

Η

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

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 22^η Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος,
Μέλη

Για να εξετάσει την από 22-6-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 820/22-6-2019, της εταιρείας με την επωνυμία ... ΙΚΕ, με τον διακριτικό τίτλο ... ΡC, που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του ΔΗΜΟΥ ..., (αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά του παρεμβαίνοντος ..., κατοίκου.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθούν: i) το Πρακτικό IV/11- 6-2009 της Επιτροπής Διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής για την *Ναυαγοσωστική Κάλυψη των Πολυσύχναστων Παραλιών* της γεωγραφικής αρμοδιότητάς της, και ii) η με αριθμ. 139/2019 (Συνεδρίαση 10/2019) απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας, αρχικώς αναδειχθείσας ως προσωρινής αναδόχου, η κατάπτωση της εγγύησής της συμμετοχής και η ανάδειξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, iii) καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, προς το σκοπό κατακύρωσης στην ίδια του αντικείμενου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 909/2019

Με την παρέμβαση, ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος των *προσβαλλόμενων πράξεων*.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθ. 363 παρ. 1, 6 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., με την ένδειξη *ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ*, και το από 19-6-2019 αποδεικτικό πληρωμής του στην EUROBANK).

2. Επειδή με την ... διακήρυξη, με αριθ. πρωτ. 4027/01.04.2019, η αναθέτουσα αρχή διακήρυξε *Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) για την ανάθεση υπηρεσιών ναυαγοσωστικής κάλυψης των πολυσύχναστων παραλιών του Δήμου ... έτους 2019, για χρονικό διάστημα τεσσάρων μηνών, CPV: 75252000-7, εκτιμώμενης αξίας 89.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.*

3. Επειδή το πλήρες κείμενο αυτής αναρτήθηκε την 1-4-2019 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως νόμιμα και παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: 909/2019

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα, και ο παρεμβαίνων, με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 135185 και 133651 αντίστοιχα, οι οποίες κατατέθηκαν την 24-4-2019.

6. Επειδή, με την αριθ. 116/2019 απόφαση (πρακτικό της με αριθ. 8/2019 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής) η αναθέτουσα αρχή ενέκρινε τα από 03.05.2019 Πρακτικό I (Αποσφράγισης Δικαιολογητικών - Τεχνικών Προσφορών), 06.05.2019 Πρακτικό II (Αξιολόγησης Δικαιολογητικών - Τεχνικών Προσφορών) και 07.05.2019 Πρακτικό III (Αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών) της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, με τα οποία είχαν γίνει αποδεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και του παρεμβαίνοντος, και ανέδειξε την προσφεύγουσα ως προσωρινό ανάδοχο με το ποσό των 69.999,00 ευρώ πλέον του Φ.Π.Α., διότι προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή και η προσφορά της είναι σε αυτό το στάδιο σύμφωνη με τους όρους της με αριθ.... διακήρυξης, έναντι του ποσού των 88.110 ευρώ, που προσέφερε ο παρεμβαίνων. Η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε την απόφαση 116/2019, την 15-5-2019 ηλεκτρονικά μέσω της «επικοινωνίας» του του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, και αυθημερόν την 15-5-2019 κλήθηκε η προσφεύγουσα με το υπ' αριθ. πρωτ. 6165/15-5-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, το οποίο της κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, όπως προσκομίσει εντός 15 ημερών τα δικαιολογητικά που περιγράφονται στο άρθρο 2.2.6.2. της διακήρυξης. Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην προσφεύγουσα την 4-6-2019 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το υπ' αριθ. πρωτ. 7012/3-6-2019 έγγραφο σύμφωνα με το οποίο «..Κατά τον έλεγχο των .. δικαιολογητικών η Επιτροπή διαπίστωσε ότι υπάρχουν κάποιες ελλείψεις οι οποίες αναλυτικά έχουν ως εξής: 1. Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3 της διακήρυξης (Περιεχόμενα φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά) μεταξύ των δικαιολογητικών που απαιτούνταν ήταν και Υπεύθυνη Δήλωση περί επάρκειας εξοπλισμού και

Αριθμός απόφασης: 909/2019

προσωπικού. Η υπεύθυνη δήλωσή σας στην οποία δηλώνετε ότι διαθέτετε το προσωπικό, τον τεχνικό, μηχανικό κλπ εξοπλισμό που θα διατεθεί αποκλειστικά για την εκτέλεση της εργασίας στο Δήμο ... φέρει ημερομηνία 22.04.2019. Κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης για την απόδειξη ότι πληροίτε τα ως άνω απαιτούμενα, μας υποβάλλατε κατάσταση με τους ναυαγοσώστες που θα απασχοληθούν καθώς και τις αντίστοιχες άδειες αυτών. Όμως, μετά από τον έλεγχο των ναυαγοσωστικών αδειών, διαπιστώθηκε ότι η κα ... απέκτησε άδεια ναυαγοσώστη την 24.05.2019 (μεταγενέστερα δηλαδή του χρόνου που είχατε δηλώσει με την από 22.04.2019 υπεύθυνη δήλωσή σας). Το ίδιο ισχύει και για τον κ. ... με χρόνο απόκτησης άδειας ναυαγοσώστη επίσης την 24.05.2019. 2. Διαπιστώθηκε ότι στην υπεύθυνη δήλωση που υποβάλλατε με ημερομηνία 29.05.2019 αναγράφονται ονόματα πέντε (5) ναυαγοσωστών, ενώ δεν αναφέρεται το όνομα του χειριστή. Σας επισημαίνουμε ότι σύμφωνα με την αριθ. ... μελέτη της αρμόδιας υπηρεσίας το προσωπικό που απαιτείται είναι 6 άτομα (πέντε ναυαγοσώστες και ένας χειριστής) οι οποίοι θα απασχοληθούν για το διάστημα από 01.06.2019 έως 30.09.2019 χωρίς να εργάζονται τις Κυριακές και Αργίες. Σύμφωνα επομένως με την αριθ. ... μελέτη θα πρέπει να μας δηλώσετε και τα ονόματα των ναυαγοσωστών που θα καλύψουν τις Κυριακές και Αργίες. 3. Όσον αφορά στον εξοπλισμό, στην από 22.04.2019 υπεύθυνη δήλωσή σας, δηλώνετε ότι διαθέτετε τον απαιτούμενο εξοπλισμό. Για την απόδειξη δε των όσων δηλώνετε στην Υ.Δ. προσκομίζετε ένα Ιδιωτικό Συμφωνητικό μεταξύ της εταιρείας σας και του κ. ... με ημερομηνία 26.05.2019 (μεταγενέστερη της ημερομηνίας που είχατε δηλώσει ότι διαθέτετε τον απαιτούμενο εξοπλισμό). Κατόπιν των ως άνω ελλείψεων και λαμβάνοντας υπόψη μας το άρθρο 3.2 της αριθ. ... Διακήρυξης, παρακαλούμε όπως εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας (μέσω του Συστήματος), να μας προσκομίσετε ή να συμπληρώσετε τα δικαιολογητικά που υποβάλλατε ώστε να αποδεικνύεται η διάθεση τόσο του απαραίτητου εξοπλισμού όσο και του απαιτούμενου προσωπικού, κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς σας και

Αριθμός απόφασης: 909/2019

συγκεκριμένα κατά την 22.04.2019 (ημερομηνία υπεύθυνης δήλωσής σας περί επάρκειας προσωπικού και εξοπλισμού)...» Σε συνέχεια τούτου, η προσφεύγουσα γνωστοποίησε πρόσθετα δικαιολογητικά στην αναθέτουσα αρχή την 8-6-2019 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού

7. Επειδή, την 31-5-2019 συνεδρίασε η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού και εξέδωσε το Πρακτικό IV αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το οποίο «...Σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 2.4.3. της διακήρυξης, μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής που υποβλήθηκαν, πέραν του Τ.Ε.Υ.Δ., συμπεριλαμβάνεται και Υ.Δ. του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας ... **IKE**, με ημερομηνία υπογραφής **22 Απριλίου 2019**, στην οποία δηλώνει μεταξύ άλλων ότι διαθέτει τον εξοπλισμό που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης. Για την απόδειξη δε των όσων δηλώνονται στην ως άνω Υ.Δ. ο οικονομικός φορέας προσκόμισε κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης ένα Ιδιωτικό Συμφωνητικό Μίσθωσης Εξοπλισμού με ημερομηνία **26 Μαΐου 2019** (μεταγενέστερη της ημερομηνίας της Υ.Δ.), στο οποίο μνημονεύεται αναλυτικά ο εξοπλισμός που η εταιρεία ... **IKE** μισθώνει από τον κ. Πράγματι η μίσθωση εξοπλισμού συνιστά μεν νόμιμη και επαρκή αιτία κατοχής του εξοπλισμού, όμως βάσει της ημερομηνίας που φέρει το ανωτέρω ιδιωτικό συμφωνητικό, **δεν τεκμηριώνεται αυτή η κατοχή του εξοπλισμού κατά το κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς, ήτοι κατά την 24η Απριλίου 2019, όπως ρητά δηλώθηκε στην εν λόγω Υ.Δ.** Για τη θεραπεία αυτής της έλλειψης, ο προσωρινός ανάδοχος προσκόμισε στις 08.06.2019 (μετά την πρόσκληση για υποβολή συμπληρωματικών αποδεικτικών στοιχείων), **προσύμφωνο μίσθωσης εξοπλισμού με ημερομηνία 5 Απριλίου 2019.** Στο εν λόγω προσύμφωνο ο κ. ... (εκμισθωτής) αναλαμβάνει την υποχρέωση να εκμισθώσει στην εταιρεία ... **IKE** (μισθώτρια) το ζητούμενο εξοπλισμό υπό τον όρο της αποδοχής της προσφοράς της μισθώτριας από το Δήμο. Μάλιστα σύμφωνα με το άρθρο 3 του προσυμφώνου η μισθώτρια έχει τη δυνατότητα να

Αριθμός απόφασης: 909/2019

χρησιμοποιήσει τον εξοπλισμό και να ζητήσει την παραχώρησή του από τον εκμισθωτή, **μετά** από τη γνωστοποίηση της πρόθεσης της μισθώτριας και εντός μιας (1) ημέρας από την ανωτέρω γνωστοποίηση. Από τους ανωτέρω όρους του προσυμφώνου προκύπτει ότι ο ζητούμενος από τη διακήρυξη εξοπλισμός δεν ήταν στην κατοχή της εταιρείας ... **IKE** κατά την κρίσιμη χρονική στιγμή, ήτοι κατά την 24η Απριλίου 2019. Το συγκεκριμένο προσύμφωνο **δηλώνει πρόθεση εκμίσθωσης** και όχι μίσθωση του εξοπλισμού. Επομένως από την πρόθεση συνεργασίας μεταξύ της εταιρείας ... **IKE** και του κ. ... (τρίτου οικονομικού φορέα), προκύπτει ότι η μεταξύ τους σύμβαση **δεν τελούσε** σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά θα ίσχυε, **μετά** από την τυχόν αποδοχή της προσφοράς συμμετοχής της μισθώτριας στο διαγωνισμό. Επομένως η εταιρεία ... **IKE**, συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία με βάση ένα προσύμφωνο που δεν τελεί (κατά τον ίδιο τον Αστικό Κώδικα) σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς, αλλά τελεί υπό τον όρο ότι αν καταστεί ανάδοχος, ο τρίτος θα διαθέσει τον απαιτούμενο εξοπλισμό προς εκτέλεση της σύμβασης. Περαιτέρω όταν ο προσφέρων /ανάδοχος και στη συγκεκριμένη περίπτωση η εταιρεία ... **IKE**, δεν διαθέτει κατά τον κρίσιμο χρόνο, ήτοι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, κατά το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 και κατά τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης, τον απαιτούμενο εξοπλισμό, δηλαδή αυτός δεν υφίσταται στην κατοχή του ιδίου και ο τρίτος οικονομικός φορέας υπόσχεται ότι θα του το διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης εφόσον καταστεί ανάδοχος, τότε συντρέχει «**δάνεια ικανότητα**» (σχετική η Απόφαση ΑΕΠΠ 971/2018). Στην περίπτωση όμως αυτή, δηλαδή στην περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος προς πλήρωση των κριτηρίων περί τεχνικής ικανότητας ήθελε στηριχθεί σε ικανότητα τρίτου, αφενός όφειλε να δηλώσει τούτο στο ΤΕΥΔ αφετέρου, όφειλε να επισυνάψει και χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ με τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον τρίτο οικονομικό φορέα, δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τον νόμιμο εκπρόσωπο του τελευταίου. Παραλείποντας τα ανωτέρω, η διαγωνιζόμενη εταιρεία ... **IKE**, υποβάλλοντας ΤΕΥΔ στο οποίο δηλώνει ότι

Αριθμός απόφασης: 909/2019

πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής αλλά και με την από 22.04.2019 Υ.Δ. ουσιαστικά δηλώνει ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, διαθέτει μεταξύ άλλων και το ζητούμενο από τη διακήρυξη εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως στη συνέχεια αυτό να τεκμηριώνεται. Μάλιστα, με το από 05.04.2019 προσύμφωνο μίσθωσης εξοπλισμού που προσκομίστηκε από τον προσωρινό ανάδοχο, αντίθετα με την από 22.04.2019 υπεύθυνη δήλωσή της, αποδεικνύεται ότι η εταιρεία ... **IKE**, δεν διέθετε η ίδια τον τεχνικό εξοπλισμό κατά την υποβολή της προσφοράς αλλά θα στηρίζονταν στην ικανότητα τρίτου για την πλήρωση του σχετικού όρου. Εφόσον όμως δεν επικαλέστηκε εγκαίρως και νομίμως την εν λόγω στήριξη σε ικανότητα τρίτου, καταλήγει να μην μπορεί να πληροί δια αυτής το εν λόγω κριτήριο επιλογής και ως εκ τούτου η προσφορά της να τελεί **σε ουσιώδη έλλειψη**. Για τους παραπάνω λόγους η προσφορά της εταιρείας ... **IKE**, **δεν γίνεται αποδεκτή** στο σύνολό της καθώς δεν ικανοποιούνται όλοι οι όροι της αριθ. ... διακήρυξης. Κατόπιν των ως άνω, η Επιτροπή Διαγωνισμού...**εισηγείται ομόφωνα α) την απόρριψη της προσφοράς** του αρχικώς ανακηρυχθέντος προσωρινού αναδόχου με την επωνυμία ... **IKE** (116/2019 απόφαση Ο.Ε. ΑΔΑ: ...) ... **β) την κατάπτωση**, σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, υπέρ του Δήμου ... της εγγύησης συμμετοχής, που είχε προσκομισθεί από την ως άνω εταιρεία, για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό και **γ) την ανάδειξη του κ. ...**, ...ως «**νέου προσωρινού αναδόχου**» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού..., με τη συνολική συμβατική αξία των ογδόντα οκτώ χιλιάδων εκατόν δέκα ευρώ (88.110,00) ευρώ ...καθώς η προσφορά της σε αυτό το στάδιο είναι πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της αριθ. ... διακήρυξης και υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε....».

8. Επειδή, σύμφωνα με την -ήδη προσβαλλόμενη- υπ' αριθ. 139/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα από το πρακτικό της με αριθ.

Αριθμός απόφασης: 909/2019

10/2019 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής), εγκρίθηκε το παραπάνω Πρακτικό IV της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησής της συμμετοχής, και αναδείχθηκε ο παρεμβαίνων ως ο προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού. Η προσβαλλόμενη απόφαση μαζί με το σχετικό Πρακτικό IV (σκέψη 7) κοινοποιήθηκαν την 12-6-2019 στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα την 22-6-2019, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και κοινοποιήθηκε την 1-7-2019 στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή την 25-6-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. παρ. 1 περ. (α) του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, στον παρεμβαίνοντα, με μήνυμα μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

11. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης νόμιμα, εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται άμεσα κατά της κατακύρωσης της προμήθειας στον ίδιο, και σύμφωνα με την παρ. 1 και 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, και των άρθ. 7 και 8 του ΠΔ 39/2017, ασκήθηκε την 4-7-2019 η με αριθ. ΠΑΡ634/2019 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από τον παρεμβαίνοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

Αριθμός απόφασης: 909/2019

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 3-7-2019 στην ΑΕΠΠ, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, το με αριθ. πρωτ. 8551/2-7-2019 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής.

13. Επειδή η προσφυγή εισήχθη για εξέταση ενώπιον του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, 365 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 8, 10, 112, 13 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1061/10-7-2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «*περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων*».

14. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθ. 360, και παρ. 2 του άρθ. 345 του ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Κατά το σαφές γράμμα και την έννοια των διατάξεων αυτών, η προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτώς κατά πράξεως της αναθέτουσας αρχής μόνον εφόσον αυτή είναι εκτελεστή (ΣΤΕ 409/2010 ΕΑ 119/2009, 324/2006, 241/2003). Όπως δε έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης ή και εισήγησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, και για το λόγο αυτό, ως μη εκτελεστές πράξεις, δεν υπόκεινται αυτοτελώς σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣΤΕ (Ασφ), ΣΤΕ 323/2012, ΕΑ ΣΤΕ 721/2011, 631/2009, 818/2008, 107/2007, ΔΕφΑΘ 93/2013 ΔΕφΑΘ (ΑΣΦ) 118/2013, 169/2013). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση του Πρακτικού IV,

Αριθμός απόφασης: 909/2019

δεδομένου ότι συνιστά μη εκτελεστή πράξη, έχει γνωμοδοτικό χαρακτήρα, και συνεπώς απαραδέκτως προσβάλλεται αυτοτελώς. Σε κάθε περίπτωση, το ως άνω Πρακτικό έχει ενσωματωθεί και συμπροσβάλλεται με την υπ' αριθ. 139/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά της οποίας στρέφεται η προδικαστική προσφυγή.

15. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης κατακύρωσης, και επικαλούμενη τον όρο 1.3.2 της διακήρυξης ισχυρίζεται με τον 1^ο λόγο της προσφυγής ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση επειδή με αυτήν αποφασίστηκε η ανάδειξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, ο οποίος όμως υπέβαλε υψηλότερη οικονομική προσφορά από την ίδια. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι «...Σύμφωνα με την υπτ' αριθμ. ...Διακήρυξη ... το βασικό και μοναδικό κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ...Εν προκειμένω με τις προσβαλλόμενες πράξεις, κατά παράβαση του νόμου και των όρων της διακήρυξης αποφασίστηκε η ανάδειξη ως «προσωρινού αναδόχου» τον συμμετέχοντα με την υψηλότερη και πλέον ασύμφορη από οικονομικής άποψης προσφορά. Συγκεκριμένα ενώ η προσφορά μου ανήλθε στο ποσό των 69.0999,00€ ... με τις προσβαλλόμενες πράξεις αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο ... του Σωτηρίου ... έχοντας υποβάλλει προσφορά ποσού 88.110,00€.... Δηλαδή με τις προσβαλλόμενες ο Δήμος ... θα κληθεί να καταβάλει 22.457,64€ περισσότερα από τη δική μου προσφορά για τις ίδιες προσφερόμενες υπηρεσίες!!! Γενομένου δεκτού του παρόντος νόμιμου και βάσιμου λόγου θα πρέπει να ακυρωθούν και εξαφανισθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις προς το σκοπό της σε εμένα κατακύρωσης τους διαγωνισμού.»

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις, επικαλούμενη τους όρους 1.3.2, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.4.4, 2.4.5, 2.4.6, 3.1.1, 3.1.2, 3.2, 2.2.9.1 της διακήρυξης, και το άρθ. 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 αναφέρει ειδικά επί του πρώτου λόγου της προσφυγής ότι «Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη

Αριθμός απόφασης: 909/2019

... το βασικό και μοναδικό κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή)... Ο λόγος αυτός της προσφυγής της προσφεύγουσας θα πρέπει να κριθεί πρόδηλα απορριπτέος καθότι η προσφεύγουσα αποσιωπά την προδικασία των άρθρων 2.4.1, 2.4.2 , 2.4.3 και 2.4.4 της ...Διακήρυξης του Διαγωνισμού που όπως είναι γνωστό αποτελεί δεσμευτική κανονιστική πράξη του Διαγωνισμού ...Αποσιωπά δηλαδή ότι σύμφωνα με την διακήρυξη θα πρέπει πριν την κατακύρωση να προηγηθεί το στάδιο της υποβολής των προσφορών που περιλαμβάνει μεταξύ άλλων κλειστό υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς κλειστό υποφάκελο Οικονομικής Προσφοράς και μετά την προσωρινή κατακύρωση υποφάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης , τους οποίους ελέγχει και αξιολογεί μετά την αποσφράγισή τους σύμφωνα με τα άρθρα 2.4.5 , 2.4.6 , 3.1.1 και 3.1.2 και 3.2 της Διακήρυξης η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού. Σε όλα αυτά τα στάδια η προσφορά του αναδόχου κατά τον έλεγχο της μπορεί να απορριφθεί για τους λόγους που αναφέρονται τόσο στο άρθρο 2.4.6 της Διακήρυξης (για το στάδιο πριν την προσωρινή κατακύρωση) όσο και στο άρθρο 3.2 της Διακήρυξης σχετικά με τον έλεγχο και τη νομιμότητα των υποβαλλόμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης (μετά την προσωρινή κατακύρωση) του προσωρινού αναδόχου. Κατά συνέπεια των ανωτέρω και εφόσον η προσφεύγουσα εταιρία μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών και της τεχνικής προσφοράς της και τον έλεγχο της οικονομικής της προσφοράς ανακηρύχθηκε κατ αρχήν προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού με βάση και την οικονομικότερη προσφορά της σύμφωνα με την 116/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου , δεν μπορεί να επικαλείται ακυρότητα των προσβαλλόμενων πράξεων γιατί παραβιάστηκε το κριτήριο ανάθεσης με βάση την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά κατά το στάδιο μετά την προσωρινή κατακύρωση που αφορά την υποβολή δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου που έχει δεσμευτεί η προσφεύγουσα ότι διαθέτει και θα τα προσκομίσει με την αρχική υποβολή υπεύθυνης Δήλωσης Τ.Ε.Υ.Δ όπως

Αριθμός απόφασης: 909/2019

προβλέπεται στην παρ.4 του άρθρου 79 του Ν.4412/2016 σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1 της Διακήρυξης του Διαγωνισμού .Και τούτο γιατί εφόσον εμφανίστηκε εμπλοκή και πρόβλημα νομιμότητας όσον αφορά τον έλεγχο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου και απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας ως προσωρινού αναδόχου στο στάδιο αυτό , τότε η προσφορά της συμπεριλαμβανομένης και της οικονομικής της προσφοράς δεν λαμβάνεται υπόψη , καθόσον πλέον προσωρινός ανάδοχος κρίνεται ο διαγωνιζόμενος που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. Ουδεμία επομένως ακυρότητα των προσβαλλόμενων πράξεων δεν προκύπτει εξ αυτού του 1ου λόγου της προσφυγής και πρέπει να απορριφθεί.....»

17. Επειδή ειδικά επί του πρώτου λόγου της προσφυγής η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τους όρους 2.2, 2.4 της διακήρυξης, αναφέρει ότι «...Η προσφεύγουσα, επιμελώς παρακάμπτει και τις λοιπές προϋποθέσεις που απαιτούνται τόσο από την Διακήρυξη του Διαγωνισμού αλλά και τη νομοθεσία, και οι οποίες θα πρέπει να πληρούνται προκειμένου να γίνει δεκτή η προσφορά του οικονομικότερου συμμετέχοντος αλλά και να συντρέχουν παράλληλα με αυτή (την οικονομικότερη προσφορά) και οι οποίοι προβλέπονται στο άρθρο 2.2 (Δικαίωμα συμμετοχής-Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής) και στο άρθρο 2.4 (Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών)...»

18. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 53 παρ. 1 και 2, 91 παρ. 1, 100 παρ. 2 περ. β), 102 παρ. 1, 4, 5 του ν. 4412/2016, τους όρους 2.4.6, 2.2.6.2 Α, 2.2.6.2 Β της διακήρυξης, το άρθ. 166 ΑΚ ισχυρίζεται με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ότι «...ο λόγος απόρριψης της προσφοράς μου, είναι ότι δήθεν «δεν τεκμηριώνεται ..η κατοχή του εξοπλισμού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ήτοι κατά την 24^η Απριλίου 2019, όπως ρητά δηλώθηκε στην εν λόγω Υ.Δ.». Μάλιστα οι προσβαλλόμενες, με μια αυθαίρετη ερμηνεία του Α.Κ., θεωρούν ότι το προσύμφωνο «δηλώνει πρόθεση εκμίσθωσης και όχι μίσθωση» ότι η δια προσυμφώνου σύμβαση μίσθωσης «δεν τελούσε σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά θα

Αριθμός απόφασης: 909/2019

ίσχυε, μετά από τυχόν αποδοχή της διαδικασία με βάση ένα προσύμφωνο που δεν τελεί (κατά τον ίδιο τον Αστικό Κώδικα) σε ισχύ κατά την υποβολή της υποβολή της προσφοράς». Οι προσβαλλόμενες ...με τις ανωτέρω μη νόμιμες και αντιφατικές αιτιολογίες, απέρριψαν την προσφορά μου. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 του ν. 4412/2016..., σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 91 παρ. 1 του ν. 4412/2016,... σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ. 2 περ. β) του ν. 4412/2016..., το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 προβλέπει ...στο άρθρο 2.4.6 ... κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό... Από τις διατάξεις του άρθρου 166 του ΑΚ συνάγεται ότι και το προσύμφωνο αποτελεί καταρτισμένη σύμβαση, από την οποία γεννώνται υποχρεώσεις μεταξύ των συμβαλλόμενων προς σύναψη της κύριας σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους που καθορίζονται σε αυτό. Εφόσον δε το παραπάνω άρθρο δεν περιέχει ειδικές διατάξεις, που διέπουν αυτό, εφαρμόζονται κατ' αναλογία για τις σχέσεις που πηγάζουν από αυτό οι κανόνες που αφορούν γενικά όλες τις συμβάσεις ή την ειδική κατηγορία στην οποία υπάγεται ορισμένη τέτοια (ΑΠ 1131/1976 ΑρχΝ 28.227). Η κύρια υποχρέωση που παράγεται από το προσύμφωνο είναι η υποχρέωση των μερών να συμπράξουν για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης που σκοπείται με το προσύμφωνο. Στο αποτέλεσμα αυτό αποβλέπουν τελικά τα μέρη, δηλαδή στην εκπλήρωση του περιεχομένου του προσυμφώνου (βλ. σχετικά Αθ. Κρητικού, "Το προσύμφωνον", 1980, σελ. 233). Ο χρόνος κατάρτισης της οριστικής σύμβασης μπορεί να καθορίζεται ρητά στο προσύμφωνο ή και να προκύπτει σιωπηρά από αυτό, μπορεί όμως να μην καθορίζεται ούτε ρητά ούτε σιωπηρά ο χρόνος αυτός στο προσύμφωνο, καθόσον από καμιά διάταξη νόμου δεν προκύπτει τέτοια υποχρέωση των μερών (βλ. Αθ. Κρητικού, ό.π., σελ. 294). ... Εξάλλου «το προσύμφωνον αποτελεί καταρτισμένην σύμβασιν, δημιουργούμενης εξ αυτού τελείας ενοχής»

Αριθμός απόφασης: 909/2019

(ΑΠ 104/1971 ΝοΒ 19,593, Γεωργιάδης-Σταθόπουλος, ΑΚ άρθρο 166, σελ. 257, εδ. 6). **AD HOC η ΑΕΠΠ 1024/2018 (3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ) όπου μεταξύ άλλων:** «Με το προσύμφωνο, λοιπόν, το οποίο αποτελεί τέλεια, αυθύπαρκτη και αυτοτελή σύμβαση, γεννάται υποχρέωση προς κατάρτιση της σκοπούμενης από τα μέρη οριστικής συμβάσεως, τα ουσιώδη στοιχεία της οποίας πρέπει εκείνο επαρκώς να περιέχει για να είναι υποχρεωτικό και έγκυρο για τους συμβληθέντες (Μπαλής, Γεν. Αρχαί, εκδ. ΣΤ, παρ. 58 σ. 162 επ., Ράμμος στην ΕρμΑΚ 166 παρ. 3, 3α, Σημαντήρας, Γεν. Αρχαί σ. 358, 384, Κρητικός το προσύμφωνον εκδ. 1980, σ. 83 επ., 124 επ., 195 επ., ΑΠ 826/1976 ΕΕΝ 42.411, ΑΠ 826/1974 ΝοΒ 23.340, ΕφΑΘ 9142/1983 ΕΛΛΔνη 25.369, ΕφΑΘ 2743/1986 ΕΛΛΔνη 27.699). Ωστόσο, όπως γίνεται δεκτό, προκειμένου μία συμφωνία να χαρακτηριστεί ως προσύμφωνο, δεν είναι ανάγκη να δηλώνεται πανηγυρικώς η υποχρέωση που αναλαμβάνεται με αυτό για τη σύναψη της κυρίας συμβάσεως, αλλά αρκεί αυτή να προκύπτει με σαφήνεια από το περιεχόμενό της. Επομένως, σε περιπτώσεις αμφιβολίας, για να κριθεί αν τα μέρη σύναψαν προσύμφωνο ή την ίδια την ενοχική σύμβαση λαμβάνεται υπόψη η πληρότητα του περιεχομένου της συμβάσεως. Συνήθως το προσύμφωνο έχει συγκριτικά με την οριστική σύμβαση ένα έλαττον περιεχόμενο. Έχει υποστηριχθεί η άποψη, όμως, ότι το κριτήριο της πληρότητας του περιεχομένου της συμβάσεως δεν αποτελεί ασφαλές και απόλυτο κριτήριο, αλλά πρέπει κάθε φορά να εξετάζουμε την βούληση των μερών (Κρητικός, Το Προσύμφωνον, 1997, Β' έκδοση, εκδ. Αντ. Σάκκουλας, σελ. 200-201. Παντελίδου, Το προσύμφωνο στη θεωρία και στην πράξη, 2012, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 35.)» *Εν προκειμένω, με το προσκομισθέν από 5-4-2019 ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΜΙΣΘΩΣΗΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ, άσχετα αν τιλοφορείται ως προσύμφωνο μίσθωσης και αν δεν καθορίσθηκε η ακριβής διάρκεια ισχύος της μίσθωσης (βλ. όρο 4), οι γενικού όροι της μίσθωσης (βλ. όρο 5) αλλά και η ΧΡΗΣΗ ΤΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΜΕΧΡΙ ΤΗΝ ΥΠΟΓΡΑΦΗ ΤΟΥ ΟΡΙΣΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΛΑΙΟΥ ΜΙΣΘΩΣΗΣ (βλ. όρο 3). Άρα πέραν πόσης αμφισβητήσεως η βούληση των μερών ήταν από την κατάρτιση του*

Αριθμός απόφασης: 909/2019

Προσυμφώνου η άμεση διάθεση και η χρήση του εξοπλισμού από εμένα.

Τούτο ενισχύεται από το γεγονός ότι **ο εκμισθωτής του εξοπλισμού, ..., είναι μέτοχος μου με ποσοστό 49%, άρα ο μέτοχος της εταιρείας μου διέθετε τον εξοπλισμό και πριν ακόμη της κατάρτιση του προσυμφώνου !!!** Τα ανωτέρω αποδεικνύουν το γεγονός ότι ..από την ημέρα εκείνη διέθετα νομίμως τον αναφερόμενο στο έγγραφο αυτό εξοπλισμό και επιπροσθέτως **ορθώς συμπλήρωσα το ΤΕΥΔ ως προς την δάνεια εμπειρία - στήριξη σε ικανότητα τρίτων με την ένδειξη ΟΧΙ παρά τα αντίθετα υποστηριζόμενα στις προσβαλλόμενες πράξεις.** Συνεπώς, είτε το εν λόγω προσύμφωνο θεωρηθεί ως σύμβαση χρησιδανείου, είτε ως σύμβαση μίσθωσης, που ήταν η αληθινή βούληση των συμβαλλομένων σε αυτό, σε κάθε περίπτωση αποδεικνύεται η νόμιμη κατοχή από εμένα του αναγκαίου εξοπλισμού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μου. Ως εκ τούτου, η προσφορά μου συμπορεύεται με τους σχετικούς όρους της διακήρυξης και έπρεπε να προκριθώ στην επόμενη φάση του διαγωνισμού {βλ. **AD ΗΟC ΑΕΠΠ 1024/2018 (3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ) όπως παραπάνω**}. **Επικουρικά : Σε κάθε περίπτωση** στην παράγραφο 2.2.6.2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι ...Επίσης στην ίδια παράγραφο υπό Β.4 ορίζεται ...Η ανωτέρω μελλοντική («θα») αναφορά της Διακήρυξης σχετικά με τη διάθεση του προσωπικού, του τεχνικού και μηχανικού εξοπλισμού, μπορεί κάλλιστα να ερμηνευθεί ότι η Διακήρυξη απαιτεί από τον συμμετέχοντα «να διαθέτει» με την έννοια του «να έχει στη σφαίρα της κατοχής του» τα απαιτούμενα, **κατά το χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης και όχι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς.** Τούτο ως σκέψη ενισχύεται από το γεγονός ότι οι ίδιες απαιτήσεις για «διάθεση» του τεχνικού και μηχανικού εξοπλισμού, ζητούνται και για τη «διάθεση» του προσωπικού, στο οποίο σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να εννοηθεί ότι βρίσκεται στην «κατοχή» ούτε ζητείται ως προϋπόθεση η προηγούμενη πρόσληψη του προσωπικού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς αλλά απλά η κατοχή των απαιτούμενων προσόντων και αδειών από το προσωπικό που θα προσληφθεί για την εκτέλεση της σύμβασης. Γενομένου δεκτού του παρόντος νόμιμου και βάσιμου

Αριθμός απόφασης: 909/2019

λόγου θα πρέπει να ακυρωθούν και εξαφανισθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις προς το σκοπό της σε εμένα κατακύρωσης τους διαγωνισμού.»

19. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις, επικαλούμενη την κανονιστική φύση των όρων της διακήρυξης, τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, τους όρους 2.4.6, 3.2, 2.2.6.1, 2.2.6.2 Α, 2.2.6.2 Β4 της διακήρυξης, το άρθ. 102, 78 του ν. 4412/2016, τις ΚΟ ΕΑΑΔΗΣΥ 15, 17/2016, 20/2017 αναφέρει ειδικά επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής ότι « ... 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 ΔΕΚ της 18/3/2004, C-314/01 Siemens και ARGE Telekom, Αποφάσεις 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 και ΣΤΕ Ε Α 284, 409/2013). Περαιτέρω (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 253/2017 και 30/2018), η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα να μην κατοχυρώνεται από το άρθρο 78 του 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, ως και την υποχρέωση νόμιμης προσκόμισης κάθε κατά τον νόμο και τη διακήρυξη απαιτούμενου για την παραδεκτή επίκληση αυτή, δικαιολογητικών (ΣΤΕ ΕΑ 284, 373 405, 409, 410, 411, 415/2013, ΔΕφ Αθ Ν136/2018).

