

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22.03.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.02.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 160/16.02.2018 της εταιρείας με την επωνυμία [...], που εδρεύει στον [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 απόφασης του [...] κατ' αποδοχήν του από 17.01.2018 Πρακτικού της Περιφερειακής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών, αναφορικά με την υπ' αριθ. 27/2017 Διακήρυξη, με την οποία προκηρύχθηκε ανοικτός, δημόσιος, ηλεκτρονικός, διεθνής διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για τη σύναψη Συμφωνίας Πλαίσιο διάρκειας 2 ετών για την προμήθεια 130.000 Σετ Στολών Ασκήσεων Εκστρατείας Παραλλαγής, κατ' ετος, για την κάλυψη αναγκών Νεοσύλλεκτων (Ν/Σ) Οπλιτών και αναπλήρωση ελλείψεων ΜΕ, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 5.451.612,80 €, πλέον Φ.Π.Α.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το σκέλος που με αυτή απορρίφθηκε η προσφορά της, ώστε να της επιτραπεί η περαιτέρω συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η [...] με την υπ' αριθ. 27/2017 Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό, δημόσιο, διεθνή, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για τη σύναψη Συμφωνίας Πλαίσιο διάρκειας 2 ετών για την προμήθεια 130.000 Σετ Στολών Ασκήσεων Εκστρατείας Παραλλαγής, κατ' ετος, για την κάλυψη αναγκών Νεοσύλλεκτων (Ν/Σ) Οπλιτών και αναπλήρωση ελλείψεων ΜΕ, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 5.451.612,80 €, πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13.07.2017 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 14.07.2017, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 44152,2.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 191289140958 0417 0016), ποσού 15.000,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης ύψους 5.451.612,80 €, χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα δε με τις προαναφερόμενες διατάξεις το ύψος του υπόψη παραβόλου δεν μπορεί να είναι ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) ευρώ.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 5.451.612,80 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (13.07.2017), σύμφωνα με το άρθρο 61 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως κατά της προσβαλλόμενης απόφασης υπ' αριθ. Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 του Διοικητή της Α.Σ.Δ.Υ.Σ., δοθέντος ότι αυτή αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 09.02.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 16.02.2018.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόφασης υπ' αριθ. Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 του Διοικητή της Α.Σ.Δ.Υ.Σ. κατ' αποδοχήν του από 17.01.2018 Πρακτικού της Περιφερειακής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών, κατά το σκέλος που με την προσβαλλόμενη αυτή απερρίφθη η προσφορά της, αιτούμενη την ακύρωση της και την περαιτέρω συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Ειδικότερα και σύμφωνα με τους στην Προσφυγή της αναφερόμενους λόγους, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η εν λόγω σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως μη αποδεκτή την προσφορά της.

7. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ.900/2/342277/Σ.452/23.02.2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής.

8. 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

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

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 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.

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια΄ του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «... Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...».

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 « Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό ...».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 περί του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

«1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α`75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις ...».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 (Λόγοι απόρριψης προσφορών) του Ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης ...», ενώ στο άρθρο 93 του αυτού Νόμου ορίζεται ότι: «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” περιέχει: α) στις διαδικασίες σύναψης δημοσίας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 ... ».

13. Επειδή, το άρθρο 36 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «... 2. Το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να συμμορφώνεται με: α) τις απαιτήσεις του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α' και β) τους κανόνες του παρόντος άρθρου και των άρθρων 22 και 37. Πέραν των ανωτέρω το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να τηρεί τα οριζόμενα: α) στο ν. 3979/2011 (Α' 138) και στην κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδοθείσα νομοθεσία, ιδίως στο Πλαίσιο Παροχής Υπηρεσιών Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (ΠΗΔ)... και β) στο π.δ. 25/2014 (Α' 44). 3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν την ανάθεση και εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών σχετικά με: α) τον προσδιορισμό του περιεχομένου, των κανόνων και λεπτομερειών χρήσης των επιμέρους εργαλείων του ΕΣΗΔΗΣ, όπως της διαδικτυακής διαχείρισης

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

αιτημάτων και πληροφοριών, της χρήσης προτύπων και υποδειγμάτων, της ηλεκτρονικής κοινοποίησης, της διαδικασίας ηλεκτρονικής σύναψης των δημόσιων συμβάσεων που συνάπτονται ... β) τους όρους και τις προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τον τύπο και το περιεχόμενό τους, τον προσδιορισμό του χρόνου αποστολής ή παραλαβής και τον υπολογισμό των προθεσμιών, τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και χορήγησης αντιγράφων...».

