

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3-2-2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2-1-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 3/3-1-2020 της εταιρίας με την επωνυμία «*****», που έχει μετατραπεί σε Ιδιωτική κεφαλαιουχική εταιρία με την επωνυμία «*****» και το διακριτικό τίτλο «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του αναθέτοντα φορέα με την επωνυμία «*****», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Την από 13-1-2020 παρέμβαση της εταιρίας «*****» και το διακριτικό τίτλο «*****», νόμιμα εκπροσωπούμενη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την άνω προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει: α) να ακυρωθεί, άλλως και επικουρικώς να τροποποιηθεί, η υπ' αριθμ. 415/24/20-12-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** (ΑΔΑ:*****) με θέμα «Έγκριση του Α' πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού Προμήθειας με τίτλο "Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία ενός (1) Φωτοβολταϊκού (ΦΒ) Σταθμού επί γηπέδου ισχύος 500 kWp, που θα συνδεθεί στο δίκτυο Μέσης Τάσης του ΔΕΔΔΗΕ κάνοντας χρήση του μηχανισμού Virtual net metering" συνολικού προϋπολογισμού 500.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α.», κατά το μέρος αυτής που αφορά αφενός στην απόρριψη της προσφοράς που υπέβαλε η

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

προσφεύγουσα και αφετέρου στην αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «***** Α.Ε.» και «*****», ως και κάθε άλλη συναφής και συμπροσβαλλόμενη, προηγούμενη ή επόμενη, πράξη ή/και παράλειψη του αναθέτοντα φορέα και των αρμοδίων Επιτροπών της ή/και κάθε άλλης αρμόδιας Αρχής, β) να γίνει δεκτή η προσφορά της και να απορριφθούν οι υποβληθείσες προσφορές των οικονομικών φορέων «***** Α.Ε.» και «*****», ώστε να αποκλεισθούν από τα μετέπειτα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας και γ) να αναγνωρισθεί η προσφεύγουσα ως ο μόνος οικονομικός φορέας που προκρίνεται στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο (αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών).

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****), ποσού 2.500,00€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 23-12-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 2-1-2020.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, η οποία όμως απορρίφθηκε και προσδοκά δε με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή να γίνει μόνη αυτή δεκτή.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αρ. *****/2019 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης «Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία ενός (1) Φωτοβολταϊκού (ΦΒ) Σταθμού επί γηπέδου ισχύος 500 kWp, που θα συνδεθεί στο δίκτυο Μέσης Τάσης του ΔΕΔΔΗΕ κάνοντας χρήση του μηχανισμού Virtual net metering», CPV*****, διάρκειας έξι (6) μηνών. Η

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 500.000,00€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ). Κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης, η περιγραφόμενη προμήθεια και εγκατάσταση του ΦΒ εξοπλισμού θα υλοποιηθεί στον ευρύτερο χώρο της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων (ΕΕΛ) της ΔΕΥΑ *****.

Πρόκειται για έναν (1) Φωτοβολταϊκό (ΦΒ) Σταθμό επί γηπέδου ισχύος 500 kWp, που θα συνδεθεί στο δίκτυο Μέσης Τάσης του ΔΕΔΔΗΕ κάνοντας χρήση του μηχανισμού Virtual net metering όπως ορίζεται στην Υπουργική Απόφαση ΑΠΕΗΛ/Α/Φ1/οικ.175067 (ΦΕΚ Β' 1547/5-5-2017). Με την ρύθμιση αυτή επιτρέπεται ο εικονικός ενεργειακός συμψηφισμός (virtual net metering) όπου η παραγόμενη ενέργεια από έναν ΦΒ σταθμό, μπορεί να συμψηφιστεί με την καταναλισκόμενη ενέργεια από μία ή περισσότερες εγκαταστάσεις κατανάλωσης ίδιου επιπέδου τάσεως, χωρίς να υφίσταται ο περιορισμός η εγκατάσταση παραγωγής να είναι στον ίδιο (ή όμορο) χώρο με την εγκατάσταση κατανάλωσης και να συνδέεται ηλεκτρικά με αυτή (σύνδεση στο δίκτυο μέσω της αυτής παροχής), όπως συμβαίνει στον κλασικό ενεργειακό συμψηφισμό (Net Metering). Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει της τιμής και βάσει της συμμόρφωσης προς τα κριτήρια ανάθεσης για την τεχνική προσφορά. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 11-12-2018, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4-9-2019 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 6-9-2019 με Συστημικό Αριθμό α/α ***** και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 22-10-2019 και ώρα 12.00. Στο διαγωνισμό κατατέθηκαν πέντε (5) συνολικά προσφορές από τους οικονομικούς φορείς «***** Α.Ε.», «*****- *****», «*****», «*****» και «*****». Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. 415/24/20-12-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης - Αποχέτευσης ***** εγκρίθηκε το Α' Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και απορρίφθηκαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «*****- *****», «*****» και «*****», ενώ έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «***** Α.Ε.» με προσφερόμενο τίμημα ποσού 409.000,00€ και «*****», με προσφερόμενο τίμημα ποσού 414.500,00€.

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

7. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της και έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «*****» και «*****», υποστηρίζοντας τα εξής:

A) Πλήρωση από μέρους της προσφεύγουσας του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής το οποία αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα: Κατά τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, ο αναθέτων φορέας έθεσε στην παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, μεταξύ των άλλων, ως κριτήριο Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας, την εκτέλεση από μέρους των συμμετεχόντων, και κατά τη χρονική διάρκεια από το 2014 έως την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους, συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκών (ΦΒ) Σταθμών συνολικής ισχύος (αθροιστικά) > 900kWp, ενώ σε κάθε περίπτωση τα επιμέρους έργα θα πρέπει να είναι > 100kWp. Κατά την προσφεύγουσα, με το ως άνω περιγραφόμενο κριτήριο ο αναθέτων φορέας επιθυμεί να διαπιστώσει εάν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς διαθέτουν την τεχνογνωσία και εμπειρία για την εκτέλεση των αναγκαίων εργασιών εγκατάστασης. Η απαίτηση αυτή, άλλωστε, βρίσκεται σε πλήρη συμφωνία με το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας εξετάζεται ως προς την δυνατότητα των οικονομικών φορέων να εκτελέσουν τις απαιτούμενες εργασίες εγκατάστασης-τοποθέτησης, συνδέεται, δηλαδή, με την κατασκευαστική τους επάρκεια. Προς τεκμηρίωση και πλήρωση του ως άνω τιθέμενου κριτηρίου και απαιτούμενης προϋπόθεσης, η προσφεύγουσα στο ΕΕΕΣ δήλωσε τις ακόλουθες συμβάσεις, συνολικής εγκατεστημένης ισχύος 1.100kWp: Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp Ποσό 243.000 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 01.12.2018 - 15.06.2019 Αποδέκτες *****., Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 100kWp Ποσό 56.500 EUR Ημερομηνία Έναρξης-Ημερομηνία Λήξης 20.02.2019 - 20.05.2019 Αποδέκτες *****., Περιγραφή ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp Ποσό 5.000 EUR Ημερομηνία Έναρξης-Ημερομηνία Λήξης 01.09.2019 - 15.10.2019 Αποδέκτες *****. Μολαταύτα, η Επιτροπή του Διαγωνισμού όλως εσφαλμένα, κατά την προσφεύγουσα, δεν έκανε δεκτή την τελευταία (3η)

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

σύμβαση με αποδέκτη τον ομόρρυθμο εταίρο της (υπό τη νομική μορφή της ομόρρυθμης εταιρίας, με την οποία τότε λειτουργούσε) Διπλωματούχο Ηλεκτρολόγο Μηχανικό *****, εκλαμβάνοντας ότι αυτή αφορά αποκλειστικά σε υπηρεσίες επίβλεψης, ενώ ρητά δηλώνεται στο ΕΕΕΣ και σαφώς αποδεικνύεται ότι αφορά και σε υπηρεσίες εγκατάστασης. Συνακόλουθα, απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας για το συγκεκριμένο λόγο, αποκλείοντάς την από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Όμως κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας, τούτη ήταν προσωπική και συγκεκριμένα ομόρρυθμη, ο δε αποδέκτης του έργου ήταν ένας εκ των δύο ομόρρυθμων εταίρων και διαχειριστών, ο οποίος παράλληλα και απολύτως νόμιμα διατηρεί και ατομική επιχείρηση, στους Κωδικούς Άσκησης Δραστηριότητας της οποίας, μεταξύ των άλλων, περιλαμβάνεται και η «παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας από φωτοβολταϊκά συστήματα». Η εν λόγω δραστηριότητα ασκείται μέσω της απόκτησης και λειτουργίας φωτοβολταϊκών σταθμών, όπως και ο επίμαχος, στον οποίον αφορά η ως άνω σύμβαση. Έτι περαιτέρω, η προμήθεια εξοπλισμού από την ομόρρυθμη εταιρία προς τους ομόρρυθμους εταίρους δεν αποτελεί συνήθη και καλή πρακτική, καθώς σύμφωνα με τους ισχύοντες φορολογικούς κανόνες μια τέτοιου είδους συναλλαγή θα πρέπει να ελεγχθεί ως προς το περιθώριο κέρδους της για ενδεχόμενη «εικονικότητα» και υπό προϋποθέσεις μπορεί να αποτελέσει φορολογική παράβαση, εφόσον κριθεί ότι η προμήθεια δύναται να γίνει απευθείας προς τους εταίρους, χωρίς να απαιτείται η μεσολάβηση της εταιρίας. Στην προκειμένη περίπτωση, η αγορά του εξοπλισμού από την εταιρία και η μεταπώλησή του στον εταίρο θα συνέβαλε απλώς στην αύξηση του ετήσιου κύκλου εργασιών (τζίρου) της εταιρίας, κριτήριο όμως το οποίο ελέγχεται αυτοτελώς ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Με άλλα λόγια, η δυνατότητα ενός φορέα να εκτελέσει την προμήθεια επιτυχώς εξετάζεται στη βάση της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Εξ αντιδιαστολής, όμως, γίνεται παγίως δεκτό ότι επιτρέπεται η παροχή υπηρεσιών από την εταιρία προς τους εταίρους (που διατηρούν παράλληλη έτερη δραστηριότητα, όπως συνέβη εν προκειμένω), καθώς η πρώτη μπορεί να διαθέτει πόρους (επιστημονικό και τεχνικό προσωπικό και τεχνογνωσία), τους οποίους οι εταίροι να μην διαθέτουν μεμονωμένα. Στην υπό κρίση, λοιπόν, περίπτωση, προκύπτει

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

ξεκάθαρα, κατά την προσφεύγουσα, ότι για την υλοποίηση του επίμαχου φωτοβολταϊκού σταθμού ισχύος 500kWp, ο οποίος έχει διασυνδεθεί με το δίκτυο και λειτουργεί ήδη, η προμήθεια του εξοπλισμού έγινε απευθείας προς τον ομόρρυθμο εταίρο *****, ενώ, η εταιρία ανέλαβε μέσω του τεχνικού και επιστημονικού της προσωπικού την εκτέλεση και την επίβλεψη των εργασιών εγκατάστασης, τις οποίες σαφέστατα δεν μπορούσε να πραγματοποιήσει μόνος του ο ομόρρυθμος εταίρος και συγκεκριμένα, η διατηρούμενη από αυτόν ατομική επιχείρηση παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, που δεν διαθέτει καν εργατοτεχνικό προσωπικό. Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι στους σκοπούς της εταιρίας, μεταξύ αυτών που σχετίζονται με τον κατασκευαστικό και εργοληπτικό τομέα της, προβλέπεται και η δημιουργία, λειτουργία και εκμετάλλευση σταθμών παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, που παράγεται με αξιοποίηση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας (σκοπός υπ' αριθμ. 3 του καταστατικού). Κατά την προσφεύγουσα, θα μπορούσε λοιπόν κάλλιστα η συμμετέχουσα εταιρία, εκμεταλλεόμενη το επιστημονικό και τεχνικό προσωπικό που διαθέτει, να έχει κατασκευάσει φωτοβολταϊκούς σταθμούς, της απαιτούμενης από τη Διακήρυξη συνολικής ισχύος, για δικό της αποκλειστικά λογαριασμό, πληρούμενης και με τον τρόπο αυτό της οικείας προϋπόθεσης και αντίστοιχου όρου. Εξάλλου, έχει ήδη κριθεί νομολογιακά (βλ. Απόφαση 3057/2014 Ε.Σ. VI Τμήμα) ότι ως κριτήριο καταλληλότητας των οικονομικών φορέων κατοχυρώνεται η εμπειρία τους αναφορικά με την εγκατάσταση ή την τοποθέτηση του αντικειμένου της προμήθειάς τους, και όχι με την τυχόν διάθεσή του ή μη προς άλλους πελάτες. Ως εκ τούτου, θα ήταν τουλάχιστον παράλογο και προδήλως μη νόμιμο, σε μία τέτοια περίπτωση να κριθεί ότι η εταιρία δεν διαθέτει την απαιτούμενη τεχνογνωσία εγκατάστασης. Από όλα τα παραπάνω καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι τούτη πληροί το κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα, και συνεπώς, όλως εσφαλμένα απορρίφθηκε η προσφορά της για το λόγο αυτό. **B)** Μη πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα από τον συμμετέχοντα «***** Α.Ε.»: Κατά την προσφεύγουσα, από τη Διακήρυξη και συγκρίνοντάς την με το υπόδειγμα το οποίο έχει αναρτηθεί από την ΕΑΑΔΗΣΥ, διαπιστώνει κανείς ότι η απαίτηση συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας,

