

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10 Οκτωβρίου 2023, με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 28.08.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1304/28.08.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΠΕ (...)» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΚΑΙ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ... Α.Ε.» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «ΕΛΛΗΝΙΚΕΣ ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «.....» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμό/2023, απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η εταιρεία «Η... S.A».

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει, ότι έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.950,00€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2023, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την παροχή «υπηρεσιών υποστήριξης τηλεφωνικής/ηλεκτρονικής εξυπηρέτησης (call center)», συνολικής εκτιμώμενης αξίας €390.000,00, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 05.05.2023, υπό Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, στον θέματι διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη απόφαση η προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε απορριπτή, ενώ οριστική ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της ως άνω προσβαλλόμενης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή.

4. Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 18.08.2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του

διαγωνισμού στις 28.08.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, με την ζημία της να ερείδεται στην παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό. Η δε προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε απορριπτέα, με την προσβαλλόμενη, ωστόσο δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείσα, αφού ο αποκλεισμός της δεν έχει επικυρωθεί με απόφαση επί αίτησης ακύρωσης, και άρα έχει έννομο συμφέρον προς άσκηση της προσφυγής.

7. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 28.08.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

8.Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως την παρέμβασή της, στις 06.09.2023, και μετ' εννόμου συμφέροντος, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

9. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή, στις 12.09.2023. Επί των ως άνω απόψεων, η προσφεύγουσα υπέβαλε, στις 12.09.2023, υπόμνημα, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο.

10.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το ΕΕΕΣ της παρέχουσας δάνειας εμπειρίας (της εταιρείας Ν... Η...) σ' αυτήν (την προσφεύγουσα) δεν απαιτείτο να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο. Η δε προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή επί του ΕΕΕΣ απαιτείται μόνο για τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα και όχι για την τρίτη δανείζουσα εμπειρία εταιρεία.

11. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Όπως έχει κριθεί (ΣτΕ 1604/2022, 882/2021, ΕΑ ΣτΕ168/2021), από τον συνδυασμό των ανωτέρω παρατεθεισών διατάξεων του ν. 4412/2016, της Υ.Α. 64233/08.06.2021 (η οποία, στο άρθρο 1.4. της διακήρυξης, ορίζεται ως εφαρμοστέα στον ένδικο διαγωνισμό) και της διακήρυξης, προκύπτει ότι, προκειμένων διαγωνισμών, που διενεργούνται ηλεκτρονικώς μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όλα τα έγγραφα, που υποβάλλονται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω του Συστήματος, απαιτείται να φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Εφ' όσον η υποχρέωση τήρησης της εν λόγω διατύπωσης προβλέπεται ρητώς και συνάγεται σαφώς από τις οικείες διατάξεις, δεν μπορεί να θεωρηθεί, ότι η μη τήρηση του τύπου αυτού καθιστά τα υποβαλλόμενα έγγραφα της προσφοράς έγκυρα (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 168/2021). Εν όψει τούτων, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, απαιτείται, επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς, η ψηφιακή υπογραφή του προσφέροντος οικονομικού φορέα στο υποβαλλόμενο Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο συνιστά έγγραφο του διαγωνισμού κατά το άρθρο 2.2.9.1. της διακήρυξης και κατά το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα που το υποβάλλει, χωρίς να υπάρχει δυνατότητα αναπλήρωσης αυτής με διαφορετικού είδους υπογραφή, ακόμη και με επικυρωμένο το γνήσιο αυτής (βλ. ΣτΕ 1606/2022, κυρίως σκ. 13 και 14). Στην περίπτωση δε που ο προσφέρων φορέας στηρίζεται στις ικανότητες (χρηματοοικονομικές – τεχνικές – επαγγελματικές) άλλων φορέων, οι οποίοι, επομένως, οφείλουν να υποβάλουν και οι ίδιοι το Ε.Ε.Ε.Σ., πρέπει το τελευταίο, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, να φέρει ψηφιακή υπογραφή, δεδομένου ότι οι συμμετέχοντες φορείς που «δανείζουν» τις ικανότητές τους ευρίσκονται ουσιαστικώς, όσον αφορά στην πραγμάτωση του σκοπού του προκηρυσσόμενου διαγωνισμού, στην ίδια θέση με αυτήν του προσφέροντος οικονομικού φορέα, αφού, χωρίς τις δικές τους ικανότητες, δεν θα ήταν δυνατή η συμμετοχή του προσφέροντος φορέα (ΔΕφΠατ Ν 33/2021, ΔΕφ.Ιωαννίνων 38/2023). Εν προκειμένω, το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, στον οποίο η προσφεύγουσα δήλωσε ότι στηρίζεται (ήτοι της New Health System PC), που περιλαμβάνεται στον υποφάκελλο των δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικής προσφοράς, ηλεκτρονικώς εν όλω υποβαλλομένου (πρβλ. ΣτΕ 1604/2022), δεν υπογράφεται ψηφιακά από τον νόμιμο