Αριθμός απόφασης: 909/2019

Σύμφωνα δε και με τις διατάξεις που αναφέρονται στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, οι προσφέροντες δύνανται για την εκ μέρους τους πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ως προς ...την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να επικαλούνται στήριξη σε ικανότητες και μέσα που καταρχήν διαθέτουν τρίτοι, ήτοι μη προσφέροντες και μη συγκροτούντες ένωση/κοινοπραξία μετά του προσφέροντος, οικονομικοί φορείς, οι οποίοι δεσμεύονται ότι εφόσον ο προσφέρων αναδειχθεί ανάδοχος θα του διαθέσουν το οικείο μέσο και ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, πλην όμως το δικαίωμα αυτό και η επίκλησή του συναρτάται από συγκεκριμένες υποχρεωτικές διατυπώσεις, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρθρων 78 και 79 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017 και ΔΕφΑΘ Ν136/2018), η καταρχήν δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο οικονομικό φορέα, άνευ της οποίας αναφοράς δεν λαμβάνει ούτως ή άλλως και αποκλείεται εξ αρχής 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 επικαλεσθεί με την προσφορά του, καθώς τούτο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς κατά παράβαση εξάλλου και του άρθρου 104 του ν. 4412/2016. ...Στην περίπτωση δε που ...δεν υποβληθεί το οικείο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν

Αριθμός απόφασης: 909/2019

*υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 208, 231, 246/2017 και 30/2018). Η δε έλλειψη των παραπάνω συνιστά έλλειψη αθεράπευτη κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ Α51, 96, 208 και 231/2017, ΔΕφΑΘ Ν136/2018). 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' άρθρο 78 του 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/ΤΕΥΔ ως προς την προκαταρκτική απόδειξη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που ανά περίπτωση συνδράμει ο τρίτος φορέας ..(Απόφαση ΑΕΠΠ 208, 247/2017) ...οι οικείες εγγραφές στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ 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 σε τρίτο και η δεύτερη του τρίτου ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής **Ούτως, η επίκληση ικανότητας τρίτου οικονομικού φορέα σε κάθε περίπτωση προϋποθέτει και δη σωρευτικά, πρώτον, ειδική αναφορά της στήριξης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος και δη στο Μέρος II Ενότητα Γ', δεύτερον, την υποβολή ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ 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 τους στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης όσο και για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018)....** Κατά τα ανωτέρω και εν προκειμένω , η υποβολή νομίμως συμπληρωμένου*

Αριθμός απόφασης: 909/2019

ΤΕΥΔ, σύμφωνα με το αναπόσπαστο οικείο Παράρτημα της Διακήρυξης, με αληθείς, ακριβείς και ορθές δηλώσεις συνιστούσε απαραίτητο στοιχείο του (υπο)φακέλου δικαιολογητικών-τεχνικής προσφοράς. Περαιτέρω, απαραίτητα στοιχεία-ερωτήματα του ΤΕΥΔ που έπρεπε να συμπληρωθούν, κατά τους όρους τόσο του Παραρτήματος όσο και της Διακήρυξης, ήταν και τα αντίστοιχα περί στήριξης σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, όπου η προσφεύγουσα όφειλε να συμπληρώσει κάθε ζητούμενη πληροφορία στις αντίστοιχες ως άνω αναλυόμενες Ενότητες του ΤΕΥΔ (που συνιστά υπεύθυνη δήλωση). Ούτως, εφόσον η προσφέρουσα - προσφεύγουσα εταιρία στηρίζονταν σε ικανότητες και μέσα τρίτων προκειμένου να εκπληρώσει κριτήρια επιλογής ως προς την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα, ήτοι προκειμένου να αποδείξει ικανότητες που καταρχήν έπρεπε να συντρέχουν κατά τη διακήρυξη στο ίδιο το πρόσωπό της (της προσφέρουσας - προσφεύγουσας) αλλά τελικώς παραδεκτώς στηρίζονταν σε τρίτο οικονομικό φορέα , όφειλε επί ποινή απαραδέκτου να δηλώσει τούτο στα αντίστοιχα σημεία της ως άνω υπεύθυνης δήλωσής της (ΤΕΥΔ). Άλλως, δηλαδή εφόσον απάντησε αρνητικά στα οικεία σημεία, δήλωνε ότι πληρεί μόνη της το σύνολο των κριτηρίων επιλογής και κατέχει η ίδια η προσφεύγουσα κάθε ζητούμενη σχετική ικανότητα, ιδιότητα και μέσο από όσα απαιτούνταν στις οικείες περί κριτηρίων επιλογής διατάξεις της διακήρυξης. ...Άλλως, είτε αν η προσφεύγουσα παρέλειπε να δηλώσει τη στήριξη και χρήση τεχνικών μέσων τρίτου οικονομικού φορέα στο δικό της ΤΕΥΔ όπως και παρέλειψε , είτε αν παρέλειπε να υποβάλει και το ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα όπως επίσης παρέλειψε (και εν τέλει σωρευτικά παρέλειψε τις παραπάνω δηλώσεις) τότε η προσφορά της (πολλώ δε μάλλον αφού εν προκειμένω αμφότερες οι πλημμέλειες συντρέχουν σωρευτικά) είναι αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). **5. Επειδή** επίσης η ανάμιξη τρίτου ως οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων προϋποθέτει ότι ο τρίτος παρέχει στον προσφέροντα (που τυχόν θα καταστεί ανάδοχος εν τέλει) τα προσόντα που κατά τη διακήρυξη ορίζονται ως κριτήρια

Αριθμός απόφασης: 909/2019

επιλογής ειδικώς ως προς την ...την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. ... «δάνεια ικανότητα» συντρέχει όταν ο προσφέρων/ ανάδοχος δεν διαθέτει κατά τον κρίσιμο χρόνο, ήτοι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του κατ' άρθρο 104 του ν. 4412/2016 και κατά τον όρο 2.2.5.β), το οικείο μέσο, δηλαδή αυτό δεν υφίσταται στην κατοχή του ιδίου και ο τρίτος οικονομικός φορέας υπόσχεται ότι θα του το διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον καταστεί ανάδοχος. **Η δε μίσθωση πράγματος συνιστά κατά τον Αστικό Κώδικα και τις πάγιες αρχές του δικαίου νόμιμη και επαρκή αιτία κατοχής του πράγματος και συνεπώς, αν δεν ορίζει ρητά αντίθετα η διακήρυξη, τα μέσα και πράγματα που ο προσφέρων και μετέπειτα ανάδοχος, ήδη κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς του, μισθώνει από τρίτους (εκμισθωτές) συνιστούν αντικείμενα αυτής καθαυτής της δικής του κατοχής και συνεπώς πράγματα τα οποία ο ίδιος μόνος του δύναται να διαθέσει και να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης και επομένως, θεωρούνται ίδια μέσα του ίδιου του προσφέροντος/αναδόχου για τους σκοπούς της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης, δηλαδή προσόντα και κριτήρια επιλογής που συντρέχουν απευθείας στο πρόσωπό του, χωρίς ο εκμισθωτής να καθίσταται ούτως «δανείζων εμπειρία/προσόν/ικανότητα». Στη δε περίπτωση, όπου η διακήρυξη όχι μόνο δεν απαιτεί ρητώς ιδιοκτησία/κυριότητα του πράγματος, αλλά ούτε η διατύπωσή της αρκείται απλώς στην (εν γένει και καθ' οιονδήποτε τρόπο) διάθεση, δηλαδή κατοχή του πράγματος από τον ίδιο τον ανάδοχο ...είναι εισέτι προφανέστερο πως η εκ μέρους του προσφέροντος/αναδόχου ενεργή και ισχύουσα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, και επομένως παράγουσα κατοχή εκ μέρους του και δυνατότητα διαθέσεως για τους συμβατικούς σκοπούς, ιδιότητα του μισθωτή του πράγματος (δηλαδή η συμμετοχή του ως μισθωτή σε ενεργή, ισχύουσα και διανυόμενη σύμβαση μισθώσεως του πράγματος) συνιστά την κατά τη διακήρυξη απαιτούμενη «ικανότητα» και επαρκές μέσο για την απευθείας και αδιαμεσολάβητη**

Αριθμός απόφασης: 909/2019

πλήρωση του κριτηρίου από τον ίδιο τον ανάδοχο, ο δε εκμισθωτής ουδόλως συνιστά «δανείζοντα» τρίτο οικονομικό φορέα κατ' άρθρο 78 του ν. 4412/2016.

Και αυτό, διότι στην τελευταία περίπτωση, το περιεχόμενο του (απαιτούμενου καταρχήν να συντρέχει στο πρόσωπο του προσφέροντος/αναδόχου) κριτηρίου επιλογής αφορά, αρκείται και πληρείται εκ της ίδιας της μισθώσεως, η δε ιδιότητα του μισθωτή συνιστά ίδια και προσωπική ικανότητα του προσφέροντος/αναδόχου μισθωτή, η οποία συντρέχει εξαρχής στο ίδιο το πρόσωπό του και συνεπώς δεν υφίσταται ιδιότητα που καταρχήν απαιτείται να κατέχει ο ανάδοχος, αλλά δεν την κατέχει και για αυτό στηρίζεται σε τρίτο που την κατέχει και ο οποίος θα του τη διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης. ...Στην εξεταζόμενη περίπτωση ...η Διακήρυξη στην παράγραφο Β4 (σελίδα 18 της Διακήρυξης) απαιτεί ο προσωρινά ανάδοχος εν προκειμένω η προσφεύγουσα **να έχει στην διάθεσή της (δηλαδή στην κατοχή της) κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της** τον τεχνικό εξοπλισμό που απαιτείται και τεκμηριώνει την δυνατότητα της αναδόχου προσφεύγουσας για την εκτέλεση της εργασίας. Εφόσον επομένως κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (στις 24.04.2019) δεν υπήρχε ενεργή σύμβαση μισθώσεως καθόσον αυτή έφερε ημερομηνία μεταγενέστερη ήτοι την 26η Μαΐου 2019 , ενώ το επικαλεσθέν και προσκομισθέν εκ των υστέρων προσύμφωνο - άσχετα εάν ελέγχεται ως εικονικό αφού προσκομίσθηκε και έγινε επίκλησή του μετά την εμφάνιση και επίκληση της ισχύος του κυρίως συμφωνητικού και μάλιστα υπό ανενεργή στην ουσία της διαλυτική αίρεση ότι ο εξοπλισμός θα διατεθεί στην ανάδοχο μετά την υπογραφή της σύμβασης - δεν επήγαγε κατοχή του τεχνικού εξοπλισμού στην προσφεύγουσα καθόσον τελούσε υπό αίρεση και δεν μπορούσε να παράγει εννομα αποτελέσματα και κατά συνέπεια συντρέχει εν προκειμένω περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 δηλαδή συντρέχει η προϋπόθεση της απόδειξης της δάνειας ικανότητας στο πρόσωπο της προσφεύγουσας αναδόχου καθόσον ή έστω παράτυπα και εκ των υστέρων **επίκληση της μίσθωσης του τεχνικού εξοπλισμού από την προσφεύγουσα στην εξεταζόμενη περίπτωση δεν συνιστά κατά τον**

Αριθμός απόφασης: 909/2019

Αστικό Κώδικα και τις πάγιες αρχές του δικαίου νόμιμη και επαρκή αιτία κατοχής του πράγματος και συνεπώς, τα μέσα και πράγματα που η προσφέρουσα και μετέπειτα προσωρινή ανάδοχος προσφεύγουσα , ήδη κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς της , μίσθωνε από τρίτο (εκμισθωτή) δεν συνιστούν αντικείμενα αυτής καθαυτής της δικής της κατοχής και συνεπώς πράγματα τα οποία η ίδια μόνη της δύναται να διαθέσει και να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης και επομένως, δεν μπορούν να θεωρηθούν ίδια μέσα της ίδιας του προσφέρουσας - προσφεύγουσας αρχικά προσωρινής αναδόχου για τους σκοπούς της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης, δηλαδή δεν θεωρούνται προσόντα και κριτήρια επιλογής που συντρέχουν απευθείας στο πρόσωπό της , ενώ ο εκμισθωτής καθίσταται έτσι «δανείζων εμπειρία/προσόν/ικανότητα / η τεχνικά μέσα .6.Επειδή επομένως, κατά το περιεχόμενο των ως άνω αναφερόμενων όρων της Διακήρυξης, η προσφέρουσα -προσφεύγουσα εταιρία απαιτείτο να διαθέτει η ίδια κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, είτε ως κύριος (ιδιοκτήτης) είτε ως νόμιμος κάτοχος (μισθωτής) τον μηχανολογικό εξοπλισμό, είχε δε τη δυνατότητα να συμμετέχει νομίμως στο διαγωνισμό αποδεικνύοντας ότι θα τον διαθέτει (όπως π.χ. με δήλωση πρόθεσης συνεργασίας ή με νόμιμο μισθωτήριο) σε περίπτωση που της ανατεθεί η σύμβαση, υπό τους όρους όμως (βλ. ανωτέρω περί υποβολής χωριστού ΤΕΥΔ) που εν προκειμένω τίθενται για κάθε προσφέροντα που συμμετέχει σε διαγωνισμό στηριζόμενος σε ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα προς πλήρωση κριτηρίου τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας, η οποία καταρχήν δεν συνέτρεχε στο πρόσωπό της κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών, αλλά αντίθετα εξασφαλίζεται από αυτήν ακριβώς στο πλαίσιο του διαγωνισμού και σε περίπτωση κατά την οποία καταστεί ανάδοχος. Η δε υποχρέωση του στηριζόμενου σε ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα προσφέροντα να υποβάλει χωριστό ΤΕΥΔ για τον τρίτο αυτό οικονομικό φορέα προκύπτει ευχερώς από την διακήρυξη. Αναλυτικότερα, η δε τυχόν κατά το χρόνο

Αριθμός απόφασης: 909/2019

*υποβολής της προσφοράς, δέσμευση τρίτου ότι θα του διαθέσει (το μέσο που αφορά την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική/επαγγελματική ικανότητα), θα του εκμισθώσει, θα του το παράσχει εν γένει, ασχέτως αν αυτή η δέσμευση λάβει χώρα μέσω συμφωνητικού, όπως μισθωτήριο υπό αναβλητική αίρεση (ανάληψης της σύμβασης από την προσφέρουσα με την αναθέτουσα), ή μονομερούς δήλωσης του τρίτου (αφού κατ' άρθρο 78 του ν. 4412/2016 για τη στήριξη σε ικανότητες τρίτου είναι αδιάφοροι οι νομικοί δεσμοί του προσφέροντος με τον τρίτο οικονομικό φορέα) είτε στο εν γένει μέλλον εντός εξάλλου του οποίου θα λάβει χώρα η τυχόν εκτέλεση της σύμβασης είτε, ακόμη και ρητά, αν, όταν εφόσον και υπό τον όρο επέλευσης της μελλοντικής προϋπόθεσης ότι η προσφέρουσα ανάδοχος (προκειμένου να τον χρησιμοποιήσει και εν γένει να τον έχει στη διάθεσή του, ο ανάδοχος, στην εκτέλεση της σύμβασης) συνιστά δέσμευση διάθεσης μέσου στο πλαίσιο στήριξης στην ικανότητα τρίτου κατ' άρθρο 78 του ν. 4412/2016 και ο παραπάνω δηλών ή αντισυμβαλλόμενος τρίτος συνιστά «τρίτο οικονομικό φορέα» ...7. **Επειδή** τέλος , από την παραπάνω δήλωση πρόθεσης συνεργασίας μεταξύ της προσφεύγουσας διαγωνιζόμενης εταιρείας και του ως άνω τρίτου οικονομικού φορέα, προκύπτει πρώτον, ότι η μεταξύ τους κύρια σύμβαση μίσθωσης έτσι όπως προσυμφωνήθηκε δεν τελούσε σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά θα ίσχυε, μετά και από την τυχόν ανάδειξή της ως αναδόχου και συγκεκριμένα από την τυχόν υπογραφή σύμβασης μεταξύ αυτής και της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, η σύμβαση τελούσε εξαρχής υπό τον όρο της εκ μέρους της προσφεύγουσας διαγωνιζόμενης εταιρείας υπογραφής σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή για το αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού, δηλαδή τα αποτελέσματά της εξαρτήθηκαν από γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο, και μη ισχύον κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, τα αποτελέσματα δε αυτής θα επέρχονταν με την επέλευση του γεγονότος. Συμμετείχε, επομένως, στη διαδικασία με βάση ένα συμφωνητικό (προσύμφωνο) που δεν τελούσε κατά τον ίδιο τον Αστικό Κώδικα σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς, αλλά τελεί υπό τον*

