



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

(ΣΥΜ. 1/2019)

(του άρθρου 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011)

Στην Αθήνα σήμερα την 24^η Απριλίου 2019, ημέρα Μ. Τετάρτη και ώρα 9:30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος:** Γεώργιος Καταπόδης
- 2. Αναπληρωτής Πρόεδρος:** Μιχαήλ Εκατομμάτης
- 3. Μέλη:** Δημήτριος Σταθακόπουλος
Μαρία Στυλιανίδου

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού

Εισηγήτρια: Δήμητρα Παπασταματίου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν η εισηγήτρια Δήμητρα Παπασταματίου, η Αικατερίνη Κυριαζή, Προϊσταμένη του Τμήματος Συντονισμού καθώς και ο Ευάγγελος Καραμανλής, Αν. Γενικός Διευθυντής, οι οποίοι και αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

Θέμα: « Παροχή συμβουλής κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011 επί ερωτήματος του Οργανισμού ΕΛΓΟ – ΔΗΜΗΤΡΑ»

1. Με το από υπ' αριθμ. πρωτ. 1044/19-2-2019 έγγραφο, το οποίο έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2224/19-4-2019 2476/07.05.2018, ο «Ελληνικός Γεωργικός Οργανισμός(ΕΛΓΟ) – ΔΗΜΗΤΡΑ» αιτείται την παροχή συμβουλής αναφορικά με « διευκρινίσεις επί της διαδικασίας αντικατάστασης του οικονομικού φορέα στο στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης για την με αρ. πρωτ.:23766/25-5-2015 διακήρυξη με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών αξιολόγησης

αποτελεσμάτων των δράσεων του Προγράμματος: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ στις αγορές των ΗΠΑ και του Καναδά»

I. Ιστορικό – Πραγματικά Περιστατικά

2. Ο ΕΛΛΗΝΙΚΟΣ ΓΕΩΡΓΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ (ΕΛΓΟ)- ΔΗΜΗΤΡΑ σε εν εξελίξει διαγωνισμό, κατά τον έλεγχο πληρότητας και ορθότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης οικονομικού φορέα, διαπίστωσε ότι ο προσωρινός ανάδοχος προχώρησε σε αντικατάσταση του οικονομικού φορέα στην ικανότητα του οποίου στηριζόταν, στη φάση της κατακύρωσης .

3. Ο Οργανισμός ΕΛΓΟ-ΔΗΜΗΤΡΑ, με την υπ' αριθ. 23766/25-5-2018 διακήρυξη πραγματοποίησε ανοικτό διαγωνισμό προκειμένου να επιλεγεί ανάδοχος για την παροχή υπηρεσιών αξιολόγησης αποτελεσμάτων των δράσεων του Προγράμματος: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ στις αγορές των ΗΠΑ και του Καναδά στο πλαίσιο προγράμματος ενημέρωσης και προώθησης γεωργικών προϊόντων στην εσωτερική αγορά και σε τρίτες χώρες σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 1144/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου.

4. Στο Τεύχος Διακήρυξης του Διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, ορίζονταν τα εξής:

2.2.3.3. Λόγοι αποκλεισμού

« Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

[...] (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής **εκκαθάρισης** ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου.

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα ο οποίος βρίσκεται σε μία εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση αυτή, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας[...]

2.2.8.2 Αποδεικτικά μέσα

«**A.** [...] Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.7. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.7).

Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1 και 2.2.3.2[...]

5. Στη βάση των παραπάνω αναφερομένων τίθενται τα εξής ερωτήματα :

Α. Νομιμοποιείται ο οικονομικός φορέας να προβεί, στη φάση της κατακύρωσης, σε αλλαγή του φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται ; Ποια διαδικασία πρέπει να ακολουθηθεί στην περίπτωση αυτή ;

Β. Δύναται η επιτροπή να προχωρήσει στην περαιτέρω εξέλιξη της διαδικασίας αξιολόγησης του Φορέα ;

Γ. Ο νέος φορέας στις ικανότητες του οποίου θα στηριχτεί ο οικονομικός φορέας, θα πρέπει να καταθέσει το ΕΕΕΣ ή αρκεί μόνο η κατάθεση των επιμέρους δικαιολογητικών κατακύρωσης;

II. Νομικό πλαίσιο

6. Στο άρθρο 2 παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, ορίζεται ότι η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. “Παρέχει συμβουλές στις αναθέτουσες αρχές με δική της πρωτοβουλία ή ύστερα από αιτήματα των τελευταίων, ιδίως κατά το στάδιο εκδίκασης ή εξέτασης προδικαστικών προσφυγών, σχετικά με τη νόμιμη διεξαγωγή των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και την ομοιόμορφη εφαρμογή της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων”.

7. Στο άρθρο 78 του Νόμος 4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι:

“ [...]Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. [...]”

Στο δε άρθρο 73 (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ίδιου νόμου ορίζεται ότι:

“[...]4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...]”

β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου[...].”