εκπρόσωπο του φορέα (εταιρεία Ν...) όπως ρητά απαιτείται στην διακήρυξη αλλά φέρει υπογραφή μόνο μέσω του συστήματος «docuSign». Τέλος, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί εφαρμογής του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθώς η έλλειψη έγκυρης ψηφιακής υπογραφής στο επίμαχο ΕΕΕΣ ισοδυναμεί με μη υποβολή του ΕΕΕΣ. Όμως, αυτό δεν είναι ιάσιμο, κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, αφού η κατά το ως άνω άρθρο κλήση των διαγωνιζομένων για διευκρινίσεις ή συμπλήρωση στοιχείων ουδόλως καταλαμβάνει την μη υποβολή ή εκπρόθεσμη υποβολή απαιτούμενων εγγράφων προς, το πρώτον, συμμόρφωση με τα απαιτούμενα της διακήρυξης ούτε θεραπεύει τέτοια έλλειψη (Δ.Εφ.Χανίων 18/2022). Εν όψει όλων των ανωτέρω, νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία αυτή (Δ.Εφ.Θεσσαλ.256/2023, σκ. 10 και 15).

12. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της «Η....» (ήτοι της παρεμβαίνουσας), ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: *«...α. η εταιρεία Η... δηλώνει ότι θα χρησιμοποιήσει λογισμικό μιας τρίτης εταιρείας με την επωνυμία S... Α.Ε. (<https://www...>). Συνεπώς η εταιρεία δεν διαθέτει το λογισμικό, ούτε θα το δημιουργήσει αλλά θα στηριχθεί σε λογισμικό άλλης εταιρείας β. η εταιρεία αυτή δεν δηλώνεται ως υπεργολάβος, ούτε συμμετέχει καθ' οιονδήποτε τρόπο στον διαγωνισμό, ούτε δεσμεύεται ότι θα διαθέσει τα προϊόντα της και το λογισμικό της στην συμμετέχουσα εταιρεία. γ. η εταιρεία S...Α.Ε. ανά πάσα στιγμή δύναται να διακόψει τις υπηρεσίες, αφού δεν θα δεσμεύεται καθ' οιονδήποτε τρόπο από την αναθέτουσα δ. η συμμετέχουσα εταιρεία δεν θα μπορεί κατά κανένα τρόπο να διαθέσει στην αναθέτουσα αρχή τα πνευματικά δικαιώματα του λογισμικού (ηλεκτρονικής πλατφόρμας) αφού αποτελούν ιδιοκτησία άλλης εταιρείας και η χρήση τους προϋποθέτει συνδρομή με πρόσθετη χρέωση ανά έτος και χρήστη, αναμφίβολα δε δεν θα περιέλθει ποτέ στην ανάδοχο, όπως επί ποινή απορρίψεως απαιτεί το άρθρο 6.5 της διακήρυξης...»*.