14. Επειδή το άρθρο 37 του Ν. 4412/2016 ορίζει: « ... 2. Στα εργαλεία και τις συσκευές για την ηλεκτρονική διαβίβαση και παραλαβή προσφορών, καθώς και για την ηλεκτρονική παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής πρέπει: α) να είναι διαθέσιμες στους ενδιαφερομένους οι πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης της κρυπτογράφησης και της χρονοσήμανσης, β) να απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στο π.δ. 150/2001 (Α' 125). Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αποδέχονται τις προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές που υποστηρίζονται από αναγνωρισμένο πιστοποιητικό ... , (γ) για τα έγγραφα που χρησιμοποιούνται στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης και υπογράφονται από αρμόδια αρχή κράτους - μέλους ή άλλο φορέα έκδοσης, η αρμόδια αρχή ή φορέας έκδοσης μπορεί να καθορίζει τον απαιτούμενο μορφότυπο προηγμένων υπογραφών, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 2 του άρθρου 1 της Απόφασης 2011/130/ΕΕ. Επίσης, θέτει σε εφαρμογή τα μέτρα που είναι αναγκαία ώστε να είναι σε θέση να επεξεργαστεί τεχνικά τους μορφότυπους αυτούς, συμπεριλαμβάνοντας στο σχετικό έγγραφο τις πληροφορίες που απαιτούνται για την επεξεργασία της υπογραφής ...».

15. Επειδή, κατ' εξουσιοδότηση της προαναφερόμενης διάταξης του άρθρου 36 του Ν.4412/2016, εκδόθηκε η ΚΥΑ 56902/215/02.06.2017 (ΦΕΚ Β' 1924) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ», η

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

οποία στο άρθρο 8 παρ. 3 ορίζει ότι «Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπίστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/EK (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας». Περαιτέρω στο άρθρο 15 αυτής ορίζεται ότι « ... 1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/ παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής ... 1.2.2. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου *Portable Document Format(PDF)*. Στην συνέχεια, ο οικονομικός φορέας παράγει από το Σύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία (εκτυπώσεις της Τεχνικής Προσφοράς Προμηθευτή και της Οικονομικής Προσφοράς Προμηθευτή σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*, τα οποία υπογράφονται με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς από τον οικονομικό φορέα».

16. Επειδή, το άρθρο 25 του προαναφερόμενου Κανονισμού ΕΕ/910/2014 ορίζει ότι « ...2. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή έχει νομική ισχύ ισοδύναμη με την ιδιόχειρη υπογραφή. 3. Εγκεκριμένη ηλεκτρονική

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

υπογραφή βασιζόμενη σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί σε ένα κράτος μέλος αναγνωρίζεται ως τέτοια σε όλα τα άλλα κράτη μέλη», ενώ στο άρθρο 26 ορίζεται ότι «Μία προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα β) είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα γ) δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ) συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτήν κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων ... ».