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

αλλά και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, ελέγχεται αυτοτελώς σε ξεχωριστή ενότητα (συνήθως απαριθμούμενη ως 2.2.7) και δεν εξετάζεται ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής σχετιζόμενο με την τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα. Είναι δε εξαιρετικά σημαντικό να σημειωθεί ότι υπό αυτό το πρίσμα, η συμμόρφωση με τα ως άνω περιγραφόμενα πρότυπα αποτελεί μια «ιδιότητα» και ένα εγγενές χαρακτηριστικό του εκάστοτε οικονομικού φορέα, συνδεδεμένο άρρηκτα με την εσωτερική δομή, τον τρόπο λειτουργίας του και τις παρεχόμενες από αυτόν υπηρεσίες. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να αποτελέσει ικανότητα τρίτου, στην οποία μπορεί να στηρίζεται ο συμμετέχων οικονομικός φορέας. Ομοίως η καταλληλόλητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας δεν μπορεί να αποτελέσει κριτήριο για την πλήρωση του οποίου οι συμμετέχοντες μπορούν να στηρίζονται στην ικανότητα τρίτου. Για παράδειγμα, ένας φορέας ο οποίος δεν είναι εγγεγραμμένος στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο, δεν μπορεί να επικαλεστεί την έγγραφη τρίτου φορέα για την πλήρωση αυτού του κριτηρίου. Εν προκειμένω, στην Διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού, η απαίτηση συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 9001 (με πεδίο εφαρμογής συναφές με το αντικείμενο της Διακήρυξης, ήτοι με την προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία φωτοβολταϊκών σταθμών) έχει συμπεριληφθεί ως κριτήριο Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας. Είναι δε πολύ πιθανό να έγινε εκ παραδρομής λάθος στην αρίθμηση και αντί να απαριθμηθεί ως 2.2.7 να απαριθμήθηκε ως σημ. 3) στην παρ. 2.2.6, καθώς παρακάτω στη διακήρυξη και συγκεκριμένα στην παρ. 2.5. αναφέρεται *«Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας κατά ISO9001 ή κατά άλλο ισοδύναμο διεθνώς αναγνωρισμένο πρότυπο, σε αντικείμενο συναφές με την παρούσα σύμβαση.»*. Παρόλα αυτά, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη, της οποίας οι όροι, εφόσον δεν έχει προσβληθεί, έχουν δεσμευτική ισχύ τόσο για τους υποψήφιους προμηθευτές όσο και για την Αναθέτουσα Αρχή που διεξάγει το διαγωνισμό. Περαιτέρω, στην παρ. 2.2.7 ρητά αναφέρεται: *«Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την*

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς (άρθρο 307 § 1 του Ν.4412/2016).». Εφόσον λοιπόν η απαίτηση συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 9001 έχει συμπεριληφθεί ως το υπ' αριθμ. 3) κριτήριο Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας και λαμβάνοντας υπόψη τα αναφερόμενα στην παρ. 2.2.7, καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι σύμφωνα με τη Διακήρυξη, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στην ικανότητα τρίτων φορέων για την πλήρωση αυτού του κριτηρίου. Το πεδίο εφαρμογής του προτύπου διασφάλισης ποιότητας θα πρέπει να έχει πεδίο εφαρμογής συναφές με το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι με την προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία φωτοβολταϊκών σταθμών. Με άλλα λόγια, η συμμόρφωση του οικονομικού φορέα με το πρότυπο θα πρέπει να εκτείνεται σε όλο το εύρος της σύμβασης. Επίσης στην παρ. 2.2.7 διαλαμβάνονται τα εξής: «*Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες (άρθρο 307 § 1 εδ. 2 του Ν.4412/2016).*». Ακόμη κι αν ήθελε γίνει δεκτό λοιπόν ότι ένας συμμετέχων μπορεί να στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για την ικανοποίηση του κριτηρίου της συμμόρφωσης με το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας, τότε ο τρίτος οικονομικός φορέας θα πρέπει να εκτελέσει ολόκληρο το συμβατικό αντικείμενο, διαπίστωση που είναι απολύτως εύλογη, καθώς η τήρηση του προτύπου συνδέεται άρρηκτα με την εσωτερική δομή του οικονομικού φορέα, τον τρόπο λειτουργίας του και τις παρεχόμενες από αυτόν υπηρεσίες, και συνεπώς, μόνο με ανάθεση πλήρους υπεργολαβίας προς τον συμμορφούμενο με το πρότυπο τρίτου φορέα θα μπορούσε να διασφαλιστεί η απαιτούμενη ποιότητα του έργου. Από το σύνολο των εγγράφων που προσκόμισε η εταιρία «***** Α.Ε.» προκύπτει ότι για την πλήρωση των υπ' αριθμ. 1) και 2) κριτηρίων Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας στηρίζεται στην εταιρία «*****», ενώ για την πλήρωση του υπ' αριθμ. 3) κριτηρίου στηρίζεται στην εταιρία «*****». Όπως αναφέρθηκε και παραπάνω: «*Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται*

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες (άρθρο 307 § 1 εδ. 2 του Ν.4412/2016).». Καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι με την στήριξη στις ικανότητες της εταιρίας «*****.» για την κάλυψη των κριτηρίων 1) και 2), η εταιρία υποδεικνύει ουσιαστικά την εν λόγω εταιρία ως υπεργολάβο που θα αναλάβει εξ' ολοκλήρου τη σύμβαση, ενώ, την υπεργολαβία αυτή την έχει ουσιαστικά ήδη αναθέσει στην εταιρία «*****.», το πιστοποιητικό ISO 9001 της οποία δανείζεται και η οποία θα έπρεπε να είχε εκτελέσει και τις απαιτούμενες συμβάσεις προς απόδειξη της επαγγελματικής εμπειρίας, την οποία αδυνατεί να τεκμηριώσει η συμμετέχουσα. Συμπερασματικά, λοιπόν, κατά την προσφεύγουσα, η μη πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα από μέρους της διαγωνιζόμενης «***** Α.Ε.» για όλους τους επιμέρους λόγους που αναφέρθηκαν παραπάνω, καθιστούν απορριπτέα την προσφορά της και κατ' επέκταση, μη νόμιμη και ακυρωτέα την προσβαλλόμενη απόφαση, που έκρινε διαφορετικά, και για τον παρόντα λόγο. Γ) Ασάφεια ως προς τον προσφερόμενο εξοπλισμό (αναντιστοιχία τεχνικών στοιχείων μεταξύ προσφοράς και τεχνικών φυλλαδίων) του συμμετέχοντα «***** Α.Ε.»: Κατά την προσφεύγουσα, ο οικονομικός φορέας «***** Α.Ε.» αναφορικά με τον μετασχηματιστή εκθέτει στην προσφορά του διαφορετικά τεχνικά στοιχεία σε σχέση με το υποβληθέν τεχνικό φυλλάδιο «Μ-Σ ΕΛΑΙΟΥ ABB ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ GR 400kVA», το οποίο περιλαμβάνεται στον συμπιεσμένο φάκελο «8ε. Εξοπλισμός ΥΣ Μέσης Τάσης». Ωστόσο, «Σε περίπτωση που τεχνικά στοιχεία της προσφοράς είναι διαφορετικά από τα αναγραφόμενα στα τεχνικά φυλλάδια ή δεν περιλαμβάνονται σε αυτά, πρέπει να κατατίθεται σχετική επιβεβαιωτική επιστολή επίσημα μεταφρασμένη ή/και επίσημες βεβαιώσεις ή άλλα επίσημα έγγραφα από το νόμιμο εκπρόσωπο του οίκου κατασκευής του προϊόντος και όχι από τοπικούς αντιπροσώπους ή εκπροσώπους. Ακόμα, θα πρέπει να αναγράφονται και όλα τα σχετικά στοιχεία του νόμιμου εκπροσώπου (τίτλος, διεύθυνση, τηλέφωνο, φαξ, e-mail), ώστε να παρέχεται δυνατότητα επικοινωνίας με τον υπογράφοντα για επαλήθευση. Προσφορές που δεν είναι σύμφωνες με τα παραπάνω οριζόμενα

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

απορρίπτονται.» Ως εκ τούτου, θα πρέπει η προσφορά της εταιρίας «*****.» να απορριφθεί και γι' αυτόν τον λόγο. **Δ)** Μη κάλυψη των απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς του συμμετέχοντα «*****»: Κατά την προσφεύγουσα, ο οικονομικός φορέας «*****» στην τεχνική του προσφορά δεν αναφέρει τον κατασκευαστή και τον τύπο του υπό προμήθεια μετασχηματιστή, αλλ' ούτε έχει υποβάλει τα απαιτούμενα τεχνικά φυλλάδια, με τα οποία αποδεικνύεται η συμμόρφωσή του με την Τεχνική Περιγραφή. Τόσο όμως η προσφεύγουσα όσο και οι υπόλοιποι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς (με την επιφύλαξη των όσων προαναφέρθηκαν σχετικά με την εταιρία «***** Α.Ε.») έχουν προσδιορίσει επακριβώς τόσο τον κατασκευαστή όσο και τον τύπου του προσφερόμενου μετασχηματιστή και έχουν υποβάλει τα απαιτούμενα τεχνικά φυλλάδια. Σύμφωνα, δε με το Παράρτημα V της διακήρυξης «*Η τεχνική προσφορά του αναδόχου πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να περιλαμβάνει αναλυτικά τα κάτωθι: • Πρόγραμμα συντήρησης και παρακολούθησης. • Τεχνικά φυλλάδια του προσφερόμενου εξοπλισμού που θα αποδεικνύεται η συμμόρφωση με την Τεχνική Περιγραφή και τον Πίνακα συμμόρφωσης • Πιστοποιητικά συμμόρφωσης με διεθνή πρότυπα, όπου απαιτούνται σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή και τον Πίνακα συμμόρφωσης*

Δεν απαιτείται στη φάση της υποβολής προσφορών να υπολογισθούν διατομές καλωδίων, ηλεκτρολογικά χαρακτηριστικά των ραγοϋλικών (ονομαστική ένταση, ικανότητα διακοπής βραχυκυκλώματος, χαρακτηριστική) κλπ. Τα προτεινόμενα υποσυστήματα πρέπει να καλύπτουν τις τιθέμενες προδιαγραφές όπως αυτές συνοψίζονται στον ακόλουθο Πίνακα Συμμόρφωσης. Η κάλυψη των προδιαγραφών τεκμηριώνεται με σχετική παραπομπή σε συγκεκριμένο αρχείο που επισυνάπτεται στην τεχνική προσφορά. Η τεχνική προσφορά περιλαμβάνει επί ποινή αποκλεισμού συμπληρωμένο τον Πίνακα Συμμόρφωσης.». Συνεπεία των ανωτέρω, και η προσφορά του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα «*****» πρέπει να απορριφθεί για το λόγο αυτό και συνακόλουθα, να αποκλεισθεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με το υπ' αρ.πρωτ.190/10-1-2020 έγγραφο απόψεών του προς απόρριψη των λόγων που προβάλλονται με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή επικαλείται τα εξής: **Α)** Σύμφωνα με την

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

θεωρία και την νομολογία ορίζεται ότι “.....η ειδική εμπειρία μπορεί να συνάγεται από οποιοδήποτε έγγραφο, όπως από το δίπλωμα εργολαβικού ανώτερης τάξεως, το οποίο απονέμεται μετά από έρευνα εκτελέσεως ανάλογων έργων (ΣΕ 316/48).... Είναι, κατ’ αρχάς, επιτρεπτό επιχείρηση που συμμετέχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης να επικαλεσθεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, προς θεμελίωση των ικανοτήτων της, τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει εάν κατακυρωθεί σε αυτήν ο διαγωνισμός. Ειδικότερα, όταν διαγωνιζόμενος, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές ή οικονομικές του δυνατότητες [όπως την εμπειρία του και την τεχνική του ικανότητα], επικαλείται τις ικανότητες θυγατρικής του επιχείρησης, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα της θυγατρικής που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να υφίσταται τεκμήριο ότι ο ο διαγωνιζόμενος διαθέτει μέσα τρίτων εκ μόνου του γεγονότος ότι ανήκουν στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων. Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, ότι δηλαδή ο διαγωνιζόμενος πρόκειται να κάνει χρήση των οποιαδήποτε φύσης μέσων της συνδεδεμένης με αυτόν επιχείρησης κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να λάβει υπόψη τις ικανότητες των επιχειρήσεων προς τις οποίες ο διαγωνιζόμενος συνδέεται αμέσως ή εμμέσως, προκειμένου να εκτιμήσει τις ικανότητες του τελευταίου (ΕΑ 94/02)” (Θ. Παπαευαγγέλου, Δημόσια έργα και Μελέτες, 2η έκδ., 2012, Ι ΕΜΠΕΙΡΙΑ, σελ.97-101). Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι ορθώς το ΔΣ της ***** επικυρώνοντας το πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού έκρινε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, καθόσον δεν δύναται ούτε υποχρεούται να διαγνώσει τα όσα αναφέρει το πρώτο στην παρούσα προσφυγή του σχετικά με το τρίτο έργο το οποίο περιέγραψε στο ΕΕΣΣ για την τεκμηρίωση της τεχνικής της εμπειρίας ως “ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp”. Σε κάθε περίπτωση εκ των υστέρων επεξηγήσεις δεν δύναται να παρασχεθούν, αλλά ούτε και προκύπτει εκ του νόμου υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να διερευνά τις σχέσεις των οικονομικών φορέων με τρίτους όταν πρόκειται για δάνεια εμπειρία, την οποία θα πρέπει να τεκμηριώνουν οι ίδιοι υποχρεωτικά, και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει, κατά τον αναθέτοντα φορέα, να απορριφθεί. **B)** Η εταιρία «***** Α.Ε.» στο υποβληθέν ΕΕΕΣ,

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, Τίτλοι σπουδών και επαγγελματικών προσόντων δήλωσε ότι : «...Υπεύθυνος Επιτόπου Έργου ορίζεται ο κος ***** , Διπλωματούχος Ηλεκτρολόγος Μηχανικός, ο οποίος προέρχεται από την *****., που είναι πάροχος δάνειας ικανότητας προς την ***** Α.Ε. και έχει ήδη υλοποιήσει ως Επικεφαλής της Τεχνικής Ομάδας της ***** σύμβαση κατασκευής, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκού (ΦΒ) Σταθμού ισχύος 2,484kWp. Επιπλέον, το Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας σύμφωνα με το Διεθνές Πρότυπο ISO 9001:2015 καλύπτεται από τον πάροχο δάνειας ικανότητας ***** με Αρ. Πιστοποιητικού 161116-1, ημ. λήξης 15/11/2019 και πεδίο εφαρμογής "Μελέτη, προμήθεια, κατασκευή, λειτουργία και συντήρηση φωτοβολταϊκών συστημάτων, ηλεκτρικών, ηλεκτρονικών και εγκαταστάσεων φωτισμού", ορίζοντας και ως υπεύθυνο διασφάλισης της τήρησης των απαιτήσεων ποιότητας του προτύπου τον κο ***** , Αγρονόμο-Τοπογράφο Μηχανικό, Υπεύθυνος Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας της εταιρίας *****». Η εταιρία «***** Α.Ε.» στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, Δ: Συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης δήλωσε : «Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας σύμφωνα με το Διεθνές Πρότυπο ISO 9001:2015 καλύπτεται από τον πάροχο δάνειας ικανότητας ***** με Αρ. Πιστοποιητικού 161116-1, ημ. λήξης 15/11/2019 και πεδίο εφαρμογής "Μελέτη, προμήθεια, κατασκευή, λειτουργία και συντήρηση φωτοβολταϊκών συστημάτων, ηλεκτρικών, ηλεκτρονικών και εγκαταστάσεων φωτισμού", ορίζοντας και ως υπεύθυνο διασφάλισης της τήρησης των απαιτήσεων ποιότητας του προτύπου τον κο ***** , Αγρονόμο- Τοπογράφο Μηχανικό, Υπεύθυνος Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας της εταιρίας ***** . Αρχή ή Φορέας έκδοσης QMScert...». Οι εταιρίες «*****.» και «*****.» στα υποβληθέντα διακριτά ΕΕΕΣ καθεμιάς και στα αντίστοιχα προβλεπόμενα πεδία, δήλωσαν ότι παρέχουν δάνεια εμπειρία στην εταιρία «***** Α.Ε.» για την κάλυψη των απαιτήσεων 1,2 και 3 του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης - Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα ως εξής : • Η εταιρία «*****.» ως «...δανείζων τεχνική και χρηματοοικονομική εμπειρία καθώς και υπεργολάβος με ποσοστό συμμετοχής >30% προς την εταιρία ***** Α.Ε....» για την κάλυψη των απαιτήσεων 1 και 2 του άρθρου

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

2.2.6 της Διακήρυξης - Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα • Η εταιρία «*****.» ως «...ΩΣ ΔΑΝΕΙΖΩΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΚΑΙ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΣ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ <30%...» για την κάλυψη της απαίτησης 3 του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης - Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα. Παίρνοντας υπόψη όσα εκτέθηκαν παραπάνω, κατά τη *****., τούτη ορθά έκρινε ότι : • Πληρούνται επαρκώς οι όροι της Διακήρυξης ως προς την τεκμηρίωση συμμόρφωσης με τις απαιτήσεις της παραγράφου 3 του άρθρου 2.2.6 - Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα, της προσφέρουσας «***** Α.Ε.» • Με βάση το παραπάνω η πρόσφορά της «***** Α.Ε.» γίνεται δεκτή. Εξάλλου, κατά τον αναθέτοντα φορέα, 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 ΕΑ 284, 409/2013). Περαιτέρω (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 253/2017 και 30/2018), η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα να μην κατοχυρώνεται από το άρ. 78 και το άρ. 307 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). Επιπροσθέτως, μολοντί έχει εκδοθεί πριν από την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016, η με αρ. 295/2015

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

απόφαση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με τίτλο «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» (Κατευθυντήρια Οδηγία 14) πρέπει να χρησιμεύσει ως βασικό ερμηνευτικό εργαλείο κατά την εφαρμογή του άρθρου. Από τις ρυθμίσεις της παραγράφου 1 προκύπτει ότι η νομική φύση των δεσμών του οικονομικού φορέα με τον πάροχο δάνειας ικανότητας/εμπειρίας είναι αδιάφορη. Κρίσιμη είναι μόνον η επάρκεια της απόδειξης (προσκομιζόμενες δεσμεύσεις). Ενδεικτική νομολογία: Αναγνωρίζεται έτσι το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να στηρίζεται, για ορισμένη σύμβαση, στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών που υφίστανται μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων, εφόσον αποδεικνύεται στην Αναθέτουσα Αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως. Για τον σκοπό αυτόν, καίτοι ο προσφέρων πρέπει να αποδείξει ότι έχει όντως στη διάθεσή του πόρους άλλων φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση ορισμένης συμβάσεως, εντούτοις, έχει την ευχέρεια να επιλέξει, αφενός, τη νομική φύση των δεσμών που προτίθεται να συνάψει με τους άλλους φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται για την εκτέλεση της συμβάσεως αυτής και, αφετέρου, τον τρόπο αποδείξεως της υπάρξεως των δεσμών αυτών (C-234/2014, σκ. 28). Η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να επιβάλλει ρητούς όρους που θα μπορούσαν να εμποδίσουν την άσκηση του δικαιώματος κάθε οικονομικού φορέα να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, μεταξύ άλλων, ορίζοντας εκ των προτέρων συγκεκριμένους κανόνες, βάσει των οποίων μπορεί να γίνει επίκληση των δυνατοτήτων αυτών των άλλων φορέων. Εντούτοις, όταν η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής, οφείλει να διασφαλίζει ότι οι κανόνες που θέτει συνδέονται με το αντικείμενο και τους σκοπούς της εν λόγω συμβάσεως και είναι σύμφωνοι προς την αρχή της αναλογικότητας (C-324/2014, σκ. 53-56). Αντιθέτως, στο εδ. γ' (όπως και στην παράγραφο 2) καθιερώνεται υποχρέωση πραγματικής εκτέλεσης του επίμαχου μέρους της σύμβασης από τον πάροχο δάνειας ικανότητας/εμπειρίας (Β. Χριστιανός/Θ. Πανάγος, Δημόσιες Συμβάσεις - Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2018, Άρθρο 78: Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων, σελ.176-178). Από τα παραπάνω συνάγεται, κατά τον αναθέτοντα

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

φορέα, ότι ορθά τούτος έπραξε αποδεχόμενος την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα από τον συμμετέχοντα «***** Α.Ε.» και έκανε δεκτή την προσφορά αυτής και κατ' επέκταση και ο 2ος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί. Γ) Η εταιρία «***** Α.Ε.» στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης, ενότητα Ι. Υποσταθμός Μέσης Τάσης Φ/Β συστήματος 500kWp, στην απαίτηση «Η κατασκευή του Υ/Σ θα γίνει σύμφωνα με τα πρότυπα και τη τα όσα αναγράφονται στη τεχνική περιγραφή της Διακήρυξης» δήλωσε ΝΑΙ παραπέμποντας στην §13 της ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της. Η εταιρία «***** Α.Ε.» στην υποβληθείσα Τεχνική Περιγραφή Προσφοράς, κεφάλαιο 13. Υποσταθμός Μέσης Τάσης 500kVA 20/0,4kV, παράγραφος 13.1 Γενικά, δήλωσε «...Προς κάλυψη των απαιτήσεων του Φ/Β Σταθμού θα τοποθετηθεί (1) Υποσταθμός Μέσης Τάσης της εταιρείας SM6 ADVAN6 της εταιρείας*****, συνολικής ονομαστικής ισχύος Μετασχηματιστή 500 kVA....», ενώ στην παράγραφο 13.2 Τεχνική Περιγραφή Οικίσκου, ενότητα Τεχνική περιγραφή προσφερόμενου μετασχηματιστή Ελαίου, περιγράφει αναλυτικά τον προσφερόμενο μετασχηματιστή του κατασκευαστικού οίκου ABB ονομαστικής ισχύος 500 KVA εισάγοντας στην ροή του κειμένου την Τεχνική Περιγραφή του προσφερόμενου μετασχηματιστή, κατά προφανή τρόπο, από το Τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστικού οίκου ABB. Η εταιρία «***** Α.Ε.» υπέβαλλε συμπιεσμένο ηλεκτρονικό φάκελο με τίτλο «8ε. Εξοπλισμός ΥΣ Μέσης Τάσης» εντός του οποίου περιλαμβάνεται ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «Μ-Σ ΕΛΑΙΟΥ ABB ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ GR 400kVA». Το εν λόγω αρχείο περιέχει Τεχνικό Φυλλάδιο του κατασκευαστικού οίκου ABB που αναφέρεται σε Μετασχηματιστή ελαίου ονομαστικής ισχύος 400 KVA. Παίρνοντας υπόψη όσα έχουν εκτεθεί παραπάνω και πιο συγκεκριμένα ότι • Η εταιρία «***** Α.Ε.» δήλωσε στο Φύλλο Συμμόρφωσης ότι συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις της Τεχνικής περιγραφής της Διακήρυξης και κατά συνέπεια με τις προδιαγραφές του ζητούμενου μετασχηματιστή, • Η εταιρία «***** Α.Ε.» στην Τεχνική Περιγραφή της Προσφοράς της, περιγράφει περιληπτικά και αναλυτικά μετασχηματιστή ελαίου ονομαστικής ισχύος 500 KVA, κάνοντας χρήση του Τεχνικού Φυλλαδίου του κατασκευαστικού οίκου ***** όπως διαπιστώνεται από μια απλή σύγκριση με το υποβληθέν Τεχνικό Φυλλάδιο (ηλεκτρονικό αρχείο με

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

τίτλο «Μ-Σ ΕΛΑΙΟΥ ΑΒΒ ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ GR 400kVA»), η ***** ορθά, ως υποστηρίζει, δέχθηκε ότι καλύπτονται οι απαιτήσεις του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ V της Διακήρυξης ως προς τον προσφερόμενο μετασχηματιστή από την «***** Α.Ε.», αφενός μέσω της δήλωσης στο Φύλλο Συμμόρφωσης και αφετέρου μέσω της Τεχνικής περιγραφής όπου ενσωματώνεται και το σχετικό Τεχνικό Φυλλάδιο. ii. Δεν έλαβε υπόψη της το υποβληθέν Τεχνικό Φυλλάδιο του ηλεκτρονικού αρχείου με τίτλο «Μ-Σ ΕΛΑΙΟΥ **** ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ GR 400kVA» iii. Έκρινε ότι η Τεχνική Προσφορά της «***** Α.Ε.» είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και τα Παραρτήματα αυτής. Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας, επικαλούμενος το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ισχυρίζεται ότι η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4 του εν λόγω άρθρου, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. Από τα ανωτέρω περιγραφόμενα συνάγεται, κατά τον αναθέτοντα φορέα, ότι η Επιτροπή έκρινε ορθά ότι εφόσον στην τεχνική προσφορά υπάρχει ενσωματωμένο το ορθό φυλλάδιο, δεν τίθεται θέμα περαιτέρω διερεύνησης και εκ του περισσού θα αιτούνταν να το πράξει αυτό, ορθά δε δεν την απέκλεισε από το διαγωνισμό και κατά συνέπεια θα πρέπει να απορριφθεί και ο τρίτος λόγος της προσφυγής. **Δ)** Η εταιρία «*****» στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης, ενότητα Ι. Υποσταθμός Μέσης Τάσης Φ/Β συστήματος 500kWp, στην απαίτηση «Η κατασκευή του Υ/Σ θα γίνει σύμφωνα με τα πρότυπα και τα όσα αναγράφονται στη τεχνική περιγραφή της Διακήρυξης» δήλωσε ΝΑΙ παραπέμποντας στην Τεχνική Περιγραφή Φ/Β Πάρκου-Ι. ΥΠΟΣΤΑΘΜΟΣ ΜΕΣΗΣ ΤΑΣΗΣ. Η εταιρία «*****» στην υποβληθείσα Τεχνική Περιγραφή Προσφοράς, παράγραφος Ι. ΥΠΟΣΤΑΘΜΟΣ ΜΕΣΗΣ ΤΑΣΗΣ, δήλωσε «...Ο Υποσταθμός θα είναι προκατασκευασμένος τύπου κιόσκι 500kVA διαστάσεων 2600X2500X4000mm (ΥΧΠΧΜ) και θα διαιρείται σε τρεις (3) επισκέψιμους χώρους: • Χώρος Μέσης Τάσης Άφιξης-Αναχώρησης 20 kV • Χώρος Μετασχηματιστή 500kVA (ελαίου) • Χώρος Χαμηλής Τάσης 0,4kV...». Σε περίπτωση που κατά τον χρόνο αποστολής των δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο, μετά την πρόσκληση του άρθρου 103 του ν.4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή, έχουν μεταβληθεί οι

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

προϋποθέσεις συμμετοχής του, η προσφορά του απορρίπτεται και καλείται ο επόμενος κατά σειρά υποψήφιος/προσφέρων για υποβολή δικαιολογητικών. Συναφής και η διάταξη της παρ. 6 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 που ορίζει ότι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν, κατά δέσμια αρμοδιότητά τους, έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, και κατά διακριτική ευχέρειά τους σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4 του ίδιου άρθρου. Βλ. συναφώς και ΔΕΕ Απόφαση της 10.11.2016, υπόθεση C-199/15, Ciclat Soc. coop. κατά Consip SpA κ.ά., σκ.37, 40 (υπό το προϊσχύον ενωσιακό καθεστώς).[3]. Βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 190/2017, σκ. 30 και 31, περαιτέρω ερμηνεία υπό άρθρο 73.[4]. Βλ. αιτιολογική έκθεση του άρθρου 104 του ν. 4412/2016.) (βλ. Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Άρθρο 104. Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές σε: Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. 1, 2018, σ. 967-969, SakkoulasOnline.gr), κατά συνέπεια και ο 4ος λόγος της προσφυγής του θα πρέπει, κατά τον αναθέτοντα φορέα, να απορριφθεί. Επιπρόσθετα ο αναθέτων φορέας προβάλλει ότι, προκειμένου να εξασφαλιστεί η συμμόρφωση προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης κατά την ανάθεση συμβάσεων, στην παρ. 5 του άρθρου 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπεται (όπως και στην παρ. 2 του άρθρου 53 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ) ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν τις απαιτούμενες συνθήκες διαφάνειας, ώστε να μπορούν όλοι οι προσφέροντες να ενημερώνονται επαρκώς για τα κριτήρια και τις ρυθμίσεις που θα ισχύσουν κατά τη λήψη της απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης. Υποχρεώνονται, συνεπώς, οι αναθέτουσες αρχές να αναφέρουν τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης και τη σχετική στάθμιση καθενός εξ αυτών. Οι αναθέτουσες αρχές, ωστόσο, έχουν τη δυνατότητα να παρεκκλίνουν από την αναφορά της στάθμισης των κριτηρίων σε πλήρως δικαιολογημένες περιπτώσεις, τις οποίες πρέπει να μπορούν να αιτιολογούν, όταν η στάθμιση αυτή δεν μπορεί να καταρτιστεί εκ των προτέρων, ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της σύμβασης. Σε αυτές τις περιπτώσεις, θα πρέπει να αναφέρουν τα κριτήρια σε φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας. Η ***** έχει αποδείξει όλα αυτά τα χρόνια ότι τηρεί πλήρως τις αρχές που

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις παρέχοντας τα εχέγγυα της πλήρους διαφάνειας και ισότητας των συμμετεχόντων στις διαγωνιστικές της διαδικασίες, ενώ οι αποφάσεις των Διοικητικών της Συμβουλίων και των Επιτροπών της είναι νομίμως και ορθώς αιτιολογημένες, χωρίς βέβαια να παραγνωρίζεται το γεγονός ότι σε ζητήματα νομικής ερμηνείας να διαφοροποιούνται οι απόψεις της με άλλους φορείς. Σε κάθε περίπτωση καμία προσπάθεια άνισης μεταχείρισης και χωρίς αιτιολογημένη κρίση τόσο της Επιτροπής του εν λόγω διαγωνισμού, όσο και της απόφασεως του ΔΣ της ***** περί αποκλεισμού της προσφεύγουσας από τον διαγωνισμό δεν έλαβε χώρα, ως ισχυρίζεται.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με το κατατεθέν μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 13-1-2020 Υπόμνημά της, προς αντίκρουση των προπαρατεθεισών απόψεων του αναθέτοντα φορέα, προέβαλε τα εξής: Κατά τον ποροσφεύγοντα οικονομικό φορέα καθίσταται σαφές ότι ο αναθέτων φορέας ανάγει εν τέλει το λόγο απόρριψης της προσφοράς της στη φερόμενη ως παράλειψη δήλωσης από μέρους της στο ΕΕΕΣ του ομόρρυθμου εταίρου ***** ως τρίτου οικονομικού φορέα-υπεργολάβου, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται για την κάλυψη του υπό κρίση κριτηρίου. Η εν λόγω, όμως, θέση παρίσταται όλως εσφαλμένη, κατά τον προσφεύγοντα, καθώς ο άλλοτε ομόρρυθμος εταίρος αγόρασε τον επίμαχο εξοπλισμό για δικό του αποκλειστικά λογαριασμό, ο δε εξοπλισμός αυτός παρέμεινε στην ατομική του επιχείρηση ως πάγιο και εξ αντιδιαστολής δεν προέβη σε μεταπώληση/προμήθεια αυτού προς οποιονδήποτε τρίτο, συνάπτοντας μαζί του την αντιστοίχως προβλεπόμενη σύμβαση προμήθειας. Ως εκ τούτου, δεν θα μπορούσε α ριγοί να δηλωθεί ως υπεργολάβος, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η προσφεύγουσα εταιρία. Κατά την προσφεύγουσα, ακόμη, όμως, κι αν ήθελε γίνει δεκτή η παραπάνω άποψη που ετεροχρονισμένα διατυπώνει ο αναθέτων φορέας, δοθέντος ότι τέτοια αιτιολογία δεν περιλήφθηκε στην προσβαλλόμενη εν προκειμένω με αριθμ. 415/24/20-12-2019 απόφαση, ο έλεγχος των όρων αποδοχής ή απόρριψης της προσφοράς της θα έπρεπε να γίνει στο στάδιο της κατακύρωσης, όπως ουσιαστικά συνομολογεί και αποδέχεται εμμέσως και ο αναθέτων φορέας, κατ' επίκληση της υπ' αριθμ. 121/2018 (σκ. 16) απόφαση της ΑΕΠΠ. Με άλλα λόγια, ο αναθέτων φορέας, κατά την προσφεύγουσα, απέρριψε την προσφορά της βασιζόμενη απλώς

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

στον τίτλο της δηλωθείσας από μέρους της σύμβασης στο ΕΕΕΣ του διαγωνισμού, χωρίς ουσιαστική αξιολόγηση του περιεχομένου της, η οποία θα λάβει χώρα σε μεταγενέστερο χρόνο, και συγκεκριμένα στο στάδιο της κατακύρωσης. Με βάση όλα τα ανωτέρω και σε συνέχεια όσων αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή της, προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα εταιρία, ότι ο αναθέτων φορέας αδυνατεί να αντικρούσει τον 1ο προβαλλόμενο λόγο της προσφυγής της, ο οποίος είναι βάσιμος και θα πρέπει να γίνει δεκτός, καθώς αποδεικνύεται ότι αυτή όντως πληροί το κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα, και συνεπώς, όλως εσφαλμένα απορρίφθηκε η προσφορά της για το λόγο αυτό.

10. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις με αρ. πρωτ.539/22-1-2020 συμπληρωματικές απόψεις του προς την ΑΕΠΠ προέβαλε προς αντίκρουση του ανωτέρω από 13-1-2020 Υπομνήματος του προσφεύγοντος και τα εξής: Στο από 12-01-2020 Υπόμνημα της «*****» γίνεται παρερμηνεία των λόγων απόρριψης της προσφοράς του από τον εν λόγω διαγωνισμό κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών, ενώ η απόρριψη του είναι σαφώς διατυπωμένη τόσο στο Πρακτικό της Επιτροπής όσο και στην προσβαλλόμενη απόφαση, δηλαδή απορρίφθηκε διότι η δηλούμενη από την «*****» Σύμβαση « ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp», συμβατικού ποσού 5.000 EUR με αποδέκτη*****, δεν τεκμηριώνει την απαίτηση της παραγράφου 1 του άρθρου 2.2.6 διότι δεν περιλαμβάνει την προμήθεια του σχετικού εξοπλισμού. Στις έγγραφες απόψεις ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι διατύπωσε ξεκάθαρα ότι δεν μπορούσε να διαγνωστεί κανένα στοιχείο από αυτά που περιγράφει για πρώτη φορά ο οικονομικός φορέας στην προσφυγή του, καθόσον στη δήλωση του στο ΤΕΥΔ έγγραφε μόνο τα εξής στοιχεία «ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ, ΙΣΧΥΟΣ 500kWp, Ποσό 5.000 EUR, Ημερομηνία Έναρξης- Ημερομηνία Λήξης 01.09.2019 - 15.10.2019, Αποδέκτες, *****», ενώ η διακήρυξη απαιτούσε σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης αναφέρεται : «...Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: 1) κατά τη χρονική διάρκεια από το 2014 έως την

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, να έχουν εκτελέσει συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκών (ΦΒ) Σταθμών συνολικής ισχύος (αθροιστικά) > 900kWp, ενώ σε κάθε περίπτωση τα επιμέρους έργα θα πρέπει να είναι > 100kWp...». Στις απόψεις της στις 10-01-2020 απαντώντας στους λόγους προσφυγής του οικονομικού φορέα αναφέρεται ξεκάθαρα ότι «...η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα να μην κατοχυρώνεται από το άρ. 78 και το άρ. 307 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», δηλαδή η εταιρία «*****» δεν επικαλέστηκε νόμιμα και παραδεκτά την ικανότητα της από τρίτο, καίτοι αυτός ο τρίτος ήταν ο ομόρρυθμος εταίρος αυτής, αλλά ούτε περιέγραψε τα στοιχεία αυτά που απαιτούνται από το νόμο για να ληφθεί υπόψη η εμπειρία αυτή στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής. Όλα όσα περιγράφει λοιπόν για πρώτη φορά στην προσφυγή της θα έπρεπε να τα αναλύει κατά την δήλωση της στο ΤΕΥΔ και σε κάθε περίπτωση να το τεκμηριώνει η ίδια προκειμένου να ληφθεί υπόψη από την Επιτροπή διαγωνισμού και το ΔΣ της ***** , ως ο αναθέτων φορέας επικαλείται. Από κανένα στοιχείο στη δήλωση της προσφεύγουσας δεν προκύπτουν, κατά τον αναθέτοντα φορέα, όλα όσα αναφέρει στην κρινόμενη προσφυγή της. Η υποχρέωση λοιπόν της ***** να τα ζητήσει να προσκομιστούν θα υφίστατο μόνο στην περίπτωση που η ίδια τα περιέγραφε στο ΤΕΥΔ και εφόσον γίνονταν δεκτά. Κατά τη ***** , η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι σαφής και σε κάθε περίπτωση ορθά συμπληρώνεται και διευκρινίζεται παραδεκτά με τις απόψεις της, οι οποίες αντικρούουν τους νομικά και πραγματικά αβάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας.

11. Επειδή, η εταιρία με την επωνυμία «*****» με την από 13-1-2020 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 3-1-2020 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβαση της, μετ' εννόμου συμφέροντος,

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

αφού η προσφορά της κρίθηκε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, επικαλείται προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης τα ακόλουθα: **A)** Εν προκειμένω η ***** εκθέτει στον όρο 2.2.6 της Διακήρυξης τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, μεταξύ των οποίων συμπεριλαμβάνεται και η απαίτηση οι υποψήφιοι φορείς κατά τη χρονική διάρκεια από το 2014 έως την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, να έχουν εκτελέσει συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκών (ΦΒ) Σταθμών συνολικής ισχύος (αθροιστικά) > 900kWp, ενώ σε κάθε περίπτωση τα επιμέρους έργα θα πρέπει να είναι > 100kWp. Σύμφωνα δε με τον όρο 2.2.8.2 (2.4)(1) της διακήρυξης η προαναφερόμενη απαίτηση τεχνικής ικανότητας αποδεικνύεται με την προσκόμιση καταλόγου σχετικών συμβάσεων που εκτελέστηκαν από τον υποψήφιο κατά το χρονικό διάστημα από το 2014 έως και το χρόνο υποβολής της προσφοράς, με αναφορά στην αξία της σύμβασης, το αντικείμενό της, τη χρονική διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων, τους εργοδότες, τα ποσοστά συμμετοχής στον ανάδοχο της σύμβασης, συνοδευόμενη εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή δημοσίου, με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης και λειτουργίας που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με αντίστοιχες βεβαιώσεις του φορέα. Η παραπάνω περιγραφή από τη ***** της συγκεκριμένης απαίτησης καταλληλότητας και των προσκομιστέων αποδεικτικών μέσων είναι διαφανής και σαφής. Δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία, ότι οι συμβάσεις, που θα πρέπει να έχει εκτελέσει ο υποψήφιος ανάδοχος, αφορούν τόσο την προμήθεια όσο και την εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία Φωτοβολταϊκών (ΦΒ) Σταθμών με την προαναφερόμενη ισχύ. Η δε σαφήνεια της διατύπωσης δεν αμφισβητείται ούτε από την προσφεύγουσα. Έτι περαιτέρω, λαμβανομένου υπόψη ότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι τόσο η προμήθεια όσο και η εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία ενός (1) Φωτοβολταϊκού (ΦΒ) Σταθμού ισχύος 500 kWp, δεν τίθεται αμφιβολία, ότι παραπάνω απαίτηση τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας τελεί σε συνάρτηση και αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης. Αυτό εξάλλου είναι κάτι που δεν αμφισβητεί ούτε η προσφεύγουσα. Συνεπώς οι ως άνω όροι της διακήρυξης είναι σαφείς, διαφανείς και εξυπηρετούν κατά τρόπο αναλογικό το σκοπό

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

τους, άρα με βάση και την εφαρμοζόμενη εν προκειμένω αρχή της τυπικότητας δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα όσο και τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς. Υπό την έννοια αυτή οι υποψήφιοι φορείς υποχρεούνται να προσκομίσουν στοιχεία, που αποδεικνύουν την εμπειρία/τεχνική καταλληλότητά τους, τόσο ως προς το σκέλος της προμήθειας όσο και ως προς το σκέλος της εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία των Φ/Β σταθμών. Αντίστοιχα η αναθέτουσα ***** υποχρεούται να αποδεχτεί μόνο προσκομιζόμενες συμβάσεις, οι οποίες περιέχουν τόσο το σκέλος της προμήθειας όσο και το σκέλος της εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία των Φ/Β σταθμών. Ειδικότερα το αβάσιμο του πρώτου λόγου της προσφυγής : Η προσφεύγουσα σημειώνει στον πρώτο λόγο της προσφυγής της, ότι το ως άνω κριτήριο τεχνικής κι επαγγελματικής ικανότητας αφορά μόνο την ικανότητα των υποψήφιων φορέων να εκτελέσουν τις απαιτούμενες εργασίες εγκατάστασης-τοποθέτησης του Φ/Β σταθμού. Η ερμηνεία αυτή είναι εντελώς αυθαίρετη και δεν μπορεί να υποστηριχθεί από το γράμμα των όρων 2.2.6 και 2.2.8.2. (2.4) (1) το οποίο, όπως ήδη σημειώσαμε, αναφέρεται τόσο στην προμήθεια όσο και στην εγκατάσταση Φ/Β σταθμών. Η ερμηνεία δε αυτή δεν μπορεί να υποστηριχθεί ούτε σε αναλογία με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς και αυτό αφορά τόσο την προμήθεια, όσο και την εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία του Φ/Β σταθμού. Εύλογα λοιπόν ζητείται εμπειρία των υποψήφιων φορέων τόσο ως προς τις διαδικασίες της προμήθειας όσο και ως προς τις διαδικασίες εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία, καθώς έτσι εξασφαλίζεται αποτελεσματικά η ορθή εκτέλεση της σύμβασης. Συνεπώς η τρίτη κατά σειρά σύμβαση, που προσκομίζει η προσφεύγουσα, η οποία αφορά μόνο την εκτέλεση εργασιών εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φ/Β σταθμού και την επίβλεψη των εργασιών αυτών, αλλά όχι την προμήθεια του σταθμού, δεν είναι κατάλληλη προς υποβολή στον παρόντα δημόσιο διαγωνισμό, καθότι δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Τα δε επιχειρήματα της προσφεύγουσας περί των φορολογικών και λογιστικών λόγων, τα οποία την οδήγησαν να μην συνάψει σύμβαση προμήθειας αλλά επίβλεψης και εγκατάστασης, αφορούν αποκλειστικά και μόνο την προσφεύγουσα και τους εταίρους αυτής. Σε καμία περίπτωση δεν αφορούν την αναθέτουσα ούτε δε αποτελούν λόγους, που να δικαιολογούν τη δήθεν καταλληλότητα της συγκεκριμένης σύμβασης σε σχέση με τις

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

απαιτήσεις του παρόντος διαγωνισμού. Έτι περαιτέρω ο ισχυρισμός, που διατυπώνει η προσφεύγουσα, ότι θα μπορούσε να έχει κατασκευάσει τους απαιτούμενους σταθμούς αποκλειστικά και μόνο για δικό της λογαριασμό πληρούμενης και στην περίπτωση αυτή της σχετικής προϋπόθεσης της Διακήρυξης, καθότι ως κριτήριο καταλληλότητας κατοχυρώνεται η εμπειρία των φορέων σχετικά με την τοποθέτηση του αντικειμένου της προμήθειάς τους και όχι με την τυχόν διάθεσή του στους άλλους πελάτες, συνιστά προσπάθεια διασταλτικής ερμηνείας των όρων της διακήρυξης, η οποία δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Η προμήθεια του απαραίτητου εξοπλισμού προϋποθέτει μια σειρά ενεργειών και διαδικασιών, οι οποίες διαθέτουν αυτοτέλεια και είναι πλήρως διακριτές από τις εργασίες εγκατάστασης του εξοπλισμού και θέσης αυτού σε λειτουργία. Συνεπώς εάν η αναθέτουσα αρχή ενδιαφερόταν μόνο για την εγκατάσταση του Φ/Β πάρκου θα αναζητούσε μόνο τεχνίτες για εγκατάσταση και όχι προμηθευτή. Εξάλλου η υπ' αριθ. 3057/2014 απόφαση του Ε.Σ. (VI Τμήμα), την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη, ότι η εμπειρία των οικονομικών φορέων κατοχυρώνεται με την τοποθέτηση του αντικειμένου της προμήθειάς τους και όχι τη διάθεσή του σε άλλους πελάτες, αφορά περίπτωση ουσιωδώς διάφορη από την παρούσα. Ειδικότερα η ως άνω κρίση του Ε.Σ. αφορά όρο διακήρυξης, ο οποίος μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών των ιατρικών υλικών που αναζητούνταν από την αναθέτουσα συμπεριελάμβανε πέρα από τις απαραίτητες πιστοποιήσεις και την προσκόμιση καταλόγου των ιατρικών κέντρων/νοσοκομείων, που χρησιμοποιούν τα εν λόγω υλικά. Η ως άνω απόφαση αφορά δηλαδή την καταλληλότητα του προσφερόμενου εξοπλισμού και όχι την τεχνική εμπειρία του υποψήφιου φορέα. Ειδικότερα η απόφαση σημειώνει, ότι, εάν τα προσφερόμενα υλικά διαθέτουν τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις θα πρέπει να θεωρηθούν από την αναθέτουσα κατάλληλα χωρίς να απαιτείται επιπρόσθετα κατάλογος πελατών, στους οποίους έχουν αυτά διατεθεί, καθώς έτσι αποκλείονται κατά τρόπο απαράδεκτο προϊόντα, τα οποία είναι καινούρια και συνεπώς παρότι κατέχουν τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις δεν έχουν ακόμη διατεθεί σε ιατρικά κέντρα/νοσοκομεία. Η επίκληση συνεπώς στην προαναφερόμενη νομολογία από την προσφεύγουσα είναι παντελώς ατυχής. Συμπερασματικά από το σύνολο των προαναφερομένων καθίσταται σαφές, κατά την παρεμβαίνουσα, ότι τυχόν

