



**ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ**  
**TENDERS REVIEW AUTHORITY**

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία  
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

**Προσφυγή Αρ. 27/2017**

Μεταξύ:

KS SOCRATOUS LTD

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος  
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος  
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος  
Δήμος Θωμά, Μέλος

**Αιτητές:**

KS SOCRATOUS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Λοΐζο Παπαχαραλάμπους, Δικηγόρο για Κούσιο Κορφιώτη Παπαχαραλάμπους ΔΕΠΕ
2. Έλενα Τριανταφυλλίδου, Σύμβουλο Ηλεκτρολόγο Μηχανικό

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΤΜΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αντιπροσωπεύτηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας Α
2. Ελευθέριο Ελευθερίου, Πρόεδρο Συμβουλίου Προσφορών
3. Χρίστο Ευθυβούλου, Μέλος Συμβουλίου Προσφορών
4. Κυριάκο Κυριάκου, Μηχανολόγο Μηχανικό, Συντονιστή Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 23 Νοεμβρίου, 2017

## Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αφορμή για την καταχώρηση της παρούσας προσφυγής ήταν η απόφαση του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών («η Αναθέτουσα Αρχή») να αποκλείσει την προσφορά της εταιρείας KS SOCRATOUS LTD («οι Αιτητές») σε σχέση με τον ανοιχτό διαγωνισμό με αρ. PS/C/708 για τη «*Λειτουργία και Συντήρηση των Μηχανολογικών και Ηλεκτρολογικών Εγκαταστάσεων των Εξειδικευμένων Συστημάτων και Εξοπλισμού του Γενικού Νοσοκομείο Αμμοχώστου*» και να τον κατακυρώσει στην εταιρεία Caramondani Bros Public («ο επιτυχών»).

Σύμφωνα με τα γεγονότα ο Διαγωνισμός δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών την 11.11.2016 και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Κατά την αξιολόγηση των προσφορών, η Επιτροπή Αξιολόγησης ζήτησε από τους Αιτητές διευκρινίσεις, μεταξύ άλλων και σε σχέση με τους τρίτους φορείς, τους οποίους δήλωσαν αναφορικά με τα ιατρικά αέρια και τους ανελκυστήρες.

Ειδικότερα, στην επιστολή της ημερ. 22.11.2015<sup>1</sup> προς τους Αιτητές αναφέρονται τα εξής:

**«1. Συντήρηση Μηχανολογικών εγκαταστάσεων:**

i. Η βεβαίωση που υποβλήθηκε από την εταιρεία Zenon Chrysanthou Hotels Ltd δεν φέρει ημερομηνία έκδοσης.

ii. Στην εν λόγω βεβαίωση αναγράφονται ως ημερομηνίες έναρξης/λήξης της σύμβασης συντήρησης η 01/06/2009 μέχρι σήμερα, ενώ στο αντίστοιχο ΕΝΤΥΠΟ 4 αναγράφονται το έτος 2013 έως 2015.

*Παρακαλώ διασαφηνίστε.*

**2. Ιατρικά Αέρια:**

i. Βεβαίωση για τουλάχιστον ένα έργο που πληροί τις απαιτήσεις της παραγράφου 3 του άρθρου 6.2.3.

ii. Το ΕΝΤΥΠΟ 15 σχετικά με το φορέα για τα Ιατρικά Αέρια απευθύνεται σε άλλο προσφέροντα και όχι σε εσάς. Παρακαλώ όπως υποβάλετε το ΕΝΤΥΠΟ 15, συμπληρωμένο να απευθύνετε σε εσάς.

**3. [...]».**

Οι Αιτητές με επιστολή τους ημερομηνίας 29.11.2016 υπέβαλαν το Έντυπο 2, το Έντυπο 4 και το Έντυπο 15 συμπληρωμένα για τρίτο φορέα άλλο, από το φορέα που είχαν αρχικά δηλώσει στην προσφορά τους. Αρχικά με το Έντυπο 15 ως τρίτο φορέα δήλωσαν την εταιρεία A. Paraetis Services Ltd και με τις διευκρινίσεις την εταιρεία Dentalcon Ltd.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης μετά από αριθμό συνεδριάσεων της και αφού ολοκληρώθηκε και η οικονομική αξιολόγηση των προσφορών αποφάσισε όπως

