψει τρόπο απόδειξης της δέσμευσης του τρίτου οικονομικού φορέα και της διάθεσης εκ μέρους του προσφέροντος των ικανοτήτων του τελευταίου δεν δύναται να αντιταχθεί κατά του προσφέροντος και να οδηγήσει στον αποκλεισμό της προσφοράς του κατά το στάδιο της αξιολόγησης είτε με την αιτιολογία ότι ο προσφέρων δεν προσκόμισε κάποιο, μη προβλεπόμενο ούτως από τη διακήρυξη, αποδεικτικό είτε ότι προσκόμισε κάποιο δικαιολογητικό ενώ η αναθέτουσα κρίνει, το πρώτον κατά την αξιολόγηση ότι απαιτείται κάποιο άλλο, κρίση που συνεπάγεται ανεπίτρεπτη και κατά παράβαση των αρχών της ισότητας και της διαφάνειας, μεταβολή των όρων της διακήρυξης μετά την υποβολή των προσφορών. Στην ειδικότερη δε αυτή περίπτωση, όπου η διακήρυξη δεν προβλέπει το ειδικότερο αποδεικτικό μέσο περί δεσμεύσεως του τρίτου οικονομικού φορέα και διαθέσεως εκ μέρους του προσφέροντος των πόρων του τελευταίου για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και την

## Αριθμός Απόφασης: 30/2018

εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, η αναθέτουσα οφείλει να κρίνει ως αποδεκτή την επίκληση της στήριξης στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα, μόνο δια της σωρευτικής οικείας δηλώσεως του προσφέροντος στο δικό του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ (ότι θα στηριχθεί στον συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα) και συγχρόνως της υποβολής του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, σύμφωνα με τα ανωτέρω, στοιχεία που αν συντρέχουν (σωρευτικά) καλύπτουν την προϋπόθεση απόδειξης δέσμευσης κατά τα παραπάνω, εφόσον πάντως, και αποκλειστικά αν, η διακήρυξη δεν περιλαμβάνει κάποιον σαφή όρο περί του ειδικού τρόπου της οικείας απόδειξης (πέραν και επιπλέον των ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα και του προσφέροντος). Αν όμως η διακήρυξη προβλέπει τέτοιο αποδεικτικό μέσο περί διαθέσεως των αναγκαίων πόρων από τον προσφέροντα και περί δεσμεύσεως του τρίτου οικονομικού φορέα, η προσφορά τελεί σε έλλειψη εάν δεν περιλαμβάνει το οικείο ειδικώς ζητούμενο αυτό δικαιολογητικό, η δε πλήρωση της οικείας απαίτησης περί απόδειξης των παραπάνω δεν είναι άνευ ετέρου δυνατή με μόνη την υποβολή των ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος και του τρίτου οικονομικού φορέα. Κατ' αποτέλεσμα, πάντως, όλων των ανωτέρω σκ. 4-5, προκύπτει ότι στην περίπτωση που η διακήρυξη σιωπά είτε ως προς την ίδια την ύπαρξη του δικαιώματος στήριξης σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα είτε ως προς τον ειδικότερο τρόπο επίκλησης και απόδειξης της, και ειδικότερα ως προς τα αποδεικτικά στοιχεία και δικαιολογητικά περί της διαθέσεως εκ μέρους του προσφέροντος των αναγκαίων προσόντων του τρίτου οικονομικού φορέα και της εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα διαθέσεως αυτών στον προσφέροντα, τότε η διακήρυξη πάσχει και τελεί σε ουσιώδη και ακυρωτέα παράλειψη. Και αυτό, διότι ναι μεν κατά τους παραπάνω αναφερθέντες κανόνες, μια τέτοια παράλειψη δεν δύναται να οδηγήσει κατά το στάδιο της αξιολόγησης σε αποκλεισμό της προσφοράς, πλην όμως η παραπάνω διαπίστωση έχει σημασία στην περίπτωση ελέγχου της νομιμότητας πράξης της αναθέτουσας με την οποία απέκλεισε προσφορά κατά το στάδιο της αξιολόγησης. Δεν παύει όμως, η παραπάνω παράλειψη, να συνιστά μια ουσιώδη ασάφεια περί του τρόπου άσκησης του επιφυλασσόμενου υπέρ των προσφερόντων δικαιώματος του άρ. 78, η οποία δύναται να οδηγήσει σε εύλογη σύγχυση και αμφιβολία και να αποθαρρύνει, υπό τον φόβο αποκλεισμού, τη συμμετοχή στη διαδικασία ενδιαφερόμενων

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

οικονομικών φορέων, μειώνοντας έτσι τον ανταγωνισμό, ενώ περαιτέρω, διακινδυνεύει σύγχυση και των ίδιων των οργάνων αξιολόγησης με αποτέλεσμα πιθανότητα εσφαλμένων αποκλεισμών παραδεκτών προσφορών και γέννηση διαφορών στο πλαίσιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας, με κάθε δυσμενή συνέπεια και επιπλέον κίνδυνο, κόστος και απώλεια χρόνου για την αναθέτουσα και τους συμμετέχοντες και προς βλάβη και του ίδιου του δημοσίου συμφέροντος. Ούτε, εξάλλου, το γεγονός πως αν μια τέτοια ασάφεια οδηγήσει σε αποκλεισμό νομίμως μετέχοντος, η παραπάνω παρανομία θα θεραπευθεί τυχόν με προδικαστική προσφυγή κατά του παράνομου αποκλεισμού, συνιστά λόγο άρνησης της αντίστοιχης προδικαστικής προστασίας κατά το στάδιο της διακήρυξης (προ της υποβολής των προσφορών) και προς πρόληψη των τυχόν μελλοντικών παράνομων αποκλεισμών. Και αυτό διότι η παρεχόμενη προ της λήξης της υποβολής προσφορών προστασία, ως μέσο πρόληψης μελλοντικών παρανομιών κατά το στάδιο της αξιολόγησης, όταν μάλιστα αυτές ήδη, κατά το στάδιο προ της ολοκλήρωσης υποβολής προσφορών, συνιστούν βάσιμο και λίαν πιθανο ενδεχόμενο (και επομένως ενδέχεται να προκαλέσουν ζημία στον προσφεύγοντα, κατ' άρ. 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016) λόγω σφάλματος και παράλειψης της ίδιας της διακήρυξης, είναι υπέρτερη και αυτονόητα πιο προστατευτική για το σύνολο των μερών και δη τον προσφεύγοντα από την τυχόν επιφυλασσόμενη προστασία στο μεταγενέστερο στάδιο και κατόπιν τυχόν συντέλεσης του ήδη, κατά τον χρόνο της διακήρυξης, αποκλεισμού του. Αυτός είναι και εξάλλου ο λόγος για τον οποίο η διακήρυξη προσβάλλεται όχι μόνο για τους παράνομους ρητούς όρους, αλλά και για την ίδια την ασάφεια αυτών, όπως και για την παράλειψη και έλλειψη όρων οι οποίες την καθιστούν σαφή, παρανομίες που από μόνες τους προσβάλλουν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Εφόσον δε, μια τέτοια παράλειψη περί της σαφούς πρόβλεψης του δικαιώματος στήριξης σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα και περί του ειδικότερου τρόπου επίκλησης και απόδειξής της, ως και ειδικότερα περί των αποδεικτικών στοιχεία για την εκ μέρους του προσφέροντος δυνατότητα διάθεσης των αναγκαίων προσόντων και ικανοτήτων του τρίτου οικονομικού φορέα και την εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα διάθεση αυτών στον προσφέροντα, προσβληθεί, όπως εν προκειμένω, εγκαίρως ως έλλειψη όρου

## Αριθμός Απόφασης: 30/2018

της ίδιας της διακήρυξης, ήτοι στο πλαίσιο του σταδίου πριν την ολοκλήρωση υποβολής προσφορών και της αξιολόγησης, είναι ακυρωτέα κατ' άρ. 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της Προσφυγής προκύπτει ότι το άρ. 10 «Δικαιολογητικά Συμμετοχής και Κατακύρωσης», παρ. 2 της Διακήρυξης, σελ. 21 αυτής, περί συμπλήρωσης και υποβολής του ΕΕΕΣ, προβλέπει 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 δε άρ. 18 του Υποδείγματος Προσχεδίου Σύμβασης-Παράρτημα Β της Διακήρυξης περί Εγγυήσεων και δη η παρ. 1 αυτού περί Εγγύησης Συμμετοχής, μεταξύ άλλων προβλέπει ότι *«Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης.»*. Περαιτέρω, το συνημμένο στη Διακήρυξη πρότυπο ΕΕΕΣ μεταξύ άλλων περιλαμβάνει Μέρος II Ενότητα Γ *«Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων»*, που αναφέρει τα εξής *«Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω; Ναι/ Όχι. Παρακαλείστε να υποβάλετε χωριστό έντυπο ΕΕΕΠ, με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα τμήματα Α και Β του παρόντος μέρους, καθώς και το μέρος III, για κάθε μία από τις σχετικές οντότητες, δεόντως συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα από τους ενδιαφερόμενους φορείς. Σημειώσετε ότι αυτό θα πρέπει επίσης να περιλαμβάνει κάθε τεχνικό προσωπικό ή τεχνικό φορέα, είτε ανήκουν άμεσα στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα, ιδίως τους υπεύθυνους για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, το τεχνικό προσωπικό ή τις τεχνικές υπηρεσίες που ο οικονομικός φορέας μπορεί να καλέσει για την εκτέλεση των εργασιών. Εφόσον είναι σχετικές για τη συγκεκριμένη ικανότητα ή τις ικανότητες στις οποίες στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, παρακαλείστε να συμπεριλάβετε τις πληροφορίες σύμφωνα με τα*

## Αριθμός Απόφασης: 30/2018

*μέρη IV και V για κάθε μία από τις σχετικές οντότητες.».* Οι παραπάνω όροι και στοιχεία κατά συνδυασμό μεταξύ τους υποδηλώνουν μεν ότι η αναθέτουσα επιτρέπει τη στήριξη των προσφερόντων στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων όσον αφορά την εκ μέρους των πρώτων πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016. Πλην όμως, όπως ορθώς ισχυρίζεται ο προσφεύγων σε κανένα σημείο της η διακήρυξη, η οποία σημειωτέον δεν ακολούθησε το οικείο πρότυπο της ΕΑΑΔΗΣΥ το οποίο περιλαμβάνει σχετικό προδιατυπωμένο όρο περί στήριξης σε τρίτους οικονομικούς φορείς ή άλλο συνημμένο σε αυτήν έγγραφο δεν ορίζει ρητά τη δυνατότητα αυτή ούτε καθορίζει τις προϋποθέσεις απόδειξης και τα προσκομιζόμενα σχετικά δικαιολογητικά ή τον χρόνο προσκόμισης αυτών όσον αφορά το γεγονός ότι ο προσφέρων θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους των τρίτων οικονομικών φορέων και όσον αφορά τη σχετική δέσμευση των τελευταίων για τον σκοπό αυτό, σύμφωνα με την πρόβλεψη του άρ. 78 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Από τα παραπάνω, η μόνη προβλεπόμενη διατύπωση περί της επικλήσεως της στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα παρέχεται από τις προαναφερθείσες σχετικές πληροφορίες του προδιατυπωμένου ΕΕΕΣ, πλην όμως αυτές δεν είναι επαρκείς για τη σαφήνεια της διακήρυξης, καθώς δεν αφορούν τον τρόπο απόδειξης της ως άνω δέσμευσης των τρίτων και της δυνατότητας του προσφέροντος να έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους. Εξάλλου, αν η αναθέτουσα με τη σχετική σιωπή της διακήρυξης επί του, σε κάθε περίπτωση κρίσιμου για το παραδεκτό της προσφοράς συμμετέχοντος, ως άνω ζητήματος, εννοούσε ότι δεν απαιτεί κανένα σχετικό αποδεικτικό στοιχείο πέραν της δήλωσης στο Μέρος II Ενότητα Γ του ΕΕΕΣ του προσφέροντος και της προσκόμισης των ΕΕΕΣ των τρίτων οικονομικών φορέων, όφειλε να πράξει τούτο ρητώς και με σαφήνεια και όχι να το αφήσει στην κρίση των συμμετεχόντων ή του οργάνου αξιολόγησης του διαγωνισμού. Ούτε εξάλλου, η αναφορά στις παραπάνω προβλέψεις της διακήρυξης επί, μεταξύ άλλων και, του άρ. 78 Ν. 4412/2016 καλύπτει αυτή την ασάφεια, διότι η αναφορά αυτή είναι έμμεσα διατυπωμένη (*“όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα και με το άρ. 78”*) και στο πλαίσιο όρων που ναι μεν αφορούν κάποιες πτυχές των ζητημάτων που γεννώνται από τη