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

αποδοχή του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας «*****» θα είχε το εξής παράδοξο αποτέλεσμα: θα οδηγούσε στην υποχρέωση της αναθέτουσας ***** να αποδεχτεί σύμβαση αφορώσα την επίβλεψη και εγκατάσταση Φ/Β σταθμού και όχι την προμήθεια και εγκατάσταση αυτού κατά παράβαση των όρων 2.2.6 και 2.2.8.2.(2.4)(1) της Διακήρυξης. Θα υποχρεωνόταν έτσι η αναθέτουσα αρχή να παραβεί τους συγκεκριμένους, σαφείς, διαφανείς και ανάλογους με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης όρους, την αρχή της τυπικότητας και την αρχή της ίσης μεταχείρισης και να μεταχειριστεί ευνοϊκά την προσφεύγουσα. Δεδομένων λοιπών των ως άνω η πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος, κατά την παρεμβαίνουσα, καθότι η προσφορά της προσφεύγουσας ορθώς και σύμφωνα τόσο με τους όρους της διακήρυξης όσο και με τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου, απορρίφθηκε από την αναθέτουσα. **Β)** Με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα διατείνεται ότι η υπ' αριθ. 415/24/20-12-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** τυγχάνει ακυρωτέα ως προς το μέρος της που αποδέχθηκε ότι αποδείχθηκε η τεχνική/επαγγελματική καταλληλότητα της «***** Α.Ε.», διότι - κατά την ερμηνεία της προσφεύγουσας- ολόκληρη η σύμβαση θα έπρεπε να έχει ανατεθεί από την παρεμβαίνουσα στην εταιρία *****., η οποία κατέχει και το απαιτούμενο από τη διακήρυξη ISO, η δε ***** δεν τεκμηριώνει, ότι έχει εκτελέσει τις απαιτούμενες συμβάσεις προς απόδειξη της επαγγελματικής εμπειρίας κατά τους όρους της διακήρυξης. Η διακήρυξη αποτελεί την αφετηρία της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη βάση της διενέργειας του διαγωνισμού, ήτοι το κανονιστικό πλαίσιο το οποίο δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζομένους. Για το λόγο αυτό επιβάλλεται να προσδιορίζεται επακριβώς σε αυτή τα προσόντα που απαιτούνται για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και τα υποβλητέα σχετικά αποδεικτικά μέσα. Η αναθέτουσα είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης π.χ. ως προς τις απαιτήσεις καταλληλότητας των φορέων, τα χαρακτηριστικά των προς προμήθεια ειδών και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Εφόσον δε οι κανόνες της διακήρυξης δεν αμφισβητήθηκαν ευθέως, ήτοι δεν ασκήθηκαν τα ένδικα βοηθήματα κατά των όρων της διακήρυξης, τότε δεν είναι επιτρεπτή η αμφισβήτηση της νομιμότητας όρου της διακήρυξης επ' ευκαιρία της

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

προσβολής πράξης που εκδόθηκε στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Εν προκειμένω ο όρος 2.2.6. της Διακήρυξης της αναθέτουσας ***** ρητά συγκαταλέγει την κατοχή πιστοποιητικού ISO 9001 σχετικού με το αντικείμενο του διαγωνισμού στις απαιτήσεις τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων. Σύμφωνα δε με τον όρο 2.2.7 της διακήρυξης είναι δυνατή για την κάλυψη των κριτηρίων της τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας/εμπειρίας της παραγράφου 2.2.6., η στήριξη των οικονομικών φορέων στις ικανότητες τρίτων, θα πρέπει δε να αποδεικνύεται η δέσμευση των τρίτων να παράσχουν στον υποψήφιο τους απαιτούμενους πόρους. Ειδικά για τα κριτήρια που αφορούν την επαγγελματική εμπειρία, η στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων συνεπάγεται και την εκτέλεση από τους τρίτους των εργασιών, για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Οι άνω απαιτήσεις της διακήρυξης συνιστούν επιλογή της *****., ασκούμενη εντός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας, που διαθέτει να καθορίσει κατά την κρίση της τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων, είναι διαφανείς, σαφείς και ισχύουν κατά τον ίδιο τρόπο για όλους τους υποψηφίους. Συνεπώς, κατά την παρεμβαίνουσα, η συλλογιστική της προσφεύγουσας περί υποχρεωτικής κατοχής των προτύπων ποιότητας αποκλειστικά και μόνο από τον ίδιο τον υποψήφιο και της ενδεχόμενης εκ παραδρομής εκ μέρους της αναθέτουσας διαφορετικής αρίθμησης των όρων της διακήρυξης σε σχέση με το γενικό υπόδειγμα του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. προβάλλεται εκ περισσού. Άλλωστε η ίδια η προσφεύγουσα δηλώνει ευθέως την αποδοχή της κανονιστικής ισχύος της διακήρυξης. Όπως προκύπτει ευθέως από τον όρο 2.2.7 της διακήρυξης, αλλά το άρθρα 307 και 78 του Ν. 4412/2016 η παρεμβαίνουσα, ως τούτη υποστηρίζει, δικαιούται να στηρίζεται αναφορικά με τις απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στις δυνατότητες τρίτων φορέων. Στην περίπτωση αυτή θα πρέπει να αποδεικνύει, ότι θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους, στην περίπτωση δε της στήριξης σε τρίτους αναφορικά με τα επαγγελματικά προσόντα ή την επαγγελματική εμπειρία οι τρίτοι θα πρέπει να εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Σε κάθε δε περίπτωση είναι δυνατή η επίκληση εκ μέρους του προσφέροντος οικονομικού φορέα όχι μόνο του μείζονος, αλλά και του ελάσσονος, δηλαδή η μερική επίκληση των δυνατοτήτων τρίτων. Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ έχει ρητώς επισημάνει την

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

ευχέρεια οικονομικού φορέα να διαθέσει, προς εκτέλεση σύμβασης, μέσα που ανήκουν σε έναν ή περισσότερους άλλους φορείς, ενδεχομένως επιπλέον των δικών του μέσων (π.χ. αποφάσεις της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, *Holst Italia*, Συλλογή 1999, σ. I-8607, σκέψεις 26 και 27, καθώς και της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, *Siemens και ARGE Telekom*, Συλλογή 2004, σ. I-2549, σκέψη 43). Επίσης έχει αναγνωρίσει και το παραδεκτό της λεγόμενης «πολλαπλής ή μερικής επικλήσεως» των δυνατοτήτων τρίτων, δηλαδή αναγνώρισε ότι επιτρέπεται η σώρευση των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που αποδεικνύεται ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση ίδιος σύμβασης (π.χ. απόφαση της 28ης Φεβρουαρίου 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni SpA Mannocchi Luigino*, σκ. 32-33- για όλα τα προαναφερόμενα βλ. αντί άλλων Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσ/νίκη 2019, σελ. 468). Άλλωστε «...οι τρίτοι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν αποκλειστικά και μόνο τις ιδιότητες που αφορούν τα κριτήρια επιλογής επί των οποίων παρέχουν τη στήριξή τους στον προσφέροντα. Αυτή είναι εξάλλου και η εμπλοκή τους στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αφού κύριο προσδιοριστικό στοιχείο τους είναι ακριβώς ότι δεν αποτελούν ούτε προσφέροντες ούτε τυχόν μέλη ένωσης οικονομικών φορέων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). Η μόνη δε ανάμιξή τους αφορά τα οικεία ειδικά προσόντα που "δανείζουν", ελλείψει συνδρομής αυτών στο πρόσωπο του προσφέροντος και όχι η υποκατάσταση του προσφέροντα στην πλήρωση των εν γένει κριτηρίων επιλογής. Δηλαδή η εκ μέρους τους στήριξη είναι ειδική, συγκεκριμένη και φύσει μερική και κατ' αποτέλεσμα ο έλεγχος της συνδρομής στο πρόσωπό τους των οικείων ιδιοτήτων, αφορά αποκλειστικά και μόνο την ως άνω ειδική, συγκεκριμένη και μερική στήριξη που παρέχουν, δηλαδή αυτές ακριβώς τις ιδιότητες που διαθέτουν στον προσφέροντα προς εκ μέρους δικού του, πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής. Θα ήταν άλλωστε και αντιφατικό, αλλά και αντίθετο στην ίδια την κατά τα ως άνω θεσμική πρόβλεψη περί της δυνατότητας στηρίξεως των προσφερόντων σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, από τη μία πλευρά να παρέχεται στους μετέχοντες αυτή η ευχέρεια προς διευκόλυνση

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

συμμετοχής τους, ενώ από την άλλη να ζητούνται τυχόν από τους τρίτους να πληρούν το σύνολο των προσόντων που θα έπρεπε να συντρέχουν καταρχήν στο ίδιο το πρόσωπο του προσφέροντος, και κατ' αποτέλεσμα να ζητούνταν για αυτούς περισσότερα από όσα ζητούνται για τον ίδιο (αφού αυτός δύναται να στηριχθεί σε τρίτους), με συνέπεια να ματαιώνεται ο σκοπός της οικείας στήριξης και αυτή να δυσχεραίνεται υπέρμετρα, αλλά ιδίως άσκοπα, αφού ουδείς λόγος υφίσταται, ένας τρίτος οικονομικός φορέας που επιστρατεύεται για την παροχή ειδικής στήριξης, να πρέπει να διαθέτει και ιδιότητες που διαθέτει ούτως ή άλλως ο ίδιος ο προσφέρων και δεν χρειάζεται στήριξη για αυτές σε τρίτο. Κατά συνέπεια των ανωτέρω εξάλλου, δεν υφίσταται και κανένας λόγος να αποδείξουν, σε επίπεδο προκαταρκτικής, άρα ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ή πλήρους απόδειξης, οιαδήποτε ιδιότητα και προσόν που δεν χρειάζεται να κατέχει, διότι δεν παρέχει επ' αυτών στήριξη.» (βλ. σχετικά ΑΕΠΠ απόφαση 426/2018, σελ. 14-15). Εν προκειμένω και σε πλήρη αρμονία τόσο με τους όρους της διακήρυξης όσο και με τα ως άνω αναφερόμενα η παρεμβαίνουσα «***** Α.Ε.», ως τούτη προβάλλει, στηρίχθηκε στις ικανότητες της εταιρίας «*****» (εφεξής «*****») αναφορικά με τις απαιτήσεις χρηματοοικονομικής ικανότητας και τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας, συνιστάμενη στην τεχνική/επαγγελματική εμπειρία που απαιτείται από τον όρους 2.2.6 (1) (2) της διακήρυξης. Η παρεμβαίνουσα μέσω του από 21.10.2019 συμφωνητικού συνεργασίας και διάθεσης οικονομικών πόρων και τεχνικών/επαγγελματικών ικανοτήτων, που συνήψε με τη εταιρία «*****», αποδεικνύει, ως προβάλλει, ότι έχει στη διάθεσή της τους απαιτούμενους πόρους για την εκτέλεση του έργου (ήτοι την επαγγελματική εμπειρία και ομάδα έργου, η οποία διαθέτει τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη προσόντα) και μάλιστα αναθέτει στη «*****» την εκτέλεση της σύμβασης κατά το μέρος, που σχετίζεται με τα προσόντα που η «*****» δανείζει στην παρεμβαίνουσα. Η από 21.10.2019 σύμβαση προσδιορίζει ρητά, τις εργασίες που η παρεμβαίνουσα αναθέτει στη «*****». Προκύπτει, λοιπόν, ότι η παροχή στήριξης στην παρεμβαίνουσα από τη «*****» αφορά ξεκάθαρα τα οικεία ειδικά προσόντα, που η «*****» της "δανείζει", επειδή αυτά δεν συντρέχουν στο δικό της νομικό πρόσωπο και δεν αποτελεί υποκατάσταση της παρεμβαίνουσας στην πλήρωση των εν γένει κριτηρίων επιλογής. Το ίδιο ακριβώς συμβαίνει και με τη στήριξη της παρεμβαίνουσας στα προσόντα της