<sup>1</sup> Η ορθή ημερομηνία πρέπει να είναι 22.11.2016

εισηγηθεί την κατακύρωση του διαγωνισμού στους Αιτητές. Με την εισήγηση της της Επιτροπής Αξιολόγησης διαφώνησε ο Διευθυντής του Τμήματος. Στην επιστολή του ημερ. 9.2.2017 προς το Συμβούλιο Προσφορών ο Διευθυντής εισηγήθηκε όπως η προσφορά των Αιτητών απορριφθεί διότι δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα διαπίστωσε ότι «σε δύο περιπτώσεις η μία αφορά τη Σύμβαση εγκατάστασης ιατρικών αερίων και η άλλη τη Σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης ανελκυστήρων, διαπιστώνεται ότι ο αρχικά προτεινόμενος φορέας δεν πληρούσε τα κριτήρια που έχουν τεθεί και η Επιτροπή Αξιολόγησης ζήτησε διευκρινήσεις και ο οικονομικός φορέας προέβη σε αλλαγή του φορέα (μέλους της κοινοπραξίας)», εισηγήθηκε επίσης τον διορισμό Ad-Hoc Επιτροπής για επαρκή έλεγχο τεκμηρίωσης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων και πιθανή επαναξιολόγηση των δύο προσφορών που απορρίφθηκαν.

Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία στις 17.2.2017 αποφάσισε όπως ζητηθούν διευκρινίσεις τόσο από τους Αιτητές όσο και από άλλο προσφοροδότη. Από τους Αιτητές ζητήθηκε όπως υποβληθούν αντίγραφα των υπογεγραμμένων συμβάσεων για τις οποίες υπέβαλε βεβαιώσεις και συμπληρωμένα τα σχετικά Έντυπα με την προσφορά του. Κατά την συνεδρία ο συντονιστής της Επιτροπής Αξιολόγησης παρέδωσε σημείωμα της Επιτροπής στο Συμβούλιο Προσφορών με το οποίο απαντούσε στις παρατηρήσεις του Διευθυντή της Αναθέτουσας Αρχής. Το Συμβούλιο Προσφορών στη συνέχεια προσκάλεσε τον Διευθυντή σε συνεδρία στις 3.3.2017.

Μετά από τη συνεδρία αυτή ακολούθησαν διευκρινιστικές ερωτήσεις – απαντήσεις μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και των Αιτητών για σημεία της προσφοράς τους. Ακολούθησε, μετά από απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών, η υποβολή Συμπληρωματικής Έκθεσης από την Επιτροπή Αξιολόγησης στις 27.3.2017 με την οποία διαφώνησε και πάλι ο Διευθυντής της Αναθέτουσας Αρχής. Συγκεκριμένα ανέφερε ότι η προσφορά των Αιτητών δεν πρέπει να γίνει αποδεκτή *«εφ' όσον ο αρχικός προτεινόμενος φορέας δεν πληρούσε τα κριτήρια που έχουν τεθεί, και επιπλέον διαδικαστικά ο οικονομικός φορέας, αντικατέστησε τρίτους φορείς του, χωρίς την απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής. Επιπλέον ενώ προσφοροδότησε με τη συνεργασία 2 φορέων, τελικά τους αντικατέστησε με 3 φορείς»*.

Το Συμβούλιο Προσφορών αφού μελέτησε την Συμπληρωματική Έκθεση Αξιολόγησης, τις απόψεις του Διευθυντή και του εκπροσώπου του Γενικού Λογιστηρίου της Δημοκρατίας συζήτησε εκ νέου το θέμα στις 27.4.2017 και αποφάσισε όπως αποσταλεί στους Αιτητές επιστολή με την οποία να τεκμηριώνουν τους λόγους για τους οποίους απέστειλαν συμπληρωμένο το Έντυπο 15 από τον Φορέα «Dentalcon Ltd» αντί του Φορέα «A.Papaetis Services Ltd» που είχαν αρχικά δηλώσει με την προσφορά τους.

