

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 5 Απριλίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 26.02.2024 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **276/27.02.2024** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα») που εδρεύει στα «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του «...» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») που εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της «...» με αριθμό «...», στην οποία ενσωματώθηκε και η απόφαση με αριθμό «...», κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της σύμβασης καθώς και κατά το μέρος αυτής με το οποίο δεν αναγνωρίσθηκε επιπλέον λόγος απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.600,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 320.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

Φ.Π.Α. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 27η.12.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...».

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 26.02.2024, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 16.02.2024, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 326/2024 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 07.03.2024 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. «...». Η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 12.03.2024 το υπόμνημα της με ημερομηνία 11.03.2024 για την αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ {ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

6. Η Διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

ΣΤΕ 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12, 2635/2009, Ε.Α. ΣΤΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

7. Με τον **πρώτο λόγο προσφυγής**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις είναι πλημμελείς, στο μέτρο που έκριναν αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «...» και στη συνέχεια ανέδειξαν αυτήν οριστική ανάδοχο της σύμβασης, παρά το γεγονός ότι κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ της δεν απέδειξε την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, που προβλέπονται στον όρο 2.2.6 της Διακήρυξης, αλλά κλήθηκε παράνομα σε παροχή σχετικών διευκρινίσεων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Σχετικά με τον παραπάνω λόγο προσφυγής λεκτέα τα εξής:

8. Στον όρο 2.2.6 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζεται ότι *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν: να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον κατά τα τελευταία τρία (3) έτη (2020, 2021, 2022) τουλάχιστον μία σύμβαση «...» με αυτά της διακήρυξης, σε φορέα του δημόσιου τομέα ύψους μεγαλύτερου από το 20% του προϋπολογισμού της παρούσας, τα οποία θα αξιολογηθούν ως προς την πληρότητα τους»*. Με βάση τον παραπάνω όρο και δεδομένου ότι η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 320.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., προκύπτει ότι για την απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οι συμμετέχοντες οφείλουν να αποδείξουν ότι έχουν εκτελέσει κατά τα έτη 2020, 2021 ή 2022 τουλάχιστον μία συναφή σύμβαση «...» ύψους 64.000,00 ευρώ και άνω.

9. Επίσης, στον όρο 2.2.9.1 της Διακήρυξης με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» προβλέπεται ότι *«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 παρούσας, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό Σελίδα 18 συμμετοχής, το*

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

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. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1».

10. Η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος, τόσο για τις αναθέτουσες αρχές, όσο και για τους οικονομικούς φορείς. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα και απαιτούμενα στη Διακήρυξη έγγραφα, όσα δηλώνουν υπεύθυνα με το ΕΕΕΣ. Άλλωστε, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο Υπεύθυνη Δήλωση (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016), που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986, και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν δύναται να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά, αλλά αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα (ΣΤΕ 781/2010). Επομένως, αφενός, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπεύθυνα γεγονότα, τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντάς τα, συνάμα δε, δεσμεύονται ότι ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν με βάση τα οριζόμενα στη Διακήρυξη έγγραφα κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, ότι πληρούν τα δηλούμενα. Εν τέλει, η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και η μη συνδρομή στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων των λόγων αποκλεισμού αποδεικνύονται μέσω της υποβολής των οριζόμενων κατά την Διακήρυξη αποδεικτικών εγγράφων κατά το στάδιο κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατά το οποίο ο προσωρινός ανάδοχος καλείται να αποδείξει ότι πληροί όλα τα κριτήρια, τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, όσο και κατά το χρόνο κατακύρωσης.

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

11. Ακόμα, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 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». Όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, με τον οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 «Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους 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 υποβάλουν, 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. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

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' αναλογίαν και για τυχόν ελλείψεις δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

12. Κατά την έννοια των παραπάνω, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν, πριν τον αποκλεισμό υποψήφιου οικονομικού φορέα, να τον καλέσουν σε συμπλήρωση διαπιστωθείσας πλημμέλειας στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, υπό την προϋπόθεση ότι με τη συμπλήρωση αυτή παρίσταται αντικειμενικά εξακριβώσιμο ότι το δηλούμενο στοιχείο ή γεγονός ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών (βλ. ΑΕΠΠ επταμ. 10/2021). Συναφώς, όπως έχει κριθεί, μια προσφορά δεν μπορεί να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Οπότε οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νόμιμα υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της αρμοδιότητάς της αυτής, η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά στο αίτημα παροχής διευκρινίσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη μπορεί, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρά αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 που εκδόθηκε υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

