

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.12.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1974/8.12.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 248/21.11.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 27761/15.11.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του και ματαιώθηκε ο διαγωνισμός.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.452,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 7.12.2023 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 290.500,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α..

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 360.220,20€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 3.10.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 7.12.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 27.11.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δυο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...» Με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε αφενός μεν η προσφορά του προσφεύγοντος με την αιτιολογία ότι «Από τον έλεγχο των δικαιολογητικών προέκυψε ότι δεν υποβλήθηκε : • Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία ο κατασκευαστής δηλώνει ότι: «Σε περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας αναδειχθεί Ανάδοχος του έργου, δεσμεύεται ότι θα παρέχει τη δηλωθείσα εγγύηση καλής λειτουργίας (σε έτη) και θα διαθέτει «...» για τα παρεχόμενα είδη για όλο το διάστημα των ετών αυτών», σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής της διακήρυξης», αφετέρου η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» διότι «...δεν έχει δηλώσει εσφαλμένα στο ΕΕΕΣ στο - Μέρος II: Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων- ότι στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ενώ στην προσφορά του συνυποβάλλονται ΕΕΕΣ καθώς και έγγραφα άλλων φορέων στους οποίους στηρίζεται. Ο οικονομικός φορέας δεν έχει δηλώσει σε ποιους οικονομικούς

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

φορείς στηρίζεται ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του σε συνάρτηση με ποιες εργασίες ή υπηρεσίες θα εκτελέσουν για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες....Από το ΕΕΕΣ που έχει υποβάλει ο οικονομικός φορέας δεν υφίσταται η προκαταρκτική απόδειξη ότι πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής της παραγράφου 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της διακήρυξης όσον αφορά την επιτυχή εκτέλεση των έργων και την στελέχωση ομάδας έργου, όπως αναλυτικά προσδιορίζεται στο σχετικό άρθρο. Ο οικονομικός φορέας «...» που φέρεται ως φορέας που στηρίζει την «...» ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν έχει υποβάλλει ΕΕΕΣ. Ομοίως και ο οικονομικός φορέας «...».

5. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του και τη συνακόλουθη ματαίωση του διαγωνισμού.

6. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

7. Επειδή, το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]».

8. Επειδή, το άρθρο 93 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει το *Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης του άρθρου 79 και την εγγύηση συμμετοχής, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο του άρθρο 72, καθώς και πρόσθετα έγγραφα, όπως καθορίζει η οικεία διακήρυξη.*[...]».

9. Επειδή, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α'36) και ισχύει εν προκειμένω ορίζει ότι : «*Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης*». Κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή της αναθέτουσας αρχής να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (ΣτΕ ΕπΑν 237/2021). Η ανωτέρω, όμως, δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνισης προϋποθέτει αναγκαίως να έχει προηγηθεί σχετική απάντηση/εγγραφή στην προσφορά, που δεν ισχύει όμως σε

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

περίπτωση παντελούς ελλείψεως ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς (ΔεφΧανίων 18/2022), οπότε η συμπλήρωση αυτών θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς που έχει υποβληθεί κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας.

10. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.[...] 2.3.1 [...] Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 80%) [...] Κριτήριο Κ3: Εφόσον ο υποψήφιος ανάδοχος καλύπτει τα ελάχιστα ζητούμενα για τις υπηρεσίες τεχνικής υποστήριξης και της ελάχιστης προσφερόμενης εγγύησης, τότε βαθμολογείται με 100. [...] 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης, γ) υπεύθυνη Δήλωση στην οποία ο κατασκευαστής θα δηλώνει ότι: «Σε περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας αναδειχθεί Ανάδοχος του έργου, δεσμεύεται ότι θα παρέχει τη δηλωθείσα εγγύηση καλής λειτουργίας (σε έτη) και θα διαθέτει «...» για τα παρεχόμενα είδη για όλο το διάστημα των ετών

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

αυτών». Σε περίπτωση που ο κατασκευαστής είναι αλλοδαπή εταιρεία θα γίνεται αποδεκτή απλή δήλωση/ βεβαίωση με μετάφραση στην ελληνική ή υπεύθυνη δήλωση των αντιπροσώπων των κατασκευαστών στην Ελλάδα.[...]

2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...]

2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...]

3.1.2.1 [...]β) Στη συνέχεια η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει αρχικά στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και εν συνεχεία στην αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη.

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης [...]

3.1.1 Σύνομη Περιγραφή Φυσικού Αντικειμένου [...]Ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να εγγυηθεί για το σύνολο του έργου για τουλάχιστον είκοσι τέσσερις (24) μήνες από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής του έργου. Ο «...» για να εξασφαλίσει τη βιωσιμότητα του έργου και τη μακροπρόθεσμη λειτουργία του θα προβλέψει και θα ενσωματώσει το κόστος «...» στο επιχειρησιακό του περιβάλλον και στον προϋπολογισμό του, για τα έτη μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας.

3.1.2 Αναλυτική εφαρμογή φυσικού αντικειμένου [...]

3.1.2.3.3 Υπηρεσίες Εγγύησης «Καλής Λειτουργίας» και «...». Οι υπηρεσίες εγγύησης «καλής λειτουργίας» θα πρέπει να περιλαμβάνουν κατ’ ελάχιστον τα ακόλουθα: ο Υπηρεσίες «...» που πρέπει να περιλαμβάνουν: ο Αναλυτικό Πρόγραμμα ενεργειών «...», που υποβάλλεται με την έναρξη της σχετικής περιόδου ο Αναλυτική Καταγραφή Πεπραγμένων «...» ο Τεκμηρίωση πρόσθετων προσαρμογών και παραμετροποιήσεων σε

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

«...» καθώς και εφαρμογές που έχει υλοποιήσει ο ίδιος ο Ανάδοχος ο Τεκμηρίωση σφαλμάτων ο Παράδοση αντιτύπων όλων των μεταβολών ή επανεκδόσεων ή τροποποιήσεων των «...» ο «...» Έκθεση αξιολόγησης Περιόδου Η κατ' ελάχιστη απαίτηση εγγύηση καλής λειτουργίας είναι δυο (2) έτη...». Κατά δε τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

11. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι δεν ορίζεται στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης η παραβίαση του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης ως λόγος αποκλεισμού προσφοράς, καθώς η προσφορά απορρίπτεται μόνο εάν βάσει του ΕΕΕΣ δεν αποδεικνύεται προαποδεικτικά η πλήρωση των όρων 2.2.3 έως και 2.2.7 της διακήρυξης, η δε αναθέτουσα αρχή όφειλε να προσφύγει στη διαδικασία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και δή ενόσω η προσφορά του έχει σαφή δήλωση εγγυημένης λειτουργίας και παροχής «...» εντός αυτής. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι, επί ποινή αποκλεισμού, προαποδεικτικά δεν απαιτείται η υπό στοιχείο γ) υπεύθυνη Δήλωση αλλά μόνο το ΕΕΕΣ και εγγυητική, η δε επίμαχη δήλωση εξαιρείται ρητώς τόσο της προαπόδειξης όσο και της ποινής απόρριψης, ενώ σε κάθε περίπτωση η συστηματική ορθή ερμηνεία της διακήρυξης κατά τον νόμο άγει στην κρίση ότι η επίμαχη δήλωση απαιτείται ως δικαιολογητικό που κατατίθεται στο στάδιο της κατακύρωσης για απόδειξη τεχνικής επάρκειας των όρων 2.2.1 έως και 2.2.7 της διακήρυξης, με αποτέλεσμα η απόρριψή του να