17. Επειδή και σε συμμόρφωση με την ανωτέρω νομοθεσία περί υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. (σκέψεις 11 και 12), αφού ο υπό εξέταση διαγωνισμός λόγω της προϋπολογιζόμενης αξίας του είναι άνω των ενωσιακών ορίων, στο άρθρο 4 (Κατάρτιση και Υποβολή Προσφορών – Χρόνος και Τόπος Υποβολής Προσφορών) της υπό εξέταση Διακήρυξης ορίζεται « ... 4. Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά, σύμφωνα με το άρθρο 93 του Ν.4412/16. Αναφορικά με την υποβολή στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο, του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/16, ακολουθείται η παρακάτω διαδικασία: ... δ. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες ετέρων οντοτήτων, οι έτερες οντότητες οφείλουν να καταθέσουν ξεχωριστό ΕΕΕΣ, υπογεγραμμένο ψηφιακά από αυτές. ε. Ως στήριξη του οικονομικού φορέα στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, νοείται η στήριξη στην χρηματοοικονομική επάρκεια και στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αυτών. στ. Στην περίπτωση συνεργασίας του οικονομικού φορέα με κατασκευαστικό οίκο, απαιτείται η υποβολή δήλωσης του υπόψη κατασκευαστικού οίκου, ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, αποδέχεται έναντι του οικονομικού φορέα την παραγωγή του υλικού - εφοδίου, αποδεχόμενος ανεπιφύλακτα και πλήρως τους γενικούς και ειδικούς όρους της διακήρυξης καθώς και την προδιαγραφή

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

αυτής». Περαιτέρω, στο άρθρο 8 (Καταγωγή των Προσφερομένων Υλικών) των Γενικών Όρων ορίζεται ότι «1. Οι συμμετέχοντες στο ηλεκτρονικό διαγωνισμό, υποχρεούνται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική προσφορά», να καταθέσουν υπεύθυνη δήλωση του Ν.1599/86, όπως ισχύει σήμερα, ψηφιακά υπογεγραμμένη, στην οποία να δηλώνουν τη χώρα καταγωγής του τελικού προϊόντος που προσφέρουν. Ειδικότερα αναφέρονται τα εξής: α. Ο προσφέρων, εφόσον κατασκευάζει ο ίδιος το τελικό προϊόν, να δηλώνει την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάσει το προσφερόμενο προϊόν καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της (δεν απαιτείται θεώρηση). β. Όταν οι προσφέροντες δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, να δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επίσης, να επισυνάψουν και υπεύθυνη δήλωση του Ν.1599/86, όπως ισχύει σήμερα, ψηφιακή υπογεγραμμένη, στην οποία να δηλώνουν ότι η κατασκευή του τελικού προϊόντος, θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής, έχει αποδεχθεί έναντί τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή (δεν απαιτείται θεώρηση). Επιπλέον ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης που θα κατασκευάσει το τελικό προϊόν, να προσκομίσει δήλωση στην οποία θα δηλώνει και ο ίδιος τα παραπάνω αναφερόμενα». Τέλος, στο άρθρο 15 της Διακήρυξης αυτής ορίζεται ότι «Αποκλίσεις από τους απαραίτους όρους της διακήρυξης, έχουν ως συνέπεια τον αποκλεισμό των προσφορών. Επισημαίνεται ότι οι απαιτήσεις της Υπηρεσίας αποτελούν στο σύνολό τους απαραίτους όρους και η οποιαδήποτε μη συμμόρφωση προς αυτές, συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς».

18. Επειδή, η προσφεύγουσα προς διευκρίνιση των προαναφερόμενων όρων της Διακήρυξης, υπέβαλε το από 24.07.2018 ερώτημά της προς την αναθέτουσα αρχή, με το οποίο ζητούσε να διευκρινισθεί αν σε περίπτωση που οικονομικός φορέας που επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