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

εταιρίας με την επωνυμία «*****» αναφορικά με τις απαιτήσεις της πιστοποίησης ποιότητας κατά ISO 9001 με ισχύ σε πεδίο συναφές με αυτό της διακήρυξης. Η παρεμβαίνουσα επικαλείται ότι κατέχει τις ακόλουθες πιστοποιήσεις : ISO 9001:2015 Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας, ISO 14001:2015 Σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης, ISO 18001: OHSAS 18001 Σύστημα Διαχείρισης της Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία και ISO 50001:2018 Σύστημα Διαχείρισης Ενέργειας με πεδίο εφαρμογής «Προμήθεια, Εγκατάσταση & Διαχείριση Φωτιστικών LED και Λοιπού Εξοπλισμού Εξοικονόμησης Ενέργειας», διαθέτει δηλαδή διαδικασίες διασφάλισης ποιότητας και τη σχετική εξοικείωση με τις ποιοτικές απαιτήσεις, που θέτουν οι εν λόγω πιστοποιήσεις, βρίσκεται δε σε διαδικασία διαρκούς επέκτασης των ποιοτικών πιστοποιήσεων τις οποίες διαθέτει. Εν προκειμένω όμως, σε σχέση με το ISO9001, που απαιτείται από τη διακήρυξη, ως στοιχείο τεχνικής/επαγγελματικής επάρκειας, η παρεμβαίνουσα, όπως αναφέρει και η από 18.10.2019 συνημμένη στην παρέμβαση βεβαίωση για κάθε χρήση του συμβούλου ποιότητας της εταιρείας της, ευρίσκεται σε διαδικασία επέκτασης του συστήματος διαχείρισης ποιότητας, που διαθέτει, στο πεδίο «Προμήθεια, Εγκατάσταση, Διαχείριση και Συντήρηση φωτιστικών led, φωτοβολταϊκών συστημάτων και λοιπού εξοπλισμού εξοικονόμησης ενέργειας», το οποίο είναι συναφές με αυτό της διακήρυξης και ήδη τηρεί σχετικές διαδικασίες, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του προτύπου ISO9001, αλλά δεν έχει ακόμη πιστοποιηθεί. Δεδομένων των προαναφερομένων και λαμβανομένου υπόψη του άρθρου 82 του Ν. 4412/16, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι θα μπορούσε να τεκμηριώσει την συμμόρφωση της με το πρότυπο ISO9001 σε πεδίο συναφές με αυτό της διακήρυξης, με την προσκόμιση ολόκληρου του δικού της συστήματος διαχείρισης ποιότητα. Εν τούτοις προτίμησε εύλογα και αναζήτησε την εν λόγω ικανότητα από ήδη πιστοποιημένο τρίτο φορέα, την εταιρία «*****», αξιοποιώντας τη δυνατότητα που της έδινε η διακήρυξη με τις παραγράφους 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα» και 2.2.7. «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων». Η δε από 21.10.2019 σύμβαση συνεργασίας που υπεγράφη με την «*****» αποτελεί επίσης σύμβαση παροχής δάνειας τεχνικής επάρκειας. Από την εν λόγω σύμβαση προκύπτει ευθέως και με σαφήνεια η δέσμευση της «*****» να διαθέσει στην παρεμβαίνουσα τους πόρους της, οι οποίοι σχετίζονται με το πιστοποιητικό ISO 9001, το οποίο

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

διαθέτει και «δανείζει» στην παρεμβαίνουσα. Εξειδικεύεται δε σαφώς μέσα στο σύμβαση τι ακριβώς σημαίνει «δανεισμός» της απορρέουσας από το πιστοποιητικό ISO ικανότητας. Ειδικότερα συμφωνείται ότι η «*****» θα:

(α) παρέχει στην παρεμβαίνουσα υποστηρικτικές και συμβουλευτικές υπηρεσίες σχετικά με την κατάρτιση της τεχνικής της προσφοράς σύμφωνα με τις απαιτήσεις ποιότητας του ως άνω πιστοποιητικού καθώς και, σε περίπτωση που η παρεμβαίνουσα κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης, διαρκή συμβουλευτική υποστήριξη, όπως της ζητείται κάθε φορά από την παρεμβαίνουσα ή και με δική της πρωτοβουλία εφόσον κριθεί σκόπιμο, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι οι παρεχόμενες στην αναθέτουσα αρχή υπηρεσίες θα τελούν σε πλήρη συμμόρφωση με τις απαιτήσεις ποιότητας του πιστοποιητικού ISO 9001, (β) διαθέτει στην παρεμβαίνουσα συγκεκριμένο πρόσωπο υπεύθυνο για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της εκτέλεσης του έργου με τις απαιτήσεις ποιότητας του ISO 9001 το οποίο πρόσωπο είναι ο υπεύθυνος διασφάλισης ποιότητας της ίδιας της εταιρείας «*****», όπως αναφέρεται επί λέξει σαφώς στο ως άνω συμφωνητικό, που έχει υποβληθεί, ότι δηλαδή: "Ορίζεται δε ως υπεύθυνος διασφάλισης της τήρησης των απαιτήσεων ποιότητας ο κος *****, Αγρονόμος-Τοπογράφος Μηχανικός, Υπεύθυνος Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας της εταιρίας" και (γ) δεσμεύεται να αναλάβει ως υπεργολάβος το μέρος της σύμβασης που τυχόν αποφασίσει να της αναθέσει η παρεμβαίνουσα σε σχέση με την τήρηση των απαιτήσεων ποιότητας του ISO, γεγονός που θα γνωστοποιηθεί στην αναθέτουσα ***** κατά τα οριζόμενα στον όρο 4.4. της Διακήρυξης. Από τα προαναφερόμενα προκύπτει, κατά την παρεμβαίνουσα, με πλήρη διαφάνεια και σαφήνεια και κατά τρόπο ασφαλή και αναμφισβήτητο ο τρόπος εκτέλεσης της υπό ανάθεσης σύμβασης από την παρεμβαίνουσα, καθώς και η έκταση και το είδος της συνδρομής εκάστου των δύο φορέων από τους οποίους η παρεμβαίνουσα «δανείζεται» ικανότητες, τις οποίες δεν διαθέτει η ίδια. Πρόκειται δηλαδή για μια ξεκάθαρη περίπτωση «πολλαπλής ή μερικής επικλήσεως» των δυνατοτήτων τρίτων, δηλαδή επιτρεπτής σώρρευσης των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, αποδεικνύεται δε πλήρως ότι η παρεμβαίνουσα θα έχει πράγματι στη διάθεσή της τα μέσα αυτών, που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

Εξυπακούεται περαιτέρω, ότι έκαστος των δύο φορέων, που στηρίζουν την παρεμβαίνουσα, της παρέχει την ειδική, συγκεκριμένη και μερική στήριξη που συναρτάται με αυτές ακριβώς τις ιδιότητες που διαθέτει, καθώς δεν είναι δυνατό να της παρέχει υπηρεσίες πέραν των ιδιοτήτων που ο ίδιος διαθέτει. Κατά την παρεμβαίνουσα, δεδομένων των ανωτέρω ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι η παρεμβαίνουσα θα έπρεπε να έχει αναθέσει το σύνολο της σύμβασης στην κατέχουσα το απαιτούμενο ISO «*****.», απορριπτόμενης έτσι της προσφοράς της, διότι η «*****.» δεν αποδεικνύει ότι έχει εκτελέσει τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη συμβάσεις, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Τυχόν δε αποδοχή του εν λόγω ισχυρισμού θα οδηγούσε στο αντιφατικό αποτέλεσμα να απαιτείται από τον τρίτο φορέα, «*****.» , να πληροί το σύνολο των προσόντων, που θα έπρεπε να συντρέχουν καταρχήν στο ίδιο το πρόσωπο της παρεμβαίνουσας και κατ' αποτέλεσμα να ζητούνται για την «*****.» περισσότερα από όσα ζητούνται για την ίδια την παρεμβαίνουσα. Όπως δε επικουρικώς στην εντελώς υποθετική περίπτωση, όπου ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας ήθελε γίνει δεκτός, και πάλι η αναθέτουσα ***** δεν θα όφειλε το δίχως άλλο να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας, επειδή η «*****.» δεν απέδειξε ότι έχει εκτελέσει τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη συμβάσεις. Αντιθέτως η ***** θα όφειλε να απαιτήσει από την παρεμβαίνουσα να αντικαταστήσει τον εν λόγω τρίτο φορέα, καθότι δεν θα συνέτρεχαν στο πρόσωπό του τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής (άρθρο 78 παρ. 1 Ν. 4412/2016). Γ) Σύμφωνα με τον όρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης: «Η Τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος V της Διακήρυξης (Φύλλο Συμμόρφωσης), περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα (άρθρο 94 § 4 του Ν.4412/2016)». Σύμφωνα με την παράγραφο 3 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων του Παραρτήματος V (σελ. 92 της Διακήρυξης): «Ο προμηθευτής υποχρεούται κατά την κατάθεση της προσφοράς, να συμπεριλάβει πλήρη τεχνική περιγραφή και όλα τα

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

απαραίτητα τεχνικά φυλλάδια για την αξιολόγηση της προσφοράς του...». «Τα κατατιθέμενα τεχνικά φυλλάδια (prospectus), όταν αυτά ζητούνται, πρέπει να επαληθεύουν τα τεχνικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά που αναγράφονται στις προσφορές. Πρέπει να είναι αυτά που χρησιμοποιεί ο οίκος κατασκευής του προϊόντος, στο πλαίσιο της πολιτικής προώθησης των πωλήσεων του στις αγορές (ιδιωτικές και Δημοσίου) του ενδιαφέροντος του. Σε περίπτωση που τεχνικά στοιχεία της προσφοράς είναι διαφορετικά από τα αναγραφόμενα στα τεχνικά φυλλάδια ή δεν περιλαμβάνονται σε αυτά, πρέπει να κατατίθεται σχετική επιβεβαιωτική επιστολή επίσημα μεταφρασμένη ή/και επίσημες βεβαιώσεις ή άλλα επίσημα έγγραφα από το νόμιμο εκπρόσωπο του οίκου κατασκευής του προϊόντος και όχι από τοπικούς αντιπροσώπους ή εκπροσώπους...». «Προσφορές που δεν είναι σύμφωνες με τα παραπάνω οριζόμενα απορρίπτονται.» Σύμφωνα με την παράγραφο 5 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων του Παραρτήματος V (σελ. 93 της Διακήρυξης): «Οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να δηλώσουν αναλυτικά (στο φάκελο τεχνικής προσφοράς) τη συμμόρφωση ή απόκλιση των προσφερομένων ειδών (μηχανημάτων) σε σχέση με τις αντίστοιχες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης (με την συμπλήρωση του Φύλλου Συμμόρφωσης). Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να καλέσει τους προμηθευτές να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις για τα υποβληθέντα δικαιολογητικά, έγγραφα και στοιχεία καθ' όλη την διάρκεια της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών.». Εξάλλου σύμφωνα με τον όρο 2.4.6 της Διακήρυξης: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά (άρθρο 91 του Ν.4412/2016):.... 2) 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης... 8) 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». Ο δε όρος 3.1.1. ορίζει μεταξύ άλλων ότι: «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 310 του Ν.4412/2016». Έτι περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 310 αλλά και το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί τους προσφέροντες να διευκρινίσουν τυχόν ασάφειες της προσφοράς, επουσιώδεις πλημμέλειες ή τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωσης. Το δικαίωμα διόρθωσης χορηγείται και εάν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς, περιέχει ασάφειες ή σονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα, που ο αναθέτων φορέας κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Η αναθέτουσα υποχρεούται να δώσει τη δυνατότητα στον υποψήφιο προσφέροντα να διευκρινίσει τυχόν ασάφειες στα δικαιολογητικά και έγγραφα της προσφοράς του σε περίπτωση που επίκειται αποκλεισμός του. Εξάλλου το ΔΕΕ (απόφαση C-336/12) έχει κρίνει ότι, δεν αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο (στην κριθείσα υπόθεση προς το εν λόγω άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18), ειδικότερα, η κατ' εξαίρεση διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση των δεδομένων της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή τους ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό τον όρο ότι η τροποποίηση αυτή δεν συνεπάγεται στην πράξη την υποβολή νέας προσφοράς. Η δυνατότητα αυτή εξυπηρετεί την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού μεταξύ των υποψήφιων φορέων και διασφαλίζει ότι οι προσφορές τους δεν θα αποκλείονται για ήσσονος σημασίας πλημμέλειες ή σφάλματα εκ παραδρομής τα οποία εμφιλοχώρησαν κατά την προετοιμασία της προσφοράς τους. Εξάλλου και από τα ελληνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που διέπει τη διαδικασία σύναψης των δημόσιων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις, όχι όμως και να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (βλ. ενδεικτικά Βλ. ΣτΕ 2454/2009, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/2009, ΕΑ ΣτΕ 738/2009, ΕΑ ΣτΕ 180/2009, ΣτΕ 567, 3075/2008, ΕΑ 584,1038,1282/2008, 305/2007, ΔΕφΑθην. 271/2011). Σε κάθε δε περίπτωση η παροχή διευκρινίσεων και συμπληρώσεων, εφόσον δεν έχει ως συνέπεια τη

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, μπορεί να λάβει χώρα και με την υποβολή νέων εγγράφων (βλ. σχετικά Δ. Ράικο, ό.π., 401). Εξυπακούεται ότι οι διευκρινίσεις αυτές δεν θα πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την αλλοίωση της προσφοράς ούτε να προσδίδουν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε μία συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι στην από 21.10.2019 τεχνική προσφορά της κάνει ειδική μνεία στα χαρακτηριστικά του μετασχηματιστή ελαίου, παραθέτει δε αυτούσιο απόσπασμα από το τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή (βλ. σελ. 22 της Τεχνικής προσφοράς της). Στο εν λόγω απόσπασμα, επικολληθέν στο κείμενο της τεχνικής προσφοράς της, αναφέρεται κατά τρόπο ρητό και συγκεκριμένο ότι η ονομαστική ισχύς του μετασχηματιστή είναι 500 kVA. Έτι περαιτέρω τούτη δηλώνει ρητά τη συμμόρφωση (και όχι την απόκλιση) του προσφερόμενου μετασχηματιστή ελαίου με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Ειδικότερα στη σελ.10 των από 21.10.2019 Φύλλων Συμμόρφωσης η παρεμβαίνουσα δηλώνει ότι ο υποσταθμός μέσης τάσης Φ/Β συστήματος 500kWp, ο οποίος συμπεριλαμβάνει και το μετασχηματιστή ελαίου είναι σύμφωνος με τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης. Προς επαλήθευση δε, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, του ισχυρισμού αυτού, στον πίνακα συμμόρφωσης παραπέμπει την αναθέτουσα αρχή στην παράγραφο 13 της τεχνικής της προσφοράς (και όχι σε κάποιο τεχνικό φυλλάδιο), η οποία συμπεριλαμβάνει (σελ.22) το αυτούσιο απόσπασμα των τεχνικών προδιαγραφών του μετασχηματιστή ελαίου. Εντούτοις, μεταξύ των τεχνικών φυλλαδίων που συμπεριέλαβε η παρεμβαίνουσα στο συμπιεσμένο φάκελο δε, καταχώρησε λανθασμένη σελίδα από το prospectus του προμηθευτή. Ειδικότερα το πλήρες prospectus που διαθέτει ο προμηθευτής στην αγορά είναι ένα πολυσέλιδο αρχείο, μεγάλου ηλεκτρονικού όγκου. Προκειμένου η παρεμβαίνουσα να διευκολύνει την αναθέτουσα επέλεξε να μην της κοινοποιήσει ολόκληρο το prospectus, αλλά να αποσπάσει και να παραθέσει μόνο τη σελίδα που αφορά το μετασχηματιστή ελαίου ισχύος 500 kVA, απόσπασμα της οποίας ενσωμάτωσε και στην τεχνική της προσφορά. Παρόλα αυτά, εκ παραδρομής δεν απέσπασε την ορθή σελίδα, την οποία συμπεριέλαβε στην τεχνική της προσφορά, αλλά την προηγούμενη, η οποία αφορά μετασχηματιστή ισχύος 400 kVA. Επισυνάπτει δε στην εξεταζόμενη