13. Επειδή, σε σχέση με τα τιθέμενα ζητήματα του δεύτερου λόγου, στην διακήρυξη ορίζονται τα εξής: Στο άρθρο 1 του Παραρτήματος Α Ειδικοί όροι της διακήρυξης (σελ. 58): *«Το σύνολο των ανωτέρω παρεχόμενων*

υπηρεσιών θα καταγράφεται σε ηλεκτρονική πλατφόρμα/σύστημα διαχείρισης και παρακολούθησης των σχετικών εργασιών υποστήριξης που θα διαθέτει ο Πάροχος Υπηρεσιών (ΠΥ) παρέχοντας διαδικτυακή πρόσβαση στους χρήστες της ΕΥΑ.. Α.Ε., ενώ είναι στη διακριτική ευχέρεια της ΕΥΑ.. Α.Ε. αντί της υιοθέτησης του εν λόγω συστήματος η ολική ή μερική του αντικατάσταση με δικό της ανάλογο σύστημα ηλεκτρονικής παρακολούθησης ...», στην σελίδα 58 και δη στην παράγραφο «Υπηρεσίες τηλεφωνικής εξυπηρέτησης» της διακήρυξης,

«Παραλαβή τηλεφωνικών κλήσεων μέσω του τηλεφωνικού κέντρου της ΕΥΑ... Α.Ε. Τα αιτήματα/ερωτήματα/παράπονα των πελατών θα καταγράφονται στην προαναφερθείσα ειδικά διαμορφωμένη διαδικτυακή πλατφόρμα και θα υπάρχει ταυτόχρονη πρόσβαση/ενημέρωση στο κεντρικό πληροφοριακό σύστημα (ERP) της ΕΥΑ... Α.Ε.», στην σελίδα 59,60, και δη στην παράγραφο «Υποχρεώσεις ΠΥ διαχείρισης αιτημάτων»: «Καταγραφή των υπηρεσιών υποστήριξης σε λογισμικό (web based) με στόχο την διαχείριση και την παρακολούθηση των εργασιών ενεργειών κάλυψης των υποβληθέντων ερωτημάτων/αιτημάτων των πελατών της εταιρείας. **Το εν λόγω λογισμικό θα διατίθεται από τον ανάδοχο**, ενώ είναι στην διακριτική ευχέρεια της ΕΥΑ... Α.Ε. να ζητήσει την υιοθέτηση πληροφοριακής πλατφόρμας "ticketing" που θα υποδείξει και διαθέσει αυτή για την διαχείριση μέρους ή του συνόλου των υπηρεσιών υποστήριξης.», στην σελίδα 61, και δη στην παράγραφο «Υποχρεώσεις ΠΥ διαχείρισης αιτημάτων»: «Καταγραφή των υπηρεσιών υποστήριξης σε λογισμικό (web based) με στόχο τη διαχείριση και παρακολούθηση των εργασιών ενεργειών κάλυψης των υποβληθέντων ερωτημάτων/αιτημάτων/παραπόνων των πελατών της εταιρείας. Το εν λόγω λογισμικό θα πρέπει να διατίθεται από τον ανάδοχο ενώ είναι στην διακριτική ευχέρεια της ΕΥΑ... Α.Ε. να ζητήσει την υιοθέτηση άλλης πληροφοριακής πλατφόρμας "ticketing" που θα υποδείξει και διαθέσει αυτή για τη διαχείριση μέρους ή του συνόλου των υπηρεσιών υποστήριξης. Επίσης με ευθύνη του αναδόχου θα εξασφαλιστεί η διασύνδεση του εν λόγω συστήματος με βάση δεδομένων της ΕΥΑ... Α.Ε. ή τρίτα συστήματα στα οποία θα αποθηκεύονται τα ηλεκτρονικά αιτήματα πελατών δια μέσου της ιστοσελίδας της.», στο άρθρο 4 (σελ 63): «Για τη διαχείριση και παρακολούθηση των εργασιών, ενεργειών