ετέρων οντοτήτων, κατ' άρθρο 8 των Γενικών Όρων της Διακήρυξης, των οποίων οφείλουν να καταθέσουν ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ., κατ' άρθρο 4 των Γενικών Όρων της Διακήρυξης και οι οποίες βρίσκονται εκτός Ελλάδος και Ε.Ε. και δεν έχουν πρόσβαση σε ψηφιακή υπογραφή, αν είναι αποδεκτή η συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. για την έτερη αυτή οντότητα στην αγγλική γλώσσα και σε επίσημη μετάφραση στα ελληνικά, η υπογραφή αυτού, η σφράγιση του και η αποστολή αυτού σε έντυπη μορφή και σε PDF. Εις απάντηση στο ερώτημα αυτό με το υπ' αριθ. Φ.600.163/87/256071/Σ.1930/31.07.2017 έγγραφό, το οποίο ως αναφέρει η προσφεύγουσα αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η αναθέτουσα της γνώρισε ότι «... που αφορά στην παροχή διευκρινίσεων σχετικά με το υποβαλλόμενο ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα του οποίου τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρόκειται να στηριχθείτε, ότι αυτό πρέπει να έχει τη μορφή που καθορίζεται στο άρθρο 4 της (3) όμοιας διακήρυξης, να είναι επικυρωμένο από την αρμόδια προξενική αρχή της Ελλάδας στη χώρα που δραστηριοποιείται ο υπόψη οικονομικός φορέας (εφόσον απαιτείται) και νόμιμα μεταφρασμένο από δικηγόρο που έχει επάρκεια της γλώσσας από την οποία μεταφράστηκε, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα (α) έως (γ) σχετικά ...».

19. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ότι εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της, αφού υπέβαλε τόσο την απαιτούμενη από 25.07.2017 Υπεύθυνη Δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της επιχειρηματικής μονάδας που πρόκειται να στηριχθεί αυτή για την κατασκευή του προσφερόμενου προϊόντος όσο και το από 24.07.2017 Ε.Ε.Ε.Σ. αυτής, συνταχθέντος στα αγγλικά, με επικυρωμένη μετάφραση στα ελληνικά, σε μορφή αρχείου .pdf με ιδιόχειρη υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου του κατασκευαστή, το οποίο κρίθηκε ως παραδεκτό από την Επιτροπή Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών με το από 10.10.2017 Πρακτικό αυτής. Στη συνέχεια και με το υπ' αριθ. Φ.600.163/190/259800/Σ.3214/24.11.2017 έγγραφό της αναθέτουσας, ζητήθηκε, μεταξύ άλλων και από την προσφεύγουσα, κατ' επίκληση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 η προσκόμιση του υπόψη Ε.Ε.Ε.Σ της κατασκευάστριας

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

εταιρείας ψηφιακά υπογεγραμμένου, το οποίο και προσκομίστηκε από αυτήν, οπότε και παρανόμως η προσβαλλόμενη, υπ' αριθ. Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 απόφαση του [...] κατ' αποδοχόν του από 17.01.2018 Πρακτικού της Περιφερειακής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών, απέρριψε την προσφορά της με την αιτιολογία ότι το αρχικά υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρείας στην οποία η προσφεύγουσα προτίθεται να αναθέσει την κατασκευή του υπό προμήθεια υλικού, δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, κατά παράβαση του άρθρου 4 παρ. 4δ των Γενικών Όρων της Διακήρυξης και των άρθρων 78,79 και 93 του Ν. 4412/2016.

20. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια και οι οποίοι δεσμεύουν απολύτως τόσο την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους. Επιπροσθέτως, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές. Επέκεινα και κατά την πάγια νομολογία μας, διευκρινίσεις που παρέχονται επί όρων της διακήρυξης, αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις και εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους όρους της Διακήρυξης στους οποίους αναφέρονται (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, σελ. 338 – 339 με αναφερομένη σχετική νομολογία).