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

παρέμβασή της ολόκληρο το πολυσέλιδο Prospectus του προμηθευτή, από το οποίο προκύπτει, κατά τους ισχυρισμούς της, ότι αντί να αποσπάσει και να παραθέσει στο συμπιεσμένο φάκελο «8ε. Εξοπλισμός ΥΣ Μέσης Τάσης» το αρχείο "Μ-Σ ΕΛΑΙΟΥ ΑΒΒ ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ GR 500KVA" από την σελίδα 3, απέσπασε εκ παραδρομής και παρέθεσε το αρχείο "Μ-Σ ΕΛΑΙΟΥ ΑΒΒ ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ GR 400KVA" από την σελίδα 2 του πολυσέλιδου prospectus του προμηθευτή. Από τα παραπάνω αποδεικνύεται, κατά τη παρεμβαίνουσα, ότι από τα τεχνικά φυλλάδια του προμηθευτή επαληθεύεται και επιβεβαιώνεται η ακρίβεια των ποιοτικών χαρακτηριστικών του μετασχηματιστή ελαίου, όπως αυτά εκτίθενται στην προσφορά της. Όλα δε τα ποιοτικά χαρακτηριστικά του μετασχηματιστή ελαίου, τα οποία εκθέτει και επικαλείται με την προσφορά της, συμπεριλαμβάνονται επακριβώς στα τεχνικά φυλλάδια του προμηθευτή. Συνεπώς δεν συντρέχει περίπτωση προσκόμισης και κατάθεσης βεβαιωτικής επιστολής από τον προμηθευτή, κατά τα οριζόμενα της παραγράφου 3 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων του Παραρτήματος V (σελ. 92) της Διακήρυξης, καθώς ο προμηθευτής δεν θα είχε να βεβαιώσει κάποια έλλειψη/απόκλιση σε σχέση τα τεχνικά φυλλάδια, αφού τα τελευταία περιλαμβάνουν όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες. Άρα στην προκειμένη περίπτωση δεν συντρέχει λόγος εφαρμογής της παραγράφου 3 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων του Παραρτήματος V (σελ. 92) της Διακήρυξης, ούτε λόγος αποκλεισμού της προσφοράς της, η δε επίκληση του εν λόγω όρου από την προσφεύγουσα γίνεται προφανώς μόνο για λόγους πρόκλησης σύγχυσης.

Αντιθέτως η προκειμένη περίπτωση συνιστά, κατά την παρεμβαίνουσα, εξώφθαλμη επουσιώδη παραδρομή, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της παραγράφου 5 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων του Παραρτήματος V (σελ. 93 της Διακήρυξης), σύμφωνα με την οποία αφού δήλωσε τη συμμόρφωση (και όχι την απόκλιση) των προσφερομένων ειδών με τις προδιαγραφές της διακήρυξης, η αναθέτουσα ***** έχει το δικαίωμα, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, να την καλέσει να παράσχει διευκρινίσεις σε σχέση με το προσκομισθέν λανθασμένο απόσπασμα από το prospectus του προμηθευτή. Ταυτόχρονα το πρόδηλο αυτό τυπικό λάθος της εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του όρου 3.1.1. της διακήρυξης, αλλά και των άρθρων 102

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

και 310 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία η αναθέτουσα ***** εφόσον έκρινε ότι χρειαζόταν διευκρινίσεις θα μπορούσε να την καλέσει να τις παράσχει, ώστε να της προσκομίσει το σωστό απόσπασμα από το prospectus του προμηθευτή, ήτοι αυτό που ήδη έχει επικολλήσει στο κυρίως σώμα της από 21.10.2019 τεχνικής της προσφοράς. Με τη διόρθωση αυτή η τεχνική της προσφορά ούτε μεταβάλλεται ούτε αλλοιώνεται, ούτε συντρέχει πιθανότητα ευνοϊκής μεταχείρισής της έναντι των λοιπών φορέων. Αντιθέτως ευοδώνεται η ανάπτυξη του επαρκούς ανταγωνισμού μεταξύ των υποψήφιων φορέων και διασφαλίζεται ότι οι προσφορές τους δεν θα αποκλείονται για ήσσονος σημασίας πλημμέλειες ή σφάλματα εκ παραδρομής. Κατά την παρεμβαίνουσα, από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι και ο τρίτος λόγος προσφυγής είναι αβάσιμος, τυχόν δε αποδοχή αυτού θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή σε αποκλεισμό της σε ευθεία αντίθεση με τους όρους της Διακήρυξης (παρ. 5 του Παραρτήματος V και 3.1.1.), καθώς και τα άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016. Η μόνη ενέργεια στην οποία θα μπορούσε εν προκειμένω να υποχρεωθεί η αναθέτουσα, εφόσον τούτο κρίνεται απαραίτητο από την Α.Ε.Π.Π., είναι η αίτηση διευκρινίσεων από την παρεμβαίνουσα σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές του μετασχηματιστή ελαίου.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«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... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής*

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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 अपαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

14. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, διατυπώνονται τα εξής: Κατά τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης 'Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα' ορίζεται ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: 1) κατά τη χρονική διάρκεια από το 2014 έως την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, να έχουν εκτελέσει συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκών (ΦΒ) Σταθμών συνολικής ισχύος (αθροιστικά) > 900kWp, ενώ σε κάθε περίπτωση τα επιμέρους έργα θα πρέπει να είναι > 100kWp. 2) Ο Ανάδοχος για την υλοποίηση της εγκατάστασης, θα πρέπει να ορίσει Διπλωματούχο Μηχανικό (Ηλεκτρολόγο ή Μηχανολόγο) ως Υπεύθυνο Επιτόπου του Έργου που θα διαθέτει την απαραίτητη τεχνογνωσία - εμπειρία στην υλοποίηση αντίστοιχων

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

συμβάσεων προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκών (ΦΒ) Σταθμών ισχύος τουλάχιστον 500kWp 3) Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να: διαθέτουν σε ισχύ πιστοποιητικό ISO 9001 με πεδίο εφαρμογής συναφές με το αντικείμενο της παρούσας». Επίσης στον όρο 2.2.7 της διακήρυξης 'Στήριξη στην ικανότητα τρίτων' ορίζεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς (άρθρο 307 § 1 του Ν.4412/2016). Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες (άρθρο 307 § 1 εδ. 2 του Ν.4412/2016). Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (άρθρο 307 § 1 εδ. τελευταίο του Ν.4412/2016).». Επίσης στον όρο 2.2.8.2. παρ. 1 της διακήρυξης, μεταξύ άλλων ορίζεται ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 316 § 3 περ. γ του Ν.4412/2016 (άρθρο 104 § 1 του Ν.4412/2016). Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση των παραγράφων 2.2.4- 2.2.8 (άρθρο 307 § 1 του Ν.4412/2016).....». Στον όρο 2.4.3.2. της διακήρυξης 'Τεχνική Προσφορά' ορίζεται ότι «Η Τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος V της Διακήρυξης (Φύλλο Συμμόρφωσης), περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα (άρθρο 94 § 4 του Ν.4412/2016). Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν (άρθρο 287 του Ν.4412/2016)». Τέλος, κατά τον όρο 2.4.6. ορίζεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά (άρθρο 91 του Ν.4412/2016): 1) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας (άρθρα 92 έως 97, άρθρο 100 καθώς και άρθρα 102 έως 104 του Ν. 4412/2016), 2) 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης, 3) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 310 του Ν.4412/2016, 4) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, 5) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ.γ της παρούσας (άρθρο 73 § 4 περ. γ' του Ν.4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων, 6) η οποία είναι υπό αίρεση, 7) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, 8) 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.». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε για την πλήρωση της απαίτησης του όρου 2.2.6. δήλωσε τις ακόλουθες τρεις (3) συμβάσεις: α) ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp Ποσό 243.000 EUR Ημερομηνία Έναρξης-Ημερομηνία Λήξης 01.12.2018 - 15.06.2019 Αποδέκτες *****, β) ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 100kWp Ποσό 56.500 EUR Ημερομηνία Έναρξης-Ημερομηνία Λήξης 20.02.2019 - 20.05.2019 Αποδέκτες ***** και γ) ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp Ποσό 5.000 EUR Ημερομηνία Έναρξης-Ημερομηνία Λήξης 01.09.2019 - 15.10.2019 Αποδέκτες *****.

Εκ των ανωτέρω δηλωθέντων προκύπτει ότι η δηλούμενη τρίτη σύμβαση αφορά αποκλειστικά σε «...ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ...» και όχι σε προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία που επιτάσσει κατά τα παραπάνω αναφερθέντα η διακήρυξη. Επίσης η προσφεύγουσα δεν δήλωσε ότι θα λάβει δάνεια εμπειρία. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα και σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας και της δεσμευτικότητας των όρων της (βλ. και σκ. 13 της παρούσας) η προσφεύγουσα δεν πληροί το σχετικό κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, γεγονός που συνιστά κατά τον όρο 2.4.6. της διακήρυξης βάσιμο λόγο απόρριψης της προσφοράς της. Οι προβληθέντες από την προσφεύγουσα ισχυρισμοί ότι σχετικά με την τρίτη δηλωθείσα σύμβαση για λόγους φορολογικούς και λογιστικούς η προμήθεια του εξοπλισμού έγινε απευθείας προς τον ομόρρυθμο εταίρο *****, ενώ, η εταιρία ανέλαβε μέσω του τεχνικού και επιστημονικού της προσωπικού την

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

εκτέλεση και την επίβλεψη των εργασιών εγκατάστασης, τις οποίες δεν μπορούσε να πραγματοποιήσει μόνος του ο ομόρρυθμος εταίρος και συγκεκριμένα η διατηρούμενη από αυτόν ατομική επιχείρηση παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, που δεν διαθέτει καν εργατοτεχνικό προσωπικό, σε καμία περίπτωση δεν δύνανται να δικαιολογήσουν την απόκλιση από τον προαναφερθέντα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς ρητό όρο της διακήρυξης. Εξάλλου, η υπ' αριθ. 3057/2014 απόφαση του Ε.Σ. (VI Τμήμα), την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι η εμπειρία των οικονομικών φορέων κατοχυρώνεται με την τοποθέτηση του αντικειμένου της προμήθειάς τους και όχι τη διάθεσή του σε άλλους πελάτες, αφορά περίπτωση ουσιωδώς διάφορη από την παρούσα, όπως και η παρεμβαίνουσα προβάλλει. Ειδικότερα η ως άνω κρίση του Ε.Σ. αφορά όρο διακήρυξης, ο οποίος μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών των ιατρικών υλικών που αναζητούνταν από την αναθέτουσα συμπεριελάμβανε πέραν από τις απαραίτητες πιστοποιήσεις και την προσκόμιση καταλόγου των ιατρικών κέντρων/νοσοκομείων, που χρησιμοποιούν τα εν λόγω υλικά. Η ως άνω απόφαση αφορά δηλαδή την καταλληλότητα του προσφερόμενου εξοπλισμού και όχι την τεχνική εμπειρία του υποψήφιου φορέα. Ειδικότερα η απόφαση σημειώνει, ότι, εάν τα προσφερόμενα υλικά διαθέτουν τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις θα πρέπει να θεωρηθούν από την αναθέτουσα κατάλληλα χωρίς να απαιτείται επιπρόσθετα κατάλογος πελατών, στους οποίους έχουν αυτά διατεθεί, καθώς έτσι αποκλείονται κατά τρόπο απαράδεκτο προϊόντα, τα οποία είναι καινούρια και συνεπώς παρότι κατέχουν τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις δεν έχουν ακόμη διατεθεί σε ιατρικά κέντρα/νοσοκομεία. Κατόπιν των ανωτέρω ο σχετικός λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος προσφυγής.

15. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής, που αφορά στην εταιρία «*****», σχετικά με την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής να διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς σε ισχύ πιστοποιητικό ISO 9001 με πεδίο εφαρμογής το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, διατυπώνονται τα εξής: Καταρχήν η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον προβάλλει λόγους προδικαστικής προσφυγής που αναφέρονται στην αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας «***** Α.Ε.» καθήν στιγμή η εταιρία «*****» δεν έχει κριθεί οριστικώς αποκλεισθείσα. Περαιτέρω, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης, όπως αυτός εκτέθηκε στην αμέσως παραπάνω σκέψη της παρούσας, έχει τεθεί ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν σε ισχύ πιστοποιητικό ISO 9001 με πεδίο εφαρμογής συναφές με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ κατά τον προπαρατεθέντα όρο 2.2.7. της διακήρυξης ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες (άρθρο 307 § 1 εδ. 2 του Ν.4412/2016). Συνεπώς για το συγκεκριμένο πιστοποιητικό ISO 9001, κατά τους σαφείς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης (βλ. και σκ. 13 της παρούσας), ο συμμετέχων στο διαγωνισμό οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί σε δάνεια ικανότητα τρίτου. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αυτό έχει διατυπωθεί στη διακήρυξη κατά τον ανωτέρω τρόπο από παραδρομή προβάλλεται όψιμα και κρίνεται απορριπτέος. Περαιτέρω, ο σχετικός όρος 2.2.6. της διακήρυξης καθό τρόπο έχει διατυπωθεί δεν θέτει περιορισμούς όσον αφορά τη δυνατότητα μερικής επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων φορέων. Ο σχετικός δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι *«Ακόμη κι αν ήθελε γίνει δεκτό λοιπόν ότι ένας συμμετέχων μπορεί να στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για την ικανοποίηση του κριτηρίου της συμμόρφωσης με το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας, τότε ο τρίτος οικονομικός φορέας θα πρέπει να εκτελέσει ολόκληρο το συμβατικό αντικείμενο, διαπίστωση που είναι απολύτως εύλογη, καθώς η τήρηση του προτύπου συνδέεται άρρηκτα με την εσωτερική δομή του οικονομικού φορέα, τον τρόπο λειτουργίας του και τις παρεχόμενες από αυτόν υπηρεσίες, και συνεπώς, μόνο με ανάθεση πλήρους υπεργολαβίας προς τον συμμορφούμενο με το πρότυπο τρίτου φορέα θα μπορούσε να διασφαλιστεί η απαιτούμενη ποιότητα του έργου»* δεν βρίσκει έρεισμα στους ως άνω διατυπωθέντες 2.2.6. και 2.2.7. όρους της διακήρυξης κατά τα προδιαληφθέντα. Εν προκειμένω η εταιρία *«*****»* στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, Τίτλοι σπουδών και επαγγελματικών προσόντων δήλωσε ότι : *«...Υπεύθυνος Επιτόπου Έργου ορίζεται ο κος ***** , Διπλωματούχος Ηλεκτρολόγος Μηχανικός, ο οποίος προέρχεται από*