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

υπερβαίνει την ίδια την γραμματική διατύπωση του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης. Περαιτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται ότι μόνη προαπόδειξη είναι το ΕΕΕΣ και μόνο αιτούμενο να αποδειχθεί είναι όσα ορίζονται στα 2.2.3., 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της διακήρυξης στα οποία δεν περιλαμβάνεται η υπεύθυνη δήλωση κατασκευαστή η απόρριψη της προσφοράς του είναι αβάσιμη αλλά και αντιφατική καθόσον για την έτερη προσφορά αρκέστηκε στο ΕΕΕΣ και μόνο ως αποδεικτικό προαπόδειξης για όλα τα αιτούμενα στη διακήρυξη . Ενόψει αυτών προβάλλει ότι η κρίση περί απόρριψης της προσφοράς του συνιστά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης σε σχέση με την εφαρμογή του ίδιου άρθρου για την έτερη συμμετοχή, πολλώ μάλλον εφόσον η έτερη συμμετέχουσα που δεν έχει προαποδεικτικά καταθέσει υπεύθυνη δήλωση κατασκευαστή για «...» εντός εγγυημένης λειτουργίας δεν απορρίπτεται για τον οικείο λόγο. Εξάλλου, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η απόρριψή του παραγνωρίζει το πραγματικό ουσιαστικό αντικείμενο της διακήρυξης που είναι η προμήθεια «...», ο δε ίδιος είναι κατασκευαστής των «...» και υπάρχει στην προσφορά του ρητή δέσμευση επάρκειας «...» για την εγγυητική περίοδο των 24 μηνών που απαιτεί η διακήρυξη με μνεία αντίστοιχης αποδοχής και δέσμευσης του κατασκευαστή για τα περιορισμένα είδη ως ανωτέρω, αλλά και υπεύθυνη δήλωση περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων του διαγωνισμού.

12. Επειδή, στον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής ο διαγωνιζόμενος απαιτείται να υποβάλλει σωρευτικώς το ΕΕΕΣ, την εγγυητική επιστολή συμμετοχής και υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή ότι, σε περίπτωση που ο συμμετέχων ανακηρυχθεί ανάδοχος του έργου, δεσμεύεται να παρέχει τη δηλωθείσα εγγύηση καλής λειτουργίας και να διαθέτει «...» για τα παρεχόμενα είδη για όλο το διάστημα της εγγύησης. Επισημαίνεται ότι ο όρος 2.4.3.1 της διακήρυξης τελεί σε συμφωνία με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο και δη το άρθρο 93 του ν. 4412/2016, κατά τον οποίο παρέχεται η δυνατότητα πρόβλεψης από την αναθέτουσα αρχή στη διακήρυξη απαίτησης υποβολής στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής πρόσθετων του ΕΕΕΣ και της εγγυητικής επιστολής εγγράφων και άρα, εν προκειμένω, η θέσπιση στον όρο 2.4.3.1 της

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

διακήρυξης υποχρέωσης υποβολής υπεύθυνης δήλωσης του κατασκευαστή, αποτελεί ευθέως επιτρεπόμενη εκ του νόμου πρόβλεψη που προδήλως δεν έρχεται σε αντίθεση με τον σκοπό της προαπόδειξης, που ο ίδιος νόμος 4412/2016 σε έτερο άρθρο προβλέπει και η οποία τελείται δια του ΕΕΕΣ και αφορά μόνο τα κριτήρια επιλογής και τους λόγους αποκλεισμού. Σημειωτέον ότι δεν τίθεται στη διακήρυξη ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας η δέσμευση του κατασκευαστή για την παροχή εγγύησης, με αποτέλεσμα να μην προβλέπεται στη διακήρυξη και τυχόν σχετική υπεύθυνη δήλωση ως δικαιολογητικό κατακύρωσης και άρα δεν προκύπτει οποιαδήποτε σύγκρουση στο συμμετέχοντα ως προς το σε ποιο χρόνο και στάδιο του διαγωνισμού πρέπει να υποβληθεί η υπεύθυνη δήλωση του υπό στοιχείο γ) του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης. Περαιτέρω, ο όρος 2.4.6α) της διακήρυξης ρητώς περιλαμβάνει, ως λόγο απόρριψης της προσφοράς, τη μη υποβολή του υποφακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής κατά το περιεχόμενο που καθορίζεται στον όρο 2.4.3 της διακήρυξης και άρα, εκ της συνδυαστικής και συστηματικής εφαρμογής των όρων 2.4.3.1 και 2.4.6 της διακήρυξης σαφώς συνάγεται ότι, στον υπό κρίση διαγωνισμό, συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς σε περίπτωση μη προσκόμισης στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής και της υπό στοιχείο γ) υπεύθυνης δήλωσης του κατασκευαστή με το συγκεκριμένο ζητούμενο λεκτικό περιεχόμενο. Ως εκ τούτου, η μνεία στον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα υπό α και β στοιχεία, ήτοι το ΕΕΕΣ και την εγγύηση συμμετοχής, δεν δημιουργεί οιαδήποτε αμφιβολία στον επιμελή και ευλόγως ενημερωμένο συμμετέχοντα ότι υπέχει υποχρέωση να προσκομίσει στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής και την υπό στοιχείο γ) υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή, άλλως συντρέχει λόγος αποκλεισμού του, ούτε προξενείται οιαδήποτε αμφισημία μεταξύ των όρων 2.4.3.1 και 2.4.6 της διακήρυξης. Τυχόν δε υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής, πέραν του ότι έρχεται σε αντίθεση με το ίδιο το περιεχόμενο των όρων 2.4.3.1 και 2.4.6 διακήρυξης, που εναρμονίζεται με τις ισχύουσες κανονιστικές διατάξεις, καταλήγει στο παράλογο αποτέλεσμα να θεσπίζεται υποχρέωση υποβολής εγγράφων με την προσφορά, η μη τήρηση

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

της οποίας δεν θα επάγεται καμία συνέπεια για το διαγωνιζόμενο, ήτοι θα επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του συμμετέχοντος να προσκομίσει ή μη τη ζητούμενη στον όρο 2.4.3.1 υπό στοιχείο γ) υπεύθυνη δήλωση. Εξάλλου, η προβλεπόμενη στον όρο 3.1.2.3.3 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης διεισδυτική εγγύηση καλής λειτουργίας που παρέχεται από το συμμετέχοντα και έχει ειδικό περιεχόμενο που δεν αφορά μόνον «...» αποτελεί ρητώς και σαφώς τεχνική προδιαγραφή, η πλήρωση της οποίας αποδεικνύεται με τα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς, ως απαιτεί ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης, και άρα προδήλως διακρίνεται από το υπό στοιχείο γ) δικαιολογητικό συμμετοχής του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης, καθώς επιτελεί έτερο σκοπό, ήτοι την αξιολόγηση του Κριτηρίου Κ3, υποβάλλεται σε διακριτό στάδιο και αξιολογείται, κατά τον όρο 3.1.2.1 υπό στοιχείο β) της διακήρυξης, μετά τον έλεγχο της πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής. Επομένως, η όποια ανάληψη, με την τεχνική προσφορά, της εγγύησης καλής λειτουργίας σύμφωνα με τον όρο 3.1.2.3.3 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης δεν δύναται να υποκαταστήσει/ αντικαταστήσει/αναιρέσει την έτερη, διακριτή, ρητή και σαφή, επί ποιινή αποκλεισμού, υποχρέωση του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης περί υποβολής με τα δικαιολογητικά συμμετοχής υπεύθυνης δήλωσης του κατασκευαστή ότι δεσμεύεται να παρέχει τη δηλωθείσα εγγύηση καλής λειτουργίας και να διαθέτει «...» για τα παρεχόμενα είδη για όλο το διάστημα της εγγύησης.

13. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων δεν υπέβαλε στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής την προβλεπόμενη υπό γ) στον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή, με αποτέλεσμα να συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του. Αβασίμως, δεδομένης της ρητής πρόβλεψης στο όρο 2.4.6α) της διακήρυξης συγκεκριμένου λόγου απόρριψης που αφορά στη μη υποβολή του υποφακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής κατά το περιεχόμενο του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν ορίζεται στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης ότι η παραβίαση του όρου 2.4.3.1 δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού, καθώς και ότι η προσφορά απορρίπτεται μόνο εφόσον από το ΕΕΕΣ δεν αποδεικνύεται προαποδεικτικά η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής στα οποία δεν εντάσσεται ο όρος 2.4.3.1 της διακήρυξης. Άλλωστε, βάσει των εκτεθέντων

