

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 20 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.03.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 523/11.03.2021 της Μονοπρόσωπης Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον ..., στο ...(...) ...-..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί το Πρακτικό Νο ...του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», θέμα 5<sup>ο</sup>, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 25.02.2021 Πρακτικού Αξιολόγησης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκρινε απορριπτέα την προσφορά της και αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, η «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με Αριθμό Διακήρυξης ...και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 23.12.2020 με κωδικό αριθμό ...και αναρτήθηκε στο

Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 04.01.2021, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει προσφερόμενης τιμής μόνο, για την ανάδειξη αναδόχου για τις «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ ΚΑΙ ΟΡΓΑΝΩΣΗΣ ΜΟΥΣΙΚΩΝ ΠΑΡΑΣΤΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΕΚΔΗΛΩΣΕΩΝ ΚΑΘΩΣ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΚΗΣ ΤΑΥΤΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΗΣ ΣΤΑ ΠΛΑΙΣΙΑ ΤΗΣ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΟΠΟΙΗΣΗ, ΤΟΝ ΕΜΠΛΟΥΤΙΣΜΟ ΚΑΙ ΤΗΝ ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΤΙΚΟΥ ΙΣΤΟΥ ΤΗΣ ...», (CPV: ...), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης διακοσίων ενενήντα εννέα χιλιάδων ευρώ (299.000,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, με δικαίωμα προαίρεσης της αναθέτουσας αρχής με μονομερή δήλωση αυτής για την ανάθεση στον Ανάδοχο επιπλέον υπηρεσιών σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης, το οποίο θα ανέλθει κατά μέγιστο όριο στο ποσό της διαφοράς μεταξύ της εκτιμώμενης αξίας και της αξίας κατακύρωσης που θα προσφέρει ο Ανάδοχος, διάρκειας έως την 31.12.2021, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 9<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2021 και ώρα 12:00 π.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 9<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2021 και ώρα 12:00 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 09.02.2021 και ώρα 11:27:32 π.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της στρέφεται κατά του Πρακτικού Νο ...του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», θέμα 5<sup>ο</sup>, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04.03.2021, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 11.03.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έκρινε απορριπτικά την προσφορά της και

αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί το προσβαλλόμενο Πρακτικό Νο ...του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», θέμα 5<sup>ο</sup>, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 25.02.2021 Πρακτικού Αξιολόγησης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκρινε απορριπτικά την προσφορά της και αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού, γ) την αποδοχή της προσφοράς της και την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου και δ) της απόδοση του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε, δυνάμει του από 10.03.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού χιλίων τετρακοσίων ενενήντα πέντε ευρώ (1.495,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 11.03.2021, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 633/11.03.2021 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 11.03.2021 και υπέβαλε στις 14.03.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτέα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή του Πρακτικού Νο ...του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», θέμα 5<sup>ο</sup>, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 25.02.2021 Πρακτικού Αξιολόγησης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκρινε απορριπτέα την προσφορά της και αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 58 «Υπεργολαβία» (άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 102 «Συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 131 «Υπεργολαβία» (άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα και η αναθέτουσα αρχή.

15. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να

συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

16. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η 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 (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα

με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007).

17. Επειδή, σχετικά με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 7-12 αυτής, υπό «ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΟΛΩΣ ΠΑΡΑΝΟΜΩΣ ΥΠΕΛΑΒΕ ΟΤΙ Η ΟΜΑΔΑ ΕΡΓΟΥ ΑΠΑΡΤΙΖΕΤΑΙ ΑΠΟ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΥΣ ΕΝΩ ΣΤΗΝ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑ ΤΗΝ ΑΠΑΡΤΙΖΕΙ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ ΠΟΥ Η ΙΔΙΑ ΑΠΑΣΧΟΛΕΙ» η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, είναι παράνομη και άρα ακυρωτέα κατά το μέρος που έκρινε απορριπτέα την προσφορά της με την αιτιολογία που περιλαμβάνεται στο από 25.02.2021 Πρακτικό Αξιολόγησης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του Διαγωνισμού, όπως αυτό έγινε ομόφωνα δεκτό και ενσωματώθηκε στο προσβαλλόμενο πρακτικό της αναθέτουσας αρχής και συγκεκριμένα: «[...]. Η Επιτροπή έκρινε ομόφωνα ότι, από την επισκόπηση των αναλυτικών βιογραφικών σημειωμάτων των μελών της Ομάδας Έργου του εν λόγω διαγωνιζόμενου, προκύπτει ότι ο εν λόγω διαγωνιζόμενος προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης υπό μορφή εργολαβίας σε τρίτους (συγκεκριμένα: ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...). Ο εν λόγω διαγωνιζόμενος δεν ανέφερε, σε κανένα από τα έγγραφα της τεχνικής του προσφοράς, το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή εργολαβίας στους παραπάνω τρίτους. Ακόμη, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος δεν υπέβαλε, προσηκόντως συμπληρωμένο, τον πίνακα της παραγράφου 2.4.3.2