Αριθμός απόφασης: 909/2019

όρο ότι αν η προσφεύγουσα καταστεί ανάδοχος, ο τρίτος θα διαθέσει τα τεχνικά μέσα προς εκτέλεση της σύμβασης. Άρα, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της και για όλο το διάστημα της τυχόν αξιολογήσεως των προσφορών ακόμη και έως την κατακύρωση του συμβατικού αντικειμένου (η οποία προηγείται της υπογραφής της σύμβασης αναθέτοντος και αναδόχου) και σε κάθε περίπτωση έως σήμερα, η ως άνω σύμβαση δεν παρήγαγε και εξακολουθεί να μην παράγει αποτέλεσμα και η προσφεύγουσα διαγωνιζόμενη δεν διέθετε και δεν διαθέτει τα τεχνικά εκείνα μέσα που προσυμφώνησε να μισθώσει αφού από πουθενά δεν προκύπτει ότι είχαν παραδοθεί σε αυτήν και τελούσε στην κατοχή των τεχνικών μέσων που μίσθωσε καθ' οιονδήποτε τρόπο και σε οιοδήποτε σημείο έως τώρα, η δε περιέλευση στην κατοχή της και στη διάθεσή της θα λάμβανε χώρα μόνο όταν και αν λάμβανε χώρα - κατόπιν κατακυρώσεως σε αυτήν - η υπογραφή της σύμβασής της με την αναθέτουσα. Κατά συνέπεια λόγω της στήριξής της σε ικανότητα τρίτου (...) προς πλήρωση των κριτηρίων περί τεχνικής ικανότητας η διαγωνιζόμενη προσφεύγουσα όφειλε να δηλώσει τούτο στο ΤΕΥΔ της, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο ίδιο το συνημμένο στη Διακήρυξη, και αναπόσπαστο τμήμα αυτής, Παράρτημα ΤΕΥΔ. Περαιτέρω, σύμφωνα και με τις σαφείς οδηγίες και όρους που αναγράφονται στο παραπάνω Παράρτημα ΤΕΥΔ, όφειλε να επισυνάψει και χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το Μέρος III, για τον παραπάνω τρίτο οικονομικό φορέα (...), δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από το νόμιμο εκπρόσωπο του τελευταίου, όπως και να συμπεριλάβει στο Μέρος IV του ΤΕΥΔ του τρίτου την ειδική ικανότητα (δηλαδή διάθεση του απαιτούμενου τεχνικού εξοπλισμού αναλυτικά περιγραφόμενου ήτοι τεχνικού εξοπλισμού που αφορά το ερώτημα 3 του Μέρους IV Ενότητα Β του συνημμένου στη Διακήρυξη ΤΕΥΔ στην οποία ο τρίτος θα της παρείχε στήριξη (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). Παραλείποντας τα ανωτέρω η προσφεύγουσα διαγωνιζόμενη και υποβάλλοντας ΤΕΥΔ, στο οποίο δήλωσε ότι πληροί όλα τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας η ίδια,

Αριθμός απόφασης: 909/2019

ουσιαστικά δήλωσε ότι διαθέτει μεταξύ άλλων και τα ζητούμενα από τη διακήρυξη κρίσιμα τεχνικά μέσα που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης. Με την σύμβαση μίσθωσης αρχικά και στη συνέχεια με το προχρονολογημένο προσύμφωνο μίσθωσης που προσκόμισε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης απέδειξε ότι αντίθετα με την ως άνω δήλωσή της, δεν διαθέτει η ίδια τα τεχνικά μέσα που απαιτούνται αλλά στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για την πλήρωση του σχετικού όρου. Εφόσον όμως δεν επικαλέστηκε εγκαίρως και νομίμως την εν λόγω στήριξη σε ικανότητα τρίτου, καταλήγει να μην μπορεί να πληροί δια αυτής το εν λόγω κριτήριο επιλογής και κατ' αποτέλεσμα η προσφορά της να τελεί σε ουσιώδη έλλειψη....

Συμπληρωματική Αιτιολόγηση των προσβαλλόμενων πράξεων: 1) Η διαγωνιζόμενη εταιρεία ... **IKE**, υποβάλλοντας ΤΕΥΔ στο οποίο δηλώνει ότι πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής αλλά και με την από 22.04.2019 Υ.Δ. ουσιαστικά δηλώνει ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, διαθέτει μεταξύ άλλων και το ζητούμενο από τη διακήρυξη εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης, προέβη σε ψευδή ή ανακριβή υπεύθυνη δήλωση χωρίς στη συνέχεια αυτό να τεκμηριώνεται από το προσκομιζόμενο με ημερομηνία 26 Μαΐου 2019 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Μίσθωσης Εξοπλισμού το οποίο προσκόμισε κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης σε αυτή του διαγωνισμού ως προσωρινής αναδόχου , καθόσον αυτό έφερε ημερομηνία μεταγενέστερη της ημερομηνίας της Υπεύθυνης Δήλωσής της , ενώ στο ΤΕΥΔ δεν δήλωσε ότι θα βασιστεί σε δάνειο τεχνικό εξοπλισμό . Πρόκειται για παραβίαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης και δη αυτής των παραγράφων : 2.4.3 και 3.2 της ...Διακήρυξης του Διαγωνισμού που δεν επιδέχονταν διόρθωσης ή συμπλήρωσης . Από την στιγμή που τυπικά το έντυπο ΤΕΥΔ συμπληρώθηκε ως προς την δάνεια εμπειρία - στήριξη σε ικανότητα τρίτων με την ένδειξη ΟΧΙ, δήλωση που σήμαινε ότι η προσφεύγουσα διαθέτει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της τον τεχνικό εξοπλισμό που απαιτεί η Διακήρυξη του Διαγωνισμού , μη νόμιμα και κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης προσκομίζει Μισθωτήριο

Αριθμός απόφασης: 909/2019

συμβόλαιο εξοπλισμού καθότι με αυτό δεν αποδεικνύεται ότι διαθέτει η προσφεύγουσα δικό της τεχνικό εξοπλισμό αλλά ότι αυτός ο εξοπλισμός είναι δάνειος ...Περαιτέρω όταν ο προσφέρων / ανάδοχος και στη συγκεκριμένη περίπτωση η προσφεύγουσα εταιρεία ... **IKE**, δεν διαθέτει κατά τον κρίσιμο χρόνο, ήτοι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, κατά το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 και κατά τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης, τον απαιτούμενο εξοπλισμό, δηλαδή αυτός δεν υφίσταται στην κατοχή της ίδιας και ο τρίτος οικονομικός φορέας υπόσχεται ότι θα της το διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης εφόσον καταστεί ανάδοχος, τότε συντρέχει «δάνεια ικανότητα» (σχετική η Απόφαση ΑΕΠΠ 971/2018). Στην περίπτωση όμως αυτή, δηλαδή στην περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος προς πλήρωση των κριτηρίων περί τεχνικής ικανότητας ήθελε στηριχθεί σε ικανότητα τρίτου, αφενός όφειλε να δηλώσει τούτο στο ΤΕΥΔ αφετέρου, όφειλε να επισυνάψει και χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ με τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον τρίτο οικονομικό φορέα, δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τον νόμιμο εκπρόσωπο του τελευταίου. Εξάλλου καθίσταται σαφές ότι κατά τον χρόνο υποβολής του μισθωτήριου συμφωνητικού για τον τεχνικό εξοπλισμό - το οποίο μάλιστα έφερε ημερομηνία 26 Μαΐου 2019 δηλαδή είχε ισχύ μετά τον χρόνο υποβολής των προσφορών που ήταν η 24 .04.2019 - δεν υπήρχε προσύμφωνο μίσθωσης του εξοπλισμού και μάλιστα με ημερομηνία 05.04.2019 γιατί εάν υπήρχε θα είχε προσκομισθεί εγκαίρως κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και δεν θα υπήρχε και λόγος να προσκομιστεί πρώτα το συμβόλαιο που προσυμφωνήθηκε και μετά το προσύμφωνό του. Καθίσταται επομένως προφανές ότι προσύμφωνο δεν υπήρχε αλλά « κατασκευάστηκε » εκ των υστέρων προχρονολογημένα στις 05.04.2019 με «βολική » ημερομηνία πριν την κατάρτιση της κύριας σύμβασης (26 Μαΐου 2019) αλλά και πριν την ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών του Διαγωνισμού (24.04.2019) έτσι ώστε με δόλιο τρόπο να θεραπευτεί - κατά την δόλια και εσφαλμένη κρίση της προσφεύγουσας - αναδρομικά η ουσιώδης ακυρότητα της προσφοράς της η οποία και νόμιμα απορρίφθηκε με τις προσβαλλόμενες πράξεις της

Αριθμός απόφασης: 909/2019

Αναθέτουσας Αρχής του Δήμου Εξάλλου ακόμη και εάν δεχθεί κανείς ότι δεν υπήρχε δόλος και προσπάθεια κατασκευής ενός εικονικού προσυμφώνου και πάλι η ακυρότητα της προσφοράς είναι εμφανής εφόσον από τους ίδιους του όρους του προσυμφώνου προκύπτει ότι ο ζητούμενος από τη διακήρυξη εξοπλισμός δεν ήταν στην κατοχή της εταιρείας ... ΙΚΕ κατά την κρίσιμη χρονική στιγμή υποβολής της προσφοράς της ήτοι κατά την 24^η Απριλίου 2019 , αφού το προσύμφωνο τελούσε υπό την αναβλητική αίρεση ότι η κατοχή των μηχανημάτων θα περνούσε στην προσφεύγουσα μόνο με την κατακύρωση του διαγωνισμού όταν και θα υπογράφονταν και η οριστική σύμβαση. Όμως προσφορά η οποία τελεί υπό αίρεση απορρίπτεται σε κάθε περίπτωση σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6 της ...Διακήρυξης του Διαγωνισμού. Μάλιστα, με το από 05.04.2019 προσύμφωνο μίσθωσης εξοπλισμού που προσκομίστηκε από τον προσωρινό ανάδοχο, αντίθετα με την από 22.04.2019 υπεύθυνη δήλωσή της, αποδεικνύεται ότι η εταιρεία ... ΙΚΕ, δεν διέθετε η ίδια τον τεχνικό εξοπλισμό κατά την υποβολή της προσφοράς αλλά θα στηρίζονταν στην ικανότητα τρίτου για την πλήρωση του σχετικού όρου. Εφόσον όμως δεν επικαλέστηκε εγκαίρως και νομίμως την εν λόγω στήριξη σε ικανότητα τρίτου, καταλήγει να μην μπορεί να πληροί δια αυτής το εν λόγω κριτήριο επιλογής και ως εκ τούτου η προσφορά της να τελεί σε ουσιώδη έλλειψη από τον χρόνο της υποβολής της. Η παράβαση της Διακήρυξης όπως περιγράφεται και στοιχειοθετείται παραπάνω είναι ουσιώδης και από μόνη της θα μπορούσε να δικαιολογήσει την απόρριψη της προσφοράς σύμφωνα με την παράγραφο 3.2 της Διακήρυξης καθόσον η ΤΕΥΔ ελέγχεται πλέον ως ψευδής ή ανακριβής και από τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν από την προσφεύγουσα - όπως το από 26 Μαΐου 2019 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Μίσθωσης και το από 05.04.2019 «εικονικό» προσύμφωνο μίσθωσης που προσκομίσθηκε στις 08.06.2019 δηλαδή μετά την 24.04.2019 που ήταν ο κρίσιμος χρόνος υποβολής της προσφοράς και μετά την 26 Μαΐου 2019 ημερομηνία που έφερε το κυρίως σύμφωνο δηλαδή το Μισθωτήριο Συμφωνητικό που συνήφθη υποτίθεται μετά την σύνταξη του

Αριθμός απόφασης: 909/2019

προσυμφώνου και τελούσε υπό την αίρεση της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα κατά παράβαση του άρθρου 2.4.6 της Διακήρυξης - δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο Διαγωνισμό με συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, όπως ορθά και νόμιμα έκρινε με τις προσβαλλόμενες πράξεις της η αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε περίπτωση η προσκόμιση του προσυμφώνου που έγινε μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής για συμπλήρωση των ελλείψεων είχε ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της αρχικής προσφοράς της προσφεύγουσας εις βάρος του έτερου συμμετέχοντος διαγωνιζόμενου η οποία προσέδωσε εν τοις πράγμασι αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές και αυτό από μόνο του συνιστά παράβαση των όρων της Διακήρυξης του Διαγωνισμού , παράβαση η οποία ορθώς και νομίμως θεραπεύτηκε με την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας έστω και εάν η αιτιολογία αυτή συμπληρώνει την αιτιολογία των προσβαλλόμενων πράξεων της.»

20. Επειδή, γενικά επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας και περαιτέρω ειδικά επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τους όρους 2.4.6 της διακήρυξης, και το άρθ. 53 παρ. 1, 2, άρθ. 78, 91 παρ. 1, 100 παρ. 2 περ. β), 102, 104, 105 του ν. 4412/2016, αναφέρει ότι αναφέρει ότι «...Επειδή, η προσφεύγουσα, χωρίς να κάνει χρήση του άρθρου 104 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αλλά σε μια απεγνωσμένη προσπάθεια να συμπληρώσει τις ουσιώδεις ελλείψεις της τόσο σχετικά με το απαιτούμενο προσωπικό όσο και με τον τεχνικό εξοπλισμό, έπειτα από (ενόψει αποκλεισμού της) κλήση της αναθέτουσας για συμπλήρωση των ελλείψεων - παροχή πληροφοριών, προέβη σε αντικατάσταση δύο ατόμων - ναυαγοσωστών που δεν πληρούσαν τους όρους της διακήρυξης και δεν ήταν σύμφωνοι με το περιεχόμενο της προσφοράς της προσφεύγουσας, αφού η ίδια είχε δηλώσει (με την από 22-4-2019) υπεύθυνη δήλωση της κατά την υποβολή πκ προσφοράς της ότι διαθέτει το απαιτούμενο προσωπικό αλλά προφανώς δεν το διέθετε, αφού οι εν λόγω και εκ των

Αριθμός απόφασης: 909/2019

υστέρων αντικατασταθέντες ναυαγοσώστες δεν διέθεταν άδεια ναυαγοσώστη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Επειδή, κατά τον ίδιο τρόπο, προέβη σε συμπλήρωση δύο επιπλέον ατόμων που δεν είχαν αρχικά υποβληθεί (ένας ναυαγοσώστης και ένας χειριστής) αλλά και προσκόμισε για πρώτη φορά την 10-6-2019 το από 05-4-2019 προσύμφωνο μισθώσεως εξοπλισμού !!! Επειδή, αναφορικά με την προσκόμιση του προσυμφώνου μισθώσεως από την προσφεύγουσα, έπειτα από πρόσκληση της Επιτροπής Διαγωνισμού για διευκρινίσεις - συμπληρώσεις των ελλείψεων, στο χρόνο κατά τον οποίο προσκομίστηκε προκειμένου να αποδείξει την κατοχή από αυτήν του εξοπλισμού κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, δεδομένου ότι αυτός δεν καλύπτονταν με βάση το ήδη υποβληθέν από αυτήν από 26-5- 2019 ιδιωτικό συμφωνητικό μισθώσεως, αυτή **συνιστά μη επιτρεπτή συμπλήρωση, αντιβαίνουσα στα άρθρα 102, 104 και 105 του Ν.4412/2016, καθόσον αυτή συνιστά ουσιώδη αλλοίωση του περιεχομένου της προσφοράς και υποβολή νέου εγγράφου (πιθανότατα συνταχθέν σε μεταγενέστερο χρόνο από αυτόν φέρει αφού δεν φέρει βέβαιη χρονολογία) σε μια προσπάθεια συμμόρφωσης με αυτό το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς,** αφού με τα έγγραφα που αρχικά προσκόμισε η προσφεύγουσα, δεν πληρούνταν η κατοχή από αυτήν του εξοπλισμού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της (22-4-2019). Επειδή, η παραπάνω συμπλήρωση των δικαιολογητικών της προσφεύγουσας (αναφορικά με το προσωπικό αλλά και το προσύμφωνο μισθώσεως εξοπλισμού) **συνιστά αλλοίωση της αρχικής προσφοράς της προσφεύγουσας εις βάρος μου, ως συμμετέχοντος στον διαγωνισμό η οποία προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τη δική μου, γεγονός που παραβιάζει εκτός από τις παραπάνω διατάξεις του νόμου και τους όρους της ίδιας της Διακήρυξης του Διαγωνισμού.** Επειδή, σε κάθε δε περίπτωση, ακόμη κι αν ήθελε κριθεί ότι νομίμως και επιτρεπώς συμπληρώθηκαν από την προσφεύγουσα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της, **το όψιμα προσκομισθέν**