Μετά από σχετική επιστολή του συντονιστή του Διαγωνισμού οι Αιτητές στις 8.5.2017 απάντησαν ότι η αλλαγή του Φορέα επί του Εντύπου 15 είχε γίνει με σκοπό

την καλύτερη λειτουργία του Νοσοκομείου καθότι η εταιρεία «Dentalcon Ltd» συντηρεί τα Ιατρικά Αέρια στο εν λόγω Νοσοκομείο τα τελευταία πέντε χρόνια. Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του ημερομηνίας 18.5.2017 αποφάσισε την ανάθεση του Διαγωνισμού στον επιτυχόντα και απέρριψε την προσφορά των Αιτητών, για το λόγο ότι αυτοί χωρίς να τους ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή προχώρησαν στην αλλαγή του τρίτου φορέα.

Είναι η θέση των Αιτητών ότι το Συμβούλιο Προσφορών έχει παρερμηνεύσει το άρθρο 63(3) του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου, Ν. 73(I)/2016, με αποτέλεσμα η αλλαγή του Φορέα από τους ίδιους στο θέμα των «*Ιατρικών Αερίων*» να οδηγήσει σε αποκλεισμό της προσφοράς τους. Η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών αναφέρουν οι Αιτητές εδράζεται στην πεπλανημένη αντίληψη ότι η αντικατάσταση του τρίτου φορέα έπρεπε να απαιτηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή και όχι να γίνει με δική τους πρωτοβουλία, ότι δεν επικαλέστηκαν λόγους αντικατάστασης του εν λόγω Φορέα και ότι σε περίπτωση αποδοχής της αλλαγής αυτής θα παραβιάζονταν οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της μη διάκρισης των Οικονομικών Φορέων και της προστασίας του ανταγωνισμού.

Η απαίτηση ισχυρίζονται για αντικατάσταση του αρχικού τρίτου φορέα όπως προκύπτει από το διευκρινιστικό σημείωμα της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 16.2.2017 ήταν τυπική διαδικασία γι' αυτό και θεωρήθηκε από την

Επιτροπή Αξιολόγησης, μετά και την επιστολή των Αιτητών ημερομηνίας 29.11.2016 με την οποία αντικατέστησε τον εν λόγω Φορέα, περιπτώ να ζητηθεί αντικατάσταση. Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν θα είχε άλλη επιλογή από το να ζητήσει την εν τέλει αντικατάσταση του αρχικού τρίτου φορέα και το γεγονός ότι προχώρησαν αυτοβούλως σε αντικατάσταση του είναι χωρίς σημασία. Η στενή ερμηνεία, υποστηρίζουν, που αποδίδει στο άρθρο 63(3) το Συμβούλιο Προσφορών δεν συνάδει με το πνεύμα του νόμου σκοπός του οποίου είναι ουσιαστικά η παραχώρηση της δυνατότητας στους Οικονομικούς Φορείς αντικατάστασης τρίτου φορέα ώστε να μην αποκλείονται, θέση που ενισχύεται και από την επιστολή του Γενικού Λογιστηρίου ημερομηνίας 8.3.2017 όπου διευκρινίζεται ότι από μέρους του προσφέροντα αντικατάσταση οποιουδήποτε τρίτου φορέα με δική του πρωτοβουλία δεν ισοδυναμεί με αυτόματο αποκλεισμό του. Άλλωστε ούτε η νομοθεσία απαγορεύει στον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα τρίτο φορέα, ενώ η δυνατότητα αντικατάστασης του υπάρχει και κατά το στάδιο εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης.

Σύμφωνα με τους Αιτητές το άρθρο 63(3) δεν καθορίζει ότι πρέπει να δοθεί εκ μέρους του οικονομικού φορέα αιτιολογία αναφορικά για τους λόγους για τους οποίους ο τρίτος φορέας στον οποίο βασίζεται είτε δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής είτε συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του. Επομένως, η αιτιολογία που δίδει το Συμβούλιο Προσφορών στην παράγραφο 6(II)(γ) των Πρακτικών Συνεδρίας του ημερομηνίας 18.5.2017 είναι λανθασμένη και δεν βρίσκει έρεισμα στο σχετικό

