

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων της από 12.2.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 141/12-2-2018 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΧΑΛΑΝΔΡΙΟΥ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 6-2-2018 υπ' αριθμ. 82/2018 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής αυτής (Πρακτικό 5^{ης}/2018 Συνεδρίασης), καθ' ο μέρος αυτή, κατ' έγκριση του Πρακτικού Νο1 με αρ. 1643/2018 Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών, έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...» στη διαδικασία που διακηρύχθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 32285/21-9-2017 (Απόφαση 1363) διακήρυξη «Νυχτερινή φύλαξη Αθλητικών εγκαταστάσεων για το Δημοτικό Αθλητικό κέντρο Μ. Παπαδάκης και το Δημοτικό Αθλητικό κέντρο στο πάρκο της οδού Αποστολοπούλου της Δ/σης Παιδείας, Αθλητισμού και Νέας Γενιάς για το Ο.Ε. 2017 και 2018». Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 19021580995804100019 και ποσού ευρώ 600,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του δια του από 12-2-2018 εμβάσματος του προσφεύγοντος μέσω τράπεζας AlphaBank, το δε παράβολο φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 12-2-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 6-2-2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων ο οποίος έγινε δεκτός, στο ως άνω στάδιο, βάλλει ειδικότερα κατά της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αυτή έκρινε ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά-δικαιολογητικά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ειδικότερα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ότι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος, κατά παράβαση του άρθρου 7 περ. Α.15 της διακήρυξης κατέθεσε μη νόμιμο πίνακα προσωπικού, καθώς αυτός αφορούσε το έτος 2016 και όχι το 2017, ήτοι το τρέχον έτος κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (16-10-2017 χρόνος υποβολής προσφοράς και 15-11-2016 χρόνος θεωρήσεως του υποβληθέντος πίνακα από την Επιθεώρηση Εργασίας), με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύει τη διαθεσιμότητα του απαραίτητου προσωπικού κατά τον κρίσιμο κατά τη διακήρυξη χρόνο. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, ότι ο παραπάνω έτερος διαγωνιζόμενος, κατά παράβαση του όρου της σελ. 6 της υπ' αρ. 53/31-5-2017 Μελέτης, κατά την οποία οι προσφέροντες οφείλουν να καταθέσουν μετά της προσφοράς τους και επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων και δήλωση περί απαρέγκλιτης τηρήσεως των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και αποδοχής των όρων της διακήρυξης, δεν υπέβαλε τέτοια δήλωση. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων αιτιάζεται ότι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει καταφατικά στο ΤΕΥΔ του, Ενότητα Γ', περί του ότι έχουν καταγγεληθεί προώρως προηγούμενες

Αριθμός απόφασης: 173/2018

συμβάσεις του και συγκεκριμένα παραθέτει δύο αποφάσεις έκπτωσης, εκ των οποίων η μία αφορά σύμβασή του με τη 2^η ΥΠΕ Πειραιώς και Αιγαίου και μία με το Πανεπιστήμιο Αιγαίου. Εν συνεχεία, ο ως άνω μετέχων δήλωσε στο ΤΕΥΔ του ότι έχει προσβάλει την υπ' αρ. 24046/30-5-2017 απόφαση της 2^{ης} ΥΠΕ Πειραιώς και Αιγαίου περί εκπτώσεώς του, εντός της νομίμου προθεσμίας δια της προβλεπόμενης ενδικοφανούς προσφυγής και επομένως αυτή η έκπτωση δεν κατέστη οριστική και επομένως δεν ισχύει ο Ν. 4412/2016 περί αποκλεισμού της. Αναφέρει δε ότι επισυνάπτει με το ΤΕΥΔ το κείμενο της παραπάνω ενδικοφανούς προσφυγής, πλην όμως κατά τον προσφεύγοντα δεν έχει υποβληθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού τέτοιο έγγραφο, ώστε να ελεγχθεί η αιτία για την οποία κηρύχθηκε ο έτερος διαγωνιζόμενος έκπτωτος. Η δε αναθέτουσα, κατά τον προσφεύγοντα, αορίστως και μη νομίμως αρκέστηκε στο συμπέρασμα ότι δεν αποκλείει τον έτερο διαγωνιζόμενο σε αυτό το στάδιο, διότι δεν προκύπτει σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά παράβαση όμως του άρθρου 7 περ. 3 υποπερ. δ' της διακήρυξης. Συνεπώς, κατά τον προσφεύγοντα, ο ως άνω έτερος μετέχων στον διαγωνισμό δεν απέδειξε με τις παρεχόμενες δια του ΤΕΥΔ του πληροφορίες τη μη επίδειξη εκ μέρους του σοβαρής και επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων ούτε τη λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης και ως εκ τούτου έπρεπε να κριθεί αποκλειστέος βάσει του παραπάνω όρου του διαγωνισμού και του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων αιτιάται ότι το ΤΕΥΔ του παραπάνω έτερου διαγωνιζομένου πάσχει από πλημμέλειες και ελλείψεις και συγκεκριμένα δεν απάντησε, ενώ υποχρεούτο, στη σελ. 26 στοιχ. 9 του παραπάνω εντύπου, στην ερώτηση περί των μηχανημάτων, εγκαταστάσεων και τεχνικού εξοπλισμού που θα χρησιμοποιήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης και επομένως σιωπηρώς ούτως τεκμαίρεται, κατά τον προσφεύγοντα, η μη χρησιμοποίηση του ειδικού απαραίτητου τεχνικού εξοπλισμού που θα πρέπει να έχει στην κατοχή του έκαστος απασχοληθείς κατά την εκτέλεση της σύμβασης, φύλακας, ώστε να διασφαλιστεί η ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών. Με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας των διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και ειδικότερα όσων προβλέπει το άρ. 19, σελ. 23-24 της διακήρυξης, όπου

Αριθμός απόφασης: 173/2018

ορίζεται ως ελάχιστο περιεχόμενο της εγγυητικής συμμετοχής, μεταξύ άλλων η αναφορά στα «στοιχεία της διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και η ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού», ο έτερος διαγωνιζόμενος υπέβαλε εγγυητική συμμετοχής στην οποία δεν αναφέρεται η ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού. Επομένως, για όλους τους ως άνω λόγους, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη έσφαλε καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτό και δεν απέκλεισε τον παραπάνω έτερο διαγωνιζόμενο.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 22-2-2018 και με αρ. πρωτ. 6992 Απόψεις της προς την ΑΕΠΠ αιτιάται τα ακόλουθα. Όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής ότι σύμφωνα με το άρθρο 7 – Λόγοι Αποκλεισμού – Περιεχόμενο Προσφορών - Δικαιολογητικά Συμμετοχής, παρ. Α1.5, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν να υποβάλουν κατάσταση προσωπικού (εντός του τρέχοντος έτους) από την Επιθεώρηση Εργασίας, με την οποία βεβαιώνεται η διαθεσιμότητα του απαραίτητου προσωπικού. Ωστόσο ο Οικονομικός Φορέας «...» υπέβαλε ετήσια κατάσταση προσωπικού (Ε4) από την Επιθεώρηση Εργασίας για το έτος 2016. Η Επιτροπή Διαγωνισμού έκανε δεκτή την κατάσταση προσωπικού του 2016, διότι ο Ε4 – Ετήσιος πίνακας προσωπικού κατατίθεται από 1^{ης} Οκτωβρίου έως την 21^η Οκτωβρίου κάθε έτους και καταγράφει το σύνολο των εργαζομένων στην επιχείρηση κατά την ώρα της υποβολής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η Τρίτη 17/10/2017, ενώ ακόμα δεν είχε λήξει η προθεσμία για την υποβολή της κατάστασης προσωπικού Ε4 για το έτος 2017. Επομένως κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ισχύει για το τρέχον έτος ο υποβληθείς πίνακας του 2016. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ότι σύμφωνα με την υπ. αριθμ. 53/2017 μελέτη στα δικαιολογητικά συμμετοχής πρέπει μεταξύ άλλων να κατατεθεί ότι: *«θα δηλώνεται από τον προσφέροντα ότι απaráκλητα τηρεί τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, δηλαδή καταβάλλει...των εργαζομένων»* και *«ότι ο διαγωνιζόμενος έλαβε γνώση των όρων της διακήρυξης και λοιπών συμβατικών στοιχείων βάσει του ΤΕΥΔ και αποδέχεται αυτούς πλήρως και ανεπιφύλακτα»*. Στο άρθρο 7 – Λόγοι Αποκλεισμού – Περιεχόμενο Προσφορών - Δικαιολογητικά Συμμετοχής των όρων της διακήρυξης, τα

Αριθμός απόφασης: 173/2018

παραπάνω δεν αναφέρονται ρητά ότι απαιτούνται. Ο οικονομικός φορέας στο ΤΕΥΔ Μέρος III, Γ, δηλώνει ότι δεν έχει εν γνώσει του αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, δήλωση που καλύπτει την παραπάνω απαίτηση της μελέτης. Επιπλέον στο Παράστημα Γ της διακήρυξης – Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς είναι υποχρεωτικό από τον Οικονομικό Φορέα να δηλώνει ότι *«Αφού έλαβα γνώση των όρων της διακήρυξης της δημοπρασίας για την υπηρεσία με τίτλοκαθώς και των συνθηκών εκτέλεσης αυτής, υποβάλλω την παρούσα προσφορά και δηλώνω ότι αποδέχομαι πλήρως και χωρίς επιφύλαξη όλα αυτά και αναλαμβάνω την εκτέλεση της υπηρεσίας με τις ακόλουθες τιμές...»*. Όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής ότι στο ΤΕΥΔ και την ενότητα Γ – Λόγοι που σχετίζονται με την αφερεγγυότητα κ.λ.π. η εταιρεία «...» δηλώνει καταφατικά ότι έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης παραθέτοντας δύο αποφάσεις Κήρυξης Έκπτωσης. Στη συνέχεια αναφέρει αναλυτικά τα μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία έχει λάβει και σύμφωνα με τα οποία δεν αποδεικνύεται σοβαρό ή επαναλαμβανόμενο παράπτωμα αυτού, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 του Ν.4412/2016 για την Έκπτωση Αναδόχου. Επίσης για τον αποκλεισμό του Οικονομικού Φορέα απαιτείται έκδοση σχετικής Υπουργικής Απόφασης που εκδίδεται μετά από αιτιολογημένη εισήγηση της Αναθέτουσας Αρχής και του αρμοδίου συλλογικού οργάνου κατόπιν ακρόασεως του αποκλειόμενου φορέα, ενώ στην συγκεκριμένη περίπτωση πέραν της 24046/30-05-2017 απόφασης της 2^{ης} ΥΠΕ Πειραιώς και Αιγαίου (η οποία μάλιστα έχει προσβληθεί εμπρόθεσμα με την 28408/27-06-2017 προσφυγή από τον φορέα) δεν υπάρχει σχετική υπουργική απόφαση περί του αποκλεισμού της ανωτέρω αναδόχου εταιρείας που να υποχρεώνει, βάσει των ανωτέρω διατάξεων την αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει αυτοδικαίως αυτήν, από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία (Ελ. Συν. Κλιμ. Στ. Πράξη 170/2017). Όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής ότι στην παρ. Δ της προδικαστικής προσφυγής, όπου αναφέρεται ότι η εταιρεία «...» έχει παραλείψει να αναφέρει τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό στο ΤΕΥΔ Μέρος IV, Ενότητα Γ, παρ. 9, η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε ότι δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού

Αριθμός απόφασης: 173/2018

διότι δεν αναφέρεται ρητά ότι απαιτείται στους όρους της διακήρυξης. Όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής ότι σύμφωνα με το άρθρο 19 της διακήρυξης, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής θα πρέπει κατ' ελάχιστον μεταξύ άλλων να περιλαμβάνει την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού. Στους όρους της διακήρυξης στο άρθρο 1 - Χρόνος και τόπος διεξαγωγής του διαγωνισμού αναφέρεται ο όρος ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΗ ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ και ΩΡΑ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ, ενώ στο άρθρο 14 της διακήρυξης - Αποσφράγιση και Αξιολόγηση Προσφορών αναφέρεται ότι η ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών γίνεται (4) τέσσερις εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Ο όρος ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού δεν ορίζεται σαφώς στη διακήρυξη. Επομένως η Επιτροπή διαγωνισμού έκρινε αποδεκτή την εγγυητική επιστολή της εταιρίας «...» καθώς περιέχει όλα τα στοιχεία που απαιτούνται από τη διακήρυξη, συμπεριλαμβανομένης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που διακηρύχθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 32285/21-9-2017 (Απόφαση 1363) διακήρυξη «Νυχτερινή φύλαξη Αθλητικών εγκαταστάσεων για το Δημοτικό Αθλητικό κέντρο Μ. Παπαδάκης και το Δημοτικό Αθλητικό κέντρο στο πάρκο της οδού Αποστολοπούλου της Δ/σης Παιδείας, Αθλητισμού και Νέας Γενιάς για το Ο.Ε. 2017 και 2018», Α.Μ. 53/2017, εκτιμώμενης αξίας 84.816,00€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.» (CPV 79713000-5) εκτιμώμενης αξίας άνευ ΦΠΑ 68.400,00 ευρώ, η οποία δημοσιεύτηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α 46487 της 25/9/2017 και στο ΚΗΜΔΗΣ την 21-9-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC001977726. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω (συνολικής) εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 6-2-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς

Αριθμός απόφασης: 173/2018

έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως Προσφυγής, αφού έγινε αποδεκτός για το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και έτσι προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό του μόνου έτερου συμμετέχοντος, όπως εν προκειμένω. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, κατά παγία πρακτική της ΑΕΠΠ, συμφώνως προς τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων προκύπτουν τα εξής (βλ. ενδεικτικά Αποφάσεις ΑΕΠΠ 65, 127, 170, 174, 239/2017 και 28, 48, 69, 80, 171/2018). Η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω, ως επί ποινή αποκλεισμού και επομένως ουσιώδεις ελλείψεις που, κατά το άρ. 91 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, δύνανται μόνες τους να επιφέρουν τον αποκλεισμό μιας προσφοράς θεωρούνται, εκτός άλλων και όσες προβλέπονται ως τέτοιες από τη διακήρυξη και δη με σαφή, ρητό και ειδικό όρο με συγκεκριμένη παραπομπή ως προς την οικεία απαίτηση, η έλλειψη της οποίας είναι ουσιώδης (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 236/2017), ιδίως εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, οπότε είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002), άλλως δε θα προέκυπτε άνιση μεταχείριση μεταξύ όσων

Αριθμός απόφασης: 173/2018

μετεχόντων τους τήρησαν συμμορφούμενοι με το παραπάνω κανονιστικό πλαίσιο και όσων, παρά τη σαφή παραπάνω διατύπωση, παρέλειψαν να τους τηρήσουν. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές και εν γένει όροι του διαγωνισμού, που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, όπως και τα οικεία δικαιολογητικά και ζητούμενα έγγραφα εξάλλου, πρέπει να συντρέχουν και όποτε ζητείται τούτο, να δηλώνονται και να προσκομίζονται από τους προσφέροντες, με την υποβολή της προσφοράς τους και σε κάθε περίπτωση κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, τυχόν υποκειμενικών ή προσωπικών στοιχείων συγκεκριμένου προσφέροντος ή ερμηνειών της διακήρυξης, προς απαλλαγή του από απαίτηση που θέσπισε η διακήρυξη, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την αξιολόγηση κατακυρωτική κρίση σε υποκειμενικά στοιχεία, αυθαίρετες κρίσεις, ως και τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών. Ούτως, ουσιώδης έλλειψη της προσφοράς ενός μετέχοντος και δη επί στοιχείου ζητούμενου επί ποινή αποκλεισμού, δεν είναι δυνατόν να καλυφθεί με ετεροχρονισμένες, το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης και μετά από αποκλεισμό τους λόγω ακριβώς της έλλειψης, αμφισβητήσεων περί της σκοπιμότητας του οικείου όρου στη δική τους περίπτωση, όπως το ότι δεν

Αριθμός απόφασης: 173/2018

οφείλουν να προσκομίσουν έγγραφα κατασκευαστή για προϊόν που προσφέρουν, διότι συνιστούν συνδεδεμένη με αυτόν επιχείρηση. Τούτο, για τον προφανή λόγο ότι μια τέτοια κρίση του αναθέτοντος, θα εξίσωνε αδικαιολόγητα τον ορθώς μετέχοντα και πληρούντα τους όρους της διακήρυξης με αυτόν που τους παραβίασε, κατά παράβαση όχι μόνο της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αλλά πρωτίστως του ανόθευτου ανταγωνισμού. Ούτε μπορεί να εκληφθεί μια τέτοια ουσιώδης μάλιστα έλλειψη, ως αναπληρωθείσα με το πρώτον μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς, επίκληση είτε της έλλειψης εξαρχής χρείας της οικείας απαίτησης ή της μη επελεύσεως βλάβης από τη μη τήρηση του όρου, όπως όταν οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται κατά το στάδιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής περί τον αποκλεισμό του προσφέροντος από τον τυχόν παρεμβαίνοντα διαγωνιζόμενο που υπέπεσε στην ουσιώδη έλλειψη ή την αναθέτουσα δια των Απόψεών της. Η δε τυχόν επέλευση ή μη βλάβης από τη μη τήρηση των οριζόμενων από τη διακήρυξη απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς, ακόμη και αν συντρέχει όντως (ζήτημα, εξάλλου, μη εξεταστέο από την ΑΕΠΠ κατά το στάδιο εξέτασης προσφυγής κατά πράξης της αξιολόγησης, βλ. και αμέσως παρακάτω), καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ρητώς, προβάλλονται αλυσιτελώς, καθώς δεν είναι δυνατό η εκ μέρους των διαγωνιζομένων τήρηση των όρων της διακήρυξης να επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια αυτών περί του να κρίνουν οι ίδιοι τη χρεία κάποιου απαιτούμενου στοιχείου ή τη σκοπιμότητα όρου της διακήρυξης ή περί του πως μπορούν να επιφέρουν με άλλα μέσα, από τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη, τυχόν ισοδύναμο αποδεικτικό αποτέλεσμα. Σε αντίθετη δε περίπτωση, αν δηλαδή η ΑΕΠΠ δύνατο να αποδέχεται και να αξιολογεί δια της εκάστοτε προσφυγής ή παρεμβάσεως το πρώτον προβαλλόμενες και προσκομιζόμενες πληροφορίες, δικαιολογητικά και έγγραφα που ο προσφεύγων παρέλειψε να υποβάλει και να αναφέρει με την προσφορά του καίτοι υποχρεούτο προς τούτο κατά τη διακήρυξη και τον νόμο ή να αξιολογεί κατά τη διάγνωση ουσιωδών ελλείψεων της προσφοράς τη σκοπιμότητα τήρησης των αποδεικτικών τύπων και την ίδια την ανά περίπτωση καταλληλότητα του προϊόντος, όχι μόνο θα προέκυπτε μια αδικαιολόγητη ευμενής μεταχείριση και διάκριση υπέρ του προσφέροντος και δη υπό τη μορφή μιας ανεξέλεγκτης «δεύτερης ευκαιρίας» ή εκ του αποτελέσματος απαλλαγής από τους όρους της διακήρυξης, κάτι που

Αριθμός απόφασης: 173/2018

ούτε ο νόμος ούτε η διακήρυξη καθιερώνουν, και επομένως κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ισότητας, διαφάνειας και τυπικότητας εις βάρος των τηρούντων τους όρους της διακήρυξης λοιπών συμμετεχόντων (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017). Αλλά, ούτως η ΑΕΠΠ θα υπερέβαινε και την αρμοδιότητά της ασκώντας παρεμπόδιοντα έλεγχο, ενώ η διαδικασία έχει φθάσει στην αξιολόγηση προσφορών, επί της σκοπιμότητας και ανάγκης, όρων που έγιναν ανεπιφύλακτα δεκτοί και δεν αμφισβητήθηκαν. Θα έχανε δε οιοδήποτε νόημα η κανονιστική ισχύς της διακήρυξης, αφού οιοσδήποτε θα δύναιτο, μετά τον αποκλεισμό του με συγκεκριμένη αιτιολογία, να τον αίρει καλύπτοντας ετεροχρονισμένα τις ελλείψεις και τους λόγους απαραδέκτου της συμμετοχής του ή αμφισβητώντας το αναγκαίο των εκάστοτε όρων, αναλόγως του ανά περίπτωση εντοπισμού εκ μέρους του παραβίασής τους. Η δε προδικαστική προσφυγή από μέσο ελέγχου παρανομιών των εκτελεστών πράξεων των αναθετουσών, αλλά και αντίστροφα η παρέμβαση για την ταυτότητα του νομικού λόγου, θα κατέληγαν προκάλυμμα για διόρθωση ή κάλυψη δι' αυτής συνομολογούμενων σφαλμάτων των οικονομικών φορέων (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017). Ούτε εξάλλου η ΑΕΠΠ, όταν εντοπίσει ακόμη και επουσιώδη έλλειψη, έχει εκ του νόμου αρμοδιότητα να ασκεί την επαφιόμενη αποκλειστικά στον αναθέτοντα φορέα, διακριτική ευχέρεια του άρ. 102 ή του άρ. 310 Ν. 4412/2016, η οποία και πάλι ελέγχεται ως προς τη νομιμότητα και την εκ μέρους της τήρηση των άκρων ορίων αυτής (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), ιδίως ως προς τον περιορισμό του άρ. 102 παρ. 3 και την αντίστοιχη του άρ. 310 παρ. 3, κατά το οποίο η άσκηση της ευχέρειας αυτής *«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»*. Ούτε για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η προδικαστική προσφυγή συνιστά το νόμιμο μέσο για τέτοιες τυχόν συμπληρώσεις, οι οποίες εξάλλου κατά ρητή μνεία του άρ. 102 παρ. 1 εδ. β' και αντιστοίχως του άρ. 310 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016 *“Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.”*, δεν συνιστούν ευχέρεια του οικονομικού φορέα ούτε δύνανται να λαμβάνουν εξ αυτού χώρα αυτόκλητα. Πολλώ δε μάλλον, που δεν παρέχεται από το άρ. 102 ή το άρ. 310

Αριθμός απόφασης: 173/2018

Ν. 4412/2016 ούτως ή άλλως πρόβλεψε παροχής δυνατότητας διευκρινίσεων για την άρση ουσιώδους έλλειψης της προσφοράς και ζητούμενου επί ποινή αποκλεισμού στοιχείου. Εξάλλου, αν οι προσφέροντες φρονούσαν ότι κάποιος όρος ήταν άσκοπος, αδικαιολόγητος και περιοριστικός τυχόν του ανταγωνισμού, όφειλαν να τον προσβάλουν επικαίρως κατά το στάδιο πριν την υποβολή της προσφοράς τους, όπως δικαιούνται, η δε αναθέτουσα αντιστοίχως να μην τον είχε συμπεριλάβει στη διακήρυξη, και όχι να επικαλούνται ισχυρισμούς περί της μη εφαρμογής του, το πρώτον μετά την υποβολή αυτής και κατά το στάδιο της αξιολόγησης, επ' ευκαιρία παρεμβάσεώς τους επί προσφυγής περί εκ μέρους τους παραβιάσεώς του. Επιπλέον, σύμφωνα και με την αρχή της τυπικότητας των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. ΣΤΕ 4052/1990, 3760/1992 κλπ), οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και τα απαιτούμενα που αυτή καθιερώνει δεν μπορεί να ληφθούν υπόψη ως τυχόν "προαιρετικής" ή "ανά περίπτωση", αναλόγως τυχόν ειδικών ή υποκειμενικών χαρακτηριστικών συγκεκριμένου προσφέροντος, δεσμευτικότητας. Σύμφωνα με την ως άνω αρχή, που διέπει μεταξύ άλλων τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενεργείας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣΤΕ 279/2008), η προσκόμιση στον φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας. Τούτο δε, εκτός των άλλων και συνεπεία του κανονιστικού χαρακτήρα της διακήρυξης και της δέσμευσης που παράγει ως προς τις απαιτήσεις που θεσπίζει τόσο ως προς τον αναθέτοντα, όσο και ως προς τους μετέχοντες, με συνέπεια για τους τελευταίους, οι προσφορές τους να αποκλείονται αν αποκλίνουν από τα κατά τη διακήρυξη οριζόμενα (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 118 και 119/2017 και βλ. ενδεικτικά Ε.Σ. VI Τμ. 294/2010, 224, 19/2005). Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας (ως ανωτέρω ορίζεται), της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της

Αριθμός απόφασης: 173/2018

εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και δη με τον τρόπο που αυτή ορίζει (πρβλ. ΣτΕ 1329/2008). Συνεπώς τυχόν διαφορετική αντιμετώπιση και, ούτως, ανοχή παραλείψεως δήλωσης στοιχείων (που προβλέπονται ως επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη) από κάποιον οικονομικό φορέα θα συνιστούσε υπέρ του ευμενή διάκριση και αδικαιολόγητη και άνιση ευνοϊκή μεταχείριση του (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 133/2017).

6. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 80/2018), σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά. Ωστόσο, η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των

Αριθμός απόφασης: 173/2018

υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). 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, εκδ. Θ', σελ. 776). Συνεπώς, τα ως άνω σημαίνουν ότι δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018).

7. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, όπως προκύπτει από την ΥΑ 29502/85/1-9-2014, άρ. 4 αυτής, και από όσα επικαλείται ο ίδιος ο προσφεύγων, αλλά και η αναθέτουσα, οι επιχειρήσεις στα πλαίσια των εν γένει υποχρεώσεών τους ως προς την εκ μέρους τους τήρηση του εργατικού δικαίου ως προς την εν γένει δραστηριότητά τους, έχουν προθεσμία υποβολής δήλωσης ετήσιου πίνακα προσωπικού τους στο σύστημα ΕΡΓΑΝΗ από την (για το έτος 2017) 1-10-2017 έως και την 21-10-2017 ηλεκτρονικώς (ενώ είναι δυνατή και η εκπρόθεσμη ως και η τροποποιητική υποβολή του οικείου εντύπου Ε4), υπό την έννοια βέβαια ότι δύνανται να υποβάλουν προ της 21-10-2017, όμως καταρχήν δεν υποχρεούνται όσον αφορά την εφαρμογή της παραπάνω ΥΑ. Πλην όμως, η διακήρυξη στο άρθρο 7 αυτής, παρ. Α περί Περιεχομένων (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» όρισε ότι «Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται η εγγύηση συμμετοχής και όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά καθώς και η τεχνική προσφορά. Συγκεκριμένα: Α1. “Δικαιολογητικά συμμετοχής” Οι συμμετέχοντες υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά, σε μορφή αρχείου .pdf σύμφωνα με το ν.

Αριθμός απόφασης: 173/2018

4155/13 (ΦΕΚ/Α/29-5-2013) και το άρθρο 15 της ΥΑ 57654/19-5-2017 (ΦΕΚ 1924B) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)», όπως αναλυτικά περιγράφονται κατωτέρω:... Α1.5) Κατάσταση προσωπικού του Οικονομικού Φορέα, (εντός του τρέχοντος έτους) από την Επιθεώρηση Εργασίας, με την οποία βεβαιώνεται η διαθεσιμότητα του απαραίτητου προσωπικού.». Συνεπώς, κατά τον ρητό ως άνω όρο Α1.5 της διακήρυξης, που επαναλαμβάνεται εξάλλου στη σελ. 6 σημ. 5 της συνημμένης στη Διακήρυξη Μελέτης 53/2017, η ίδια η αναθέτουσα, επιπλέον και ανεξαρτήτως των εκ μέρους των υποχρεώσεων των συμμετεχόντων στο πλαίσιο της εν γένει και ασχέτως της συγκεκριμένης διαδικασίας, δραστηριότητάς τους, είχε απαιτήσει ως αναγκαίο στοιχείο που έπρεπε να προσκομιστεί με την ίδια την προσφορά των συμμετεχόντων και δη ρητά επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, και τέτοια Κατάσταση Εργασίας, η οποία όμως έπρεπε να ανάγεται, δηλαδή να έχει συνταχθεί και υποβληθεί εντός του τρέχοντος έτους, ήτοι εν προκειμένω του 2017. Σε κανένα δε σημείο δεν ανέφερε ότι η Κατάσταση αυτή αρκούσε να είναι "ισχύουσα" στο τρέχον έτος (με τη χρήση οιοδήποτε όρου και διατύπωσης, που θα επέτρεπε σε κάθε εύλογο μετέχοντα να υπολάβει ότι δεν απαιτείται Κατάσταση υποβληθείσα εντός του 2017, αλλά ότι αρκούσε Κατάσταση υποβληθείσα εντός του 2016, η οποία τελούσε σε ισχύ έως και 21-10-2017, σημείο μάλιστα μετά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής των προσφορών που είχε οριστεί για την 17-10-2017). Το ότι οι μετέχοντες δεν υποχρεούνταν από την ως άνω ΥΑ να υποβάλουν τέτοια Κατάσταση προ της 21-10-2017 δεν αναιρεί ότι πρώτον, φυσικά, δύναντο να τον υποβάλουν και ήδη από 1-10-2017, αφετέρου ότι η ίδια η διακήρυξη απαίτησε, ειδικώς ως προς το πεδίο εφαρμογής της, ήτοι για την παραδεκτή υποβολή προσφοράς στον προκείμενο διαγωνισμό, να την έχουν ήδη υποβάλει εντός του 2017 και προ της υποβολής της προσφοράς τους. Τα όσα ισχυρίζεται η αναθέτουσα, τα οποία επί της ουσίας ανάγονται στην κατά την αναθέτουσα πλέον προβαλλόμενη έλλειψη αναγκαιότητας της οικείας πρόβλεψης περί προσκόμισης Κατάστασης που υπεβλήθη στην Επιθεώρηση Εργασίας εντός του 2017, προβάλλονται αλυσιτελώς. Τούτο διότι όσα ισχυρίζεται αφορούν μεν τις εν γένει υποχρεώσεις των συμμετεχόντων ως προς την εν γένει εκ μέρους τους τήρηση του εργατικού δικαίου και των συναφών υποχρεώσεων

Αριθμός απόφασης: 173/2018

τους, πλην όμως ουδόλως επηρεάζουν τα ως άνω προκύπτοντα από το σαφές γράμμα της διακήρυξης και το κανονιστικό πλαίσιο που αυτή όρισε και ουδόλως εμποδίζεται να βαίνει πέραν των ελαχίστων κατά νόμο υποχρεώσεων των μετεχουσών επιχειρήσεων, το οποίο κανονιστικό πλαίσιο, ανεπιφυλάκτως έγινε δεκτό από τους μετέχοντες και εξάλλου, θεσπίσθηκε από την ίδια την αναθέτουσα. Περαιτέρω, αν η αναθέτουσα όντως αρκείτο απλά στην τήρηση εκ μέρους των μετεχόντων των στοιχειωδών υποχρεώσεών τους για υποβολή καταστάσεων προσωπικού στο σύστημα ΕΡΓΑΝΗ, τότε θα όφειλε να μην ζητήσει αυτές οι καταστάσεις να προέρχονται από το ίδιο το έτος διενέργειας του διαγωνισμού, όπως όμως ρητώς ανέφερε εν τέλει η διακήρυξη και όχι να μεταβάλει αναδρομικώς και δη ουσιωδώς το περιεχόμενο του οικείου σαφή όρου, κατά το στάδιο της αξιολόγησης, με αποτέλεσμα όχι απλώς να αλλάξει, αλλά και, εν προκειμένω, να καταργήσει και να καταστήσει ανενεργή την απαίτηση για Κατάσταση εντός του τρέχοντος έτους (αφού ο καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών ήταν η 17-10-2017, δηλαδή προ της 22-10-2017, όταν και κατά την εργατική νομοθεσία οι εργοδότες όφειλαν αναγκαστικά και ασχέτως της διακήρυξης να έχουν ήδη υποβάλει νέα Κατάσταση στην ΕΡΓΑΝΗ, οπότε αφού η υποβολή των προσφορών έληγε προ του σημείου αυτού και η αναθέτουσα το πρώτον τώρα ισχυρίζεται ότι της αρκούσε απλώς “ισχύουσα” και όχι αναγκαίως κατά το τρέχον έτος υποβληθείσα, Κατάσταση, κατ’ αποτέλεσμα καθιστά την απαίτηση για υποβολή εντός του τρέχοντος έτους ανενεργή), κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, τυπικότητας και διαφάνειας, ώστε να μην αποκλείσει την προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου, που προσκόμισε τέτοια Κατάσταση υποβληθείσα το έτος 2016 και όχι, ως απαιτείτο το 2017. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής, βάσει και όσων αναφέρθηκαν στην ως άνω σκ. 5, πρέπει να γίνει δεκτός.

8. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής, προκύπτει ότι η Μελέτη 53/31-5-2017, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ ομού μετά της Διακηρύξεως, ως κατ’ άρ. 2 παρ. 2 περ. 14 Ν. 4412/2016 έγγραφο της σύμβασης, συνιστά αναπόσπαστο τμήμα της Διακήρυξης, σύμφωνα με τις σελ. 1 (τίτλος του διαγωνισμού), 3 (θεσμικό πλαίσιο) και 6 (συνοπτικά στοιχεία διαγωνισμού με παραπομπή στην ως άνω Μελέτη) της

Αριθμός απόφασης: 173/2018

τελευταίας, οι οποίες ρητά παραπέμπουν στη Μελέτη αυτή και επομένως η τελευταία συμπληρώνει και συμπροσδιορίζει το οικείο κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας. Κατά το Κεφάλαιο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» της ως άνω Μελέτης ορίζεται ότι *“Οι δικαιούμενοι για να λάβουν μέρος στο διαγωνισμό οφείλουν μαζί με την προσφορά να καταθέσουν, επί ποινή αποκλεισμού, τα παρακάτω δικαιολογητικά:”*, ενώ στα σημεία 3 και 6 του ως άνω Κεφαλαίου προβλέπονται ως τέτοια δικαιολογητικά μεταξύ άλλων και τα εξής *“3. Θα δηλώνεται από τον προσφέροντα ότι απαρέγκλιτα τηρεί τις διατάξεις της Εργατικής Νομοθεσίας, δηλ. καταβάλλει τις νόμιμες αποδοχές στο προσωπικό που απασχολεί, τηρεί το νόμιμο ωράριο απασχόλησης τους κανόνες ασφαλιστικής κάλυψης τους όρους υγιεινής και ασφάλειας των εργαζομένων. ... 6.Οτι ο διαγωνιζόμενος έλαβε γνώση των όρων αυτής της διακήρυξης και λοιπών συμβατικών στοιχείων βάσει του ΤΕΥΔ και αποδέχεται αυτούς πλήρως και ανεπιφύλακτα. “. Το ίδιο Κεφάλαιο στο πέρας του αναφέρει ότι *“Εφόσον τα παραπάνω ζητούμενα έγγραφα και λοιπά δικαιολογητικά δεν είναι πλήρη, η προσφορά θεωρείται ελλιπής και απορρίπτεται.”*. Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι επειδή οι όροι 3 και 6 που προαναφέρθηκαν δεν περιελήφθησαν και στο κείμενο της κυρίως διακήρυξης δεν ήταν δεσμευτικοί, είναι αβάσιμος, διότι κατά τα ανωτέρω η παραπάνω δημοσιευθείσα στο ΕΣΗΔΗΣ ομού μετά της διακήρυξης, Μελέτη συνιστά έγγραφο της σύμβασης νομίμως θεσπίζον όρους της διαδικασίας και συμπληρώνοντας το πλαίσιο της κυρίως διακήρυξης, η οποία εξάλλου παραπέμπει σε αυτήν και επομένως, η μη αναφορά των ίδιων όρων και στο κείμενο της ίδιας της διακήρυξης, ουδόλως αναιρεί τη δεσμευτικότητά τους ως κανονιστικό πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού. Σημειωτέον, όμως, ότι η διακήρυξη ή η Μελέτη ή οιοδήποτε συνοδευτικό έγγραφο ουδόλως όρισαν υποχρέωση ειδικής και αυτοτελούς πανηγυρικής υπευθύνου δηλώσεως, για την πλήρωση των ως άνω επί ποινή αποκλεισμού υποχρεώσεών τους. Ο δε έτερος διαγωνιζόμενος υπέβαλε Τυποποιημένο Έντυπο Υπευθύνου Δηλώσεως, το οποίο, κατ’ άρ. 79 παρ. 4 Ν. 4412/2016 συνιστά σώρευση υπευθύνων δηλώσεων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 209/2017) στο οποίο, όπως ορθώς ισχυρίζεται η αναθέτουσα και δη στο Μέρος ΙΙΙ Ενότητα Γ’ αυτού, δήλωσε υπευθύνως ότι δεν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου. Συνεπώς, δια της απάντησης αυτής στο ΤΕΥΔ του, ο ως*

Αριθμός απόφασης: 173/2018

άνω έτερος διαγωνιζόμενος εκπλήρωσε την υποχρέωσή του βάσει του παραπάνω σημείου 3 του Κεφ. ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ της Μελέτης 53/2017, αφού τα έγγραφα της σύμβασης εξάλλου δεν όριζαν κάποιον ειδικό, επιπλέον του ΤΕΥΔ και αυτοτελή τρόπο για την εκ μέρους των μετεχόντων υποβολή τέτοιας δήλωσης. Σε κάθε περίπτωση η δήλωση μη αθέτησης υποχρεώσεων του “εργατικού δικαίου” περικλείει το σύνολο των προβλεπομένων στο παραπάνω σημείο 3, ως και κάθε άλλου είδους και πέραν αυτών των ειδικώς προβλεπομένων, υποχρεώσεων του ως εργοδότη, συμπεριλαμβανομένων δε και αυτών της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, περί της οποίας εξάλλου, ο έτερος διαγωνιζόμενος έχει υποβάλει δια της οικείας απαντήσεώς του στο Μέρος ΙΙΙ Ενότητα Β’ του ΤΕΥΔ του και ειδική υπεύθυνη δήλωση, ενώ και στην Ενότητα Γ’ δήλωσε ότι πληροί τις υποχρεώσεις του στον τομέα του “κοινωνικού δικαίου”, έννοια πλήρως επικαλυπτόμενη με τις υποχρεώσεις του κοινωνικοασφαλιστικού δικαίου, τουλάχιστον όσον αφορά τη χρήση της εντός των εντύπων υπευθύνων δηλώσεων ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του άρ. 79 Ν. 4412/2016 (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 233-234/2017). Επομένως, ο πρώτος ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί του σημ. 3, είναι απορριπτέος, διότι η διακήρυξη ή άλλο έγγραφο της σύμβασης δεν ορίζουν οιονδήποτε άλλο, επιπλέον, ειδικό και αυτοτελή τρόπο διατύπωσης της παραπάνω συμμόρφωσης των μετεχόντων, πλην αυτής που ούτως ή άλλως λαμβάνει χώρα δια του ΤΕΥΔ και δεν είναι δυνατόν πλέον κατά το στάδιο της αξιολόγησης να ερμηνευθεί ο παραπάνω όρος της Μελέτης με τρόπο που θεσπίζει αναδρομικώς τέτοια τυχόν υποχρέωση, προς την απόρριψη της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου. Όσον αφορά, το σημείο 6 του Κεφ. Δικαιολογητικά Συμμετοχής της Μελέτης, αυτή ή και οιοδήποτε άλλο σημείο της διακήρυξης ή των εγγράφων της σύμβασης δεν προβλέπουν κάποιον ειδικό τύπο που πρέπει να τηρηθεί για την πλήρωσή του, ενώ το ίδιο το σημείο 6 δεν περιλαμβάνει καν τον όρο “δήλωση”, ώστε να δύναται μετ’ ευχερείας να συναχθεί ότι τυχόν απαιτούσε κάποια ειδική, πέραν του αλυσιτελούς αυτής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 231/2017), σχετική πανηγυρική δήλωση του μετέχοντος, εκτός της ίδιας της ανεπιφύλακτης συμμετοχής του στον διαγωνισμό και την κατάθεση προσφοράς σε αυτήν. Εξάλλου, η αποδοχή των όρων της διακήρυξης αποδεικνύεται πλήρως και επαρκώς με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ 1415/2000 Ολομ.,

Αριθμός απόφασης: 173/2018

3143/2003, 743/2004, ΕΑ 77/2010, 2635,792,754, 342/2009, 319/2007, 877/2006 και ενδ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ Α25/2017, 98/2017, 171/2018). Ο δε έτερος διαγωνιζόμενος ουδόλως αμφισβήτησε κάποιον όρο της διακήρυξης και δεν υπέβαλε καμία επιφύλαξη μετά της προσφοράς που υπέβαλε ψηφιακώς υπογεγραμμένη κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη μέσω ΕΣΗΔΗΣ ούτε εξάλλου ο προσφεύγων ισχυρίζεται κάτι τέτοιο, η δε υποβολή της ως άνω από 16-10-2017 προσφοράς και δη τόσο της ηλεκτρονικής προσφοράς συστήματος, όσο και της ομοίως από 16-10-2017 αυτοτελούς ψηφιακώς υπογεγραμμένου εγγράφου τεχνικής προσφοράς στον διαγωνισμό, στο οποίο ρητώς, σελ. 1 αυτού, δηλώνεται ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφυλάκτως τους όρους του διαγωνισμού, συνιστούν, κατά τα ανωτέρω, επαρκές αποδεικτικό και δικαιολογητικό γνώσης των όρων της διακήρυξης και των λοιπών συμβατικών στοιχείων των εγγράφων της σύμβασης, ως και περί ανεπιφύλακτης και πλήρους αποδοχής τους. Επιπλέον, κατά τα παραπάνω υπέβαλε και υπέχον θέση υπευθύνου δηλώσεως ΤΕΥΔ, η υποβολή του οποίου αποδεικνύει επαρκώς ότι ο έτερος μετέχων έλαβε γνώση και απεδέχθη το περιεχόμενο των όρων του ΤΕΥΔ κατά τα προβλεπόμενα στο παραπάνω σημείο 6 του Κεφαλαίου ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ της Μελέτης. Επομένως, και ο δεύτερος ισχυρισμός του δεύτερου λόγου του είναι απορριπτέος. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει, ότι, το άρθρο 7 της Διακήρυξης, Κεφ. Λόγοι Αποκλεισμού, Μέρος 3 περ. δ', ορίζει ότι αποκλείονται από τη συμμετοχή στη διαδικασία *“Υποψήφιοι που έχουν επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις”*. Σε κάθε περίπτωση, τα ως άνω αναφέρονται σε λόγο αποκλεισμού δυνητικού χαρακτήρα, κατ' άρ. 79 παρ. 3 περ. στ'. Ο δυνητικός χαρακτήρας (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187 και 231/2017) αφενός έχει την έννοια ότι, καταρχήν, η αναθέτουσα έχει διακριτική ευχέρεια ως προς την ένταξή του στη διακήρυξη,

Αριθμός απόφασης: 173/2018

αφετέρου σημαίνει ότι η αναθέτουσα έχει τη διακριτική ευχέρεια να σταθμίσει αναλόγως τη συνδρομή τέτοιων λόγων κατά μόνας ή συνδυαστικά με περισσότερους αντίστοιχους δυνατικούς λόγους, τον βαθμό πλήρωσής τους και τον τυχόν σφοδρό τους χαρακτήρα, το ειδικότερο περιεχόμενό τους, την τυχόν προσωπική της εμπειρία με τον οικονομικό φορέα, το αν συνιστούν τυχόν συμπτωματικά γεγονότα ή χαρακτηρίζουν την εν γένει συμπεριφορά αυτού, τη σχέση των τυχόν λόγων με την ικανότητα και φερεγγυότητα του φορέα ειδικώς ως προς την εκ μέρους του εκτέλεση του προκειμένου υπό ανάθεση συμβατικού αντικειμένου, το μέγεθός και τη σημασία τους αναλογικά με το περιεχόμενο και το μέγεθος του προκειμένου συμβατικού αντικειμένου, τις συνθήκες υπό τις οποίες οι λόγοι αυτοί πληρώθηκαν εκ των οποίων προκύπτει η οριστικότητα, το αναμφισβήτητο, ο βαθμός έντασής τους, η επαναληψιμότητα και η επίδρασή τους εν τέλει στην ως άνω κρίσιμη φερεγγυότητα του φορέα (κρίσιμη, υπό την έννοια του βαθμού στον οποίο δύνανται να διακινδυνευτούν τα συμφέροντά της κατά την εκτέλεση της σύμβασης), και εν τέλει να κρίνει αν με βάση τον συνδυασμό όλων των ανωτέρω θεωρεί ότι τυχόν ανάθεση του συμβατικού αντικειμένου στον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα είναι πιθανό να θέσει σε κίνδυνο τόσο την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου όσο και άλλα συμφέροντά της επαπτόμενα τόσο αυτοτελώς με την ίδια όσο και με το εν γένει δημόσιο συμφέρον, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα εξυπηρετηθεί δια της επίμαχης συμβάσεως. Αντίστροφα, δεν θεσπίζεται κάποια υποχρέωσή της αναθέτουσας, όπως άνευ ετέρου και άνευ σταθμίσεως οιασδήποτε άλλης παραμέτρου προχωρήσει στην καταρχήν αυτόματη συναγωγή λόγου αποκλεισμού, με την επιφύλαξη βέβαια των τυχόν μέτρων αυτοκάθαρσης που ο οικονομικός φορέας έχει λάβει. Τα ως άνω προκύπτουν εξάλλου τόσο από την αρχή της αναλογικότητας, η οποία πρέπει να διέπει κάθε περιορισμό του ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται κάθε όρος της διακήρυξης, ο οποίος θεσπίζει κριτήριο ή εν γένει λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 14 και 39/2017), όσο και από το ίδιο το αντικείμενο του άρ. 73 παρ. 4 το οποίο στοχεύει στην προστασία της ίδιας της αναθέτουσας από αφερέγγυους και επικίνδυνους αναδόχους και όχι στην προστασία κάποιου ευρύτερου δημόσιου σκοπού ή των τυχόν ανταγωνιστών, όπως και από την εν γένει ανοικτή και βασιζόμενη

Αριθμός απόφασης: 173/2018

σε αόριστες νομικές έννοιες ή ρητά επαφιόμενη στην αξιολογική κρίση της αναθέτουσας (σε αντίθεση με το απολύτως σαφές και μη επιδεχόμενο αξιολογήσεων περιεχόμενο των παρ. 1 και 2 του άρ. 73), άρα και ανά περίπτωση στάθμιση και προσδιορισμό, διατύπωση και περιεχόμενο αρκετών περιπτώσεων της ως άνω παρ. 4 (περ. γ' "εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα", περ. δ' "δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα", περ. ε' "δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα", περ. στ' "σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμύεια... ουσιώδους απαίτησης", περ. ζ' "σοβαρών ψευδών δηλώσεων", περ. η' "αθέμιτο τρόπο...αθέμιτο πλεονέκτημα...εξαμελείας...ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς", περ. θ' "σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του"). Εξάλλου, και κατά την παρ. 101 του Προοιμίου 2014/24/ΕΕ προβλέπονται οι γενικές αρχές της διαδικασίας διάγνωσης τόσο περί εν γένει συναγωγής συμπεράσματος περί του ότι μια καταρχήν παράβαση συνιστά δυνητικό λόγο αποκλεισμού, όσο και ειδικώς περί του επαγγελματικού παραπτώματος και της σοβαρότητάς του «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία

Αριθμός απόφασης: 173/2018

οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του.».

Εξάλλου, η αρχή της αναλογικότητας ως κύριος κανόνας του καθορισμού διάρκειας αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις επιβεβαιώνεται και από τον σαφή κανόνα του άρ. 74 παρ. 2 Ν. 4412/2016 που κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης προέβλεπε ότι “*Η περίοδος αποκλεισμού καθορίζεται, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τη σοβαρότητα του αδικήματος ή παραπτώματος, τον χρόνο που έχει παρέλθει από τη διάπραξη του αδικήματος ή παραπτώματος, τη διάρκειά του, υποτροπή, την πρόθεση ή τον βαθμό αμέλειας του εκάστοτε οικονομικού φορέα και τα μέτρα που αυτός λαμβάνει προς αποφυγή διάπραξης παρόμοιων αδικημάτων ή παραπτωμάτων στο μέλλον. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παρ. 4 του άρθρου 73.*”, το δε εδ. β΄ τροποποιήθηκε με το άρ. 107 παρ. 11 Ν. 4497/2017 και ισχύ από 13-11-2017 ως εξής “*Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2γ και 4 του άρθρου 73 .*”, ήτοι και η ειδική δια του Ν. 4488/2017 προστεθείσα προϋπόθεση υποχρεωτικού αποκλεισμού περί προστίμων Σ.ΕΠ.Ε., υπάγεται και αυτή στο ανώτατο όριο της τριετίας. Το δε σταθερώς ισχύον α΄ εδάφιο της παραπάνω διάταξης αποδίδει μια σειρά από ενδεικτικά κριτήρια καθορισμού της διάρκειας αποκλεισμού, συναρτώμενα με αξιολογική εκ μέρους της διοίκησης εκτίμηση των υποκειμενικών στοιχείων που συγκροτούν την ανά περίπτωση παράβαση και εν γένει συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, τα οποία περαιτέρω σχετίζονται και με την επαναληψιμότητα, άρα και εν γένει επικινδυνότητα της δραστηριότητάς του. Η παραπάνω διάταξη καίτοι αυτή καθαυτή αφορά τον αποκλεισμό από δημόσιες συμβάσεις βάσει της ΚΥΑ του άρ. 74 παρ. 3, θα πρέπει για την ταυτότητα του νομικού λόγου να λαμβάνεται

Αριθμός απόφασης: 173/2018

υπόψη από τις αναθέτουσες ως γνώμονας για την εκ μέρους τους ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την εκτίμηση περί στοιχειοθέτησης μη υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού, ήτοι αυτών του άρ. 73 παρ. 4. Η παραπάνω διάταξη οδηγεί εξάλλου στο συμπέρασμα ότι στις περιπτώσεις τέτοιων λόγων δυνητικού αποκλεισμού και συγκεκριμένα στις περιπτώσεις που αυτοί συγκροτούνται με βάση υποκειμενικά κριτήρια που αφορούν όχι αυτή καθαυτή τη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα με τη συγκεκριμένη αναθέτουσα και την επίδικη διαδικασία ανάθεσης, αλλά την εν γένει συμπεριφορά του λαμβανομένων υπόψη και στοιχείων που αφορούν προηγούμενες συμβάσεις, ήτοι όσον αφορά τις περιπτώσεις γ', στ', ζ' και θ του άρ. 73 παρ. 4, η αρχή της αναλογικότητας επιτάσσει απώτατο όριο για τα στοιχεία που λαμβάνονται υπόψη εις βάρος του οικονομικού φορέα τα τρία έτη, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα δεν δύναται να εκτιμήσει συμπεριφορές και γεγονότα που έλαβαν χώρα προ τριών ετών από τη διενέργεια του διαγωνισμού, ήτοι την καταληκτική ημέρα υποβολής των προσφορών, άρα το σημείο εκείνο στο οποίο οι προσφορές και οι συμμετοχές των οικονομικών φορέων στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης οριστικοποιούνται και παγιώνονται. Και αυτό δεν ισχύει μόνο ως προς την ειδική έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης, όπου κατά το άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και το άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010, τίθενται για τη στοιχειοθέτησή του ειδικές προϋποθέσεις. Αλλά ισχύει για κάθε είδους σύμβαση, δεδομένου ότι από τον συγκερασμό όλων των ως άνω σχετικών προβλέψεων που όλες θέτουν την τριετία ως όριο προκύπτει πάγια και συστηματική νομοθετική βούληση καθιέρωσης αυτού του ορίου ως του απώτατου σημείου δια του οποίου δεν θίγεται η αρχή της αναλογικότητας (χωρίς αυτό να σημαίνει αντίστροφα ότι συνάγεται λόγος αποκλεισμού με μόνη τη συνδρομή παραπτώματος/συμπεριφοράς/παράβασης εντός της τριετίας, αλλά υπό την έννοια πως γεγονότα προ της τριετίας δεν λαμβάνονται ούτε καταρχήν υπόψη ως δυνάμενα να στοιχειοθετήσουν λόγο αποκλεισμού και προς περαιτέρω στάθμιση με τα λοιπά υποκειμενικά κριτήρια). Πάντως, δεδομένης της εκτιμητικής ευχέρειας που αποδίδεται στην ίδια την αναθέτουσα όσον αφορά το άρ. 73 παρ. 4 προκύπτει ότι όσον αφορά τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι αφορούν αυτή καθαυτή την προκείμενη διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 173/2018

ανάθεσης και τη συγκεκριμένη ανά περίπτωση αναθέτουσα, προκύπτει πως σε αυτούς προέχει το στοιχείο της προστασίας των συμφερόντων της αναθέτουσας ως κύριος γνώμονας εκ του οποίου συναρτάται η κρίση αν η εκάστοτε συμπεριφορά δύναται να εκτιμηθεί ως λόγος αποκλεισμού. Αντίθετα, όσον αφορά τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά και τη γενικής έκτασης και εφαρμογής διάταξης του άρ. 74 περί απόφασης αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, ο κυρωτικός σκοπός παρίσταται ως εντονότερος σε σύγκριση με την παρουσία του στους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού και η σκοπιμότητα αποκλεισμού συνδέεται με το εν γένει δημόσιο συμφέρον παρά με το ειδικό συμφέρον μιας συγκεκριμένης αναθέτουσας και το ειδικό συμβατικό αντικείμενο μιας συγκεκριμένης διαδικασίας. Τα παραπάνω συνάγονται και εκ της παρ. 101 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία συσχετίζει τέτοιους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού και δη το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με τις πιθανές συνέπειες που θα υποστεί η ίδια η ανά περίπτωση αναθέτουσα από την επιλογή ακατάλληλου ή μη ακέραιου αναδόχου, ορίζοντας ότι *«Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα....»*. Εξάλλου, η κρίση της αναθέτουσας περί «σοβαρής» ή «επαναλαμβανόμενης» πλημμέλειας κατά την εκτέλεση “ουσιώδους” απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία ως

Αριθμός απόφασης: 173/2018

λόγου αποκλεισμού, ως αφορώσα μεταξύ άλλων, κατά τα ανωτέρω την εκτίμηση υποκειμενικών δεδομένων όσον αφορά τη βαρύτητα και τις συνθήκες τέλεσης τυχόν πλημμέλειας, του τυχόν ουσιώδους ή μη χαρακτήρα της, καθώς και λοιπές περιστάσεις που ασκούν επιρροή στην κρίση επί της συσχέτισης του παραπτώματος με την ικανότητα του οικονομικού φορέα προς ακίνδυνη εκτέλεση της σύμβασης, θα πρέπει να ασκεί τη σχετική διακριτική και εκτιμητική της ευχέρεια σε συνάρτηση με τις αρχές της ισότητας και αναλογικότητας και η εκ μέρους της τήρηση αυτών των αρχών ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής τόσο στην περίπτωση διάγνωσης όσο και αντιστρόφως, μη διάγνωσης τέτοιου σοβαρού παραπτώματος ή σοβαρής πλημμέλειας ως προς ουσιώδη απαίτηση προηγούμενης σύμβασης (πρβλ. ΣτΕ 452/2012, 1399, 4145/2009, 2289-2290, 2292, 2293/2008, 1251, 2861/2006, 1867/2005). Επομένως, καταλείπεται όσον αφορά τους ως άνω λόγους, ελευθερία εκτιμήσεως στις αναθέτουσες, η οποία ελέγχεται βέβαια, πλην όμως όσον αφορά την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της παραπάνω διακριτικής ευχέρειας, η οποία υλοποιείται προεχόντως στην προκείμενη περίπτωση της κρίσης επί λόγων αποκλεισμού, άρα και περιορισμού των δυνάμενων να αναλάβουν τη σύμβαση, δια της κατά την άσκησή της παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας (πρβλ. ΣτΕ 1315/2012 2022, 3527/2011), ως και προεχόντως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017), υπό την αξιολογική κατεύθυνση του οποίου προσδιορίζεται, στο πεδίο της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η λειτουργία των ως άνω αρχών της αναλογικότητας και ισότητας, οι οποίες διέπουν τον έλεγχο της ως άνω διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας.

10. Επειδή, εν προκειμένω, όπως αναφέρει και ο προσφεύγων και δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα, ο έτερος διαγωνιζόμενος απάντησε θετικά στο ΤΕΥΔ του, Μέρος ΙΙΙ Ενότητα Γ' αυτού περί σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα πρόωρη καταγγελία, αναφέροντας μάλιστα 2 αυτοτελείς κηρύξεις του ως εκπτώτου, εκ των οποίων η μία (29/16-5-2012 Απόφαση Έκπτωσης Πανεπιστημίου Αιγαίου) έλαβε χώρα πλέον των πέντε ετών από την τρέχουσα διαδικασία, και

Αριθμός απόφασης: 173/2018

περαιτέρω προέβη σε αναλυτική δήλωση μέτρων αυτοκάθαρσης, ως προς τη μεν πρώτη ότι απομάκρυνε το πρόσωπο του προσωπικού της που προκάλεσε την οικεία πλημμύεια, ως προς τη δε δεύτερη (24046/30-5-2017 Απόφαση 2^{ης} ΥΠΕ Πειραιώς και Αιγαίου), για την οποία αναφέρει μεταξύ άλλων ότι η έκπτωσή του δεν κατέστη οριστική, ότι την έχει προσβάλει με την οικεία ενδικοφανή προσφυγή, την οποία προσδιορίζει με στοιχεία 28048/27-6-2017 και αναφέρει ότι την επισυνάπτει. Μετά από έλεγχο που έλαβε χώρα μέσω ΕΣΗΔΗΣ δεν ευρέθη η παραπάνω ενδικοφανής προσφυγή, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και δεν αντικρούει εξάλλου η αναθέτουσα. Σημειώνεται, πάντως, ότι δεν προκύπτει τουλάχιστον από τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ή τα στοιχεία του φακέλου τυχόν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του άρ. 68 Ν. 3863/2010, αλλά η απλή περίπτωση του δυνητικού λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. στ'. Επιπλέον, ανεξαρτήτως αν η διατύπωση της διακήρυξης δεν αναφέρεται σε απλή δυνατότητα αποκλεισμού, αλλά ορίζει ότι «αποκλείονται» οι εμπύπτοντες στην οικεία περίπτωση φορείς και πάλι η αναθέτουσα έχει διακριτική αξιολογική και εκτιμητική κατά την ως άνω σκ. 9 ευχέρεια υπαγωγής του πραγματικού της περίπτωσης στην έννοια της «σοβαρής» ή «επαναλαμβανόμενης» πλημμύειας ως προς υποχρέωση που ήταν «ουσιώδης». Εν προκειμένω, πάντως η αναθέτουσα αιτιολογεί την οικεία απόφασή της να μην αποκλείσει τον έτερο μετέχοντα στη μεν προσβαλλόμενη ως εξής *“Η ΕΔ κρίνει ότι δεν μπορεί να αποκλειστεί ο προσφέρων από τη διαγωνιστική διαδικασία, σε αυτό το στάδιο, καθώς δεν αποδεικνύεται η σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμύεια όπως περιγράφεται στο ΤΕΥΔ (Ε.Συν. Κλιμ. Στ Πράξη 170/2017)”*, ενώ όπως αναφέρει στην κατ’ άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, παραδεκτώς υποβαλλόμενη δια των Απόψεών της, αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, εκτίμησε μεν τα όσα δήλωσε ο έτερος διαγωνιζόμενος στο ΤΕΥΔ του και έκρινε ότι δεν ευρήκε «σοβαρό και επαναλαμβανόμενο παράπτωμα αυτού, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 Ν. 4412/2016 για την έκπτωση αναδόχου», ενώ περαιτέρω αιτιολογεί τον μη αποκλεισμό του στη βάση ότι αυτός προσέβαλε εμπρόθεσμα τον πρόσφατο αποκλεισμό του και ότι δεν υφίσταται κατ’ άρ. 74 Ν. 4412/2016 ΥΑ αποκλεισμού του και ως εκ τούτου δεν υποχρεούτο να τον αποκλείσει. Και ναι μεν, κατά τα αναφερθέντα στη σκ. 9, όντως είχε διακριτική ευχέρεια, κρίνοντας επί του πραγματικού της υπόθεσης,

Αριθμός απόφασης: 173/2018

να καταλήξει ότι δεν υφίστατο προηγούμενη πρόωρη καταγγελία δημόσιας σύμβασης ή ότι αυτή οφειλόταν σε άλλον λόγο εκτός της ύπαρξη σοβαρής και επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας περί ουσιώδους υποχρέωσης. Πλην όμως, εν προκειμένω, δεν προέκυψε ούτε ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος απέδειξε τη μη οριστικοποίηση της έκπτωσής του, αφού ναι μεν αναφέρεται στην ενδικοφανή προσφυγή που άσκησε, αλλά, τουλάχιστον όσον αφορά το διαθέσιμο στο Κλιμάκιο υλικό, δεν ευρίσκεται το οικείο έγγραφο αυτής που η αναθέτουσα τυχόν έλαβε υπόψη της. Είναι δε άσχετο το γεγονός ότι πιθανώς ο έτερος διαγωνιζόμενος εν τέλει να μην το επισύναψε για οιονδήποτε λόγο, αφού αν όντως υφίσταται αυτή η ενδικοφανής προσφυγή πάντως, η αναθέτουσα, στο πλαίσιο της οικείας διακριτικής της ευχέρειας περί καταγνώσεως ή μη του οικείου λόγου αποκλεισμού, δύνατο, δεν υποχρεούτο όμως, να το αναζητήσει μόνη της και αν όντως το εντόπισε και το έλαβε υπόψη, η απόφασή της θα ήταν αιτιολογημένη ως προς το τυχόν συμπέρασμα της μη πρόωρης καταγγελίας ή της έλλειψης σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας ως προς ουσιώδη απαίτηση της προηγούμενης σύμβασης, εφόσον βέβαια σχετικά στοιχεία αναφέρονταν στην οικεία ενδικοφανή προσφυγή που τυχόν έλαβε υπόψη. Όμως, στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν προκύπτει ούτε αν η αναθέτουσα όντως ευρήκε και έλαβε υπόψη της όχι απλώς την αναφορά του έτερου διαγωνιζόμενου στην ενδικοφανή προσφυγή του, αλλά το ίδιο το περιεχόμενο αυτής ούτε ότι ήταν σε αυτήν όντως γνωστό και βέβαιο ότι αυτή η ενδικοφανής προσφυγή ασκήθηκε. Αντιστοίχως, δεν συνιστούν επαρκή αιτιολογία οι αναφορές στην έλλειψη αποκλεισμού κατ' άρ. 74 Ν. 4412/2016, καθώς η τελευταία περίπτωση είναι διαφορετική του οικείου δυνητικού λόγου αποκλεισμού που η ίδια περιέλαβε στη διακήρυξή της. Η δε αιτιολογία, όπως προκύπτει δια του συνδυασμού της αρχικής εντός της προσβαλλομένης, μετά της συμπληρωματικής στις Απόψεις της αναθέτουσας, δεν προκύπτει ως αρκούντως σαφής, ορισμένη και ειδική για τη στήριξη της κατά διακριτική ευχέρειά της, κρίση της περί έλλειψης του οικείου λόγου αποκλεισμού και τούτο διότι πρωτίστως, σε κανένα σημείο ούτε της αιτιολογίας της, αλλά ούτε των όσων δήλωσε ο έτερος διαγωνιζόμενος στο ΤΕΥΔ του, δεν προκύπτει ο λόγος της απόφασης κήρυξης έκπτωσης και το ιστορικό στο οποίο βασίστηκε η τότε αναθέτουσα. Ούτε η γενική αναφορά στην Πράξη του ΕλΣυν καλύπτει

Αριθμός απόφασης: 173/2018

την αοριστία της παραπάνω αιτιολογίας, αφού η αναθέτουσα απομονώνει το συμπέρασμα της τελευταίας (το οποίο ερείδεται επί του ιστορικού της υπόθεσης εφ' ης εκδόθηκε), χωρίς να την υπαγάγει στο προκείμενο ιστορικό το οποίο δεν προκύπτει αν όντως ελήφθη καν υπόψη ή αν έστω είναι γνωστό στην αναθέτουσα και δη με ποιον τρόπο, ώστε να ελεγχθεί η εκ μέρους της ορθή υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στην επικαλούμενη από αυτήν περίπτωση μη συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού. Σημειωτέον, ότι τα παραπάνω αφορούν την πλέον πρόσφατη έκπτωση, ενώ όσον αφορά την προ πενταετίας έτερη έκπτωση, συνάγεται ότι η αναθέτουσα έκρινε αυτήν, σύμφωνα και με τους εντός του ΤΕΥΔ του έτερου διαγωνιζομένου ισχυρισμούς, ως ιδιαίτερα παλαιά και ανεπίκαιρη ώστε να εμπέσει στον οικείο λόγο αποκλεισμού, κρίση σύμφωνη με όσα ήδη αναφέρθηκαν στην ανωτέρω σκέψη 9. Ως εκ τούτου και δεδομένου ότι κατά τη σκ. 9 η οικεία διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας δεν είναι ανεξέλεγκτη ούτε ανέλεγκτη ούτε απαλλάσσει αυτήν από την υποχρέωση να αιτιολογεί την εκ μέρους της συναγωγή μη ύπαρξης λόγου αποκλεισμού και ιδίως να λαμβάνει υπόψη πραγματικά στοιχεία που στηρίζουν το οικείο συμπέρασμά της, προκύπτει πως, παρότι εσφαλμένα επικαλείται ο προσφεύγων ότι ο έτερος μετέχων πρέπει να αποκλειστεί άνευ ετέρου από τη διαγωνιστική διαδικασία, ο τρίτος λόγος της προσφυγής του πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός, καθ' ο μέρος η αναθέτουσα απεδέχθη την προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου κατά παραλείψή της να εκτιμήσει τα πραγματικά περιστατικά που συγκρότησαν την προηγούμενη έκπτωσή του, αλλά και να διαπιστώσει αν όντως δεν έχει καταστεί αυτή οριστική, όπως και να αιτιολογήσει την οικεία κρίση της, επαρκώς, σαφώς και ειδικώς, δεδομένου δε ότι δεν προκύπτει ούτε αν η ίδια ευρήκε και έλαβε υπόψη την οικεία ενδικοφανή προσφυγή του κατά της πρόσφατης εκπτώσεώς του ούτε αν όντως εκτίμησε το τυχόν περιεχόμενο αυτής ως έρεισμα της οικείας συναγωγής της.

11. Επειδή, το άρθρο 7 παρ. Α1.1 της Διακήρυξης προβλέπει ως δικαιολογητικό συμμετοχής το Τυποποιημένο έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης(Τ.Ε.Υ.Δ) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/16 , το οποίο ορίζει ως αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα Δ) και συμπληρώνεται ως εξής “ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ : ΜΕΡΟΥΣ ΙΙ (ΕΝΟΤΗΤΕΣ Α,Β) ,ΜΕΡΟΥΣ

Αριθμός απόφασης: 173/2018

III(ΕΝΟΤΗΤΕΣ Α,Β,Γ) , ΜΕΡΟΥΣ IV(ΕΝΟΤΗΤΕΣ Α,Γ,Δ) ,ΜΕΡΟΥΣ VI (ΤΕΛΙΚΕΣ ΔΗΛΩΣΕΙΣ) ώστε να δηλώνονται από τους οικονομικούς φορείς οι σχετικές πληροφορίες που απαιτούνται από τη διακήρυξη και τα σχετικά πεδία του.”. Στο δε Μέρος IV Ενότητα Γ’ αυτού «ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ» ρητά επί της κεφαλίδας ορίζεται ότι «Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν οριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φροέα στη σχετική διακήρυξη ή στην πρόσκληση ή στα έγγραφα της σύμβασης που αναφέρονται στη διακήρυξη». Από τα παραπάνω συνάγεται, ότι η απλή συμπερίληψη ερωτημάτων στο Μέρος IV Ενότητα Γ’ του ΤΕΥΔ (το οποίο εξάλλου έχει ληφθεί ως έχει στο οικείο γενικό πρότυπο τεύχος ΤΕΥΔ της ΕΑΑΔΗΣΥ), δεν συνιστά ειδικό και αυτοτελή τρόπο θέσπισης νέων όρων διακήρυξης και ειδικά νέων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα πέραν και επιπλέον όσων ορίζει η διακήρυξη και τα λοιπά, πλην ΤΕΥΔ, έγγραφα αυτής, τα δε οικεία ερωτήματα απαντώνται μόνο όταν ανταποκρίνονται σε τέτοια κριτήρια και δεν θεσπίζουν, αντιστρόφως, επιπλέον των ήδη οριζομένων, κριτήρια (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 233-234/2017). Ούτως, στο ΤΕΥΔ που επισύναψε η αναθέτουσα στη διακήρυξη και δη στην ίδια την Ενότητα Γ’ Μέρους IV, περιλαμβάνονται ερωτήματα όλως και προδήλως άσχετα με το ίδιο το αντικείμενο της προκείμενης συμβάσεως, όπως περί εφοδιαστικής αλυσίδας (σημ. 4), πιστοποιητικά από ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας (σημ. 12), παροχή δειγμάτων και φωτογραφιών (σημ. 11), ακόμη και ερώτημα που ρητά αναφέρει ότι εφαρμόζεται για δημόσιες συμβάσεις έργων (1α), ερωτήματα που εξάλλου ούτε ο προσφεύγων απάντησε (επί παραδείγματι 1α) ή απάντησε άνευ λόγου και με ασαφές αντικείμενο περί της απαντήσεώς του, όπως τα σημ. 11-12 που αναφέρονται σε συμβάσεις προμήθειας αγαθών και τούτο εκ περισσού αφού ουδείς εκ των μετεχόντων όφειλε ούτως ή άλλως να τα απαντήσει. Η δε διακήρυξη περιλαμβάνει ειδικό άρθρο (8ο) περί των κριτηρίων επιλογής και εκεί ουδέν κριτήριο περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα προβλέπει και απαιτεί, (πέραν των προτύπων ποιότητας, βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 118/2017 περί του ότι συνιστούν κριτήρια ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), ενώ και σε κανένα ούτως ή άλλως έτερο σημείο της δεν προέβλεψε έτερο τέτοιο κριτήριο πλην της εμπειρίας και του προσωπικού και

Αριθμός απόφασης: 173/2018

σε κάθε περίπτωση οτιδήποτε περί αναφοράς μηχανημάτων, εγκαταστάσεων και τεχνικού εξοπλισμού και επομένως δεν υφίστατο ούτως ή άλλως υποχρέωση απάντησης του οικείου ερωτήματος του σημ. 9 στο Μέρος IV Ενότητα Γ' του ΤΕΥΔ και κατ' αποτέλεσμα, η μη απάντηση, ως μη οφειλόμενη, ουδέν τεκμήριο μη κατοχής προσόντος απαιτούμενου από τη διακήρυξη συγκροτεί. Ούτε τα έγγραφα της σύμβασης και δη, εν προκειμένω, η εσφαλμένη εκ μέρους της αναθέτουσας συμπερίληψη στο τεύχος ΤΕΥΔ ερωτημάτων μη ανταποκρινόμενων σε απαιτήσεις της διακήρυξης (η μη απάντηση των οποίων, πάντως, συνάγεται κατά το ρητό γράμμα της κεφαλίδας της οικείας Ενότητας) δύνανται να ερμηνευθούν, εξάλλου, με τρόπο τέτοιο ώστε να προκύψει πλέον το πρώτον μια τέτοια απαίτηση, η οποία ακόμη και αν υποτίθετο ότι υφίστατο, σε κάθε περίπτωση δεν θα δύνατο να προκύψει με σαφήνεια εκ των εγγράφων αυτών και συνεπώς δεν μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό προσφοράς ούτε η εκ περισσού απάντηση του οικείου σημείου από τον ίδιο τον προσφεύγοντα (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132/2017, 48/2018). Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο τέταρτος λόγος της προσφυγής.

12. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι το άρθρο 19 της Διακήρυξης ορίζει ότι οι εγγυήσεις, μεταξύ των οποίων και η εγγυητική συμμετοχής στον διαγωνισμό, θα πρέπει να «περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία», μεταξύ των οποίων και *«τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού»*. Περαιτέρω, από την ίδια την Εγγυητική Επιστολή συμμετοχής του έτερου διαγωνιζομένου, ως υπεβλήθη δια του ΕΣΗΔΗΣ, προκύπτει ότι αναφέρει μεταξύ άλλων τη φράση *«για την συμμετοχή της στον ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό του Δήμου Χαλανδρίου με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 17-10-2017 ώρα 15.00 μμ για την «ΝΥΧΤΕΡΙΝΗ ΦΥΛΑΞΗ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΓΙΑ ΤΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΑΘΛΗΤΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ Μ. ΠΑΠΑΔΑΚΗΣ & ΤΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΑΘΛΗΤΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΣΤΟ ΠΑΡΚΟ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ΑΠΟΣΤΟΛΟΠΟΥΛΟΥ ΤΗΣ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗΣ ΠΑΙΔΕΙΑΣ, ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ & ΝΕΑΣ ΓΕΝΙΑΣ ΓΙΑ ΤΟ Ο.Ε. 2017 ΚΑΙ 2018, Α.Μ. 53/2017 (απόφαση 1363, αρ. πρωτ. 32285/21-09-2017)»*. Δηλαδή, η εγγυητική αυτή ανέφερε αναλυτικά

Αριθμός απόφασης: 173/2018

τον τίτλο της διακήρυξης, τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής, ως και τον αριθμό απόφασης που έφερε τόσο αυτή, όσο και η συνοδευτική της μελέτη, κατά αντιγραφή εξάλλου του ίδιου του τίτλου της διακήρυξης που εκκίνησε την οικεία διαγωνιστική διαδικασία. Ανέφερε δε με πλήρη σαφήνεια και την ημέρα και ώρα καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, ο οποίος για τους ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς που διεξάγονται μέσω ΕΣΗΔΗΣ είναι και ο χρόνος λήξης του διαγωνισμού, αφού κατόπιν αυτών ουδέν νέο είναι δυνατόν να προσκομιστεί (παραλαμβάνονται μόνο τα φυσικά έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή κατά τον Ν. 4250/2014, τα οποία όμως έχουν ήδη υποβληθεί ούτως ή άλλως και ηλεκτρονικά, σύμφωνα και με το άρ. 15 της ΥΑ 56902/215/2017 περί ΕΣΗΔΗΣ). Σημειωτέον, ότι εν προκειμένω τόσο ο χρόνος ισχύος της προσφοράς κατ' άρ. 10 της διακήρυξης, όσο και η διάρκεια της έγγυσης κατ' άρ. 19 της διακήρυξης, είχαν προσδιοριστεί σε χρονικό διάστημα υπολογιζόμενο με σημείο έναρξης την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Ο ίδιος χρόνος εξάλλου, ήτοι της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών είχε τεθεί στη σελ. 6 της διακήρυξης στο Κεφάλαιο Συνοπτικών Στοιχείων του διαγωνισμού, ενώ το άρθρο 1 της διακήρυξης «ΧΡΟΝΟΣ ΚΑΙ ΤΟΠΟΣ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗΣ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» αναφέρεται αποκλειστικά και μόνο στην καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών, χρόνος που προκύπτει εξάλλου και ως το μόνο οικείο διαθέσιμο στοιχείο στο ΕΣΗΔΗΣ, όπως και στο ΚΗΜΔΗΣ στις οικείες ηλεκτρονικές μερίδες καταχώρησης του διαγωνισμού. Ούτως, εν προκειμένω όχι μόνο σε κανένα έγγραφο της σύμβασης δεν είχε οριστεί και προσδιοριστεί με αυτοτελή τρόπο από τον καταληκτικό χρόνο υποβολής του διαγωνισμού η τυχόν «ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού», αλλά και στον ειδικό όρο του άρθρου 1 της διακήρυξης αναφερόταν αυτός που δηλώθηκε από τον έτερο διαγωνιζόμενο, ήτοι της καταληκτικής προθεσμίας ηλεκτρονικής υποβολής προσφοράς. Περαιτέρω, ναι μεν το άρθρο 14 της διακήρυξης αναφέρει τον χρόνο ηλεκτρονικής αποσφράγισης, πλην δεν ορίζει αυτόν ημερολογιακά, αλλά σε συνάρτηση με τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών και ουδόλως προσδιορίζεται ως χρόνος διεξαγωγής του διαγωνισμού. Με βάση όλα τα ανωτέρω, και ασχέτως αν ο προσφεύγων για λόγους ασφαλείας, ανέφερε αμφότερες τις ημερομηνίες, από το σύνολο των διατάξεων της διακήρυξης προκύπτει ότι η

Αριθμός απόφασης: 173/2018

απαίτηση του άρθρου 19 της διακήρυξης περί αναφοράς του οικείου χρόνου αναφερόταν στην καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και σε κάθε περίπτωση δεν προέκυπτε με οιαδήποτε σαφήνεια, ότι αυτή η ημερομηνία δεν αρκούσε, αλλά αντίθετα απαιτείτο ειδικώς η αναφορά στην ημερομηνία αποσφράγισης. Κατ' αποτέλεσμα, οι οικείοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας είναι βάσιμοι και πρέπει να απορριφθεί ο πέμπτος λόγος της προσφυγής.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου αυτής και εν μέρει αποδοχή του δεύτερου λόγου της. Σημειωτέον δε, ότι παρότι τυχόν μόνη της η αποδοχή του δεύτερου λόγου δεν θα οδηγούσε σε άνευ ετέρου ακύρωση της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου, αλλά σε ακύρωση της προσβαλλομένης καθ' ο μέρος ενσωματώνει την οικεία, αναλυθείσα στη σκ. 10, παράλειψη της αναθέτουσας, διατασσομένης αναπομπής σε αυτήν προκειμένου να την άρει και να προβεί σε ορθή και πλήρη εκτίμηση περί του πραγματικού της οικείας προηγούμενης έκπτωσης του έτερου διαγωνιζομένου βάσει των απαιτούμενων στοιχείων που δεν προκύπτει ότι έλαβε υπόψη της, ώστε να αχθεί σε νόμιμη κρίση σχετικά με την κατάγνωση ή μη του οικείου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό του, εν προκειμένω ο έτερος διαγωνιζόμενος είναι άνευ ετέρου αποκλειστέος. Τούτο, διότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής (ασχέτως της απορρίψεως των υπολοίπων λόγων και ισχυρισμών του προσφεύγοντος και της κατά τα ως άνω εν μέρει μόνο αποδοχής του τρίτου λόγου του), αρκεί από μόνος του για την εν όλω απόρριψη της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, αφού ο παραβιασθείς όρος είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017) και συνεπώς η διαγνωσθείσα κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, παράβασή του οδηγεί στον άνευ ετέρου αποκλεισμό του. Επομένως, ο έτερος διαγωνιζόμενος ήταν ούτως ή άλλως αποκλειστέος άνευ ετέρου και η αναθέτουσα έσφαλε καθ' ο μέρος δεν απέρριψε την προσφορά του. Πρέπει, συνεπώς, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

Αριθμός απόφασης: 173/2018

14. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 600,00 ευρώ που κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 82/2018 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής Δήμου Χαλανδρίου (Πρακτικό 5^{ης}/2018 Συνεδρίασης), καθ' ο μέρος αυτή, κατ' έγκριση του Πρακτικού Νο1 με αρ. 1643/2018 Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών, έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ στον προσφεύγοντα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-2-2018 και εκδόθηκε την 28-2-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