## Αριθμός Απόφασης: 30/2018

στήριξη σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, πλην όμως ούτε θετικό και ειδικό περιεχόμενο προς τούτο έχουν ούτε ρητή μνεία συνιστούν περί του ότι αυτή είναι δυνατή. Ούτως, από το περιεχόμενο των οικείων προβλέψεων προκύπτει πως δεν καταλείπουν εύλογο περιθώριο κατανόησης στους οικονομικούς φορείς, άρα και αντιστρόφως δέσμευσης στα όργανα αξιολόγησης, ότι τέτοια στήριξη είναι επιτρεπτή. Και σε κάθε περίπτωση, ουδέν προβλέπεται για το ειδικότερο ζήτημα του τρόπου απόδειξης της στήριξης αυτής και των δικαιολογητικών που ο προσφέρων πρέπει να προσκομίσει πέραν και επιπλέον του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ για να αποδείξει ότι έχει στη διάθεσή του τις συγκεκριμένες ικανότητες τρίτου και ότι ο τρίτος δεσμεύεται να του τις διαθέσει για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, καίτοι τούτο συνιστά θέμα που θα πρέπει να ρυθμίζεται με σαφήνεια από τη διακήρυξη κατά τις ανωτέρω σκ. 4 και 5. Επομένως, ναι μεν η διακήρυξη δεν αποκλείει, τουλάχιστον ρητώς, τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, κατά παράβαση του άρ. 78 Ν. 4412/2016, πλην όμως με την ως άνω πρόδηλη ασάφειά της, καθιστά την παραπάνω επίκληση στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, κατ' εφαρμογή του άρ. 78, ιδιαίτερα δυσχερή, προκαλώντας εύλογη αβεβαιότητα στους ενδιαφερόμενους για συμμετοχή, καθιστώντας την εκ μέρους τους σύνταξη των προσφορών τους προβληματική και καταλείποντας ανεπίτρεπτα ευρεία ευχέρεια κρίσης στα οικεία όργανά της αναθέτουσας κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών, κατάσταση που διακινδυνεύει σοβαρά την τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ως και κατά συνέπεια του εν γένει αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 209, 231, 236, 237/2017). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

7. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, προκύπτει πως η Διακήρυξη προβλέπει στο άρ. 11 παρ. 21 αυτής ότι «Ο προσφέρων, εφόσον δεν έχει προσβάλει νομίμως και εμπροθέσμως τη διακήρυξη του διαγωνισμού, θεωρείται ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφυλάκτως όλους τους όρους της διακήρυξης και δεν δύναται, με την προσφορά του ή με οιονδήποτε άλλο τρόπο, να αποκρούσει, ευθέως ή εμμέσως, τους ανωτέρω όρους.». Ο ως άνω όρος έχει την έννοια ότι μόνη η υποβολή προσφοράς συνεπάγεται ανεπιφύλακτη αποδοχή όλων των όρων

## Αριθμός Απόφασης: 30/2018

του διαγωνισμού, αλλά τούτο μόνο εφόσον ο προσφέρων δεν τους έχει προσβάλει και, αν έχει προσβάλει ορισμένους από αυτούς, μόνο για τους υπόλοιπους μη προσβληθέντες. Επομένως, από την ίδια την παραπάνω πρόβλεψη της διακήρυξης προκύπτει με σαφήνεια ότι το τεκμήριο ανεπιφύλακτης αποδοχής καλύπτει μόνο τους μη νομίμως και μη εμπροθέσμως προσβληθέντες όρους. Κατ' ακολουθία, η συνεπαγόμενη απαγόρευση της τυχόν επιφύλαξης που ο προσφέρων υποβάλλει μετά της προσφοράς του, και πάλι αφορά μόνο τους μη προσβληθέντες όρους. Ούτως, ουδόλως η διακήρυξη αποκλείει ή απαγορεύει τη δυνατότητα επιφύλαξης για όσους όρους έχουν προσβληθεί με προδικαστική προσφυγή και προφανώς μια τέτοια επιφύλαξη, εφόσον πάντα αφορά εμπρόθεσμα και νόμιμα προσβληθέντες όρους είναι καθ' όλα νόμιμη και παραδεκτή από τη διακήρυξη και δεν είναι δυνατόν να οδηγήσει σε αποκλεισμό της προσφοράς. Περαιτέρω, εν προκειμένω, ο προσφεύγων προσέβαλε με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή του αποκλειστικά το ζήτημα περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα που εξετάστηκε στις ως άνω σκ. 4-6 (ο δε νυν εξεταζόμενος δεύτερος λόγος της προσφυγής του συνέχεται αναγκαίως και εκ φύσεως του με τον πρώτο λόγο και λαμβάνει το ειδικότερο περιεχόμενό του από αυτόν), ενώ πλέον, λόγω παρέλευσης και της οικείας κατ' άρ. 361 Ν. 4412/2016 προθεσμίας δεν δύναται να προσθέσει νέους λόγους στην προσφυγή του ούτε να προσβάλει νέους όρους της διακήρυξης. Συγχρόνως, δεν δύναται ούτε δικαστικά, κατ' άρ. 367 παρ. 4 και 372 Ν. 4412/2016, να αιτηθεί την ακύρωση νέων όρων, εφόσον δεν προσέβαλε αυτούς με προδικαστική προσφυγή επί της οποίας εκδίδεται η παρούσα η Απόφαση. Επομένως, δεν δύναται να επιφυλαχθεί ούτως ή άλλως περί της νομιμότητας περαιτέρω όρων της διακήρυξης. Δεδομένου δε του ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής του έγινε κατά την ανωτέρω σκ. 6 δεκτός, η τυχόν δήλωση επιφυλάξεως περί του παραπάνω όρου καθίσταται άνευ νοήματος, καθώς η αναθέτουσα έχει υποχρέωση συμμόρφωσης ως προς την Απόφαση της ΑΕΠΠ κατ' άρ. 367 παρ. 3.

8. Επειδή, επιπλέον των ανωτέρω που αναφέρθηκαν στη σκ. 7, γίνεται δεκτό ότι με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη



## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου όπως σε κανόνες του συντάγματος ή του ενωσιακού δικαίου (ΟλΣΤΕ 966/1998, 1415/2000, 1667/2011, ΣΤΕ 964/1998, 1197/2000, 22, 200, 3178/2015, 10171, 2633, 4096/2014, 2551, 3692/2013, 2543, 3972, 4237/2011, 2635/2009, 702, 1794/2008, 3634/2007, 2097, 3161/2006, 1323, 2268, 2806, 3602/2005, 39, 2181, 2951, 3179, 3242, 3243/2004, 1112, 1247, 3141/2003, 3064, 3106/2002, 35, 3125/2001, ΣΤΕ ΕΑ 754, 800, 824, 830/2008, 319/2007, 877/2006, 73, 351, 496, 681 780, 844, 999/2005, 527/2003, ΕλΣυν Κλιμ Ε Πρ 389/2003, ΔΕφΑθ 3078/2014, 301/2013, 2010/2012, ΔεφΑθ Ασφ, 21/2013, ΔεφΑθ Αναστ 566/2012, ΕφΠειρ 421/2015, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας. Τούτο δε, δηλαδή η αδυναμία παρεμπόδισης αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, η οποία δεν έχει προσβληθεί ευθέως, ισχύει, κατά λογική ακολουθία, και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της συναφθείσης με τον ανάδοχο σύμβασης, οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν πλέον καταστεί όροι της σύμβασης διότι, πέραν των ανωτέρω, η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99 P, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19.6.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60). Περαιτέρω, η εκ μέρους του προσφεύγοντος τυχόν επίκληση πως

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

όρος της διακήρυξης περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων αυτής, ο οποίος όρος μάλιστα αποκλείει ρητά τη δυνατότητα αναγραφής σχετικής επιφύλαξης, η οποία θα τροποποιεί τους όρους του διαγωνισμού, είναι απορριπτέος διότι προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος. Τούτο, διότι ο πληττόμενος αυτός όρος δεν αποκλείει τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στον διαγωνισμό. Αυτό επειδή, όπως γίνεται δεκτό (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 881/2008, 728/2006, 855, 131/2003) ο ενδιαφερόμενος να αναλάβει δημόσια σύμβαση, ο οποίος έχει προσβάλει ευθέως τη σχετική διακήρυξη, αμφισβητώντας τη νομιμότητα όρων αυτής, μπορεί να μετάσχει στον, παρά την προσβολή της διακήρυξης, διενεργούμενο διαγωνισμό, διατυπώνοντας επιφύλαξη για τη νομιμότητα των όρων αυτών (πρβλ. ΟΛΣΤΕ 1415/2000), ευχέρεια που, άλλωστε, εν προκειμένω του δίνεται και απ' τον προαναφερθέντα όρο του άρθρου 11 παρ. 21 της διακήρυξης, η εν λόγω, όμως, επιφύλαξη δεν μπορεί στην περίπτωση αυτή να οδηγήσει στον αποκλεισμό του για παράβαση του όρου της διακήρυξης περί ανεπιφύλακτης συμμετοχής στο διαγωνισμό. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι σε κάθε περίπτωση, απορριπτέος ως προβαλλόμενος άνευ εννόμου συμφέροντος.

**9.** Επειδή, κατ' ακολουθία, η προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά τον πρώτο λόγο αυτής.

**10.** Επειδή, συνεπεία της ως άνω σκ. 9 πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη κατά το μέρος της με το οποίο ενσωματώνει παράλειψη της αναθέτουσας να συμπεριλάβει ειδικό, ρητό και σαφή όρο πρώτον για το επιτρεπτό της στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και δεύτερον για τον τρόπο, τα μέσα, δικαιολογητικά και εν γένει έγγραφα, όσο και για τον χρόνο προσκόμισής τους, περί της αποδείξεως της εκ μέρους του προσφέροντος διαθέσεως των αναγκαίων πόρων επί των οποίων θα στηριχθεί από τον ανά περίπτωση τρίτο οικονομικό φορέα ως και της δεσμεύσεως του τελευταίου να διαθέσει αυτές στον προσφέροντα για τον σκοπό της συμμετοχής του τελευταίου στον διαγωνισμό και της τυχόν, αν καταλήξει ανάδοχος, εκτελέσεως του συμβατικού αντικειμένου. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να άρει την παραπάνω παράλειψη και συγκεκριμένα, είτε με τροποποίηση της διακήρυξης

## **Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

και εισαγωγή νέου όρου σε αυτήν είτε έστω με διευκρινίσεις, οι οποίες παραδεκτώως συμπληρώνουν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, πρώτον, να προβλέψει ρητά και με σαφήνεια τη δυνατότητα στήριξης των προσφερόντων σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, δεύτερον, να περιγράψει ομοίως με σαφήνεια τα μέσα, έγγραφα και δικαιολογητικά με τα οποία οι προσφέροντες θα αποδεικνύουν ότι έχουν στη διάθεσή τους τις ικανότητες και τους αναγκαίους πόρους του τρίτου οικονομικού φορέα που επικαλούνται και στους οποίους στηρίζονται και ότι ο τρίτος αυτός οικονομικός φορέας δεσμεύεται όπως τους διαθέσει αυτούς τους πόρους και ικανότητες τόσο για τη συμμετοχή τους στην προκείμενη διαδικασία όσο και για το σύνολο της διάρκειας εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου και για κάθε πτυχή και επιμέρους εργασία που περιλαμβάνει αυτό, τις οποίες η στήριξη αυτή δύναται να αφορά (τέτοιο αποδεικτικό μέσο δύναται να είναι επί παραδείγματι μια σχετική και με αντίστοιχο περιεχόμενο υπεύθυνη δήλωση του τρίτου οικονομικού φορέα) και τρίτον να προβλέψει τότε οι προσφέροντες οφείλουν να προσκομίσουν το παραπάνω αποδεικτικό μέσο, δηλαδή αν πρέπει να το υποβάλουν με την ίδια τους την προσφορά ή αργότερα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

11. Επειδή, κατά συνέπεια των προηγούμενων σκ. 9-10, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού εννιακοσίων ογδόντα πέντε (985,00) ευρώ που κατέβαλε ο προσφεύγων.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει εν μέρει τη διακήρυξη ως προς την παράλειψη που περιγράφεται στη σκ. 10 της παρούσας Απόφασης.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα, ώστε αυτή να άρει την ως άνω παράλειψη διενεργώντας ο,τι ορίζεται στη σκ. 10 της παρούσας Απόφασης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους εννιακοσίων ογδόντα πέντε (985,00) ευρώ, στον προσφεύγοντα.

**Αριθμός Απόφασης: 30/2018**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-1-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**