Αριθμός απόφασης: 909/2019

από την προσφεύγουσα προσύμφωνο μισθώσεως, δεν καλύπτει τους όρους της προσφοράς της προσφεύγουσας !!!. **Ειδικότερα**, το προσύμφωνο, σύμφωνα με τον Αστικό Κώδικα συνιστά ενοχική υποσχετική συμφωνία για σύναψη της περαιτέρω κανονικής συμφωνίας μίσθωσης στο μέλλον και αποτελεί καταρτισμένη σύμβαση γεννώντας δικαιώματα και υποχρεώσεις στους συμβαλλόμενους, σύμφωνα όμως με τους όρους που καθορίζονται σε αυτό. **Και ναι μεν η μίσθωση συνιστά νόμιμο τρόπο κατοχής και άρα αυτοπρόσωπης από τον προσφέροντα διάθεσης των μέσων, αλλά θα πρέπει να είναι ενεργή, διανυόμενη και ήδη υφιστάμενη κατά την υποβολή προσφοράς κατ' άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ώστε να θεωρηθεί ότι τα διέθετε κατά τον κρίσιμο αυτό χρόνο η ίδια αυτοπροσώπως**. Αντίθετα το προσύμφωνο για μελλοντική μίσθωση αν αναδειχθεί ανάδοχος συνιστά βέβαια νόμιμο τρόπο απόδειξης διάθεσης από τρίτο οικονομικό φορέα στον προσφέροντα των πόρων στους οποίους στηρίζεται για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής. Όμως αυτό σημαίνει ότι σε περίπτωση συμφωνίας για μελλοντική διάθεση αν αναδειχθεί ανάδοχος ο προσφέρων, δεν πρόκειται για αυτοπρόσωπη από τον προσφέροντα διάθεση των μέσων (η οποία θα προέκυπτε αν ήδη τα μίσθωνε, δηλαδή αν είχε ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς ενεργό και διανυόμενο μισθωτήριο και όχι υπό αναβλητική αίρεση προσύμφωνο όπως εν προκειμένω), αλλά για υποστήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρθρο 78 του Ν. 4412/2016. Οπότε έπρεπε εκτός των άλλων να δηλώσει ο προσφέρων τη στήριξη στο δικό του ΤΕΥΔ και να προσκομίσει και το ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα, γεγονός όμως που δεν συνέβη εν προκειμένω και ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφεύγουσα, καθόσον αυτή ΔΕΝ προσκόμισε ΤΕΥΔ του τρίτου ..., ιδιοκτήτη και κατόχου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του επικαλούμενου εξοπλισμού, ούτε δήλωσε η ίδια στήριξη σε τρίτο (απλό τρίτο οικονομικό φορέα ή υπερβολάβο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται). Άρα στην ουσία δήλωσε ότι πληροί μόνη της και διαθέτει αυτοπρόσωπα ό,τι απαιτείται για τα κριτήρια επιλογής τεχνικής και

Αριθμός απόφασης: 909/2019

επαγγελματικής επάρκειας (Βλ. Απόφαση ΑΕΠΓΙ 96/2017). Όμως όπως φαίνεται από το προσύμφωνο δεν διαθέτει τα παραπάνω τεχνικά μέσα η ίδια κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Αλλά συμφώνησε ότι θα τα μισθώσει μελλοντικά και εάν τυχόν αναδειχθεί ανάδοχος, άρα στηρίζεται σε τρίτο οικονομικό φορέα, χωρίς να έχει τηρήσει τις διατυπώσεις που απαιτούνται. Η εναλλακτικά, δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής που δήλωσε ότι πληροί μόνη της χωρίς στήριξη. Αναφορικά δε με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ότι πρέπει να αναζητηθεί το αληθές περιεχόμενο του προσυμφώνου αλλά και η βούληση των μερών σχετικά με αυτό, εάν δηλαδή ήθελαν με αυτό να συνάψουν ή να προσδώσουν σε αυτό περιεχόμενο κύριας συμβάσεως, είναι απολύτως ξεκάθαρο από το περιεχόμενο του ότι η προσφεύγουσα δεν απέκτησε κατά τον χρόνο σύνταξης του την κατοχή του απαιτούμενου εξοπλισμού (βλ. περιεχόμενο προσυμφώνου : «Ο πρώτος συμβαλλόμενος που έχει στην αποκλειστική του κυριότητα, νομή και κατοχή τα ακόλουθα επαγγελματικά σκάφη/σωστικές λέμβους, **και αναλαμβάνει την υποχρέωση ΝΑ εκμισθώσει** (ήτοι σε χρόνο μελλοντικό) **προς την μισθώτρια το μίσθιο** με τους παρακάτω όρους και συμφωνίες: 1 **Προϋποθέσεις υπογραφής οριστικού συμβολαίου μίσθωσης ...** Ως προϋποθέσεις για την υπογραφή του οριστικού συμβολαίου της μίσθωσης του ανωτέρω εξοπλισμού συνομολογούνται ρητώς η αποδοχή της προσφοράς της μισθώτριας από την πλευρά του Δήμου ... στον άνωθι διαγωνισμό. 2 **Χρόνος υπογραφής οριστικής σύμβασης μίσθωσης** Η οριστική σύμβαση μίσθωσης θα πραγματοποιηθεί ανάμεσα στον εκμισθωτή και την μισθώτρια εντός προθεσμίας 30 ημερών από την αποδοχή της προσφοράς συμμετοχής της μισθώτριας στον διαγωνισμό που αναφέρεται στο άρθρο 1 του παρόντος. 3 **Χρήση του εξοπλισμού μέχρι την υπογραφή του οριστικού συμβολαίου μίσθωσης** Ο άνωθι εξοπλισμός έχει την δυνατότητα η μισθώτρια να τον χρησιμοποιήσει και να ζητήσει την παραχώρηση του από τον εκμισθωτή, μετά από την γνωστοποίηση της πρόθεσης της μισθώτριας και εντός μίας (1) ημέρας από την ανωτέρω γνωστοποίηση. Ήτοι ξεκάθαρα προκύπτει από το

Αριθμός απόφασης: 909/2019

περιεχόμενο του προσυμφώνου ότι η προσφεύγουσα, ουδόλως είχε στην κατοχή της τον εν λόγω εξοπλισμό κατά τον χρόνο σύνταξης του, ούτε προφανώς και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της αλλά είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει την κατοχή και χρήση αυτού, έπειτα από γνωστοποίηση της προς τον εκμισθωτή, **όρος που αποδεικνύει ότι δεν τον κατείχε, ούτε τον απέκτησε με το προσύμφωνο!!!** Το γεγονός δε ότι δεν ήθελε να προσδώσει σε αυτό περιεχόμενο κύριας συμβάσεως, ενισχύεται και από το γεγονός ότι ακολούθησε εν τέλει το από 26-05-2019 οριστικό συμβόλαιο μίσθωσης το οποίο δεν θα είχε λόγο να ακολουθήσει εάν τα μέρη καλύπτονταν από την χρήση του προσυμφώνου . Από δε το περιεχόμενο της κύριας πλέον συμβάσεως δεν προκύπτει ότι η μισθώτρια έκανε χρήση του παραπάνω όρου του προσυμφώνου προκειμένου να λάβει στην κατοχή της νωρίτερα τον εξοπλισμό, ούτε βεβαίως από κανένα άλλο αποδεικτικό έγγραφο της προσφεύγουσας προκύπτει κάτι τέτοιο, τουναντίον από τον συνδυασμό των δύο εγγράφων (προσυμφώνου και οριστικού συμβολαίου) συνάγεται ότι η μισθώτρια έλαβε τελικά στην κατοχή της τον εξοπλισμό κατά την υπογραφή της οριστικής συμβάσεως, ήτοι την 26-5-2019) **Αντίθετη τυχόν ερμηνεία** του περιεχομένου του προσυμφώνου **θα συνιστούσε αυθαίρετη και κατά το δοκούν ερμηνευτική προσαρμογή του,** προκειμένου να καταστεί αυτό σύμφωνο με τους όρους και το περιεχόμενο της προσφοράς της προσφεύγουσας !!! **Επειδή** συνεπώς, είναι ξεκάθαρο ότι με το παραπάνω προσύμφωνο υφίσταται πρόθεσης συνεργασίας μεταξύ της προσφεύγουσας και του ως άνω τρίτου οικονομικού φορέα, προκύπτει, ότι η μεταξύ τους κύρια σύμβαση μίσθωσης έτσι όπως προσυμφωνήθηκε δεν τελούσε σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά θα ίσχυε, μετά και από την τυχόν ανάδειξή της ως αναδόχου και την αποδοχή της προσφοράς της από την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή τα αποτελέσματά της εξαρτήθηκαν από γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο, και μη ισχύον κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, τα αποτελέσματα δε αυτής θα επέρχονταν με την επέλευση του γεγονότος. Συμμετείχε, επομένως, στη διαδικασία με βάση ένα συμφωνητικό

Αριθμός απόφασης: 909/2019

(προσύμφωνο) που δεν τελούσε κατά τον ίδιο τον Αστικό Κώδικα σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς, αλλά τελούσε υπό τον όρο ότι αν η προσφεύγουσα καταστεί ανάδοχος, ο τρίτος θα διαθέσει τα τεχνικά μέσα προς εκτέλεση της σύμβασης. Εφόσον όμως δεν επικαλέστηκε εγκαίρως και νομίμως την εν λόγω στήριξη σε ικανότητα τρίτου, καταλήγει να μην μπορεί να πληροί μόνη της το εν λόγω κριτήριο επιλογής και ως εκ τούτου η προσφορά της τελεί **σε ουσιώδη έλλειψη από τον χρόνο της υποβολής της και ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της. »**

21. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλούμενη τον όρο 2.2.2.3 της διακήρυξης, ισχυρίζεται με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ότι « *Εν προκειμένω αν και δεν έχω παραβεί κανένα όρο της Διακήρυξης, οι προσβαλλόμενες εντελώς αναιτιολόγητα και αυθαίρετα αποφάσισαν «Γ) Την κατάπτωση, σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, υπέρ του Δήμου ... της εγγύησης συμμετοχής, που είχε προσκομισθεί., ποσού 1.780,00 €.*» !!!..»

22. Επειδή ειδικά επί του τρίτου λόγου της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, επικαλούμενη τους όρους 2.2.2.3, 3.2 της διακήρυξης αναφέρει ότι «...σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ...προκύπτει ότι: κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το ΤΕΥΔ είναι ψευδή ή ανακριβή καθώς η προσφεύγουσα διαγωνιζόμενη υποβάλλοντας ΤΕΥΔ, στο οποίο δήλωσε ότι πληροί όλα τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας η ίδια, ουσιαστικά δήλωσε ότι διαθέτει μεταξύ άλλων και τα ζητούμενα από τη διακήρυξη κρίσιμα τεχνικά μέσα που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης. Με την σύμβαση μίσθωσης αρχικά και στη συνέχεια με το προχρονολογημένο προσύμφωνο μίσθωσης που προσκόμισε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης απέδειξε ότι αντίθετα με την ως άνω δήλωσή της, δεν διαθέτει η ίδια τα τεχνικά μέσα που απαιτούνται αλλά στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για την πλήρωση του σχετικού όρου. Κατά συνέπεια παραβίασε τον σχετικό όρο 3.2 της Διακήρυξης του Διαγωνισμού και ορθά και νόμιμα με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της η αναθέτουσα αρχή απέρριψε

Αριθμός απόφασης: 909/2019

την προσφορά της προσφεύγουσας και αποφάσισε την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της στον διαγωνισμό»

23. Επειδή ειδικά επί του τρίτου λόγου της προσφυγής η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τον όρο 2.2.2.3 της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Εν προκειμένω η προσφεύγουσα προέβη σε ανακριβή άλλως ψευδή δήλωση σχετικά με την ικανότητα της να διαθέτει τόσο το απαιτούμενο από την Διακήρυξη προσωπικό όσο και τον απαιτούμενο εξοπλισμό και ορθώς η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της...»

24. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής με την οποία επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και την αποδοχή της προσφοράς της και ειδικότερα των δικαιολογητικών της κατακύρωσης, επικαλούμενη αυταπόδεικτη άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία της από τον φερόμενο παράνομο αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό και στο προφανές επιδιωκόμενο όφελος από την αποδοχή της προσφοράς της και την ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου της επίμαχης προμήθειας.

25. Επειδή στην παρ. 3 του άρθ. 362 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης», καθώς και στο ταυτόσημο άρθ. 7 ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι «..3. Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφος 1 του άρθρου 365, παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του».

Αριθμός απόφασης: 909/2019

26. Επειδή το άρθ. 367 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» ορίζει ρητώς τα εξής : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια....»

27. Επειδή η παρέμβαση ασκείται χωρίς έννομο συμφέρον κατά το μέρος όπου προβάλλονται ισχυρισμοί και αιτιάσεις που κατατείνουν στην τροποποίηση της προσβαλλομένης και ίδια στην προσθήκη αιτιολογιών κατ' αποδοχή και επιπρόσθετων λόγων απόρριψης της τεχνικής προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας (σκέψη 20). Ειδικότερα, χωρίς έννομο συμφέρον προβάλλεται ότι η προσφορά της προσφεύγουσας έπρεπε να απορριφθεί και για τον επιπρόσθετο λόγο ότι με τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης η προσφεύγουσα «...προέβη σε αντικατάσταση δύο ατόμων - ναυαγοσωστών που δεν πληρούσαν τους όρους της διακήρυξης και δεν ήταν σύμφωνοι με το περιεχόμενο της προσφοράς της προσφεύγουσας, αφού η ίδια είχε δηλώσει (με την από 22-4-2019) υπεύθυνη δήλωση της κατά την υποβολή της προσφοράς της ότι διαθέτει το απαιτούμενο προσωπικό αλλά προφανώς δεν το διέθετε, αφού οι εν λόγω και εκ των υστέρων αντικατασταθέντες ναυαγοσώστες δεν διέθεταν άδεια ναυαγοσώστη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της...» Και τούτο επειδή, εφόσον η προσφορά και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας έχουν απορριφθεί με την προσβαλλόμενη για ορισμένο λόγο, ήτοι επειδή η προσφεύγουσα φέρεται ότι δεν πληρούσε το

Αριθμός απόφασης: 909/2019

κριτήριο ποιοτικής επιλογής δηλαδή δεν διέθετε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της τα απαιτούμενα μέσα και εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης, η παρεμβαίνουσα δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε και μπορεί να αξιώσει την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για επιπρόσθετο διαφορετικό λόγο (ΔΕΦΑΘ 632/2013, ΔΕΦΑΘ (ΑΝΑΣ) 232/2014). Ως έχει, δε, παγίως κριθεί η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος, τελεί υπό την προϋπόθεση ύπαρξης βλάβης εστιάζοντας στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία, δεδομένου ότι ακόμα και αν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, αλλά εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη κατά το συγκεκριμένο τμήμα του διατακτικού της με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988), καθόσον η πράξη κρίνεται ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, *Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος*, εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμ.). Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα δεν αμφισβητεί το κύρος του διατακτικού της προσβαλλόμενης ως προς τον αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας, ούτε εξ άλλου αμφισβητεί την ορθότητα των συγκεκριμένων αιτιολογιών που διαλαμβάνονται στην προσβαλλόμενη σχετικά με τον αποκλεισμό αυτό, και συνεπώς κατά τα ως άνω χωρίς βλάβη στρέφεται ουσιαστικά κατά της προσβαλλόμενης και αιτείται την συμπλήρωση των αιτιολογιών της. Εξ άλλου, παρίσταται ως απαραδέκτως η προβολή τέτοιων ισχυρισμών με άσκηση παρέμβασης, η οποία σύμφωνα με τον νόμο και ίδια σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017, δεν μπορεί παρά να κατατείνει μόνο στην διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης και στην ορθότητα των λόγων της και όχι στην τροποποίησή της. Τέλος, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 1 και 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017, σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητάς της ΑΕΠΠ η τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης και ίδια η συμπλήρωση των αιτιολογιών της, όπως εν προκειμένω ζητείται με την παρέμβαση. Συνεπώς πρέπει να απορριφθούν ως απαραδέκτως, άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι οι παραπάνω

Αριθμός απόφασης: 909/2019

ισχυρισμοί της παρέμβασης, και ως περαιτέρω απαράδεκτοι κατά το μέρος που επιδιώκεται η τροποποίηση της προσβαλλομένης με την προσθήκη επί πλέον αιτιολογιών και ιδία επί πλέον λόγων απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, καθόσον εκφεύγουν της αποκλειστικά ακυρωτικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ.

28. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων.... ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

29. Επειδή στο άρθ. 71 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο « Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης ...και στα έγγραφα της σύμβασης, λαμβανομένου υπόψη, κατά περίπτωση, του άρθρου 57, β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος ...πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77»

30. Επειδή στο άρθ. 75 «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες

Αριθμός απόφασης: 909/2019

αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους .. και 4. 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους τεχνικούς πόρους ...για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. ... 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης....»

31. Επειδή στο άρθ. 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: « 1. Όσον αφορά ...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...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 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 οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74....»

32. Επειδή στο άρθ. 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κατά

Αριθμός απόφασης: 909/2019

την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ... β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 ... 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. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά....

3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. ... 4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. 5.... Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82....»

Αριθμός απόφασης: 909/2019

33. Επειδή στο άρθρ. 80 «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82.5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.» Και περαιτέρω, στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ», ΜΕΡΟΣ II με τον τίτλο «Τεχνική ικανότητα» προβλέπεται ότι «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρ. 75 :α) οι ακόλουθοι κατάλογοι : ...γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμούθ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ...για την εκτέλεση της σύμβασης...»

34. Επειδή το άρθρ. 91 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός

Αριθμός απόφασης: 909/2019

της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102...στ) Προσφορά υπό αίρεση....»

35. Επειδή το άρθ. 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε προ της τροποποίησής του, κατά τον χρόνο έναρξης της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, με τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» προβλέπει ότι : «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε

Αριθμός απόφασης: 909/2019

προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν

Αριθμός απόφασης: 909/2019

κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος. »

36. Επειδή το άρθ. 104 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» προβλέπει ότι :« 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έκκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση

Αριθμός απόφασης: 909/2019

συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72.»

37. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 1.3.2 της διακήρυξης: « **1.3.2 Κριτήριο ανάθεσης** Κριτήριο ανάθεσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής.» Ακολούθως, στο άρθρ. 1.4 ορίζεται ότι : « **1.4 Θεσμικό πλαίσιο** Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως :... 4 Προσθήκες και εν γένει προσαρμογές άρθρων της διακήρυξης (πέραν των όσων ήδη προβλέπονται ρητά στο κείμενο και τις υποσημειώσεις της διακήρυξης), μπορούν να προστίθενται και να περιλαμβάνονται, μόνο εφόσον είναι απόλυτα συμβατές με την ισχύουσα νομοθεσία, στο πλαίσιο της ρήτηρας ευελιξίας...» Εν συνεχεία στον όρο 1.5 προβλέπεται ότι «**1.5 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού** ... Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 24η Απριλίου 2019 και ώρα 15:00. Μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας και ώρας δεν υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφοράς στο Σύστημα....» Περαιτέρω, στον όρο 2 με τον τίτλο «**2 ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ**» προβλέπεται ότι «...**2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής** ... **Κριτήρια Επιλογής...2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής** ...**2.2.2.3. 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 2.2.3 έως 2.2.7 (άρθρα 73 έως 78 του ν. 4412/2016), δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης...** **2.2.5 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα** Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: 909/2019

φορείς απαιτείται:... Να διαθέτουν τον απαιτούμενο τεχνικό, μηχανικό και ηλεκτρονικό εξοπλισμό που προβλέπονται στο π.δ. 31/2018, τις σχετικές διατάξεις και τις τεχνικές προδιαγραφές της αριθ. ... μελέτης , ως απαραίτητα για την εκτέλεση της υπηρεσίας. ... • Για το σκοπό αυτό ο οικονομικός φορέας θα δηλώσει με το Τ.Ε.Υ.Δ. ότι διαθέτει την ανωτέρω τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και θα προσκομισθεί στην Αναθέτουσα Αρχή μετά την αποστολή της σχετικής πρόσκλησης στον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με το 3.2. της παρούσας διακήρυξης ...**2.2.6 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής**
2.2.6.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: .. β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής της παραγράφου 2.2.4, της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986....**2.2.6.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Γενικές απαιτήσεις** Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις ως άνω παραγράφους, κρίνονται, **κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης** στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016 ... **B.4.** Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.4 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατά τη διαδικασία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης τα κάτωθι...- **Έκθεση** στην οποία θα αναφέρεται ο ...τεχνικός, μηχανικός κλπ εξοπλισμός σύμφωνα με τις απαιτήσεις της τεχνικής έκθεσης και γενικά οποιοδήποτε στοιχείο που θα τεκμηριώνει τη δυνατότητα του αναδόχου για την εκτέλεση της εργασίας....**2.3 Κριτήριο ανάθεσης**... Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ήτοι η συνολική χαμηλότερη τιμή....**2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο**

Προσφορών2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» 2.4.3.1. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης...γ)... Η Τεχνική προσφορά του κάθε υποψηφίου πρέπει να περιέχει: - **Υπεύθυνη Δήλωση**, ψηφιακά υπογεγραμμένη στην οποία θα αναφέρει ότι συμμορφώνεται πλήρως με τις απαιτήσεις της τεχνικής έκθεσης της διακήρυξης και ότι διαθέτει το προσωπικό, τον τεχνικό, μηχανικό κλπ εξοπλισμό που θα διατεθεί αποκλειστικά για την εκτέλεση της εργασίας στο Δήμο ..., σύμφωνα με τις απαιτήσεις της αριθ. ... μελέτης.... **2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών** Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: ...β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ... γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ...δ) η οποία είναι υπό αίρεση, ...στ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.» Ακολούθως, στον όρο «**3 ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ - ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ**» προβλέπεται ότι « **3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου** Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή καλεί εγγράφως τον προσφέροντα στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο») να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα πέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στο άρθρο 2.2.6.2. της παρούσας. Τα εν

Αριθμός απόφασης: 909/2019

λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή....Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. ... Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τ.Ε.Υ.Δ., είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τους όρους της παρούσας. ... Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού την Επιτροπή του Διαγωνισμού και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για την κατακύρωση της σύμβασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας είτε για την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης. » Ο όρος 3 της διακήρυξης ταυτίζεται κατά την λεκτική του διατύπωση με το άρθ. 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε προ της τροποποίησής του από 1-4-2019 με το άρθ. 108 με τον τίτλο «Έναρξη ισχύος» του ν. 4605/2019. Ωστόσο η τροποποίηση του άρθ.

Αριθμός απόφασης: 909/2019

103 του ν. 4412/2016 δεν καταλαμβάνει την υπό εξέταση διαδικασία, παρότι και αυτή η ίδια εκκίνησε την 1-4-2019, δεδομένου, ότι ο όρος 3 της διακήρυξης δεν τροποποιήθηκε αναλόγως σύμφωνα με τον όρο 1.4 ως άνω (ρήτρα ευελιξίας). Περαιτέρω στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης με τον τίτλο «Αριθ. ... Μελέτη της Οικονομικής Υπηρεσίας», στο κεφάλαιο «ΓΕΝΙΚΗ & ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ» ορίζεται ότι «...Ο Δήμος ... θα αναθέσει μετά από ανοιχτό διαγωνισμό, ..υπηρεσίες σε ανάδοχο που θα διαθέτει ...εξοπλισμό που απαιτείται για την καλή εκτέλεση των υπηρεσιών, βάσει του π.δ. 31/2018.... **Άρθρο 3°: Μεθοδολογία εκτέλεσης εργασιών** Για την άριστη και απρόσκοπτη εκτέλεση των εργασιών ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέτει ... τεχνικό εξοπλισμό όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 7 του π.δ. 31/2018 α.β.γ.δ.ε. Ειδικότερα απαιτούνται: ... **3.2. Βάθρο** (παρατηρητήριο) για κάθε ναυαγοσώστη (άρθρο 7 του π.δ. 31/2018 β) κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 9 του π.δ. 31/2018. **3.3. Εξοπλισμός εκτέλεσης του ναυαγοσωστικού έργου** (άρθρο 7 του π.δ. 31/2018 γ) Ο ανάδοχος εφοδιάζει κάθε ναυαγοσώστη με: 1. Τον απαραίτητο αριθμό (αντίστοιχο με τον αριθμό των ναυαγοσωστικών πύργων) από μηχανοκίνητα, επαγγελματικά μικρά σκάφη ολικού μήκους **3,30 μέτρων, ιπποδύναμης τουλάχιστον των 6 HP**, εγγεγραμμένο σε Βιβλίο Εγγραφής Μικρών Σκαφών, χρώματος εξωτερικά πορτοκαλί, με τα προβλεπόμενα για την κατηγορία του εφόδια. Στο μέσο των πλευρών του μικρού σκάφους, δεξιά και αριστερά, είναι γραμμένη η ένδειξη **ΣΩΣΤΙΚΟ ΣΚΑΦΟΣ** και, κάτωθεν αυτής, η ένδειξη **RESCUE BOAT**, μπλε απόχρωσης. Η έλικα του μικρού σκάφους είναι προφυλαγμένη με πλέγμα για την αποτροπή ατυχήματος. 2. Αδιάβροχο φακό. 3. Κυάλια. 4. Ναυαγοσωστικό σωσίβιο, σύμφωνα με το Παράρτημα «Δ». 5. Σανίδα διάσωσης, τουλάχιστον 2,20 μέτρων, σύμφωνα με το Παράρτημα «ΣΤ». 6. Σωστικός σωλήνας, σύμφωνα με το Παράρτημα «Ε». (Ο εφοδιασμός με σωστικό σωλήνα είναι προαιρετικός). 7. Φορητό φαρμακείο, με το περιεχόμενο του Παραρτήματος «Ι» . 8. Πτυσσόμενο φορείο ή πλωτό φορείο. 9. Δύο (02) σημαντήρες, χρώματος πορτοκαλί, με σχοινί μήκους τουλάχιστον πενήντα (50) μέτρων. 10.

Αριθμός απόφασης: 909/2019

Ένδυμα κολύμβησης χρώματος πορτοκαλί, στο οποίο αναγράφεται η ένδειξη ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΗΣ - LIFE GUARD. 11. Καπέλο, στην εμπρόσθια όψη του οποίου αναγράφεται η ένδειξη ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΗΣ και κάτωθεν αυτής η ένδειξη LIFE GUARD. 12. Γυαλιά ηλίου. 13. Πινακίδα, χρώματος πορτοκαλί, με την ένδειξη ΠΡΩΤΕΣ ΒΟΗΘΕΙΕΣ και κάτωθεν αυτής την ένδειξη FIRST AID, μπλε απόχρωσης. 14. Ισοθερμικές κουβέρτες. 15. Καταδυτικό μαχαίρι. 16. Μάσκα βυθού. 17. Βατραχοπέδιλα. 18. Σημαία Ναυαγοσώστη, χρώματος πορτοκαλί, διαστάσεων 40 χ 80 εκ., με την ένδειξη ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΗΣ και κάτωθεν αυτής την ένδειξη LIFE GUARD, μπλε απόχρωσης. 19. Σημαία χρώματος ερυθρού, ίσων διαστάσεων με την προηγούμενη, με την ένδειξη ΧΩΡΙΣ ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΗ και κάτωθεν αυτής την ένδειξη NO LIFE GUARD, λευκής απόχρωσης. 20. Κινητό τηλέφωνο, ο αριθμός κλήσης του οποίου δημοσιοποιείται, με μέριμνα του εκμεταλλευόμενου τη λουτρική εγκατάσταση, με κάθε πρόσφορο μέσο, αναγράφεται σε περίοπτη θέση στο βάθρο (παρατηρητήριο) και αναφέρεται εγγράφως στην τοπική Λιμενική Αρχή. 21. Φορητή μεγαφωνική συσκευή (τηλεβόας). 22. Κοινή σφυρίχτρα. 23. Πράσινη σημαία (Κολυμπάτε ελεύθερα). 24. Κίτρινη σημαία (Κολυμπάτε με προσοχή). 25. Κόκκινη Σημαία (Απαγορεύεται η είσοδος στο νερό). 26. Φορητή συσκευή VHF. **3.4.** Εξοπλισμός εκτέλεσης του ναυαγοσωστικού έργου (άρθρο 7 του π.δ. 31/2018 δ) Πέραν των παραπάνω υποχρεώσεων, ο ανάδοχος οφείλει **επιπλέον** να διαθέτει για την περιοχή δικαιοδοσίας του, ένα μηχανοκίνητο μικρό ταχύπλοο σκάφος, εγγεγραμμένο σε Βιβλίο Εγγραφής Μικρών Σκαφών ως επαγγελματικό, **ολικού μήκους τουλάχιστον πέντε (5) μέτρων**, χρώματος εξωτερικά πορτοκαλί, εφοδιασμένο με τα προβλεπόμενα για την κατηγορία του εφόδια. Στο μέσο των πλευρών του σκάφους, δεξιά και αριστερά, είναι γραμμένη η ένδειξη ΣΩΣΤΙΚΟ ΣΚΑΦΟΣ και, κάτωθεν αυτής, η ένδειξη RESCUE BOAT, μπλε απόχρωσης. Επιπλέον, πρέπει να είναι εφοδιασμένο με μόνιμα εγκατεστημένο προβολέα, καθώς και με VHF GPS -PLOTTER-ΦΟΡΗΤΟ ΦΑΡΜΑΚΕΙΟ ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΗ - ΦΟΡΗΤΟ ΑΠΙΝΙΔΩΤΗ.... **3.5.** Λοιπός εξοπλισμός εκτέλεσης του ναυαγοσωστικού έργου (άρθρο 7 του π.δ.

Αριθμός απόφασης: 909/2019

31/2018 ε) Ο ανάδοχος υποχρεούται επίσης να τοποθετεί σε εμφανή σημεία πρόσβασης, στο χώρο των λουτρικών εγκαταστάσεων, ειδικές καλαίσθητες πινακίδες διπλής όψεως στις οποίες αναγράφονται στην ελληνική και αγγλική γλώσσα η σημασία των σημαιών και ενδείξεων, το ωράριο υπηρεσίας του ναυαγοσώστη, οι τυχόν υπάρχοντες περιορισμοί ή απαγορεύσεις, οι αριθμοί τηλεφώνων των τοπικών κέντρων παροχής πρώτων βοηθειών και της Λιμενικής Αρχής και ο Ευρωπαϊκός Αριθμός Έκτακτης Ανάγκης (112)....» Περαιτέρω, στο Παράρτημα Δ, Ε, ΣΤ, της Μελέτης παρατίθενται αντιστοίχως σχεδιαγράμματα του Τύπου ναυαγοσωστικού σωσιβίου (RESCUE CAN), του Τύπου σωστικού σωλήνα (RESCUE TUBE), και του Τύπου σωστικής σανίδας (RESCUE BOARD), και στο Παράρτημα Ι παρατίθεται πίνακας με το Περιεχόμενο Φορητού Φαρμακείου ναυαγοσώστη ως εξής «

	ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ (ΚΟΥΤΙΑ)
Καρδιο-κυκλοφορικά αναληπτικά	1
Αναλγητικά	1
Ενέσιμο κορτικοστεροειδές	1
Σύριγγες 5 cc	2
Σκεύασμα κατά εγκαυμάτων	2
Φορητή φιάλη οξυγόνου τουλάχιστον Hit με μειωτήρα πίεσης και συσκευή χορήγησης	1
Φορητή συσκευή ανάνηψης στόμα με στόμα τύπου Brook	1
Φορητή συσκευή ανάνηψης τύπου Guedel	1
Συσκευή ανάνηψης διά χειρός AMPU	1
Επίδεσμοι κοινοί	5
Γάζες αποστειρωμένες	2
Ελαστικός επίδεσμος	1
Αποστειρωμένο τούλι εμβαπτισμένο σε νερό και φυτικά έλαια για έγκαυμα	2
Mercurochrom	50 cc

Αριθμός απόφασης: 909/2019

Οξυζενέ	50 cc	
Οινόπνευμα	50 cc	
Λευκοπλάστης	1	
Ψαλίδι κοινό		1 »

Ακολουθως, στο Παράρτημα II-ΤΕΥΔ της διακήρυξης αναφέρεται ότι « Ο Δήμος προσάρμοσε το πρότυπο ΤΕΥΔ που ανταποκρίνεται: α) στις καταστάσεις εκείνες για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή, με βάση τα έγγραφα της σύμβασης, μπορούν να αποκλεισθούν, καθώς και β) στα κριτήρια επιλογής που έχουν καθοριστεί με τα ως άνω έγγραφα. (Παρατίθεται ως ξεχωριστό αρχείο) » Στο δε επισυναπτόμενο προσαρμοσμένο από την αναθέτουσα αρχή Παράρτημα II-ΤΕΥΔ έχουν διαγραφεί από την αναθέτουσα αρχή με την ένδειξη *Δεν αφορά στη συγκεκριμένη σύμβαση* όλα τα πεδία που αφορούν στις Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων ΦΟΡΕΩΝ. Επίσης ούτε στο σώμα της διακήρυξης αυτό καθ' εαυτό δεν ανευρίσκονται όροι σχετικά με την δυνατότητα των διαγωνιζομένων όπως στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων φορέων για την εκπλήρωση των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής και ίδια του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής ικανότητας. Επιπλέον στο Παράρτημα II ΤΕΥΔ δεν υπάρχει ειδικό πεδίο περί εκπλήρωσης των ποιοτικών κριτηρίων και ίδια περί της διάθεσης ή όχι ήδη κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ του τεχνικού εξοπλισμού, αλλά αντ' αυτού παρατίθεται προς απάντηση (ΝΑΙ/ΟΧΙ) το ερώτημα αν ο διαγωνιζόμενος «Πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής;»

38. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος

Αριθμός απόφασης: 909/2019

του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

39. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή, η οποία υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 105/2003, ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003, Ε.Α. 523/2010). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν

Αριθμός απόφασης: 909/2019

εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

40. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Επιβάλλεται δε να προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη (ΔΕφΠατρ. 39/2017, ΣΤΕ 39/2017) ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Επομένως δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για το λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα, και μάλιστα δικαιολογητικά που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στο διαγωνισμό δίκαιο (ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008, ΕΑ 53/2011)

41. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να

Αριθμός απόφασης: 909/2019

υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για έγγραφα ή δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη ή δεν προσκόμισε δικαιολογητικά πρόσθετα ή διαφορετικά από τα ρητώς αξιούμενα (ΕΑ ΣτΕ 18, 53, 19, 19/2011, 254/2008, 318/2013 ΔΕφΑΘ (ΑΣΦ) 18/2015, ΣτΕ 10833, 1084/2010). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται νομίμως να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία διακήρυξη (C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ 28, και απόφαση Medipac C-6/05, EU:C:2007, 337, σκέψη 54).

42. Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5). Αποκλεισμός προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης (Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006).

43. Επειδή, ως έχει κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ VI) η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣτΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υποθ. C-6/05 ΔΕΚ, αποφ. της 14.6.2007).

44. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην

Αριθμός απόφασης: 909/2019

εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

45. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και ίδια ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των προσφερόντων απαιτείται μεταξύ άλλων και *Να διαθέτουν τον απαιτούμενο τεχνικό, μηχανικό και ηλεκτρονικό εξοπλισμό που προβλέπονται στο π.δ. 31/2018, τις σχετικές διατάξεις και τις τεχνικές προδιαγραφές της αριθ. ... μελέτης , ως απαραίτητα για την εκτέλεση της υπηρεσίας* (όρος 2.2.5 σκέψη 37). Η εκπλήρωση του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής ικανότητας προαποδεικτικά προκύπτει από το ΤΕΥΔ, ως αναφέρεται ρητώς και σαφώς στον όρο 2.2.5 της διακήρυξης. Ωστόσο όμως, στο ίδιο το Παράρτημα II-ΤΕΥΔ της διακήρυξης, *προσαρμοσμένο* από την αναθέτουσα αρχή (σκέψη 37 στο τέλος) είχε απαλειφθεί οποιοδήποτε ερώτημα-πεδίο στο οποίο ο διαγωνιζόμενος θα μπορούσε να δηλώσει αν διαθέτει ή όχι ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς, ειδικά και συγκεκριμένα την *απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα* ήτοι εν προκειμένω αν διαθέτει ή όχι ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς και του ΤΕΥΔ *τον απαιτούμενο τεχνικό μηχανικό και ηλεκτρονικό εξοπλισμό*. Επί πλέον, ούτε στην διακήρυξη υπήρχε οποιαδήποτε αναφορά στην δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, ακόμη δε είχαν διαγραφεί από το Παράρτημα II-ΤΕΥΔ της διακήρυξης και όλα τα ερωτήματα-πεδία σχετικά με την στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα (σκέψη 37 στο τέλος). Συνεπώς κατόπιν της *προσαρμογής* των όρων της διακήρυξης και του ΤΕΥΔ από την αναθέτουσα αρχή, δεν υφίστατο η δυνατότητα να δηλωθεί κατά την υποβολή της προσφοράς και του ΤΕΥΔ, αν ο διαγωνιζόμενος στηρίζεται σε τρίτο φορέα ο οποίος να διαθέτει ήδη κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ τον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό. Αντ' αυτών οι διαγωνιζόμενοι κλήθηκαν να απαντήσουν μονολεκτικά (ναι – όχι) αν πληρούν όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής, μεταξύ των οποίων και το επίμαχο κριτήριο διάθεσης του εξοπλισμού (όρος 2.2.5 σκέψη 37, σελ. 42). Περαιτέρω, για την πλήρη απόδειξη της διάθεσης του απαιτούμενου εξοπλισμού, κατά το

Αριθμός απόφασης: 909/2019

στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ορίζεται στο άρθ. 2.2.5 της διακήρυξης, ότι *θα προσκομισθεί στην Αναθέτουσα Αρχή μετά την αποστολή της σχετικής πρόσκλησης στον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με το 3.2. της παρούσας διακήρυξης, (sic), χωρίς να αναφέρεται τι είναι αυτό το οποίο θα προσκομισθεί στην Αναθέτουσα Αρχή.* Εν συνεχεία, στον όρο 3.2 της διακήρυξης, στον οποίο παραπέμπει ο όρος 2.2.5 ως άνω, προβλέπεται ότι κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται *όλα τα δικαιολογητικά που περιγράφονται στο άρθρο 2.2.6.2., της διακήρυξης, ως ακριβώς εν προκειμένω κλήθηκε από την αναθέτουσα αρχή όπως υποβάλει η προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχος (σκέψη 6 σελ. 3).* Στο δε άρθ. 2.2.6.2 της διακήρυξης ειδικά καθόσον αφορά στην απόδειξη της τεχνικής ικανότητας προβλέπεται ότι προσκομίζεται **Έκθεση στην οποία θα αναφέρεται ο ...τεχνικός, μηχανικός κλπ εξοπλισμός σύμφωνα με τις απαιτήσεις της τεχνικής έκθεσης και γενικά οποιοδήποτε στοιχείο που θα τεκμηριώνει τη δυνατότητα του αναδόχου για την εκτέλεση της εργασίας.** Συνεπώς, προκύπτει ότι δεν προβλέπεται στην διακήρυξη i) Ούτε προσκόμιση μισθωτηρίου δυνάμει του οποίου να αποδεικνύεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος έχει εκμισθώσει τον επίμαχο τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό, ii) Ούτε προσύμφωνο εκμίσθωσης, iii) Ούτε οποιαδήποτε άλλη συμφωνία (χρησιδάνειο κλπ) βάσει της οποίας να αποδεικνύεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος τελεί σε κατοχή και χρήση του επίμαχου εξοπλισμού, iv) Ούτε ασφαλώς τίτλος κυριότητας του εξοπλισμού, v) Ούτε απόδειξη οποιασδήποτε άλλης νομικής κατάστασης (πχ νομή) με την οποία να αποδεικνύεται η κατοχή και η χρήση του εξοπλισμού από τον προσωρινό ανάδοχο, vi) Ούτε απαιτείται να τεκμηριώνεται με οποιονδήποτε συγκεκριμένο τρόπο η κατοχή και χρήση του εξοπλισμού από τον προσωρινό ανάδοχο, και δη πάντα ταύτα προ της υποβολής της προσφοράς. Αντίθετα, προβλέπεται στην διακήρυξη (όρος 2.2.6.2), η προσκόμιση από τον προσωρινό ανάδοχο μιάς συγκεκριμένης **έκθεσης** όπου θα αναφέρεται ο εξοπλισμός, και εν συνεχεία όλως αορίστως προβλέπεται και η προσκόμιση **γενικά οποιοδήποτε στοιχείου που θα**

Αριθμός απόφασης: 909/2019

τεκμηριώνει την δυνατότητα του αναδόχου για την εκτέλεση της εργασίας. Σε κάθε περίπτωση, ούτε από τον όρο τούτο προκύπτει η υποχρέωση προσκόμισης συγκεκριμένου στοιχείου που να τεκμηριώνει την κατοχή και την χρήση του επίμαχου εξοπλισμού και δη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Αντιθέτως προβλέπεται η προσκόμιση κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, γενικά οποιοδήποτε στοιχείου που θα τεκμηριώνει την δυνατότητα του αναδόχου να εκτελέσει την σύμβαση. Ήτοι σαφώς και ρητώς με την χρήση του χρόνου μέλλοντα διαρκείας, οποιοδήποτε γενικό στοιχείο υποβάλει ο προσωρινός ανάδοχος κατά το στάδιο της κατακύρωσης οφείλεται να τεκμηριώνει για το μέλλον -ήτοι από της υποβολής του στοιχείου τούτου και μετά- την διαρκή μελλοντική δυνατότητα του αναδόχου να εκτελέσει το αντικείμενο της προμήθειας. Επί πλέον το προσκομιζόμενο γενικό στοιχείο απαιτείται να τεκμηριώνει για το μέλλον την απλή δυνατότητα του προσωρινού αναδόχου να εκτελέσει την σύμβαση, πράγμα που ασφαλώς δεν καταλαμβάνει την αναδρομική από της υποβολής της προσφοράς πλήρη νομική κατοχύρωση της κατοχής και της χρήσης ειδικά και συγκεκριμένα του επίμαχου εξοπλισμού. Συνεπώς κατά το πνεύμα και το γράμμα της διακήρυξης η απόδειξη της τεχνικής ικανότητας και ιδία της διάθεσης του εξοπλισμού προκύπτει από μία απλή έκθεση του προσωρινού αναδόχου και γενικά από οποιοδήποτε στοιχείο περί της μελλοντικής δυνατότητάς του όπως εκτελέσει την σύμβαση και εν προκειμένω οποιοδήποτε στοιχείο από το οποίο να προκύπτει η μελλοντική διάθεση του εξοπλισμού. Πάντα ταύτα προκύπτουν κατά συνεκτική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης, η οποία ερμηνεία συγχρόνως παραμένει πιστή στην συγκεκριμένη λεκτική διατύπωση των επίμαχων ως άνω όρων, και ιδία μεθοδολογικά ερμηνεύει για ποιόν ακριβώς νόμιμο λόγο έχουν απαλειφθεί από την διακήρυξη και το ΤΕΥΔ όλοι οι όροι που συνέχονται με την στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα. Δηλαδή, επειδή ακριβώς κατά το γράμμα και την έννοια της διακήρυξης η διάθεση του εξοπλισμού αποδεικνύεται από μία απλή έκθεση του διαγωνιζόμενου και από γενικά

Αριθμός απόφασης: 909/2019

οποιοδήποτε στοιχείο που θα τεκμηριώνει τη δυνατότητα του αναδόχου για την εκτέλεση της εργασίας αμφότερα από τον χρόνο της κατακύρωσης και μετά, ακριβώς για τους λόγους αυτούς -αυτονοήτως- δεν χωρεί στήριξη στις ικανότητες τρίτου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, και επομένως ορθά και σύννομα απαλείφθηκαν οι σχετικοί όροι από την διακήρυξη. Άλλη ερμηνεία της διακήρυξης, ήτοι ότι ήδη κατά τον χρόνο υποβολής του ΤΕΥΔ και της προσφοράς απαιτείτο όπως υφίσταται η κατοχή και χρήση του εξοπλισμού από τον διαγωνιζόμενο είτε αυτοπροσώπως είτε μέσω τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, είναι απορριπτικά διότι i) δεν βρίσκει έρεισμα στους όρους της διακήρυξης, ως εκτενώς ανωτέρω αναφέρεται και ii) προσκρούει στην συγκεκριμένη επιλογή της αναθέτουσας αρχής όπως απαλείφει από της διακήρυξη πάσα αναφορά στην δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου και iii) προσκρούει στην συγκεκριμένη επιλογή της αναθέτουσας αρχής όπως κατά *προσαρμογή* -ως αναφέρει- του ΤΕΥΔ - διαγράφει από το ΤΕΥΔ τα σχετικά πεδία με αποτέλεσμα να μην παρέχεται καν η δυνατότητα στήριξης στην ικανότητα τρίτου φορέα και iii) προσκρούει στο ρητό και σαφές άρθ. 78 του ν. 4412/2016 (σκέψη 31) σύμφωνα με το οποίο εάν η κατοχή του επίμαχου εξοπλισμού εξητείτο να υφίσταται ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και του ΤΕΥΔ, η αναθέτουσα αρχή όφειλε όπως μη είχε απαλείψει τα οικεία πεδία του ΤΕΥΔ περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου και μάλιστα με την ρητή και σαφή μνεία της ότι το πεδίο *Δεν αφορά στη συγκεκριμένη σύμβαση*, και iv) προσκρούει στην επιλογή της αναθέτουσας αρχής όπως απαλείφει από το ΤΕΥΔ πάσα ερώτηση-πεδίο το οποίο να αναφέρεται ειδικά και συγκεκριμένα στην κατοχή-διάθεση-χρήση του επίμαχου εξοπλισμού, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και του ΤΕΥΔ και v) δεν θα αποτελούσε *συνήθη ερμηνευτική μέθοδο κάλυψης των ασαφειών της διαδικασίας* (ΔΕΦΑΘ 561/2014 (ΑΣΦ)), διότι θα οδηγούσε στο άτοπο να απαιτείται μεν η διάθεση του επίμαχου εξοπλισμού ήδη κατά το χρόνο της προσφοράς, αλλά να αποκλείεται από τα στοιχεία της ίδιας της διακήρυξης η δυνατότητα στήριξης

Αριθμός απόφασης: 909/2019

στην ικανότητα τρίτου προς εκπλήρωση του συγκεκριμένου όρου. Ωστόσο ασφαλώς συντρέχει με τα ως άνω και ο όρος 2.2.6.2 Α της διακήρυξης (σκέψη 37) σύμφωνα με τον οποίο το κριτήριο ποιοτικής επιλογής του όρου 2.2.5 και ίδια της διάθεσης του εξοπλισμού κρίνεται τόσο κατά την υποβολή της προσφοράς όσο και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ωστόσο, όμως κατά τα ως άνω τα αποδεικτικά μέσα βάσει των οποίων κρίνεται η εκπλήρωση του κριτηρίου i) δεν προβλέπει την προσκόμιση κανενός συγκεκριμένου νομικού εγγράφου που να αποδεικνύει συγκεκριμένα την κατοχή και χρήση του εξοπλισμού, ii) αλλά προβλέπει μόνον την προσκόμιση μιάς έκθεσης της προσωρινού αναδόχου, και iii) όλως αορίστως την προσκόμιση οποιουδήποτε στοιχείου το οποίο θα τεκμηριώνει για το μέλλον την δυνατότητα του αναδόχου να εκτελέσει την σύμβαση. Συνεπώς προκύπτει ασάφεια και μάλιστα αντιφατικότητα της διακήρυξης δεδομένου ότι το μεν ποιοτικό κριτήριο διάθεσης του εξοπλισμού οφείλεται να κρίνεται κατά την υποβολή της προσφοράς και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ωστόσο όμως δεν προβλέπεται στην διακήρυξη προσκόμιση αποδεικτικού μέσου ικανού και πρόσφορου όπως κριθεί η πραγματική τρέχουσα και ισχύουσα διάθεση του εξοπλισμού κατά τους χρόνους αυτούς. Όμως και πάλι δεν θα ήταν δυνατόν να απορριφθεί προσφορά καθόσον έχει κριθεί συναφώς ότι τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος καλόπιστου διαγωνιζομένου εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΔΕφίωαν 6/2019, ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 111, ΕφΘεσ 501/1987, ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 9^η έκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, σελ. 776). Επομένως, η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του. Κατ' ακολουθίαν, είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης ότι η κατοχή και η χρήση του επίμαχου εξοπλισμού απαιτείτο από την διακήρυξη να έχει στοιχειοθετηθεί i) είτε στο πρόσωπο της

Αριθμός απόφασης: 909/2019

προσφεύγουσας δυνάμει σύμβασης μίσθωσης με δεσμευτική νομική ισχύ ήδη από του χρόνου κατάθεσης της προσφοράς, είτε ii) στο πρόσωπο τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου όφειλε η προσφεύγουσα να δηλώσει στο ΤΕΥΔ της ότι στηρίζεται. Και τούτο ειδικότερα διότι το μεν πρώτο δεν προβλέπεται στην διακήρυξη, και συγχρόνως έχει απαλειφθεί από το ΤΕΥΔ το σχετικό ερώτημα περί διάθεσης του εξοπλισμού, το δε δεύτερο αποκλείεται από τους ίδιους τους όρους των εγγράφων της διαδικασίας, κατ' επιλογή της αναθέτουσας αρχής η οποία απάλειψε από την διακήρυξη και τα παρατήματα αυτής (ιδία από το ΤΕΥΔ) πάσα σχετική αναφορά, όρο, διάταξη και πεδίο. Πολλώ δε μάλλον που τα σχετικά κρίσιμα τούτα πεδία, όροι και διατάξεις περί στήριξης στην ικανότητα τρίτου, και περί χρήσης του τεχνικού εξοπλισμού, υφίστανται ρητώς και σαφώς στο πρότυπο τεύχος διακηρύξεων, ΕΑΑΔΗΣΥ και στο εγκεκριμένο υποχρεωτικά εφαρμοστέο ΤΕΥΔ της ΕΑΑΔΗΣΥ (αντιστοίχως ΦΕΚ Β'4534/21-12-2017, ΦΕΚ Β 3698/16-11-2016), πλην όμως απαλείφθηκαν εν προκειμένω από την αναθέτουσα αρχή, κατά *προσαρμογή* - ως ίδια αναφέρει- των πρότυπων εγγράφων στην συγκεκριμένη διαδικασία. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή *προσάρμοσε* τους όρους της υπό εξέταση διαδικασίας κατά τρόπο ώστε i) να μην υφίσταται στο ΤΕΥΔ δυνατότητα δήλωσης στήριξης στην ικανότητα τρίτου, και ii) να μην προβλέπεται καν στους όρους της διακήρυξης η δυνατότητα στήριξης στην ικανότητα τρίτου, και iii) να μην υφίσταται στο ΤΕΥΔ υποχρέωση δήλωσης κατοχής διάθεσης και χρησιμοποίησης του επίμαχου τεχνικού εξοπλισμού ήδη κατά την κατάθεση της προσφοράς και του ΤΕΥΔ, και iv) να μην προβλέπεται ρητώς σαφώς και χωρίς αμφισημία στην διακήρυξη η προσκόμιση συγκεκριμένου εγγράφου ή στοιχείου από το οποίο να προκύπτει με δεσμευτική νομική ισχύ η χρήση του επίμαχου εξοπλισμού ήδη κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς και του ΤΕΥΔ. Επομένως, κατόπιν τούτων και κατόπιν της συγκεκριμένης ως άνω διαμόρφωσης των όρων της διακήρυξης, απαραίτητα και αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων, ότι η προσφεύγουσα όφειλε είτε να κατέχει και να χρησιμοποιεί

Αριθμός απόφασης: 909/2019

η ίδια τον επίμαχο τεχνικό εξοπλισμό, συγκεκριμένα με σύμβαση μίσθωσης με ισχύ από του χρόνου κατάθεση του ΤΕΥΔ και της προσφοράς, είτε ii) να είχε στηριχθεί στην ικανότητα τρίτου με δήλωση στο ΤΕΥΔ. Και τούτο διότι κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακήρυξης που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ ΣτΕ Ε.Α. 179/2009 σκ.5), ούτε μπορεί νομίμως να απορριφθεί προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, για λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς (ΣτΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υποθ. C-6/05 ΔΕΚ, αποφ. της 14.6.2007) διότι τούτο ισοδυναμεί με ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση των όρων της διακήρυξης (ΔΕΦΑΘ 511/2011 (ΑΝΑΣΤ), ΣτΕ ΕΑ 254/2008, 190, 797/2002).