άρθρο του Νόμου. Περαιτέρω αναφέρουν ότι με την επιστολή τους ημερομηνίας 5.5.2017 αιτιολόγησαν ότι η εν λόγω αλλαγή θα συνέβαλλε στην καλύτερη λειτουργία του συστήματος του νοσοκομείου που ήταν και το αντικείμενο του διαγωνισμού. Πρόσθετα με παραπομπή σε συγκεκριμένες παρατηρήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης στην Συμπληρωματική Έκθεση της αναφέρουν ότι το Συμβούλιο Προσφορών ήταν ενημερωμένο για την προσπάθεια που έγινε από τον τρίτο φορέα να παραπλανήσει τους Αιτητές και συνεπώς δεν έπρεπε να τους αποκλείσει.

Τέλος, υποστηρίζουν, ότι αποδοχή της αντικατάστασης του τρίτου φορέα δεν ισοδυναμεί με παραβίαση της αρχής της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της μη διάκρισης των οικονομικών φορέων και της προστασίας του ανταγωνισμού αφού αυτή δεν είχε οποιονδήποτε αντίκτυπο στην οικονομική προσφορά και κατ' επέκταση σε αλλαγή στην κατάταξη των προσφοροδοτών.

Η Αναθέτουσα Αρχή με αναφορά στο άρθρο 63(3) του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου, Ν. 73(I)/2016 υποστηρίζει ότι το όλο ζήτημα στην παρούσα υπόθεση είναι ζήτημα ερμηνείας του εν λόγω άρθρου. Για σκοπούς αλλαγής του φορέα στις δυνατότητες του οποίου στηρίζεται προσφοροδότης θα πρέπει η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια της αξιολόγησης να διαπιστώσει ότι ο φορέας δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής



ή στο πρόσωπο του συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού και να απαιτήσει την αντικατάσταση του για τους εν λόγω λόγους.

Είναι η θέση της ότι η διαδικασία για αλλαγή του φορέα στον οποίο στηρίζεται ένας προσφοροδότης δεν εκκινεί αυτοβούλως από τον ίδιο τον προσφοροδότη, αλλά διέπεται από τις προϋποθέσεις που προβλέπει η νομοθετική πρόνοια. Με παραπομπή σε νομολογία του ΔΕΕ, *Υπόθεση C-324/14 PARTNER Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta*, ημερομηνίας 7.4.2016, υποστηρίζει ότι το εν λόγω άρθρο θέτει ένα νέο και διακριτό καθεστώς από αυτό που ίσχυε προηγουμένως.

Αναφερόμενη η Αναθέτουσα Αρχή στην επιστολή-απάντηση των Αιτητών ημερομηνίας 27.4.2017 και τη Συμπληρωματική Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης υποδεικνύει ότι από το περιεχόμενο τους προκύπτει ότι:

- (i) Η Επιτροπή δεν απαίτησε την αντικατάσταση του τρίτου φορέα,
- (ii) η αντικατάσταση έγινε αυτοβούλως από τους Αιτητές,
- (iii) η Επιτροπή δεν γνώριζε, κατά το στάδιο της αντικατάστασης, κατά πόσο ο τρίτος φορέας ικανοποιούσε τα κριτήρια επιλογής και/ή κατά πόσο συνέτρεχαν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο του,
- (iv) η αντικατάσταση δεν έγινε για λόγους που αφορούσαν στη μη πλήρωση κριτηρίων επιλογής από τον τρίτο φορέα και/ή συνδρομής υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του τρίτου φορέα.

Συνεπώς, καταλήγει, δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 63(3).

Περαιτέρω, τονίζει ότι σκοπός του νομοθέτη δεν ήταν να επιτρέψει στους προσφοροδότες να προβαίνουν κατά το δοκούν σε αλλαγές στην προσφορά τους, σε σχέση με τους τρίτους φορείς με κίνδυνο διακύβευσης των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και της διαφάνειας. Ούτε τίθεται θέμα, όπως οι Αιτητές ισχυρίζονται, άνισης μεταχείρισης τους, επειδή σε δύο άλλους διαγωνισμούς στους οποίους οι εκεί προσφέροντες άλλαξαν φορέα κατά το στάδιο της αξιολόγησης, αυτό έγινε αποδεκτό από το Συμβούλιο Προσφορών. Άλλωστε καμία διευκρίνιση δεν δίδεται από τους Αιτητές ως προς τους άλλους διαγωνισμούς, που κατ' ισχυρισμό έγινε κάτι τέτοιο αποδεκτό και εν πάση περιπτώσει κάθε διαγωνισμός κρίνεται στη βάση των δικών του δεδομένων.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τις θέσεις των δύο πλευρών και έχουμε διεξέλθει τους διοικητικούς φακέλους.

Το ερώτημα που εδώ πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο, υπό τις περιστάσεις της υπόθεσης, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ορθή ή με άλλα λόγια κατά πόσο η ενέργεια των Αιτητών να δηλώσουν άλλο τρίτο φορέα από αυτόν που αρχικά δήλωσαν, εσφαλμένα δεν έγινε αποδεκτή στη βάση του άρθρου 63(3) του Ν. 73(I)/2016.

Το άρθρο 63 του Ν. 73(I)/2016 προβλέπει τα εξής:

*«63.-(1) Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στο εδάφιο (3) του άρθρου 58 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο εδάφιο (4) του άρθρου 58, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, όπου εφαρμόζεται και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς:*

*Νοείται ότι, όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στο Παράρτημα XII, Μέρος II, παράγραφος (στ) ή με τη σχετική επαγγελματική πείρα, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.*

*(2) Σε περίπτωση που 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.*

*(3) Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 59, 60 και 61 κατά πόσον οι φορείς στις ικανότητες των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και κατά πόσον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 57. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα, να αντικαταστήσει ένα φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού.»*

Το Συμβούλιο Προσφορών στην απόφαση του ημερ. 18.5.2017 σε σχέση με την προσφορά των Αιτητών αναφέρει τα εξής:

«6. [...]»

*I. Για το θέμα της συντήρησης των «Ανελκυστήρων», το Συμβούλιο Προσφορών συμφώνησε με την θέση της Επιτροπής Αξιολόγησης για αποδοχή του Φορέα «OTIS ELEVATOR CYPRUS LTD», αφού δεν παραβιάζεται κανένας όρος του Διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, η εγγραφή στο μητρώο απαιτείται από την Νομοθεσία ΚΔΠ 533/2012, αλλά στα κριτήρια επιλογής που*

*τέθηκαν στο Διαγωνισμό δεν γινόταν καμία αναφορά ότι ο Προσφέρων ή Άλλος Φορέας θα έπρεπε να ήταν εγγεγραμμένος στο σχετικό μητρώο.*

*II. Για το θέμα των Ιατρικών Αερίων, το Συμβούλιο Προσφορών διαφώνησε με τη θέση της Επιτροπής για την αλλαγή του Φορέα. Το Συμβούλιο Προσφορών κρίνει ότι η αλλαγή αυτή δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή επειδή:*

*(α) Παραβιάζεται το άρθρο του 63 (3) του Νόμου 73 (I)/2016 όπου προβλέπεται ότι: «... Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα, να αντικαταστήσει ένα φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού...». Στο συγκεκριμένο Διαγωνισμό, ο ίδιος ο Προσφέρων αντικατέστησε το Φορέα με άλλο Φορέα χωρίς να απαιτηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.*

*(β) Το συγκεκριμένο άρθρο του Νόμου προβλέπει ρητά ότι είναι η Αναθέτουσα Αρχή που απαιτεί από τον Οικονομικό Φορέα να αντικαταστήσει ένα Φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής. Εάν η πρόθεση του Νομοθέτη ήταν να δώσει το δικαίωμα και στον Προσφέροντα να πράξει κάτι τέτοιο θα το καθόριζε ρητά.*

*(γ) Ο Προσφέρων σε σχετική ερώτηση της Επιτροπής Αξιολόγησης (που υποβλήθηκε κατόπιν οδηγιών του Συμβουλίου Προσφορών) για να δώσει τους λόγους που είχε προβεί στην αλλαγή του Φορέα, αυτός δεν είχε επικαλεστεί οποιοδήποτε λόγο περί παραπλάνησης του από τον Φορέα ή ότι υπήρχαν οποιοδήποτε λόγοι αποκλεισμού του Φορέα για τους οποίους ο Προσφέρων δεν γνώριζε.*