υποστήριξης στις παραπάνω κατηγορίες Α1 και Α2 ο ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει σύστημα (web based) καταγραφής και διαχείρισης των σχετικών εργασιών υποστήριξης σύμφωνα με την προδιαγραφή του Μέρους Γ της παρούσης. Σκοπός του συστήματος είναι η παρακολούθηση, διαχείριση των τηλεφωνικών, ηλεκτρονικών αιτημάτων/ερωτημάτων/παραπόνων πελατών καθώς και των λοιπών ενεργειών υποστήριξης. Το εν λόγω περιβάλλον θα οριστικοποιηθεί μετά από σύμφωνη γνώμη της ΕΥΑ... Α.Ε. και θα βασίζεται στις απαιτήσεις που αναφέρονται στο Μέρος Γ της παρούσης.», και στο άρθρο 6.5 (σελ 56), και δη στην παράγραφο «Πνευματικά Δικαιώματα»: «Όλα τα αποτελέσματα, στοιχεία ή αρχεία, βάσεις δεδομένων σχετικά με τις παρεχόμενες υπηρεσίες, καθώς και όλα τα υπόλοιπα παραδοτέα που θα αποκτηθούν από τον Ανάδοχο με δαπάνες που προκύπτουν από τη Σύμβαση, θα αποτελούν αποκλειστική ιδιοκτησία της ΕΥΑ... Α.Ε. και με την ολοκλήρωση της σύμβασης θα διατεθούν στο σύνολό τους στην ΕΥΑ... Α.Ε. με την εξασφάλιση της δέσμευσης ότι ο ανάδοχος δεν διατηρεί το εν λόγω αρχείο. Σε περίπτωση αρχείων με στοιχεία σε ηλεκτρονική μορφή, ο Ανάδοχος υποχρεούται να συνοδεύει την παράδοσή τους με έγγραφη τεκμηρίωση και με οδηγίες για την ανάκτηση/διαχείρισή τους. Με την οριστική παραλαβή του συνόλου των παρεχόμενων υπηρεσιών, **τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας μεταβιβάζονται από τον Ανάδοχο αυτοδίκαια στην ΕΥΑ... Α.Ε. η οποία θα είναι πλέον ο αποκλειστικός δικαιούχος** και θα φέρει όλες τις εξουσίες που απορρέουν από αυτό, ενδεικτικά και όχι περιοριστικά για οριστική ή προσωρινή αναπαραγωγή λογισμικού με κάθε μέσο και μορφή, φόρτωση, εμφάνιση στην οθόνη, εκτέλεση μεταβίβασης, αντιγραφή, αποθήκευση, αλλά και τροποποίηση, χωρίς άδεια του αναδόχου, η οποία σε κάθε περίπτωση παρέχεται δια της υπογραφής της σύμβασης.»

14. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, η ανάμειξη 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 την διακήρυξη ορίζονται ως κριτήρια επιλογής, ειδικώς ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Με την σειρά του αυτό σημαίνει, ότι το δανειζόμενο προσόν πρέπει ν' αντιστοιχεί στο ζητούμενο ακριβές προσόν,

όπως το περιεχόμενο του προσόντος αυτού ορίζεται από την διακήρυξη. Στην περίπτωση κριτηρίων περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, το περιεχόμενο του προσόντος αυτού εξαρτάται από την ακριβή ιδιότητα που απαιτείται να συντρέχει στο πρόσωπο του προσφέροντος, ως προς το τυχόν τεχνικό μέσο ή πόρο. Ούτως, «δάνεια ικανότητα» συντρέχει, όταν ο προσφέρων/ανάδοχος δεν διαθέτει κατά τον κρίσιμο χρόνο, ήτοι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, κατ' άρ. 104 Ν. 4412/2016, το οικείο μέσο, δηλαδή αυτό δεν ευρίσκεται στην κατοχή του ιδίου και ο τρίτος οικονομικός φορέας υπόσχεται, ότι θα του το διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης, εφ' όσον καταστεί ανάδοχος, για τον λόγο αυτόν, άλλωστε, απαιτούνται σχετικές δεσμεύσεις του δανείζοντος. Στην δε περίπτωση, όπου η διακήρυξη όχι μόνο δεν απαιτεί ρητώς ιδιοκτησία/κυριότητα του πράγματος, αλλά η διατύπωσή της αρκείται απλώς στην (εν γένει και καθ' οιονδήποτε τρόπο) διάθεση, δηλαδή κατοχή του πράγματος από τον ίδιο τον ανάδοχο, και, αντίθετα, ρητά και με σαφήνεια η ίδια ορίζει, και δη εντός των ιδίων των όρων της που αφορούν στα κριτήρια επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ότι τέτοιο κριτήριο επιλογής συνιστά είτε η ιδιοκτησία είτε η μίσθωση του συγκεκριμένου πράγματος, είναι εισέτι προφανέστερο, ότι η, εκ μέρους του προσφέροντος/αναδόχου, ενεργός και ισχύουσα, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς [και επομένως συνιστώσα κατοχή εκ μέρους του και δυνατότητα διάθεσης για τους συμβατικούς σκοπούς], ιδιότητα του μισθωτή του πράγματος συνιστά την κατά την διακήρυξη απαιτούμενη «ικανότητα» και επαρκές μέσο για την απ' ευθείας και αδιαμεσολάβητη πλήρωση του κριτηρίου από τον ίδιο τον ανάδοχο. Κατά δεύτερον, ο υπερβολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπερβολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει / εκτελέσει μέρος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει /διαθέσει συγκεκριμένο/ α αγαθό /α στο εν λόγω πλαίσιο (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία , Τόμος 1, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 581 και εκεί παρατιθέμενες παραπομπές). Κατά τρίτον, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 23 και υπ' αριθμ. πρωτ. 949/13-02-2018 κατευθυντήρια οδηγία της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (πρώην ΕΑΑΔΗΣΥ):