της διακήρυξης ούτε προσκόμισε τις σχετικές δηλώσεις συνεργασίας των υπεργολάβων του.

Ενόψει των ανωτέρω κρίθηκε ομόφωνα ότι η τεχνική προσφορά του εν λόγω διαγωνιζόμενου παρουσιάζει ελλείψεις ως προς το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς και τα αντίστοιχα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της διακήρυξης(άρθρο 2.4.3 της διακήρυξης), γεγονός που επιφέρει αυτοτελώς τον αποκλεισμό του από το διαγωνισμό, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης, και παρέλκει η περαιτέρω εξέταση της προσφοράς, κατά συνέπεια ο ανωτέρω διαγωνιζόμενος αποκλείεται από τη συμμετοχή του στην περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού. [...]». Ειδικότερα, διατείνεται η προσφεύγουσα ότι κατά παράβαση των επικαλούμενων από αυτήν διατάξεων της διακήρυξης, η Επιτροπή του Διαγωνισμού εσφαλμένα υπέλαβε ότι η ίδια προτίθετο να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης υπεργολάβους, ενώ είναι προφανές, όπως ισχυρίζεται ότι στην πραγματικότητα, είχε σκοπό να χρησιμοποιήσει αποκλειστικά προσωπικό απασχολούμενο στην ίδια και όχι τρίτους φορείς με τη μορφή της υπεργολαβικής ανάθεσης σε αυτούς, τμήματος της σύμβασης. Αυτός είναι, κατά την προσφεύγουσα και ο λόγος που η τελευταία δεν προσκόμισε έγγραφα, η υποβολή των οποίων απαιτείται μόνο σε περίπτωση χρησιμοποίησης υπεργολάβων. Περαιτέρω, η ίδια επικαλείται ότι: «[...] Εξάλλου σύμφωνα με την διακήρυξη οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς καλούνται να διασφαλίσουν την διάθεση προσωπικού επαρκούς και κατάλληλου για την περάτωση του έργου (βλ. άρθρο 2.2.6) η δε προσφυγή στην υπεργολαβία δεν αποτελεί μονόδρομο ή υποχρέωση, αλλά επιλογή.

Στο πλαίσιο αυτό δεν μπορούμε να κατανοήσουμε πως η Αναθέτουσα Αρχή συμπέρανε από τα βιογραφικά σημειώματα του προσωπικού μας που προσκομίσαμε ότι προτιθέμεθα να χρησιμοποιήσουμε υπεργολάβους με δεδομένη την έλλειψη οποιουδήποτε άλλου εγγράφου αναφερόμενου στην ύπαρξη υπεργολάβου καθώς και το γεγονός ότι η διακήρυξη για την περίπτωση εκτέλεσης του έργου από τον ίδιο χωρίς υπεργολάβο, δεν απαιτούσε κανένα απολύτως στοιχείο.

**Εκ του συνδυασμού των οριζομένων στην διακήρυξη για το προκείμενο ζήτημα και της προσκόμισης από μέρους μας των βιογραφικών σημειωμάτων του προσωπικού μας, σαφώς προκύπτει ότι η εταιρεία μας επέλεξε να απασχολήσει προσωπικό της για το έργο.**

Από τα προσκομιζόμενα βιογραφικά, τις σχετικές αναφορές στην τεχνική μας προσφορά (βλ. ιδιαίτερα σελ. 5 επόμενα για την Διοίκηση και την Ομάδα του έργου) και το ΕΕΕΣ προκύπτει ξεκάθαρα ότι η εταιρεία μας διαθέτει και συγκρότησε την ομάδα έργου για την εν λόγω σύμβαση με προσωπικό απασχολούμενο στην ίδια, επαρκές και κατάλληλο. Έχει δηλαδή διασφαλίσει για δικό της λογαριασμό και συγκροτήσει με δικά της μέσα την ομάδα αυτή, την οποία και θα διαθέσει υπό τις δικές της εντολές, οδηγίες και διεύθυνση για την εκτέλεση του έργου της σύμβασης εφόσον της ανατεθεί (βλ. χαρακτηριστικά ΑΕΠΠ 699/2020, 6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ, ιδιαίτερα δε σκ. 41-43), δηλαδή η σύμβαση θα εκτελεστεί από προσωπικό απασχολούμενο από την εταιρεία μας με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας.

Σε κάθε δε περίπτωση αν η Αναθέτουσα Αρχή είχε οποιαδήποτε αμφιβολία για την εργασιακή σχέση της εταιρείας μας με το προσωπικό που θα απασχολήσει για το εν λόγω έργο όφειλε τουλάχιστον να μας καλέσει για παροχή διευκρινίσεων και παρότι η περίπτωση μας όπως προαναφέρθηκε δεν αφήνει κανένα περιθώριο σύγχυσης ή παρερμηνείας. [...].». Επί του ανωτέρω, μόνου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις από 14 Μαρτίου 2021 Απόψεις της, υποστηρίζει υπό «ΙΙΙ. ΕΠΙ ΤΗΣ ΑΙΤΙΑΣΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ», τα ακόλουθα: «[...]. Ως προς την αιτίαση της προσφεύγουσας ότι όλως παρανόμως υπολάβαμε ότι η ομάδα έργου απαρτίζεται από υπεργολάβους ενώ στην πραγματικότητα την απαρτίζει προσωπικό που η ίδια απασχολεί, αναφερόμαστε στο ιστορικό και στην υποβληθείσα από την προσφεύγουσα τεχνική προσφορά και επαναλαμβάνουμε ότι:

Η προσφεύγουσα στην τεχνική προσφορά της υπέβαλε τα βιογραφικά σημειώματα 11 προσώπων της ομάδας έργου, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένα από τον νόμιμο εκπρόσωπο της ίδιας της προσφεύγουσας, με ημερομηνία υπογραφής 9.2.2021 και σε χρόνο ελάχιστα μεταγενέστερο του ΕΕΕΣ. Σε

κανένα από τα υποβληθέντα βιογραφικά σημειώματα δεν αναφέρεται οποιοδήποτε από τα πρόσωπα αυτά με την ιδιότητα του εργαζομένου της προσφεύγουσας.

Ειδικότερα: [...].

Από τα βιογραφικά αυτά σημειώματα, τα οποία υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά υπογεγραμμένα από τον εκπρόσωπο της προσφεύγουσας προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι τα πρόσωπα που θα εκτελέσουν τις υπηρεσίες δεν είναι εργαζόμενοι της προσφεύγουσας, αφού ουδεμία εργασιακή σχέση με την προσφεύγουσα αναφέρουν. **Κατά συνέπεια, ορθά έκρινε η επιτροπή και στη συνέχεια το Δ.Σ., σύμφωνα με τα έγγραφα του φακέλου, τους όρους του διαγωνισμού και το νόμο, τα πρόσωπα αυτά ως εξωτερικούς συνεργάτες της προσφεύγουσας, και απέρριψε την τεχνική προσφορά λόγω μη υποβολής των λοιπών στοιχείων που απαιτούνταν για εξωτερικούς συνεργάτες (δηλαδή δηλώσεων συνεργασίας, και πίνακα σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης), αφού η ίδια η προσφεύγουσα υπέβαλε τα βιογραφικά σημειωμάτά τους, στα οποία ουδεμία εργασιακή σχέση με την προσφεύγουσα αναφερόταν.**

Η προσφεύγουσα επικαλείται κατάσταση προσωπικού (έγγραφο που δεν ζητείται από τη διακήρυξη και το οποίο δεν υπέβαλε στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνική προσφορά) βάσει του οποίου τα συγκεκριμένα πρόσωπα είναι εργαζόμενοι της προσφεύγουσας, και ισχυρίζεται ότι όφειλε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις σύμφωνα με το άρθρο 102 Ν. 4412/2016.

[...].

**Εν προκειμένω όμως δεν υπήρχε στον υποβληθέντα υποφάκελο καμία ασάφεια που να ενεργοποιεί την εφαρμογή του άρθρου 102. Τα βιογραφικά σημειώματα που υπέβαλε η προσφεύγουσα ήταν σαφέστατα ως προς την μη ύπαρξη εργασιακής σχέσης των εν λόγω προσώπων με την προσφεύγουσα. Ούτε βέβαια ο συσχετισμός των βιογραφικών σημειωμάτων με τη δήλωση της προσφεύγουσας ότι δεν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων στο Μέρος II του ΕΕΕΣ, (Ενότητα Γ. Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων) ενεργοποιεί την εφαρμογή του άρθρου**

**102.** διότι η δήλωση αυτή της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ ήταν σε πλήρη αντίφαση με το περιεχόμενο των βιογραφικών, τα οποία μάλιστα φέρουν χρονοσφραγίδα μεταγενέστερη του ΕΕΕΣ. Δεν επρόκειτο δηλαδή για «ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση», αλλά για αντιδιαμετρικές καταστάσεις. Αυτό που επικαλείται η προσφεύγουσα ως «ανάγκη διευκρίνισης», θα οδηγούσε σε **πλήρη ανατροπή της αναφερόμενη σε κάθε ένα βιογραφικό επαγγελματικής κατάστασης των εν λόγω προσώπων, προκειμένου να αντιμετωπιστούν ως εργαζόμενοι της προσφεύγουσας, παρότι στα βιογραφικά τους δηλωνόταν ακριβώς το αντίθετο.** Σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 102, «Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης». Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε δικαίωμα να ζητήσει διευκρινίσεις σύμφωνα με το άρθρο 102, ακόμη και μετά από συσχετισμό της τεχνικής προσφοράς με τις δηλώσεις της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ, διότι το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς της ερχόταν σε πλήρη αντίφαση με όσα δήλωνε στο ΕΕΕΣ, μη επιδεχόμενο οποιαδήποτε συμπλήρωση ή διευκρίνιση, διότι αυτή θα συνιστούσε άνιση (ευνοϊκή) μεταχείριση της προσφεύγουσας.

Θα ήταν κατάφωρη παραβίαση της διακήρυξης και του νόμου να μην λάβει υπόψη η αναθέτουσα αρχή το περιεχόμενο ένδεκα εγγράφων που η ίδια η προσφεύγουσα υπέγραψε ηλεκτρονικά και υπέβαλε ως μέρος της προσφοράς της, και δη με χρονοσφραγίδα μεταγενέστερη του ΕΕΕΣ.

Ούτε λίγο ούτε πολύ, η προσφεύγουσα υπέγραψε και υπέβαλε βιογραφικά σημειώματα, το περιεχόμενο των οποίων προσέκρουσε ευθέως με τις δηλώσεις της ίδιας της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ, και στη συνέχεια ζητεί να μη ληφθούν υπόψη όσα η ίδια ρητά προσυπογράφει, στα βιογραφικά σημειώματα, ψέγει δε την Αναθέτουσα Αρχή διότι δεν ζήτησε διευκρινίσεις!