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

στην προηγούμενη σκέψη, ο προσφεύγων προδήλως παρερμηνεύει την έννοια και το περιεχόμενο της προαπόδειξης, η οποία δεν αποκλείει, κατά το νόμο, την πρόβλεψη υποχρέωσης υποβολής, επί ποινή αποκλεισμού, στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής και έτερων εγγράφων πέραν του ΕΕΕΣ, ενώ για τον ίδιο λόγο, αβασίμως, προβάλλεται ότι η υπό 2.4.3.1 γ) υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή, εξαιρείται τόσο της προαπόδειξης όσο και της ποινής απόρριψης, ως ομοίως θα πρέπει να απορριφθούν ως μη ερειδόμενοι στο νόμο και τη διακήρυξη, εσφαλμένοι αλλά και αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι η επίμαχη δήλωση, κατά ορθή κρίση και ερμηνεία του νόμου και της διακήρυξης, απαιτείται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης για την απόδειξη τεχνικής επάρκειας των όρων 2.2.1 έως και 2.2.7 της διακήρυξης. Όσον αφορά δε τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί παράβασης του ενιαίου μέτρου κρίσης, πέραν του ότι ερείδονται σε παρερμηνεία της προαπόδειξης και σύγχυσης της με την επιτρεπόμενη πρόβλεψη υποβολής και έτερων του ΕΕΕΣ εγγράφων, στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, καταρχάς, θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτως προβαλλόμενες, δοθέντος ότι, προς νόμιμη επίκληση του ενιαίου μέτρου κρίσης θα πρέπει να επιδιώκεται η απόρριψη της προσφοράς έτερου συμμετέχοντος για τον ίδιο λόγο που απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και όχι για την αποδοχή μη νόμιμης προσφοράς, ωστόσο, εν προκειμένω, ο προσφεύγων δεν αιτείται την απόρριψη της προσφοράς του συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα και για πρόσθετους λόγους από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη. Σε κάθε δε περίπτωση, οι σχετικές αιτιάσεις τυγχάνουν απορριπτέες και ως αλυσιτελείς, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και για τον πρόσθετο, ίδιο λόγο που απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος, δοθέντος ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αμφισβητήσε τον αποκλεισμό του, σημειωτέον δε ότι η προσβαλλόμενη δεν περιλαμβάνει αντιφατικές κρίσεις, αναφορικά με τους λόγους αποκλεισμού των δυο συμμετεχόντων, τα όσα δε περί του αντιθέτου υποστηρίζει ο προσφεύγων τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Πέραν των ανωτέρω, ενόψει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη περί της σαφούς διάκρισης της υπεύθυνης δήλωσης του όρου 2.4.3.1 από την τεχνική

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

προδιαγραφή του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, η μνεία στην τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος ότι παρέχει διετή εγγύηση, προδήλως δεν συνιστά υπεύθυνη δήλωση, φέρουσα τις ειδικές εκ του νόμου ένομες συνέπειες σε περίπτωση παράβασης της και άρα δεν δύναται νομίμως να αναπληρώσει την εκ μέρους του προσφεύγοντος παράλειψη υποβολής, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, της υπό στοιχείο γ) υπεύθυνης δήλωσης του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης, πολλώ μάλλον δοθέντος ότι η σχετική μνεία στην τεχνική του προσφορά αφορά πλήρωση τεχνικής προδιαγραφής και δεν εξυπηρετεί τον ίδιο σκοπό με το δικαιολογητικό συμμετοχής που προβλέπεται σε έτερο όρο και στάδιο του διαγωνισμού. Ούτε βέβαια, κατά πάγια νομολογία, η υποβληθείσα από τον προσφεύγοντα γενική υπεύθυνη δήλωση περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων του διαγωνισμού, δύναται να υποκαταστήσει την ρητώς προβλεπόμενη στον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση με τη συγκεκριμένη λεκτική διατύπωση, αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται την υπεύθυνη δήλωση για τους αισθητήρες, η οποία προδήλως δεν καλύπτει το περιεχόμενο και εύρος της ζητούμενης στον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης υπεύθυνης δήλωσης. Τέλος, βάσει των όσων έγιναν δεκτά υπό σκέψη 9, δεν δύναται, εν προκειμένω, να τύχει εφαρμογής η κλήση του προσφεύγοντος, κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016, διότι τούτο θα συνεπάγονταν την ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του δια της το πρώτον, μεταγενεστέρης υποβολής κρίσιμου εγγράφου αλλά και τη θεραπεία πλημμέλειας που επάγεται αποκλεισμό. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω, ορθώς, και κατά δεσμία αρμοδιότητα, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και, συνεπεία αυτής της μη αποδοχής αμφοτέρων προσφορών, αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρον 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 234 /2024

Απορρίπτει την προσφυγή

Διατάσσει την κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου του κατατεθέντος παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 1 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
α/α ΜΑΡΙΑ ΠΛΟΣΚΑ**