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

21. Επειδή, εν προκειμένω με το υπ' αριθ. Φ.600.163/87/256071/Σ.1930/31.07.2017 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή απάντησε στο από 24.07.2018 ερώτημά της προσφεύγουσας, παρέχοντας σχετικές διευκρινίσεις, οι οποίες κατά τα ανωτέρω συμπλήρωσαν τους σχετικούς όρους της υπό εξέταση Διακήρυξης και συνεπώς ενσωματώθηκαν σε αυτήν, τηρουμένων μάλιστα των σχετικών προβλεπόμενων νομίμων προθεσμιών, κατ' άρθρο 67 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Με την απάντηση αυτή διευκρινίσθηκε ότι το υποβαλλόμενο Ε.Ε.Ε.Σ. του οικονομικού φορέα στου οποίου τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρόκειται να στηριχθεί η προσφεύγουσα «πρέπει να έχει τη μορφή που καθορίζεται στο άρθρο 4 της Διακήρυξης, να είναι επικυρωμένο από την αρμόδια προξενική αρχή της Ελλάδας στη χώρα που δραστηριοποιείται ο υπόψη οικονομικός φορέας (εφόσον απαιτείται) και νόμιμα μεταφρασμένο από δικηγόρο που έχει επάρκεια της γλώσσας από την οποία μεταφράστηκε, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα (α) έως (γ) σχετικά ...», απαίτηση που τηρείται στην περίπτωση της προσφεύγουσας διά του υποβληθέντος από 24.07.2017 Ε.Ε.Ε.Σ. του κατασκευαστή [...], αφού με το ερώτημά της η προσφεύγουσα αναφερόταν *expressis verbis* σε αδυναμία ψηφιακής υπογραφής του κατασκευαστή ο οποίος εδρεύει εκτός Ελλάδας και Ευρωπαϊκής Ένωσης, δηλώνοντας δε επακριβώς τη μορφή και τον τρόπο που επρόκειτο να προσκομίσει το υπόψη Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. σκέψη 18) και η αναθέτουσα αρχή δεν αντέλεξε στον τρόπο αυτό ότι δεν είναι σύμφωνος με τα οριζόμενα από τη Διακήρυξη, τουναντίον από την απάντησή της εναργώς συνάγεται ότι θα αποδεχόταν έγγραφο που θα υποβαλλόταν σύμφωνα με τα προτεινόμενα στο ερώτημα της προσφεύγουσας και κατά τούτο απορρίπτεται ο σχετικός προβαλλόμενος από την αναθέτουσα ισχυρισμός ότι ουδέν αναφέρεται στην απαντητική της διευκρίνιση περί υποχρέωσης ή μη ψηφιακής υπογραφής του εγγράφου αυτού και συνεπώς ίσχυαν οι γενικές διατάξεις του Νόμου και της Διακήρυξης και όχι η ειδικότερη διάταξη της διευκρίνισης που ως αναφέρθηκε συμπλήρωση τους σχετικούς όρους της Διακήρυξης.

22. Επειδή, έχει κριθεί συναφώς ότι τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. θ', σελ. 776). Σε κάθε, λοιπόν, περίπτωση και πέραν και ανεξαρτήτως του αν το υπόψη Ε.Ε.Ε.Σ. του κατασκευαστή, σε περίπτωση που ο προσφέρων δεν κατασκευάζει ο ίδιος το τελικό προϊόν σε δική του επιχειρηματική μονάδα, έπρεπε να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, γεγονός που στην υπό εξέταση δεν απαιτείτο ως αναφέρθηκε στην ακριβώς ανωτέρω σκέψη, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το προσκομισθέν, επέκεινα, ψηφιακά υπογεγραμμένο Ε.Ε.Ε.Σ. του κατασκευαστή, νομίμως προσκομίσθηκε κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016.

23. Επειδή, από τα υποβαλλόμενα έγγραφα προκύπτει ότι πληρούνται οι όροι της Διακήρυξης ως προς το ζήτημα αυτό της υπό εξέτασης Προσφυγής, αφού προσκομίζονται όλα τα απαιτούμενα από αυτήν Διακήρυξη σχετικά έγγραφα και κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμω και ουσία βάσιμη ως προς τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο.

24. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής της ότι η προσβαλλόμενη θα πρέπει να ακυρωθεί και για το λόγο ότι εσφαλμένως κατά το νόμο θεώρησε την επιχειρηματική μονάδα του εξωτερικού, στην οποία η προσφεύγουσα πρόκειται να αναθέσει την κατασκευή του προσφερόμενου προϊόντος, ότι αποτελεί τρίτο, στις ικανότητες του οποίου

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

στηρίζεται και συνεπώς δεν τυγχάνουν εφαρμογής τα άρθρα 4 και 8 της υπόψη Διακήρυξης και δεν απαιτείτο η προσκόμιση Ε.Ε.Ε.Σ. του κατασκευαστή.