*(δ) Σε περίπτωση αποδοχής της θέσης του Προσφέροντα για αντικατάσταση του Φορέα τότε θα παραβιάζοντο οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της μη διάκρισης των Οικονομικών Φορέων και της προστασίας του ανταγωνισμού, όπως αναφέρονται στο άρθρο 4 του Νόμου που προβλέπει τη ρύθμιση των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και Συναφή θέματα, Ν.73(I)/2016.»*

Στην απόφαση C-324/14 ημερ. 7.4.2016 στην οποία η Αναθέτουσα Αρχή μας παρέπεμψε, καίτοι αυτή πραγματεύεται το άρθρο 48(3) της Οδηγίας 2004/18/EK το οποίο είναι ταυτόσημο με το άρθρο 53(2) του καταργηθέντος Νόμου 12(I)/2006,

υπάρχουν αναφορές καθοδηγητικές για το ζήτημα που εξετάζουμε. Τις παραθέτουμε.

«10 Η αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), έχει ως εξής:

«[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημοσίων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...] Επίσης, είναι αναγκαίο να διευκρινιστούν βασικές έννοιες και όροι, προκειμένου να κατοχυρωθεί η ασφάλεια δικαίου και να ενσωματωθούν ορισμένες πτυχές από τη σχετική πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.»

[...]

33 Κατά πάγια νομολογία, τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 αναγνωρίζουν το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, 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 συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33).

34 Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών. Περαιτέρω, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επιδιώκει η οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 της οδηγίας αυτής (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2* και

*Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).*

[...]

- 88 *Συναφώς πρέπει να σημειωθεί, όπως παρατηρεί και το αιτούν δικαστήριο, ότι το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 είναι γενικώς διατυπωμένο και δεν ορίζει ρητώς τους κανόνες βάσει των οποίων ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.*
- 89 *Αντιθέτως, το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 προβλέπει στο εξής ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων «μόνο εάν αυτ[οί] θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες».*
- 90 *Καίτοι είναι αληθές ότι, όπως εκθέτει μεταξύ άλλων η αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24, η οδηγία αυτή έχει ως σκοπό να διευκρινιστούν βασικές έννοιες και όροι, προκειμένου να κατοχυρωθεί η ασφάλεια δικαίου και να ενσωματωθούν ορισμένες πτυχές από τη σχετική πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, εντούτοις το άρθρο 63 της οδηγίας αυτής επιφέρει ουσιώδεις τροποποιήσεις όσον αφορά το δικαίωμα ενός οικονομικού φορέα να βασίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως.*
- 91 *Πράγματι, αντί να αποτελεί συνέχεια του άρθρου 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 και να διευκρινίζει το περιεχόμενό του, το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 εισάγει νέες προϋποθέσεις, οι οποίες δεν προβλέπονταν υπό το προγενέστερο νομικό καθεστώς.*

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω δεν χωρεί αμφιβολία ότι το άρθρο 63 του Νόμου 73(Ι)/2016 συγκρίνοντας το με το άρθρο 53(2) του καταργηθέντος Νόμου 12(Ι)/2006 είναι πολύ πιο λεπτομερές θέτοντας μεταξύ άλλων προϋποθέσεων και προϋποθέσεις σε σχέση με τη δυνατότητα αλλαγής του τρίτου φορέα μετά την υποβολή των προσφορών και πριν την κατακύρωση του διαγωνισμού.

Η γραμματική ερμηνεία του εν λόγω άρθρου αλλά και ο σκοπός για τον οποίο τέθηκε, όπως αυτός διατυπώνεται στην αιτιολογική σκέψη αρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26.2.2014 είναι για «[...] τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, καθώς και για να μπορέσουν οι αγοραστές να αξιοποιήσουν καλύτερα τις δημόσιες προμήθειες για την επίτευξη κοινών κοινωνικών στόχων<sup>2</sup>», δεν αφήνουν περιθώρια ερμηνείας όπως οι Αιτητές εισηγούνται.