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

την *****, που είναι πάροχος δάνειας ικανότητας προς την ***** Α.Ε. και έχει ήδη υλοποιήσει ως Επικεφαλής της Τεχνικής Ομάδας της ***** σύμβαση κατασκευής, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκού (ΦΒ) Σταθμού ισχύος 2,484kWp. Επιπλέον, το Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας σύμφωνα με το Διεθνές Πρότυπο ISO 9001:2015 καλύπτεται από τον πάροχο δάνειας ικανότητας ***** με Αρ. Πιστοποιητικού 161116-1, ημ. λήξης 15/11/2019 και πεδίο εφαρμογής "Μελέτη, προμήθεια, κατασκευή, λειτουργία και συντήρηση φωτοβολταϊκών συστημάτων, ηλεκτρικών, ηλεκτρονικών και εγκαταστάσεων φωτισμού", ορίζοντας και ως υπεύθυνο διασφάλισης της τήρησης των απαιτήσεων ποιότητας του προτύπου τον κο *****, Αγρονόμο-Τοπογράφο Μηχανικό, Υπεύθυνος Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας της εταιρίας *****...». Η εταιρία «*****» στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, Δ: Συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης δήλωσε : «Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας σύμφωνα με το Διεθνές Πρότυπο ISO 9001:2015 καλύπτεται από τον πάροχο δάνειας ικανότητας ***** με Αρ. Πιστοποιητικού 161116-1, ημ. λήξης 15/11/2019 και πεδίο εφαρμογής "Μελέτη, προμήθεια, κατασκευή, λειτουργία και συντήρηση φωτοβολταϊκών συστημάτων, ηλεκτρικών, ηλεκτρονικών και εγκαταστάσεων φωτισμού", ορίζοντας και ως υπεύθυνο διασφάλισης της τήρησης των απαιτήσεων ποιότητας του προτύπου τον κο *****, Αγρονόμο- Τοπογράφο Μηχανικό, Υπεύθυνος Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας της εταιρίας ***** Αρχή ή Φορέας έκδοσης QMScert...». Οι εταιρίες «*****» και «*****» στα υποβληθέντα διακριτά ΕΕΕΣ καθεμιάς και στα αντίστοιχα προβλεπόμενα πεδία, δήλωσαν ότι παρέχουν δάνεια εμπειρία στην εταιρία «*****» για την κάλυψη των απαιτήσεων 1, 2 και 3 του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης - Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα ως εξής : Η εταιρία «*****» ως «...δανείζων τεχνική και χρηματοοικονομική εμπειρία καθώς και υπερβολάβος με ποσοστό συμμετοχής >30% προς την εταιρία ***** Α.Ε....» για την κάλυψη των απαιτήσεων 1 και 2 του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης - Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα και η εταιρία «*****» ως «...ΩΣ ΔΑΝΕΙΖΩΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΚΑΙ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΣ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ <30%...» για την κάλυψη της απαίτησης 3 του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης - Τεχνική και

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

Επαγγελματική ικανότητα. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα ορθά η προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε δεκτή την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου ποιοτικής επιλογής από τον συμμετέχοντα «*****» και έκανε δεκτή την προσφορά του. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «με την στήριξη στις ικανότητες της εταιρίας «*****» για την κάλυψη των κριτηρίων 1) και 2), η εταιρία «***** Α.Ε.» υποδεικνύει ουσιαστικά την εν λόγω εταιρία ως υπεργολάβο που θα αναλάβει εξ' ολοκλήρου τη σύμβαση, ενώ, την υπεργολαβία αυτή την έχει ουσιαστικά ήδη αναθέσει στην εταιρία «*****», το πιστοποιητικό ISO 9001 της οποίας δανείζεται και η οποία θα έπρεπε να είχε εκτελέσει και τις απαιτούμενες συμβάσεις προς απόδειξη της επαγγελματικής εμπειρίας, την οποία αδυνατεί να τεκμηριώσει η συμμετέχουσα» δεν βρίσκει έρεισμα στους ανωτέρω όρους της διακήρυξης. Στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις, η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία, ήτοι τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό την προϋπόθεση της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους, έγκειται στο ότι ο «δανειζόμενος» εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων – μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει να υλοποιήσει ο υπεργολάβος, εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο. Τυχόν μη ύπαρξη των ανωτέρω ικανοτήτων εκ μέρους του οικονομικού φορέα, θα σήμαινε αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό. Προς το σκοπό αυτό, το άρθρο 307 του Ν.4412/2016 εισάγει την δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, ενσωματώνοντας το άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Κατόπιν των ανωτέρω, αυτοτελώς ερμηνευόμενα αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, η παρεμβαίνουσα εταιρία «*****» στηρίζεται στην τεχνική ικανότητα άλλων εταιριών/φορέων, προκειμένου να αποδείξει στον αναθέτοντα φορέα τη δική της καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης και υπό το πρίσμα αυτό

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

απορριπτέος ως αβάσιμος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

16. Επειδή, όσον αφορά στον τρίτο λόγο προσφυγής σχετικά με την ασάφεια του προσφερόμενου από την εταιρία «*****» εξοπλισμού και δη την αναντιστοιχία των τεχνικών στοιχείων του μετασχηματιστή μεταξύ προσφοράς και τεχνικών φυλλαδίων διατυπώνονται τα εξής: Η παρεμβαίνουσα εταιρία «*****» στην από 21.10.2019 τεχνική προσφορά της κάνει μνεία στα χαρακτηριστικά του μετασχηματιστή ελαίου και παραθέτει αυτούσιο απόσπασμα από το τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή (βλ. σελ. 22 της τεχνικής προσφοράς της). Στο εν λόγω απόσπασμα, επικολληθέν στο κείμενο της τεχνικής προσφοράς της, αναφέρεται ότι η ονομαστική ισχύς του μετασχηματιστή είναι 500 kVA. Επίσης στη σελ.10 των από 21.10.2019 Φύλλων Συμμόρφωσης η παρεμβαίνουσα δηλώνει ότι ο υποσταθμός μέσης τάσης Φ/Β συστήματος 500kWp, ο οποίος συμπεριλαμβάνει και το μετασχηματιστή ελαίου, είναι σύμφωνος με τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης. Μάλιστα στον πίνακα συμμόρφωσης παραπέμπει στην παράγραφο 13 της τεχνικής της προσφοράς, η οποία συμπεριλαμβάνει (σελ.22) το αυτούσιο απόσπασμα των τεχνικών προδιαγραφών του μετασχηματιστή ελαίου. Ωστόσο, μεταξύ των τεχνικών φυλλαδίων που συμπεριέλαβε η παρεμβαίνουσα στο συμπιεσμένο φάκελο δε καταχώρησε όχι ολόκληρο το prospectus, αλλά προς διευκόλυνση συγκεκριμένη μόνον σελίδα. Όμως, ως ισχυρίζεται, καταχώρησε λανθασμένη σελίδα από το prospectus του προμηθευτή και συγκεκριμένα δεν απέσπασε την σελίδα την οποία συμπεριέλαβε στην τεχνική της προσφορά, αλλά την προηγούμενη, η οποία αφορά μετασχηματιστή ισχύος 400 kVA και προς απόδειξη του εκ παραδρομής τυπικού σφάλματος η παρεμβαίνουσα προσκόμισε το πρώτον με την παρέμβασή της ολόκληρο το πολυσέλιδο Prospectus του προμηθευτή. Εν προκειμένω, λοιπόν δεν συντρέχει περίπτωση προσκόμισης και κατάθεσης βεβαιωτικής επιστολής από τον προμηθευτή, κατά τα οριζόμενα της παραγράφου 3 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων του Παραρτήματος V (σελ. 92) της διακήρυξης, ούτε λόγος αποκλεισμού της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Παρόλα αυτά, λαμβάνοντας υπόψη την αυστηρά τυπική διαδικασία των δημόσιων διαγωνισμών, οι διευκρινίσεις δίνονται μόνον εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο του αναθέτοντα φορέα κατά την

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

προβλεπόμενη στις διατάξεις του ν. 4412/2016 διαδικασία (ΕΑ ΣΤΕ 981/2007), γι' αυτό και δεν δύναται να εκτιμηθούν το πρώτον από το κρίνον Κλιμάκιο, στο πλαίσιο εξέτασης της ασηκθείσας παρέμβασης (ΔΕφΘεσ/νίκης 3/2019). Τούτων δοθέντων, και προκειμένου, κατόπιν του εκ νέου προσκομισθέντος εκ μέρους της παρεμβαίνουσας ως άνω εγγράφου, να διευκρινιστεί, δυνάμει της παρ. 5 του άρθρου 310 του ν.4412/2016, η πλήρωση από την παρεμβαίνουσα της σχετικής απαίτησης της διακήρυξης, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει για το λόγο αυτό να ακυρωθεί κατά το σχετικό μέρος και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή ώστε να διευκρινιστεί η αντιστοιχία των τεχνικών στοιχείων του μετασχηματιστή μεταξύ προσφοράς και τεχνικών φυλλαδίων της παρεμβαίνουσας. Κατόπιν των ανωτέρω κρίνεται εν μέρει βάσιμος ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα εν μέρει δεκτός ο αντίστοιχος λόγος παρέμβασης.

17. Επειδή, όσον αφορά στον τέταρτο λόγο προσφυγής που αφορά στην εταιρία «*****» σχετικά με την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης από την τεχνική προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και δη τη μη αναφορά του κατασκευαστή και του τύπου του υπό προμήθεια μετασχηματιστή, ως και τη μη υποβολή των απαιτούμενων τεχνικών φυλλαδίων, διατυπώνονται τα εξής: Καταρχήν η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον προβάλλει λόγους προδικαστικής προσφυγής που αναφέρονται στην αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας «*****» καθήν στιγμή η εταιρία «*****» δεν έχει κριθεί οριστικώς αποκλεισθείσα. Στο Παράρτημα V-Τεχνικές Προδιαγραφές της διακήρυξης και στο κεφάλαιο Περιεχόμενα Τεχνικής Προσφοράς ορίζεται ότι *«Η τεχνική προσφορά του αναδόχου πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να περιλαμβάνει αναλυτικά τα κάτωθι: • Πρόγραμμα συντήρησης και παρακολούθησης. • Τεχνικά φυλλάδια του προσφερόμενου εξοπλισμού που θα αποδεικνύεται η συμμόρφωση με την Τεχνική Περιγραφή και τον Πίνακα συμμόρφωσης • Πιστοποιητικά συμμόρφωσης με διεθνή πρότυπα, όπου απαιτούνται σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή και τον Πίνακα συμμόρφωσης Δεν απαιτείται στη φάση της υποβολής προσφορών να υπολογισθούν διατομές καλωδίων, ηλεκτρολογικά χαρακτηριστικά των ραγούλικών (ονομαστική ένταση, ικανότητα διακοπής βραχυκυκλώματος, χαρακτηριστική) κλπ. Τα προτεινόμενα υποσυστήματα πρέπει να καλύπτουν τις τιθέμενες προδιαγραφές όπως αυτές συνοψίζονται*

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

στον ακόλουθο Πίνακα Συμμόρφωσης. Η κάλυψη των προδιαγραφών τεκμηριώνεται με σχετική παραπομπή σε συγκεκριμένο αρχείο που επισυνάπτεται στην τεχνική προσφορά. Η τεχνική προσφορά περιλαμβάνει επί ποινή αποκλεισμού συμπληρωμένο τον Πίνακα Συμμόρφωσης.». Η εταιρία «*****» στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης, ενότητα Ι. Υποσταθμός Μέσης Τάσης Φ/Β συστήματος 500kWp, στην απαίτηση «Η κατασκευή του Υ/Σ θα γίνει σύμφωνα με τα πρότυπα και τα όσα αναγράφονται στη τεχνική περιγραφή της Διακήρυξης» δήλωσε ΝΑΙ παραπέμποντας στην Τεχνική Περιγραφή Φ/Β Πάρκου-Ι. ΥΠΟΣΤΑΘΜΟΣ ΜΕΣΗΣ ΤΑΣΗΣ. Επίσης στην υποβληθείσα Τεχνική Περιγραφή Προσφοράς της, παράγραφος Ι. ΥΠΟΣΤΑΘΜΟΣ ΜΕΣΗΣ ΤΑΣΗΣ, δήλωσε «...Ο Υποσταθμός θα είναι προκατασκευασμένος τύπου κιόσκι 500kVA διαστάσεων 2600X2500X4000mm (ΥΧΠΧΜ) και θα διαιρείται σε τρεις (3) επισκέψιμους χώρους: • Χώρος Μέσης Τάσης Αφίξης-Αναχώρησης 20 kV • Χώρος Μετασχηματιστή 500kVA (ελαίου) • Χώρος Χαμηλής Τάσης 0,4kV...». Ωστόσο ο οικονομικός φορέας «*****» στην τεχνική του προσφορά δεν αναφέρει τον κατασκευαστή και τον τύπο του υπό προμήθεια μετασχηματιστή, αλλ' ούτε έχει υποβάλει τα απαιτούμενα τεχνικά φυλλάδια, με τα οποία αποδεικνύεται η συμμόρφωσή του με την Τεχνική Περιγραφή. Κατά συνέπεια βάσιμος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα «*****».

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και η ασκηθείσα παρέμβαση ομοίως εν μέρει δεκτή.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το κωδικό ***** ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 2.500,00€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 216 / 2020

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 415/24/20-12-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** κατά το μέρος που αφενός έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρίας «*****» χωρίς να διευκρινίσει την αντιστοιχία των τεχνικών στοιχείων του μετασχηματιστή μεταξύ της προσφοράς και των τεχνικών φυλλαδίων που η εταιρία «*****» κατέθεσε και αφετέρου κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρίας «*****».

Αναπέμπει την υπόθεση στον αναθέτοντα φορέα προκειμένου να καλέσει την εταιρία «*****» να διευκρινίσει την αντιστοιχία των τεχνικών στοιχείων του μετασχηματιστή μεταξύ της προσφοράς και των τεχνικών φυλλαδίων που αυτή κατέθεσε, σύμφωνα με τα κριθέντα στη σκέψη 16 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του με κωδικό ***** ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 2.500,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 3-2-2020 και εκδόθηκε στις 24-2-2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ-ΕΛΕΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