III. Νομική εκτίμηση

8. Το ανωτέρω ερώτημα τίθεται υπ' όψιν της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της περί παροχής συμβουλών στις αναθέτουσες αρχές (άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011) εν όψει της ανάγκης ερμηνείας και ομοιόμορφης εφαρμογής της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων. Τα υπό εξέταση ερωτήματα του Οργανισμού ΕΛΓΟ-ΔΗΜΗΤΡΑ αφορούν τον έλεγχο πληρότητας και ορθότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος προέβη αυτοβούλως σε αντικατάσταση του οικονομικού φορέα στην ικανότητα του οποίου στηριζόταν, λόγω θέσης του τελευταίου σε εκκαθάριση, στη φάση κατακύρωσης.

9. Σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις του ν. 4412/2016 αλλά και με τα οριζόμενα στη σχετική διακήρυξη, ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1 και 2.2.3.2 του Τεύχους διακήρυξης διαγωνισμού με α.π. 23766/25.05.2018.

Η δυνατότητα που παρέχει ο κοινοτικός και ο εθνικός νομοθέτης στην αναθέτουσα αρχή να ζητά την αντικατάσταση του δανείζοντα ικανότητες, δίνει ευελιξία στον οικονομικό φορέα για την παραδεκτή συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, καθόσον έχει την ευκαιρία κατ' ουσίαν να τροποποιεί την προσφορά του κατά την διάρκεια της διαδικασίας σύναψης.

Ωστόσο, όταν ο οικονομικός φορέας δεν υποχρεούται, να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, όπως εν προκειμένω, (ο δανείζων έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης), δεν μπορεί να προβεί αυτοβούλως στην σχετική αντικατάσταση, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο της διαδικασίας (ΔΕΕ υπόθεση C- 223/16 σκ. 39,40. Βλ. προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα επί της υπόθεσης). Ειδικότερα, σε περίπτωση κατά την οποία ο δανείζων φορέας αντικατασταθεί από τον υποψήφιο πριν εκπνεύσει η προθεσμία παραλαβής προσφορών, ο προσφέρων δύναται πάντοτε να αποσύρει την προσφορά του και να υποβάλει νέα στην οποία να στηρίζεται στην ικανότητα ενός διαφορετικού τρίτου φορέα. Συνακόλουθα, δεν παρέχεται δυνατότητα αντικατάστασης, μετά τη λήξη της προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Στην περίπτωση κατά την οποία η αντικατάσταση γίνει μετά τη λήξη της προθεσμίας για την παραλαβή των προσφορών, αλλά πριν η δημόσια αρχή λάβει απόφαση περί οριστικής αναθέσεως, δεν υφίσταται κανόνας ή γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης που να υποχρεώνει τις εθνικές αρχές να επιτρέπουν στους προσφέροντες, στην περίπτωση αυτή, να προβούν στην αντικατάσταση. Σύμφωνα με την προαναφερόμενη νομολογία, το να παρασχεθεί, και δη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο, αποκλειστικώς σε έναν οικονομικό φορέα, η δυνατότητα να προβεί στη σχετική αντικατάσταση, θα συνιστούσε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς. Τέτοια τροποποίηση της προσφοράς θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προβεί σε νέους ελέγχους, ενώ παράλληλα θα εξασφάλιζε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον εν λόγω οικονομικό φορέα. Τέτοια κατάσταση θα αντέβαινε στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία επιβάλλει να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται υπό τους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες, θα συνιστούσε δε στρέβλωση του υγιούς και αποτελεσματικού

ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

10. Συνεπώς, ο οικονομικός φορέας, θα είχε την δυνατότητα να προχωρήσει σε αντικατάσταση του φορέα στην ικανότητα του οποίου στηριζόταν, στη φάση της κατακύρωσης, εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα από την αναθέτουσα αρχή δυνάμει των αντίστοιχων διατάξεων. Αντίθετα, αντικατάσταση του δανείζοντος χωρίς σχετικό αίτημα της αναθέτουσας, θα συνιστούσε στρέβλωση του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

11. Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν μπορεί να υποκαταστήσει με τις δικές της εκτιμήσεις, τις εκτιμήσεις των αρμοδίων οργάνων των αναθετουσών αρχών κατά την έκδοση αποφάσεων των τελευταίων στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τη νομιμότητα των οποίων άλλωστε, είναι ενδεχόμενο να κληθεί στη συνέχεια να ελέγξει (άρθρο 2 παρ. 2 περ. ζ' ν.4013/11), και εναπόκειται στην αποκλειστική αρμοδιότητα των αναθετουσών αρχών κατά την έκδοση αποφάσεων των τελευταίων στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, να ελέγξουν, εάν οι προϋποθέσεις του νόμου (οι οποίες είναι δυνατόν να παρέχονται από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως ερμηνευτικές κατευθύνσεις και οδηγίες) πληρούνται σε μια συγκεκριμένη υπόθεση, και να προβούν στο πλαίσιο αυτό σε οριστικές εκτιμήσεις, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης.

Αθήνα, 24 Απριλίου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης