

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 17.02.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 219/20.02.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 01.03.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η από 10.02.2023 και υπ' αριθμ. Φ.917/19/112417 Σ.2048 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κρίθηκε ότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» προκρίνεται στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (Στάδιο Β').

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €15.000,00.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διαγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 29 του Νόμου

Αριθμός απόφασης: 572/2023

4412/2016, με αξιολόγηση μελέτης για την ανάδειξη ανάδοχου που θα εκτελέσει το έργο: «...» προϋπολογισμού 11.290.322,57 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Το αντικείμενο του έργου αφορά σε κατασκευή μονάδας «...» και βοηθητικών χώρων. Περιλαμβάνει όλες τις αναγκαίες υποδομές και την προμήθεια κινητού εξοπλισμού κάθε επιμέρους χώρου αναλόγως με την χρήση του. Στη σύμβαση κατασκευής του έργου με τον οικονομικό φορέα θα περιληφθεί και η συντήρηση 7ετούς διάρκειας για την εν συνεχεία υποστήριξη (ΕΣΥ) του συνόλου του εξοπλισμού της εγκατάστασης μέγιστου εκτιμώμενου κόστους 2.000.000,00€ περιλαμβανόμενου του ΦΠΑ. Κριτήριο ανάθεσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα, από οικονομική άποψη, προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.Α2 της διακήρυξης η 6η Σεπτεμβρίου 2022, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των φακέλων συμμετοχής, ορίστηκε η 8η Σεπτεμβρίου 2022, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε με το υπ' αρ. 1/6.10.2022 πρακτικό της την πρόκριση και των δύο ως άνω εταιρειών στη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας (Στάδιο Β'). Η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. Φ.917/135/215970/Σ.15084/11.10.2022 απόφασή της, ενέκρινε το ως άνω υπ αρ. 1/6.10.2022 πρακτικό. Ακολούθως, η στην παρούσα προσφεύγουσα, άσκησε την από 24.10.2022 και με ΓΑΚ 1496/25.10.2022 προδικαστική προσφυγή κατά της με αρ. Φ.917/135/215970/Σ.15084/11.10.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής και ειδικότερα κατά το μέρος αυτής που έκρινε την προσφορά της εταιρείας «...», (εφεξής «...») αποδεκτή. Επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής εξεδόθη η υπ' αριθμ. 1791/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία την έκανε εν μέρει δεκτή. Ειδικότερα, η ΕΑΔΗΣΥ δέχτηκε τον πρώτο ισχυρισμό σύμφωνα με τον οποίο η δανείζουσα εμπειρία στην «...» εταιρεία «...» δεν υπέβαλε, ούτε απέδειξε ότι διαθέτει το απαιτούμενο πιστοποιητικό ISO 45001: 2018 κατά την υποβολή της προσφοράς της και αυτή η έλλειψη προσκόμισης εγγράφου, του οποίου η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητού όρου της διακήρυξης δεν μπορεί να θεραπευθεί με παροχή διευκρινήσεων κατ' άρθρο 102 του Ν.4412/2016. Ομοίως δε και τον δεύτερο ισχυρισμό, σύμφωνα με τον οποίο η εταιρεία «...»

Αριθμός απόφασης: 572/2023

δεν κατέθεσε ως όφειλε πιστοποιητικό εγγραφής εκδιδόμενο από αρμόδια αρχή ή πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης. Εντούτοις, έκρινε ότι και οι δύο ως άνω πλημμέλειες, δεν μπορούν να οδηγήσουν στην αυτόθροη απόρριψη της προσφοράς της «...» και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει την αντικατάσταση της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016.

Κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην «...» την με αρ. πρωτ. Φ.917/182/243212 Σ.19524/21.12.2022 πρόσκληση όπως εντός αποκλειστικής προθεσμίας 30 ημερών προβεί σε αντικατάσταση της ως άνω δανείζουσας εμπειρία εταιρείας και προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής. Η «...», εντός της ως άνω αποκλειστικής προθεσμίας υπέβαλε φάκελο με τα δικαιολογητικά συμμετοχής της νέας δανείζουσας σε αυτή εμπειρία, εταιρείας, ήτοι της εταιρείας «...». Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή έκρινε με σχετικό έγγραφό της αναγκαίο να δοθούν εκ μέρους της «...» διευκρινίσεις επί των υποβληθέντων, με τις οποίες θα αποσαφηνίζεται ότι η προς αντικατάσταση της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «...» για την «...», με την αρχικά υποβληθείσα εταιρεία «...», αποτελούν δυο διαφορετικά μεταξύ τους νομικά πρόσωπα. Ακολούθως η εταιρεία «...», υπέβαλε στις 03/02/23 μέσω της πλατφόρμας της ΕΣΗΔΗΣ συμπληρωματικές πληροφορίες και η επιτροπή διαγωνισμού αφού ήλεγξε τα ανωτέρω δικαιολογητικά και εξέτασε την πληρότητα και την ορθότητα τους, έκρινε αυτά αποδεκτά και εισηγήθηκε με το υπ' αριθμ. 3/08-02-2023 πρακτικό της, την πρόκριση της «...» στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (Στάδιο Β'). Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή ενέκρινε το ως άνω πρακτικό, με την από 10.02.2023 και υπ' αριθμ. Φ.917/19/112417 Σ.2048 απόφασή της.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 10.02.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 17.02.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, 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 και με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έχει γίνει

Αριθμός απόφασης: 572/2023

δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 20.02.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. Φ.917/26//119678/Σ.3131/02.03.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 20.02.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε την 01.03.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, διότι κατά τους ισχυρισμούς της η τελευταία μη νομίμως και κατά παράβαση του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, προέβη σε αντικατάσταση της αρχικώς δηλωθείσας ως δανείζουσα σε αυτήν εμπειρία

εταιρεία με την επωνυμία «...», με την προς αντικατάσταση δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...», η οποία ουσιαστικά δεν είναι αποτελεί «νέα» εταιρεία ως προς την «...», αλλά αντιθέτως οι δύο φερόμενες εταιρείες ταυτίζονται ως προς την νομική και ουσιαστική τους ταυτότητα και δε συμπεριφέρονται στο νομικό και κατασκευαστικό κόσμο ως ταυτόσημες εταιρείες. Ειδικότερα η προσφεύγουσας ισχυρίζεται ότι οι δύο εταιρείες έχουν το ίδιο αριθμό ΑΦΜ (...), έχουν την ίδια έδρα (... , ...,...) και τον ίδιο ακριβώς νόμιμο εκπρόσωπο, τον ..., ο οποίος υπογράφει για τις φαινόμενες δύο εταιρείες τα έγγραφα του διαγωνισμού και υποβάλλει τις σχετικές υπεύθυνες δηλώσεις, δηλώνουν δε την ίδια ιστοσελίδα, στην οποία παραπέμπουν η καθεμία ξεχωριστά στο Ε.Ε.Ε.Σ. της (www.....) και προσκομίζουν τα ίδια δικαιολογητικά ISO. Επιπροσθέτως, στη σχετική σύμβαση έργου μεταξύ ... που έχει προσκομίσει η παρεμβαίνουσα με την ... και αναφορικά με το έργο ..., την εμπειρία από την εκτέλεση του οποίου δανείται από την εταιρεία ... η παρεμβαίνουσα προς πλήρωση του όρου 22Δ της διακήρυξης, ως ΑΦΜ της εταιρείας ... αλλά και ως αριθμός μητρώου της χρησιμοποιείται ο αριθμός Ο συγκεκριμένος αριθμός φαίνεται να είναι το ID της έτερης εταιρείας, ήτοι της «...» και όχι της Αντίθετα, το ID της ... φαίνεται να είναι το Ακόμη μεγαλύτερη σύγχυση δημιουργεί το γεγονός ότι στο ίδιο το ως άνω συμφωνητικό ως συμβαλλόμενο μέρος εμφανίζεται η .., η οποία εν συντομία αναφέρεται ..., με την υπογραφή να τίθεται από τον φερόμενο ως κοινό τους διαχειριστή ..., εκ μέρους της

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η παρεμβαίνουσα εταιρεία, κατόπιν της υπ' αριθμ. πρωτ. Φ.917/182/243212 Σ.19524/21.12.2022 προσκλήσεώς της από την αναθέτουσα αρχή προέβη σε αντικατάσταση της αρχικώς δηλωθείσας δανείζουσας εταιρείας «...» με την «...» και προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής. Η επιτροπή διαγωνισμού με το υπ' αριθμ. 3/08-02-2023 πρακτικό ενέκρινε αυτά κατόπιν ελέγχου τους, όπου διαπιστώθηκε μεταξύ άλλων ότι η αντικαθιστούμενη εταιρεία δανείζουσα εμπειρία είναι εγγεγραμμένη στα αρμόδια μητρώα της ... και το απόσπασμα εμπορικού μητρώου που τηρείται στο περιφερειακό δικαστήριο της πόλης ... φέρει αριθμό αρχείου ... και αριθμό αναγνώρισης ..., ενώ το αντίστοιχο απόσπασμα εμπορικού μητρώου της αρχικά δανείζουσας εμπειρία εταιρείας ... φέρει αριθμό αρχείου ... και αριθμό αναγνώρισης ... και

είναι μέλη του ίδιου ομίλου εταιρειών (...). Εν συνεχεία, κατόπιν της από 27/1/2023 προσκλήσεως της αναθέτουσας προς την παρεμβαίνουσα για παροχή διευκρινήσεων ως προς το νομικό καθεστώς των δύο εταιρειών προσκόμισε τα αιτηθέντα δικαιολογητικά αποσαφηνίζοντας ότι οι δύο εταιρείες αποτελούν ξεχωριστά πρόσωπα. Ειδικότερα, από τα δικαιολογητικά προκύπτει ότι οι δύο εταιρείες έχουν μεν τον ίδιο αριθμό ΦΠΑ (VAT NUMBER), πλην όμως, ως ορθώς ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, έχουν διαφορετικούς αριθμούς μητρώου (αναγνώρισης ID), αριθμούς φορολογικής ταυτότητας (TAX ID) και κωδικούς EUID και αποτελούν δύο διαφορετικά μεταξύ τους νομικά πρόσωπα. Επειδή σύμφωνα με τον Νόμο αριθ. 280/2009 Coll., τον Φορολογικό Κώδικα, και το άρθρο 95α του Νόμου Αριθ. 235/2004 Coll., για τον φόρο προστιθέμενης αξίας, όπως τροποποιήθηκε, δύο ή περισσότερες εταιρείες μπορούν να εγγραφούν ως ενιαίο υποκείμενο στον φόρο ή ως όμιλος ΦΠΑ. Ο θεσμός αυτός ονομάζεται ομαδική εγγραφή για τον ΦΠΑ και είναι σύμφωνος με το άρθρο 11 της Οδηγίας 2006/112/ΕΕ σχετικά με το κοινό σύστημα ΦΠΑ στην Ευρωπαϊκή Ένωση το οποίο ορίζει επί λέξει ότι: *«Μετά από διαβούλευση με τη συμβουλευτική επιτροπή για τον φόρο προστιθέμενης αξίας (εφεξής: επιτροπή ΦΠΑ), κάθε κράτος μέλος μπορεί να εκλαμβάνει ως ενιαίο υποκείμενο στον φόρο τα εγκατεστημένα στο έδαφος του ίδιου αυτού κράτους μέλους πρόσωπα, τα οποία είναι μεν ανεξάρτητα μεταξύ τους από νομικής άποψης, συνδέονται όμως στενά από χρηματοδοτικής, οικονομικής και οργανωτικής άποψης.»*(<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX:32006L0112>). Επειδή έχει κριθεί ότι στην περίπτωση οντότητας η οποία αποτελεί τον μοναδικό υποκείμενο στον φόρο ενός ομίλου αποτελούμενου από πρόσωπα τα οποία είναι μεν ανεξάρτητα μεταξύ τους από νομική άποψη, συνδέονται όμως στενά από χρηματοδοτική, οικονομική και οργανωτική άποψη, και η οποία ασκεί, αφενός, οικονομικές δραστηριότητες για τις οποίες υπόκειται στον φόρο και, αφετέρου, δραστηριότητες στο πλαίσιο της άσκησης προνομίων δημόσιας εξουσίας για τις οποίες, δυνάμει του άρθρου 4, παράγραφος 5, της έκτης οδηγίας, δεν θεωρείται ως υποκείμενη στον φόρο προστιθέμενης αξίας, η παροχή, από οντότητα ανήκουσα στον όμιλο αυτό, υπηρεσιών που σχετίζονται με την άσκηση των εν λόγω προνομίων δεν πρέπει να φορολογηθεί βάσει του άρθρου 6, παράγραφος 2, στοιχείο β', της οδηγίας (Υπόθεση C 269/20 ΔΕΕ Όμιλος ΦΠΑ).