25. Επειδή, στο υποβληθέν από την προσφεύγουσα από 15.09.2017 Ε.Ε.Ε.Σ., (Μέρος ΙΙ-Τμήμα Γ΄) δηλώνει ότι, προτίθεται να στηριχθεί στις ικανότητες έτερης οντότητας και για το σκοπό αυτό και η ίδια προσκόμισε τις απαιτούμενες υπεύθυνες δηλώσεις των άρθρων 4 και 8 της Διακήρυξης, αξιολογώντας, ορθώς και η ίδια, τη στήριξη αυτή ως «δάνεια εμπειρία» και αποδεχόμενη πλήρως τα οριζόμενα από τη Διακήρυξη και το Νόμο. Θα πρέπει, συνεπώς, να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι από τα υποβληθέντα έγγραφα της προσφεύγουσας, προκύπτει αβίαστα η πρόθεση της να αναθέσει εξ' ολοκλήρου την κατασκευή των υπό προμήθεια υλικών στον δηλωθέντα κατασκευαστικό οίκο υπό μορφή στήριξης σε τρίτη οντότητα (δάνεια εμπειρία), σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 78 του Ν.4412/16.

26. Επειδή, στο άρθρο 4 παρ. 12 των Γενικών Όρων της Διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Ο προσφέρων, εφόσον δεν έχει ασκήσει εμπροθέσμως προσφυγή του Ν. 4412/16 κατά της διακήρυξης του διαγωνισμού, ή εφόσον έχει απορριφθεί η ανωτέρω προσφυγή, θεωρείται ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφυλάκτως όλους τους όρους της διακήρυξης και δεν δύναται, με την προσφορά του ή με οιονδήποτε άλλο τρόπο, να αποκρούσει, ευθέως ή εμμέσως, τους ανωτέρω όρους».*

27. Επειδή και σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός αυτός του δεύτερου λόγου Προσφυγής της προσφεύγουσας ανεπικαίρως προβάλλεται το πρώτον στο παρόν στάδιο, αφού στρέφεται κατ' ουσίαν κατά όρου της Διακήρυξης, ήτοι το εάν η στήριξη σε έτερη οντότητα για την κατασκευή του υπό προμήθεια προϊόντος συνιστά δάνεια εμπειρία κατά το Νόμο και συνεπώς απαιτείται η προσκόμιση του Ε.Ε.Ε.Σ. του κατασκευαστή, ισχυρισμός που θα έπρεπε να είχε προβληθεί κατά τη δημοσίευση της Διακήρυξης (ΕΑ ΣΤΕ 65/2012, 305/2011, 245/2011, 1122/2008, 386/2005, 69/2005, 1032/2005, 957/2003, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 207/2002 κ.α.).

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμω και ουσία βάσιμη αναφορικά με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο αυτής και να απορριφθεί ως προς τον δεύτερο.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 191289140958 0417 0016), ποσού 15.000,00 €, θα πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 απόφαση του [...] κατ' αποδοχήν του από 17.01.2018 Πρακτικού της Περιφερειακής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών, αναφορικά με την υπ' αριθ. 27/2017 Διακήρυξη, με την οποία προκηρύχθηκε ανοικτός, δημόσιος, ηλεκτρονικός, διεθνής διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για τη σύναψη Συμφωνίας Πλαίσιο διάρκειας 2 ετών για την προμήθεια 130.000 Σετ Στολών Ασκήσεων Εκστρατείας Παραλλαγής, κατ' ετος, για την κάλυψη αναγκών Νεοσύλλεκτων (Ν/Σ) Οπλιτών και αναπλήρωση ελλείψεων ΜΕ, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 5.451.612,80 €, πλέον Φ.Π.Α., κατά το σκέλος που με αυτή απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας [...].

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 191289140958 0417 0016), ποσού 15.000,00 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε στις 11 Απριλίου 2018.

Αριθμός απόφασης: 273 / 2018

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Ο Γραμματέας

Νεκτάριος Α. Μερτινός