Εκείνο το οποίο με το εν λόγω άρθρο επιδιώκεται είναι οι προσφέροντες οι οποίοι στηρίζονται σε τρίτο φορέα – τρίτους φορείς – να μην αποκλείονται όταν ο τελευταίος/οι δεν πληρούν τα κριτήρια επιλογής αλλά να έχουν μια δεύτερη ευκαιρία όταν διαπιστώνεται από την Αναθέτουσα Αρχή ότι ο τρίτος φορέας δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής να τον αντικαταστήσουν. Σκοπός του άρθρου είναι ο περιορισμός του αποκλεισμού των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και όχι η καταστρατήγηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών, της αρχής της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού. Εάν γινόταν δεκτή η θέση των Αιτητών ότι οι οικονομικοί φορείς μετά την υποβολή της προσφοράς τους είναι ελεύθεροι κατά την κρίση τους να αλλάζουν τους τρίτους φορείς που έχουν δηλώσει αυτό θα οδηγούσε σε παραβίαση των πιο πάνω αρχών.

---

<sup>2</sup> Σημειώνεται ότι η φράση «δημόσιες προμήθειες» στον τίτλο και στο κείμενο της Οδηγίας έχει αντικατασταθεί με τη φράση «διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων»

Η ενέργεια των Αιτητών να αντικαταστήσουν τον τρίτο φορέα που είχαν δηλώσει χωρίς αυτό να τους έχει ζητηθεί δεν μπορεί να ενταχθεί στα πλαίσια του άρθρου 63(3). Από τους Αιτητές ζητήθηκαν διευκρινίσεις δεδομένου ότι με το υποβληθέν αρχικό Έντυπο 15 δεν υπήρχε η απαιτούμενη από το άρθρο 63 του Ν. 73(I)/2016 εγγύηση τον τρίτο φορέα ότι σε περίπτωση ανάδειξης των Αιτητών ως αναδόχου αυτός θα διαθέσει τους κατά περίπτωση αναγκαίους πόρους που αφορούν τη συντήρηση ή/και εγκατάσταση Ιατρικών Αερίων. Στους Αιτητές είχαν τεθεί συγκεκριμένα ερωτήματα κι' αυτά θα έπρεπε να απαντηθούν. Εάν με την απάντηση τους η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι παρείχετο έδαφος εφαρμογής του άρθρου 63(3), τότε μόνο, οι Αιτητές θα μπορούσαν να προχωρήσουν σε αντικατάσταση του τρίτου φορέα. Η κατάληξη του Συμβουλίου Προσφορών όπως αυτή καταγράφεται στο πρακτικό του ημερ. 18.5.2017 υπό στοιχείο 6.Π (α), (β) (δ) είναι απόλυτα ορθή.

Προτού ολοκληρώσουμε θεωρούμε χρήσιμο για σκοπούς προβληματισμού της Αναθέτουσας Αρχής στο μέλλον να αναφερθούμε στη διαπίστωση του Συμβουλίου Προσφορών σε σχέση με τους ανελκυστήρες. Το Συμβούλιο Προσφορών σε σχέση με αυτό το ζήτημα θεώρησε ότι η εξ' ίδιας πρωτοβουλίας των Αιτητών προσθήκη φορέα δεν επηρεάζει επειδή στους όρους του διαγωνισμού δεν γίνεται αναφορά ότι ο προσφέρων ή άλλος φορέας θα έπρεπε να είναι εγγεγραμμένος στο σχετικό μητρώο παρά το γεγονός ότι η εγγραφή στο μητρώο απαιτείται από τη Νομοθεσία (ΚΔΠ 533/2012). Το πώς το Συμβούλιο Προσφορών θεώρησε ότι η εγγραφή στο μητρώο δεν απαιτείται από τους όρους του διαγωνισμού οι οποίοι ρητά



παραπέμπουν στην ΚΔΠ 533/2012, που εκδόθηκε δυνάμει του άρθρου 38 του περί Ασφάλειας και Υγείας στην Εργασία Νόμου του 1996 έως 2011, στον οποίο τα έγγραφα επίσης παραπέμπουν, δεν έχει εξηγηθεί.

Οι πιο πάνω παρατηρήσεις μας δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο της παρούσας προσφυγής ούτε καθ' οιονδήποτε τρόπο λήφθηκαν υπόψη ή επηρεάζουν την κατάληξη μας.

Ενόψει των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.