Αριθμός απόφασης: 572/2023

Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα εταιρεία έχει αποδείξει ότι τα μέσα του τρίτου φορέα θα τεθούν πράγματι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου φορέα, εφόσον αυτός κηρυχθεί ανάδοχος, όπως προκύπτει από το προσκομισθέν ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ των δύο εταιρειών, που φέρει ημερομηνία υπογραφής την 20/1/2023. Δεδομένου δε ότι κατά τα ως άνω διαλαμβανόμενα, οι δύο δανείζουσες εταιρείες αποτελούν ξεχωριστές μεν νομικές οντότητες, οι οποίες ανήκουν σε έναν όμιλο συνδέονται όμως στενά από χρηματοδοτική, οικονομική και οργανωτική άποψη, ενώ ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε έννομη σχέση εταιρικής εξάρτησης, αλλά και οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, ο σχετικός πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του νόμου και της οικείας προκηρύξεως η παρεμβαίνουσα προσκόμισε πιστοποιητικά ISO, που δεν αφορούν σε πεδίο εφαρμογής σχετικό με το αντικείμενο του διαγωνισμού και συγκεκριμένα σε σχεδιασμό, ανάπτυξη, κατασκευή, λειτουργία εγκαταστάσεων ... ή ..., αλλά αντιθέτως προσκόμισε ISO που αφορούν στο σύνολό τους αποκλειστικά σε εν γένει «μηχανική κατασκευή, κατασκευή και συναρμολόγηση τεχνολογικού εξοπλισμού».

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: το άρθρο 22.Ε της διακήρυξης με τίτλο «*Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης*», ορίζει ότι «*Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 82 του Ν. 4412/16, απαιτείται να αποδείξουν ότι συμμορφώνονται με τα κάτωθι συστήματα διαχείρισης: 1. Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας σύμφωνα με το πρότυπο EN ISO 9001:2015 2. Σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης σύμφωνα με το πρότυπο EN ISO 14001:2015. 3. Σύστημα Διαχείρισης για την Υγεία και την Ασφάλεια στην Εργασία σύμφωνα με το πρότυπο ISO 45001:2018...*». Περαιτέρω, το αρ. 23.7 της διακήρυξης «*Δικαιολογητικά για πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης του άρθρου 22.Ε*» ορίζει ότι «*Τα δικαιολογητικά για πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης που απαιτούνται σε σχέση με τον*

περιορισμό του αριθμού των πληρούντων κριτήρια επιλογής υποψηφίων (άρθρο 84 του ν. 4412/2016) θα υποβληθούν στην Επιτροπή Διαγωνισμού κατά την διάρκεια της διαδικασίας για τον περιορισμό των υποψηφίων, μαζί με την αίτηση συμμετοχής (Α΄ΣΤΑΔΙΟ διαγωνισμού).»

Επειδή εν προκειμένω, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...» προσκόμισε τα τρία (3) πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης που ζητάει η διακήρυξη στο άρθρο 22.Ε., γεγονός που δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα, όπως αυτά απαιτούνταν από τα προαναφερθέντα άρθρα της διακήρυξης. Η δε μη αναγραφή στο σώμα αυτών του πεδίου εφαρμογής τους και ειδικότερα του αντικειμένου πιστοποίησης που να περιλαμβάνει τομέα σχετικό με σχεδιασμό, ανάπτυξη, κατασκευή, λειτουργία εγκαταστάσεων ... ή ..., δεν βρίσκει έρεισμα στη διακήρυξη. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι κατά πάγια νομολογία, είναι μη νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά και δεν συμπλήρωσε στοιχείο της προσφοράς του διαφορετικό ή πρόσθετο από τα επί ποινή αποκλεισμού αξιούμενα στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού (βλ. ΣτΕ (Δ' Τμ.) 3703/2010, ΣτΕ 1329, 1616, 1619/2008 κλπ), ο σχετικός λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Σε κάθε δε περίπτωση, η εν λόγω έλλειψη στα προσκομισθέντα πιστοποιητικά δεν θα μπορούσε να οδηγήσει άνευ ετέρου σε αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, καθόσον η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητά της, να την καλέσει σε παροχή διευκρινήσεων δυνάμει του άρθρου 102 του ν. 4412/2016.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε με τα δικαιολογητικά συμμετοχής για την προαναφερθείσα εταιρεία, νέο ΕΕΕΣ, με το οποίο να δηλώνει ότι η δανείζουσα σε αυτήν εμπειρία εταιρεία, είναι πλέον η εταιρεία «...» και ως εκ τούτου η προσφορά της πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τρίτο λόγο: η παρεμβαίνουσα εταιρεία προσκόμισε την από 19/1/2023 υπεύθυνη δήλωσή της για την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία οικονομικού φορέα, την έγκριση του ΔΣ της νέας δανείζουσας εμπειρία εταιρείας με την οποία αποφασίσθηκε η συμμετοχή της στο εν λόγω έργο, την απόφαση του ΔΣ της παρεμβαίνουσας

Αριθμός απόφασης: 572/2023

εταιρείας με την οποία εγκρίθηκε η εν λόγω αντικατάσταση, τα ζητούμενα από την διακήρυξη πιστοποιητικά συμμόρφωσης, το προαναφερθέν ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της ίδιας της εταιρείας και του νέου πλέον τρίτου οικονομικού φορέα, το από 16/1/2023 επικυρωμένο από δικηγόρο πιστοποιητικό εγγραφής του στο οικείο εμπορικό μητρώο, το από 6/1/2023 πιστοποιητικό καλής εκτέλεσης, τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, ενώ η νέα δανείζουσα τρίτη εταιρεία προσκόμισε δικό της ΕΕΕΣ. Από τα προεκτεθέντα στοιχεία του φακέλου προκύπτει σαφώς ότι η προσφέρουσα εταιρεία προέβη νομίμως σε αντικατάσταση του δανείζοντος σε αυτήν εμπειρία τρίτου. Επιπρόσθετα, δεδομένου ότι δεν υφίσταται ρητή διάταξη για την προσκόμιση νέου ΕΕΕΣ του προσφέροντος σε περίπτωση αντικατάστασης δανείζοντος τρίτου, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το ΕΕΕΣ έχει χαρακτήρα προαποδεικτικό και πρέπει αυτό να φέρει ημερομηνία υπογραφής προγενέστερης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, κάθε δε οψιγενής μεταβολή σε αυτό θα πρέπει να δηλώνεται αμελλητί σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ο σχετικός λόγος της προσφυγής δεν βρίσκει νόμιμο έρεισμα και ως εκ τούτου είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής και συνεπώς, απορριπτέα και δη, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, διότι δεν περιέχει πληροφορίες ως προς την υπεργολαβική ανάθεση της σύμβασης στην δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...», κατά παράβαση των όρων 22.ΣΤ και 25 της οικείας διακήρυξης. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία καθίσταται υπεργολάβος καθόσον δανείζει στην προσφεύγουσα επαγγελματική εμπειρία κατά το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου θα πρέπει να εκτελέσει η ίδια τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες και επιβαρύνεται κατ' επέκταση με όλες τις παρεπόμενες υποχρεώσεις.

15. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τέταρτο λόγο: Από τα στοιχεία που περιέχονται στον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, προκύπτει ότι λείπει η αναφορά συγκεκριμένου ποσοστού/τμήματος υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης στο ΕΕΕΣ ή σε