«Επισημαίνεται, τέλος, ότι οι κατασκευαστές/παραγωγοί ή/και οι κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/υλικών/προϊόντων των οικονομικών φορέων/συμμετεχόντων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται...». Εν προκειμένω, οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Τούτο, διότι, πρώτον, με τις προαναφερθείσες διατάξεις της διακήρυξης (σκ.13), καμμία απαίτηση δημιουργίας λογισμικού από τον προσφέροντα ή τρίτον οικονομικό φορέα δεν επιβάλλεται, αλλά μόνον η διάθεση λογισμικού από τον ανάδοχο («Το εν λόγω λογισμικό θα διατίθεται από τον ανάδοχο...»), την οποία η παρεμβαίνουσα έχει εξασφαλίσει μέσω της εταιρείας «S...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ...». Δεύτερον, η παρεμβαίνουσα ουδέποτε δήλωσε στην προσφορά της, ότι θ' αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε άλλη υπεργολάβο εταιρεία και, ως εκ τούτου, η εταιρεία «S... ΑΕ», το λογισμικό της οποίας θα χρησιμοποιηθεί, δεν αποτελεί τρίτον οικονομικό φορέα ούτε υπεργολάβο για να τεθεί ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 2.2.8.2 της διακήρυξης. Τρίτον, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί της ανά πάσα στιγμή διακοπής των υπηρεσιών από την «S...ΑΕ» προς την παρεμβαίνουσα, είναι όλως υποθετικοί, αόριστοι και, ως εκ τούτου, απορριπτέοι. Τέταρτον, ως προς τα πνευματικά δικαιώματα του λογισμικού, το άρθρο 6.5 της διακήρυξης δεν προβλέπει οποιαδήποτε απαίτηση για παροχή του λογισμικού από τον ανάδοχο μετά το πέρας της σύμβασης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Αντιθέτως, στην αποκλειστική ιδιοκτησία της αναθέτουσας Αρχής θα περιέλθουν όλα τα ρητώς αναφερόμενα στο άρθρο 6.5 δεδομένα, ήτοι τα αποτελέσματα, τα στοιχεία, τα αρχεία, οι βάσεις δεδομένων σχετικά με τις παρεχόμενες υπηρεσίες, καθώς και τυχόν άλλα παραδοτέα και τα σχετικά εξ αυτών απορρέοντα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Εν όψει των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

15. Επειδή, η παραίτηση της προσφεύγουσας, δια του υπομνήματός της, από τον τρίτο λόγο της προσφυγής, δεν συνιστά παραδεκτό και νόμιμο τρόπο παραίτησης, δεδομένου ότι ούτε στον ν. 4412/2016 ούτε στο π.δ. 39/2017

προβλέπεται τοιαύτη παραίτηση. Παραίτηση από την προσφυγή προβλέπεται ρητώς, δυνάμει της διάταξης του άρθρου 16 του π.δ. 39/2017, κατά την διαγραφόμενη εκεί διαδικασία, δια δήλωσης στην γραμματεία της Αρχής. Εξ άλλου, η υποβολή υπομνήματος έχει την έννοια, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, υπόμνησης και ανάπτυξης προς το εξετάζον όργανο των όσων θέλει να προβάλει το ένα μέρος προς αντίκρουση των ισχυρισμών του άλλου, δεν προβλέπεται δε στον νόμο ότι, δια του υπομνήματος, μπορεί να χωρήσει παραίτηση από λόγο προσφυγής. Συνεπώς, το Κλιμάκιο κρίνει, κατά πλειοψηφία, απαρτιζόμενη εκ της Προέδρου του και του Μέλους, Μιχαήλ Οικονόμου, ότι πρέπει να χωρήσει στην εξέταση του τρίτου λόγου.

Όπως έχει κριθεί, τυχόν ελλείψεις ή επουσιώδεις πλημμέλειες στο σώμα της προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής συμμετοχής από οικονομικό φορέα, δεν δύναται να οδηγήσουν άνευ άλλου τινός σε απόρριψη της προσφοράς του, αλλ' αντιθέτως η αναθέτουσα Αρχή κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχει το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, όταν πρόκειται για ήσσονος σπουδαιότητας πλημμέλειες. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης, ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος, θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του άρθρου 102 παρ. 3 και του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 και των αρχών, που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο, στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης, και το δεύτερο, γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αμφοτέρων ερμηνευομένων στο πλαίσιο της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Είναι δε επιτρεπτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από την ίδια την φύση του σφάλματος προκύπτει, ότι αυτό είναι έλασσον και ευχερές, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, να λάβει χώρα κατά την σύνταξη της προσφοράς, ενώ η συμπλήρωση αυτή δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα, έναντι των ανταγωνιστών του, εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να επιτρέπει την κατάθεση νέας προσφοράς, την υποβολή εναλλακτικών προσφορών κλπ. Ως εκ τούτου, η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων δεν ερμηνεύεται υπό την έννοια, ότι η αναθέτουσα Αρχή δύναται να δέχεται εν γένει διορθώσεις παραλείψεων/σφαλμάτων, οι οποίες, κατά την ρητή πρόβλεψη εγγράφων της σύμβασης, επάγονται τον αποκλεισμό του υποψηφίου (Βλ ΔΕΕ

C-131/16 σκ.24 -39 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία και, μεταξύ πολλών, 379, 233/2021, 1256/2020, 1186/2019 Α.Ε.Π.Π). Με τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 προβλέπεται η δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής να ζητεί από τον υποψήφιο ή προσφέροντα συμπληρώσεις ή διευκρινίσεις επί των δικαιολογητικών και εγγράφων που έχει υποβάλει, όπως επίσης και διευκρινίσεις επί του περιεχομένου της τεχνικής ή οικονομικής του προσφοράς. Οι προβλέψεις αυτές όμως στοχεύουν κατ' ουσίαν στην «διάσωση» προσφορών οικονομικών φορέων, που πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα ή επουσιώδεις παραλείψεις (ΑΕΠΠ 774/2020, 622/2021). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, η παρεμβαίνουσα κλήθηκε από την αναθέτουσα να διορθώσει πρόδηλο τυπικό σφάλμα της εγγυητικής συμμετοχής της. Πιο συγκεκριμένα, η παρεμβαίνουσα διόρθωσε σφάλμα αναγραμματισμού, επί της επίμαχης εγγυητικής της, και συγκεκριμένα από το «ΕΤΑΙΡΙΑ ΥΔΡΕΥΣΗΣ **ΚΛΑΙ** ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ... ΑΕ» στο ορθό «ΕΤΑΙΡΙΑ ΥΔΡΕΥΣΗΣ **ΚΑΙ** ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ... ΑΕ (Ε.Υ.Α... Α.Ε.)». Επομένως, ορθώς ενεργοποιήθηκε το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 3.1.2 της διακήρυξης. Εν όψει αυτών, ο τρίτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος. Κατά την γνώμη όμως του μειοψηφούντος Μέλους, Μαρίας Βύρρα, η εξέταση του τρίτου λόγου της προσφυγής είναι άνευ αντικειμένου, καθώς η προσφεύγουσα, με το υπόμνημά της, παραιτήθηκε από τον τρίτο λόγο της προσφυγής, δηλαδή υπήρξε μερική παραίτηση από το αίτημα της προσφυγής (Δ.Εφ.Πειραιά Ν21/2020, σκ. 5, Δ.Εφ.Αθ. 9/2016, σκ.2).

16.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 1549 /2023

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 30 Οκτωβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