Προφανώς, η σπουδή της προσφεύγουσας να καταστήσει τους συνεργάτες της εργαζόμενους της αμέσως πριν (αναγγελία πρόσληψης 8.2.2021) την υποβολή

*της προσφοράς της, είχε ως συνέπεια ότι τα βιογραφικά σημειώματα που τελικά υπέβαλε, απεικόνιζαν την επαγγελματική κατάσταση των προσώπων πριν την τυπική πρόσληψή της. Όμως, τα βιογραφικά σημειώματα βάσει της διακήρυξης ήταν ακριβώς τα έγγραφα που όφειλαν να προσδιορίζουν τις κρίσιμες ιδιότητες των προσώπων, και για την τεχνική προσφορά αλλά και ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, συνεπώς εφόσον υποβλήθηκαν από την προσφεύγουσα με το περιεχόμενο που υποβλήθηκαν, η τυχόν ριζική διαφοροποίηση του περιεχομένου τους ή της ερμηνείας τους είναι ανεπίτρεπτη. [...].».*

18. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως προέκυψε από το σύνολο των εγγράφων της προσφοράς της προσφεύγουσας και δη το υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ., την τεχνική της προσφορά, τον προσαγόμενο μετ' επικλήσεως ως σχετικό 1 στην προσφυγή της, τον πίνακα προσωπικού και τα αντίστοιχα βιογραφικά σημειώματα, όπως περιλαμβάνονται στο φάκελο «ΒΙΟΓΡΑΦΙΚΑ ΣΗΜΕΙΩΜΑΤΑ» της προσφοράς της (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «....pdf», «... ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ signed.pdf», «ΣΧΕΤΙΚΟ 1\_ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ.pdf», «1. ... CV signed.pdf», «2. ...CV signed.pdf», «3. ...CV signed.pdf», «4. ...CV signed.pdf», «5. ...CV signed.pdf», «6. ... CV signed.pdf», «7. ...CV signed.pdf», «8. ...CV signed.pdf», «9. ...CV signed.pdf», «10. ... CV signed.pdf» και «11. ...CV signed.pdf») η προσφεύγουσα πράγματι πληροί το τεθέν από τη διακήρυξη, κριτήριο ποιοτικής επιλογής της παρ. 2.2.6. Συγκεκριμένα, στο «Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ., υπό «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων», στην ερώτηση: «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;», έδωσε την Απάντηση: «Ο Ναι • Όχι», ενώ και υπό «Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπερβολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας», στην ερώτηση:

«Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», επίσης έδωσε την απάντηση: «Ο Ναι • Όχι». Αντίστοιχα, στο «Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής» του Ε.Ε.Ε.Σ., υπό «Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», η προσφεύγουσα αναφέρει αναλυτικά ότι για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, σχετικά με τη στελέχωση της προτεινόμενης από αυτήν Ομάδας Έργου, θα κάνει χρήση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, των έντεκα (11) προσώπων που απαριθμούνται εκεί αναλυτικά (σελ. 41-43) και τα οποία συμπίπτουν με τα πρόσωπα, για τα οποία έχουν υποβληθεί τα επίμαχα βιογραφικά σημειώματα. Από τα τελευταία δε, προκύπτει άνευ άλλου τινός, η κάλυψη της απαιτούμενης από την επίμαχη διάταξη εμπειρία και κατάρτιση, γεγονός εξάλλου που ουδόλως αμφισβητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή. Από κανένα σημείο της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν συνάγεται ότι η τελευταία προτίθεται για την κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων προσώπων, μέσω του θεσμού της δάνειας εμπειρίας (βλ. παρ. 2.2.8 της διακήρυξης) ή ότι θα αναθέσει σε τρίτους φορείς, με τη μορφή της υπεργολαβικής ανάθεσης σε αυτούς, την εκτέλεση μέρους της προς ανάθεση σύμβασης (άρθρο 4.4 σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στην υποπαρ. 2.4.3.2 της διακήρυξης), όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή και περαιτέρω, ότι η προσφεύγουσα υποχρεούτο, στην τελευταία αυτή περίπτωση να υποβάλλει τον προβλεπόμενο στον οικείο όρο, πίνακα, σύμφωνα με το υπόδειγμα της υποπαρ. 2.4.3.2, όπως αναφέρεται εσφαλμένα στην προσβαλλόμενη απόφαση. Το αυτό συμπέρασμα εξάγεται άνευ άλλου τινός και από την υποβληθείσα τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, όπου στις σελ. 5-10 αυτής, γίνεται αναλυτική παρουσίαση της προτεινόμενης ομάδας έργου. Εξάλλου, όπως επίσης εναργώς και πέραν πάσης αμφιβολίας συνάγεται από τον προσαγόμενο μετ' επικλήσεως Πίνακα Προσωπικού της προσφεύγουσας, οι εν λόγω συνεργάτες, όπως αυτοί απαρτίζουν και στελεχώνουν την προτεινόμενη από την προσφεύγουσα, Ομάδα Έργου, πράγματι απασχολούνται σε αυτήν με σχέση εξαρτημένης εργασίας, καθώς η αναγγελία της πρόσληψής τους στον Οργανισμό Απασχόλησης