κάποιο συμπληρωματικό έγγραφο. Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι, υπό την έννοια του όρου 22.ΣΤ και 25 της διακήρυξης, την οποία σημειωτέον αποδέχθηκε πλήρως η παρεμβαίνουσα με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό, ερμηνευομένου σε συμφωνία με τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων που σχετίζονται με επαγγελματική εμπειρία στην εκτέλεση συμβάσεων παρόμοιων έργων και εργασιών, οι τρίτοι παρέχοντες στήριξη οικονομικοί φορείς θα πρέπει να εκτελέσουν οι ίδιοι το αντικείμενο της σύμβασης, για το οποίο απαιτούνται οι σχετικές επαγγελματικές ικανότητες και, συνεπώς, αποτελούν «τρίτους», στους οποίους ανατίθεται η εκτέλεση τμήματος της σύμβασης, ανεξαρτήτως της ειδικότερης ονομασίας ή φύσεως της σχέσεως, βάσει της οποίας θα αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των οικείων εργασιών. Επομένως, λαμβανομένου υπόψη ότι η πλήρωση της ανωτέρω προϋποθέσεως της διακήρυξης, θα πρέπει να προκύπτει σαφώς από τα στοιχεία της προσφοράς εκάστου διαγωνιζομένου (ως ουσιώδες στοιχείο της προσφοράς, το οποίο αφορά στον τρόπο εκτέλεσης του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασεως), η επίμαχη προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί ως παραβιάζουσα ουσιώδη όρο της διακήρυξης, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο, διότι τόσο στην Ενότητα Γ': «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων», όσο και στην Ενότητα Δ: «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητά των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» του μέρους II («Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα») των υποβληθέντων Ε.Ε.Ε.Σ., η συμμετέχουσα εταιρεία, αλλά και ο οικονομικός φορέας που παρέχει στήριξη και επαγγελματική εμπειρία στην ένωση αυτή, παρέλειψαν να δηλώσουν το ποσοστό υπεργολαβικής ανάληψης της οικείας σύμβασεως, προκειμένου να πληρωθεί η επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενη απαίτηση της διακήρυξης. Εξάλλου, η συμπλήρωση των σχετικών ερωτημάτων του Ε.Ε.Ε.Σ, κατά τρόπο ώστε να παρέχεται η ως άνω κρίσιμη πληροφορία, αποτελούσε απαίτηση που προέκυπτε σαφώς από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της διακήρυξης — οι οποίες προβλέπουν τους όρους συμμετοχής στον διαγωνισμό με στήριξη στις δυνατότητες τρίτου οικονομικού φορέα — και μπορούσε να γίνει ευχερώς αντιληπτή από τους ευλόγως ενημερωμένους διαγωνιζομένους, ως η έννοια

αυτή έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ (βλ. ΣΤΕ1552/2022, σκ. 13).

Περαιτέρω, ως προς το εξεταζόμενο ζήτημα έχει κριθεί νομολογιακά(βλ. ΕΑ ΣΤΕ 170/2020) ότι: «...Λαμβανομένου δε υπόψη ότι, σύμφωνα με το υποάρθρο 2.5.9 παρ. Α (στοιχ. 6) της διακήρυξης, το οποίο αποδίδει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αναφέρονται στους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του διαθέσιμου προσωπικού είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, αυτοί έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπεργολάβου υπό την ανωτέρω έννοια, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Κατά συνέπεια, η αιτούσα εταιρία όφειλε να αναφέρει στην προσφορά της το τμήματος σύμβασης που θα εκτελούσαν, σε περίπτωση αναδείξεώς της ως αναδόχου ...». Συναφώς κρίθηκε (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 30.09.2022, υπόθεση C-592/21, EDIENS & KM.LV), ότι: «Ως προς το κριτήριο της εμπειρίας από παρόμοιες συμβάσεις οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο όταν οι τελευταίοι παρέχουν τις υπηρεσίες για τις οποίες αυτές οι ικανότητες απαιτούνται...».

Επομένως, κατά τα ρητώς οριζόμενα στις προαναφερθείσες διατάξεις της οικείας διακήρυξης σχετικά με την δάνεια εμπειρία και την υπεργολαβία, η παρεμβαίνουσα θα έπρεπε να είχε δηλώσει στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. το τμήμα/ποσοστό της σύμβασης που θα εκτελέσει ο εν λόγω «τρίτος», αφού, σε περίπτωση στήριξης σε ικανότητες τρίτου για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας που αφορά σε τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα και επαγγελματική εμπειρία, ο «τρίτος» θα πρέπει να δηλώνεται στο Ε.Ε.Ε.Σ., όπως και το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει, τόσο κατ'είδος, όσο και κατ'έκταση/ποσοστό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 170/2020), συνθήκη που, ωστόσο, δεν συνέτρεξε εν προκειμένω. Θα πρέπει μάλιστα να σημειωθεί ότι η επίμαχη πλημμέλεια δεν δύναται να θεραπευθεί με τυχόν συμπλήρωση της προσφοράς, δυνάμει του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, διότι πρόκειται για επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενη απαίτηση της εν θέματι διακήρυξης και επομένως, τυχόν παροχή δυνατότητας συμπλήρωσης των ελλειπόντων στοιχείων, θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη τροποποίηση υποβληθείσας

προσφοράς και με παροχή αθέμιτου ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος στον συγκεκριμένο προσφέροντα σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Ειδικότερα, εφόσον στο προαναφερθέν ιδιωτικό συμφωνητικό, το οποίο σημειωτέον, δεσμεύει την εν λόγω παρεμβαίνουσα εταιρεία, διότι όχι μόνο αφορά στον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης, αλλά και διότι η υποβολή έγγραφης δέσμευσης, από την οποία θα αποδεικνύεται ότι ο διαγωνιζόμενος θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ζητείται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς (βλ. παρ. 22ΣΤ «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» της διακήρυξης) , δηλώθηκε ρητά ότι ο συγκεκριμένος «τρίτος» οικονομικός φορέας δεσμεύεται για το ότι θα εκτελέσει υπεργολαβικά τμήμα των παρεχόμενων υπηρεσιών και ότι αποδέχεται τους όρους του διαγωνισμού, υπό την ιδιότητα του τρίτου οικονομικού φορέα, αλλά και του υπεργολάβου, τυχόν υποβολή νέας δήλωσης-δέσμευσης με διαφορετικό περιεχόμενο, θα ισοδυναμούσε, σε κάθε περίπτωση, με μη επιτρεπτή μεταβολή ήδη υποβληθείσης προσφοράς. Εν όψει των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Καταληκτικά και δοθέντος ότι εν προκειμένω συντρέχει περίπτωση ελλιπούς/πλημμελούς (και μη δυναμένης να θεραπευθεί μεταγενέστερα με διευκρινίσεις/συμπληρώσεις, κατά το άρθρ.102 του ν. 4412/2016) συμπλήρωσης του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ, που άγει στην υποχρεωτική απόρριψη της εξεταζόμενης προσφοράς, ο σχετικός λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος (βλ. απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 497/2023, σελ.13).

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα διότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία δεν υπέβαλε πίνακα προδιαγραφών και αξιολόγησης επιδόσεων του προσφερόμενου εξομοιωτή ελεύθερης πτώσης με αναφορά στο σύστημα που προσφέρει η εταιρεία «...», κατά παράβαση του άρθρου 24 της διακήρυξης.

17. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πέμπτο λόγο: η νέα δανείζουσα εμπειρία προς την παρεμβαίνουσα εταιρεία προσκόμισε τα έγγραφα, από τα οποία προκύπτει η δέσμευσή της για χορήγηση των αναγκαίων πόρων. Επιπρόσθετα, ουδεμία αναφορά γίνεται στην διακήρυξη για υποχρέωση του

Αριθμός απόφασης: 572/2023

προσφέροντος, στην περίπτωση αντικατάστασης δανείζοντος εμπειρία φορέα, να προσκομίσει νέο πίνακα προδιαγραφών και αξιολόγησης επιδόσεων του προσφερόμενου εξομοιωτή ελεύθερης πτώσης, ούτε σε κάθε περίπτωση αυτό ζητήθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. Φ.917/182/243212 Σ.19524/21.12.2022 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, η οποία όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να το ζητήσει. Η εν λόγω ασάφεια, κατά πάγια νομολογία δεν δύναται να ερμηνεύεται εις βάρος του επιμελούς συμμετέχοντα, ενώ η αντικατάσταση του εν λόγω φορέα δεν οδήγησε τελικώς σε τροποποίηση του προσφερόμενου από την παρεμβαίνουσα εξομοιωτή ελεύθερης πτώσης. Σε κάθε δε περίπτωση μία τέτοια πλημμέλεια χρήζει διόρθωσης κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Εν όψει των ανωτέρω, ο πέμπτος λόγος τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην παρούσα.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 18 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