46. Επειδή από την έρευνα των εγγράφων της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης όπως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προέκυψε ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε τα συγκεκριμένα, κατονομαζόμενα σαφώς και άνευ αμφισημίας στοιχεία και έγγραφα που απαιτούνται από την διακήρυξη (σκέψεις 41, 37). Η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε -ως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα- ούτε μισθωτήριο που να της χορηγεί την κατοχή και χρήση του επίμαχου τεχνικού εξοπλισμού ήδη από του χρόνου κατάθεσης της προσφοράς και του ΤΕΥΔ, ούτε -εναλλακτικά- δήλωσε στο ΤΕΥΔ που κατέθεσε ότι στηρίζεται ως προς το σημείο τούτο στις ικανότητες τρίτου φορέα, ούτε -συνακόλουθα- κατατέθηκε ΤΕΥΔ τρίτου φορέα. Όμως, η διακήρυξη δεν προβλέπει ούτε την προσκόμιση μισθωτηρίου, ούτε συγκεκριμένων αποδείξεων περί την κατοχή και χρήση του τεχνικού εξοπλισμού ήδη από του χρόνου κατάθεσης της προσφοράς, αλλά μόνον την προσκόμιση *έκθεσης* που να απαριθμεί τον τεχνικό εξοπλισμό -η οποία δεν αμφιβητείται ότι προσκομίστηκε- καθώς και *οποιοδήποτε στοιχείο*

Αριθμός απόφασης: 909/2019

που θα τεκμηριώνει την δυνατότητα του αναδόχου για την εκτέλεση της εργασίας. Ως προς το δεύτερο τούτο απαιτούμενο στοιχείο η νομική μορφή του οποίου δεν προσδιορίστηκε από την διακήρυξη, αλλά αφέθηκε στην διακριτική ευχέρεια του αναδόχου, η προσφεύγουσα, ορθά, σύννομα και παραδεκτά προσκόμισε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης α) το από 5-4-2019 προσύμφωνο μίσθωσης εξοπλισμού, και β) το από 26-5-2019 ιδιωτικό συμφωνητικό μίσθωσης εξοπλισμού. Ειδικότερα σύμφωνα με το από 5-4-2019 προσύμφωνο μίσθωσης εξοπλισμού και συγκεκριμένα στον όρο 3 αυτού ρητώς σαφώς και αδιαμφισβήτητα ο εκμισθωτής και μέτοχος της προσφεύγουσας και η προσφεύγουσα «...**συμφώνησαν και συναποδέχθηκαν τα ακόλουθα ... 3. Χρήση του εξοπλισμού μέχρι την υπογραφή του οριστικού συμβολαίου μίσθωσης...**έχει την δυνατότητα η μισθώτρια να τον χρησιμοποιήσει και να ζητήσει την παραχώρησή του ...μετά από γνωστοποίηση...και εντός μίας ημέρας». Περαιτέρω με το επίμαχο προσύμφωνο, τα μέρη ανέλαβαν επίσης την υποχρέωση σύναψης μισθωτηρίου του συγκεκριμένου εξοπλισμού (επαγγελματικών σκαφών) εντός τριάντα ημερών από την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας στον υπό εξέταση διαγωνισμό. Συνεπώς στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (άρθ. 361 ΑΚ), ορθά, σύννομα, δεσμευτικά και παραδεκτά το καλούμενο προσύμφωνο συνιστά μικτή σύμβαση, ήτοι σύμβαση που νόμιμα φέρει τα χαρακτηριστικά περισσότερων τυπικών συμβάσεων του ΑΚ. Συγκεκριμένα, ως ρητώς και σαφώς προκύπτει από τους συμβατικούς όρους του προσυμφώνου παραχωρήθηκε στην προσφεύγουσα η δυνατότητα ήτοι το δικαίωμα χρήσης του εξοπλισμού από του χρόνου σύναψης της συμφωνίας την 5-4-2019, ήτοι προ του χρόνου κατάθεσης της προσφοράς της προσφεύγουσας (24-5-2019). Από το περιεχόμενο της από 5-4-2019 σύμβασης προκύπτει ότι δεν συμφωνήθηκε ούτε τίμημα αποζημίωσης χρήσης του εν λόγω εξοπλισμού, ούτε προσυμφωνήθηκε, ούτε συμφωνήθηκε αντάλλαγμα για την χρήση του εξοπλισμού από την 5-4-2019 οπότε χορηγήθηκε η δυνατότητα χρήσης του βάσει μονομερούς δήλωσης και άνευ

Αριθμός απόφασης: 909/2019

όρων μέχρι είτε την σύναψη της σύμβασης μίσθωσης του εξοπλισμού είτε μέχρι την λήξη της χρήσης του εξοπλισμού με οποιονδήποτε τρόπο. Το γεγονός ότι δεν συμφωνήθηκε αντάλλαγμα για την παραχώρηση της χρήσης του εξοπλισμού από την 5-4-2019 και μέχρι την σύναψη της μίσθωσης δεν αναιρεί ούτε αλλοιώνει την νομική ισχύ, κύρος, και δεσμευτικότητα του δικαιώματος χρήσης του εξοπλισμού ήτοι της παραχώρησης της χρήσης του εξοπλισμού ήδη από την 5-4-2019, δεδομένου ότι η παραχώρηση της χρήσης πράγματος κατά νόμον μπορεί εγκύτως να συμφωνείται και άνευ ανταλλάγματος κατά την ελεύθερη βούληση των μερών, οπότε ενέχει δωρεά. Επίσης το γεγονός ότι προσυμφωνήθηκε την 5-4-2019 η σύναψη μίσθωσης του εξοπλισμού εντός 30 ημερών από την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας και εφόσον ήθελε τυχόν αυτή επισυμβεί, δεν αναιρεί ούτε αλλοιώνει την νομική ισχύ κύρος και δεσμευτικότητα της παραχώρησης της χρήσης του εξοπλισμού βάσει μονομερούς δήλωσης της προσφεύγουσας ήδη από την 5-4-2019. Και τούτο, δεδομένου ότι η παραχώρηση άνευ ανταλλάγματος του δικαιώματος χρήσης πράγματος κατά νόμον δεν αποκλείει το προσύμφωνο των μερών όπως κατά την ελεύθερη βούλησή τους συμφωνήσουν ότι υπό ορισμένες προϋποθέσεις και έναντι ορισμένου τιμήματος το εν λόγω δικαίωμα (δυνατότητα) χρήσης θα αντικατασταθεί από μία μίσθωση σε μία ορισμένη χρονική στιγμή. Ήτοι η δωρεάν παραχώρηση της χρήσης του εξοπλισμού που συμφωνήθηκε την 5-4-2019, εγκύτως νομίμως και δεσμευτικώς προσυμφωνήθηκε ότι θα μετατραπεί υπό όρους σε μίσθωση του εξοπλισμού ήτοι σε σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας. Συναφώς αλυσιτελώς ως επί εσφαλμένης νομικής βάσεως προβάλλονται και είναι απορριπτέοι όλοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος περί της νομικής φύσης του προσυμφώνου, ήτοι ότι τούτο δεν αποτελεί μίσθωση. Όμως εν προκειμένω από το προσκομισθέν προσύμφωνο μίσθωσης εξοπλισμού δεν προκύπτει μόνον η συμφωνία των μερών περί μελλοντικής σύμβασης μίσθωσης, αλλά επί πλέον και κυρίως συμφωνήθηκε και το παρόν, ενεστώως και ισχυρό από την 5-4-2019 δικαίωμα

Αριθμός απόφασης: 909/2019

χρήσης του επίμαχου εξοπλισμού από την προσφεύγουσα και δη βάσει μονομερούς δήλωσής της, και άνευ όρων. Επί πλέον είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι μη ερειδόμενοι στον νόμο και όλοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι η χρήση πράγματος μπορεί νομίμως και εγκύρως να προκύπτει μόνον από συναφθείσα σύμβαση μίσθωσης. Και τούτο διότι σύμφωνα με τις διατάξεις του ΑΚ η κατοχή και χρήση κινητού πράγματος μπορεί να προκύπτει δυνάμει οποιασδήποτε συμφωνίας είτε με επαχθή αιτία όπως η μίσθωση είτε εξ ελευθεριότητας όπως -εν προκειμένω- η δωρεάν παραχώρηση. Μάλιστα δε κατά κυριολεξία η σύναψη μίσθωσης δεν αποδεικνύει άνευ ετέρου -όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή- την κατοχή και χρήση του πράγματος. Και τούτο δεδομένου ότι η μίσθωση είναι υποσχετική και όχι re καταρτιζόμενη σύμβαση. Ήτοι με την μίσθωση αναλαμβάνεται η υποχρέωση παραχώρησης της κατοχής και χρήσης του πράγματος, υποχρέωση η οποία μπορεί να εκπληρωθεί ή όχι, αναλόγως της εξέλιξης της ενοχής. Δηλαδή για την έγκυρη κατάρτιση της σύμβασης μίσθωσης δεν απαιτείται η παραχώρηση της κατοχής και χρήσης του πράγματος, και για τον λόγο αυτό η απλή κατάρτιση της μίσθωσης δεν αποδεικνύει άνευ ετέρου την παραχώρηση της κατοχής και χρήσης του πράγματος, γεγονός το οποίο -συνήθως- αποδεικνύεται από ρητή περί αυτού δήλωση του μισθωτή. Επίσης απορριπτέοι ως αναπόδεικτοι και αόριστοι είναι όλοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος περί εικονικότητας, προχρονολόγησης, και αμφισβήτησης του κύρους της από 5-4-2019 σύμβασης με τον τίτλο *προσύμφωνο*, καθόσον ιδία i) Δεν γίνεται επίκληση κανενός πραγματικού ουσιαστικού στοιχείου από το οποίο να προκύπτει η τυχόν εικονικότητα ή η προχρονολόγηση του προσυμφώνου, και ii) Δεν γίνεται επίκληση συγκεκριμένης διάταξης του νόμου ή της διακήρυξης βάσει της οποίας το συγκεκριμένο προσύμφωνο όφειλε να περιβληθεί ορισμένο τύπο άνευ του οποίου θα έπασχε ακυρότητας, και iii) Δεν γίνεται επίκληση συγκεκριμένης διάταξης του νόμου ή της διακήρυξης βάσει της οποίας το συγκεκριμένο προσύμφωνο όφειλε να φέρει βεβαία χρονολογία κατά την

Αριθμός απόφασης: 909/2019

έννοια του νόμου, αλλά iii) Αντίθετα η διακήρυξη προβλέπει ρητά (όρο 3.2 στη αρχή, σκέψη 37) ότι αρκεί η προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης σε πρωτότυπα, και δεν αμφισβητείται ότι πράγματι το επίμαχο προσύμφωνο προσκομίστηκε σε πρωτότυπο. Περαιτέρω προσκομίστηκε από την προσφεύγουσα και το από 26-5-2019 ιδιωτικό συμφωνητικό μίσθωσης εξοπλισμού, βάσει του οποίου μισθώθηκε ο επίμαχος εξοπλισμός από την 26-5-2019, έναντι συγκεκριμένου ανταλλάγματος, προφανώς τερματισθείσας με τον τρόπο αυτό η άνευ ανταλλάγματος χρήση του εξοπλισμού η οποία είχε παραχωρηθεί στην προσφεύγουσα με την από την 5-4-2019 σύμβασή της με τον μέτοχό της εκμισθωτή του εξοπλισμού. Συνεπώς η προσφεύγουσα σε κάθε περίπτωση απέδειξε με τον προβλεπόμενο στην διακήρυξη τρόπο την συνδρομή στο πρόσωπό της του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα απέδειξε την εκπλήρωση στο πρόσωπό της, της τεχνικής της ικανότητας του όρου 2.2.5 της διακήρυξης, ήτοι της *διάθεσης* του εξοπλισμού ήδη από της 5-4-2019 και συνεχώς έκτοτε. Και ίδια η προσφεύγουσα απέδειξε το δικαίωμά της χρήσης του επίμαχου εξοπλισμού και της δυνατότητας εκτέλεσης της σύμβασης τόσο κατά την κατάθεση της προσφοράς -με την προσκόμιση της από 5-4-2019 ως άνω συμφωνίας-, όσο και κατά τον χρόνο της κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης -με την προσκόμιση του από 26-5-2019 μισθωτηρίου του επίμαχου εξοπλισμού. Δηλαδή η προσφεύγουσα απέδειξε ως απαιτεί η διακήρυξη (όροι 2.2.6.1 και 2.2.6.2 Α και Β4, σκέψη 37) και ο νόμος (άρθ. 79, 80 και 103 του ν. 4412/2016, σκέψεις 32, 33 και 35) ότι εκπληρώνει το ποιοτικό κριτήριο της τεχνικής ικανότητας και ίδια ότι διαθέτει το δικαίωμα (την δυνατότητα) χρήσης του εξοπλισμού -βάσει των δύο ως άνω συμφωνιών- κατά τα δύο κρίσιμα χρονικά σημεία της κατάθεσης της προσφοράς και της κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως απαιτεί ο νόμος (άρθ. 104 ν. 4412/2016, σκέψη 36) και η διακήρυξη (όρος 2.2.6.2 Α σκέψη 37). Συνεπώς έσφαλλε η προσβαλλόμενη που απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας επειδή i) Σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός

Αριθμός απόφασης: 909/2019

διαγωνιζομένου για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά πρόσθετα από τα ρητώς και σαφώς αξιούμενα από την διακήρυξη. Και ειδικά εν προκειμένω, επειδή δεν προσκόμισε μισθωτήριο του εξοπλισμού εν ισχύ κατά την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, το οποίο δεν προβλέπεται στην διακήρυξη (σκέψεις 40, 41), και ii) Επειδή δεν προκύπτει από τα στοιχεία του διαγωνισμού ως είναι αναρτημένα στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο στο ΕΣΗΔΗΣ ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας αποκλίνει, ούτε προκύπτει ότι δεν συμμορφώνεται με το περιεχόμενο της διακήρυξης (σκέψεις 45, 46). Περαιτέρω είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης ότι η προσφεύγουσα όφειλε όπως στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου για την απόδειξη της τεχνικής της ικανότητας, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα απέδειξε ως άνω την τεχνική ικανότητα που συντρέχει στο πρόσωπό της, άνευ ανάγκης στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα. Εξ άλλου, η ίδια η αναθέτουσα αρχή είχε εξ αρχής αποκλείσει εν προκειμένω την δυνατότητα στήριξης στην ικανότητα τρίτου για την εκπλήρωση του επίμαχου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής με την *προσαρμογή* των όρων της διακήρυξης στην οποία προέβη (σκέψη 45 εκτενώς). Συνεπώς δεν θα μπορούσε νομίμως να αποκλεισθεί η προσφορά της προσφεύγουσας καθώς δεν προέκυψε απόκλιση των δικαιολογητικών της κατακύρωσης, ούτε του ΤΕΥΔ ούτε της τεχνικής της προσφοράς από τους अपαράβατους όρους της διακήρυξης (σκέψεις 38, 39, 44), ενώ αντίθετα προέκυψε ότι η προσφορά ανταποκρίνεται στους όρους της διακήρυξης, κατά πάντα χρόνο. Ως έχει συναφώς κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ VI) η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (σκέψη 43). Σε ακολουθία όλων των ανωτέρω, και σύμφωνα με τα άρθ. 53, 71, 75, 79, 80, 91, 103, 104 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36), πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, και να απορριφθεί η παρέμβαση καθώς και οι

Αριθμός απόφασης: 909/2019

ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής επειδή η προσφεύγουσα προσκόμισε όλα τα ρητώς και σαφώς απαιτούμενα από την διακήρυξη έγγραφα και στοιχεία, αποκλεισμένου κατά τις αρχές της νομιμότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ισότητας (σκέψεις 38 έως 44) και από τις αναφερόμενες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης (όροι 2.2.5, 2.2.6, 2.2.6.1, 2.2.6.2 Α και Β.4, 2.4.3.1 γ), 3.2 σκέψη 37) να αποκλεισθεί της διαδικασίας η προσφορά της. Συνεπώς πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση τόσο κατά το μέρος της που απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και την προσφορά της προσφεύγουσας, όσο και κατά το μέρος που συνεπεία του ως άνω εσφαλμένου αποκλεισμού της προσφεύγουσας ανακήρυξε παρά τον νόμο, αβάσιμα εσφαλμένα και ακυρωτέα τον παρεμβαίνοντα προσωρινό ανάδοχο.

47. Επειδή κατόπιν των παραπάνω σκέψεων 45 και 46 πρέπει να γίνει δεκτός και ο τρίτος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος της που αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας. Και τούτο δεδομένου του παρακολουθηματικού χαρακτήρα της κατάπτωσης της εγγύησης της οποίας προϋπόθεση αποτελεί σωρευτικά i) η απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου κατ' άρθ. 2.2.2.3 και 3.2 της διακήρυξης και του νόμου (άρθ. 103 του ν. 4412/2016 σκέψη 35) και ii) η διαπίστωση ανακριβών δηλώσεων στο ΤΕΥΔ και εν γένει στην προσφορά της προσφεύγουσας. Ως εκτενώς αναφέρεται στις παραπάνω σκέψεις 45 και 46 δεν συντρέχει νόμιμη περίπτωση απόρριψης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και της προσφοράς της προσφεύγουσας ούτε προέκυψε ότι υπέβαλε ανακριβείς δηλώσεις και στοιχεία με την προσφορά της και συνεπώς δεν μπορεί νομίμως να καταπέσει η εγγύηση συμμετοχής. Κατ' ακολουθίαν, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και κατά το μέρος της αποφάσισε την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας.

48. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

Αριθμός απόφασης: 909/2019

50. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί

51. Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 49, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 22-7-2019 και εκδόθηκε την 12-8-2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Λαμπρινή Φώτη