Εργατικού Δυναμικού (Ο.Α.Ε.Δ.), έγινε στις 08.02.2021, ήτοι μία (1) ημέρα πριν την υποβολή της προσφοράς της, στις 09.02.2021 και την αντίστοιχη ψηφιακή υπογραφή του Ε.Ε.Ε.Σ., εκ μέρους του νομίμου εκπροσώπου αυτής. Επομένως, όπως προκύπτει ευχερώς από τα ως άνω εκτεθέντα, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και τα όσα ταυτόσημα προβλέπονται στο άρθρο 3.2 της διακήρυξης, η προσφεύγουσα κάλυπτε αυτοτελώς και δη μόνο με τις δικές της δυνάμεις, όπως αυτές προσδιορίζονται από το διαθέσιμο έμπυχο δυναμικό των απασχολούμενων σε αυτήν με σχέση εξαρτημένης εργασίας, προσώπων, το επίμαχο κριτήριο καταλληλότητας, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Με βάση τα ανωτέρω, δήλωσε αληθώς, με σαφήνεια, πληρότητα και με τρόπο που δεν κατέλειπε αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο των δηλώσεων που περιλήφθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ. της, την πραγματική εργασιακή σχέση που διέπει αυτήν με τα στελέχη της δηλωθείσας Ομάδας Έργου, τα οποία αποτελούν στο σύνολό τους εργαζόμενους που απασχολούνται σε αυτήν με σχέση εξαρτημένης εργασίας και άρα, για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της παρ. 2.2.6, ως απαιτούμενο κριτήριο καταλληλότητας, είναι σαφέστατο ότι καλύπτει αυτό, αυτοτελώς, ήτοι στηριζόμενη στις δικές της δυνάμεις και στο στελεχιακό προσωπικό που διαθέτει η ίδια, χωρίς ανάγκη προσφυγής στη στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων ή σε υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης μέρους της σύμβασης. Ως εκ περισσού δε, τονίζεται ότι ουδεμία επιρροή ασκεί στα ως άνω συμπεράσματα, το γεγονός ότι η αναγγελία πρόσληψης στον Ο.Α.Ε.Δ. έγινε την προηγούμενη της υποβολής της προσφοράς της και της ψηφιακής υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ., ημέρα, όπως αβάνισμα διατείνεται η αναθέτουσα αρχή. Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, δεν προέκυψε, σε τι συνίστατο η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή, αντίφαση των δηλώσεων που περιλαμβάνονταν στο Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφεύγουσας σε σχέση με τα πραγματικά δεδομένα που ίσχυαν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της ούτε με ποιο τρόπο παραβιάστηκαν επί ποινή αποκλεισμού όροι της διακήρυξης, όπως αυτοί αναφέρονται στο αιτιολογικό της προσβαλλόμενης απόφασης και στις υποβληθείσες απόψεις της. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η

κρίση της αναθέτουσας αρχής περί πλημμελούς υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας πάσχει, όπως επίσης και η όλη αιτιολογία που επικαλείται στις απόψεις της. Ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

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

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει το Πρακτικό Νο ...του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», θέμα 5<sup>ο</sup>, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 25.02.2021 Πρακτικού Αξιολόγησης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκρινε απορριπτέα την προσφορά της και αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού χιλίων τετρακοσίων ενενήντα πέντε ευρώ (1.495,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 10 Μαΐου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Χρυσάνθη Ζαράρη**

**Ελένη Λεπίδα**