13. Στην κρινόμενη περίπτωση η εταιρεία «...» κατά την υποβολή του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής της κατέθεσε στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της και το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό και την προαπόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «...»). Στο Μέρος IV αυτού και στο πεδίο Γ «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» «Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη / γνωστοποίηση» η εταιρεία «...» δήλωσε τις παρακάτω τρεις συμβάσεις: **α.** «...» αξίας 2.903.47 ευρώ με διάρκεια από «...» και αποδέκτη το «...», **β.** «...» αξίας 43.400,00 ευρώ και διάρκεια από «...» με αποδέκτη τον «...» και **γ.** «...» αξίας 30.000,00 ευρώ με διάρκεια από «...» και αποδέκτη το «...». Από τις παραπάνω δηλώσεις της εταιρείας «...» δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, καθώς οι εκτελεσθείσες συμβάσεις που αναφέρονται στο ΕΕΕΣ της υπολείπονται του απαιτούμενου ελάχιστου ποσού των 64.000,00 ευρώ.

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

14. Στη συνέχεια, στις 19.01.2024 πριν τη σύνταξη του πρακτικού 2 για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού απέστειλε προς την εταιρεία «...» δια μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού αίτημα για την παροχή διευκρινίσεων, σύμφωνα με τη διαδικασία που ορίζεται στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «...»), με το παρακάτω περιεχόμενο *«Παρακαλούμε να υποβάλετε εντός 10 ημερών από τη λήψη της παρόντος εγγράφου, στοιχεία που τεκμηριώνουν την πλήρωση των κριτηρίων των παραγράφων 2.2.5 και 2.2.6, μέσω της εφαρμογής ΕΣΗΔΗΣ»*. Στο παραπάνω αίτημα της επιτροπής του διαγωνισμού ανταποκρίθηκε η «...» καταθέτοντας δια μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού έγγραφα σχετικά με τα στοιχεία που της ζητήθηκαν (βλ. ηλεκτρονικά αρχεία με τις ονομασίες «...», «...», «...» και φάκελο με την ονομασία «...»).

15. Ωστόσο, όπως ορθά ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η παραπάνω κλήση της «...» δεν βρίσκει έρεισμα στην έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Και αυτό γιατί, όπως και παραπάνω αναλύθηκε, η διαδικασία που ορίζει το παραπάνω άρθρο αποσκοπεί στην διευκρίνιση ή συμπλήρωση των στοιχείων που έχουν ήδη περιληφθεί στην προσφορά του συμμετέχοντος κατά την αρχική υποβολή της και άρα έχουν δηλωθεί και στο ΕΕΕΣ του και όχι στην προσθήκη νέων στοιχείων σε χρόνο μεταγενέστερο της αξιολόγησής της από την Επιτροπή του Διαγωνισμού. Στην προκειμένη περίπτωση όμως η «...» απέτυχε να προαποδείξει, όπως όφειλε, την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με την υποβολή του ΕΕΕΣ της και για το λόγο αυτό η Επιτροπή του Διαγωνισμού θα έπρεπε να απορρίψει την τεχνική προσφορά κατά το στάδιο της αξιολόγησής της, ενώ δεν είχε την δυνατότητα να την καλέσει σε διευκρινίσεις οδηγώντας την εκ των υστέρων σε παράνομη τροποποίησή της λόγω της προσθήκης νέων στοιχείων. Τα παραπάνω ισχύουν ανεξάρτητα από το εάν τελικά με τα έγγραφα που συμπληρωματικά προσκόμισε η «...» κατάφερε να αποδείξει την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και ειδικά την προηγούμενη εκτέλεση κατά τα έτη 2020, 2021 και 2022 τουλάχιστον μίας συναφούς σύμβασης άνω των 64.000,00 ευρώ, καθώς, σε κάθε περίπτωση, η Επιτροπή του Διαγωνισμού εσφαλμένα κίνησε τη διαδικασία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Συνεπώς, η κλήση της «...» σε διευκρινίσεις και η μετέπειτα

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

αποδοχή της προσφοράς της μετά την αξιολόγηση των νέων στοιχείων που κατατέθηκαν δεν είναι σύμφωνη με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου **ο πρώτο λόγος προσφυγής προβάλλεται βάσιμα και θα πρέπει να γίνει δεκτός.**

16. Μετά τα παραπάνω και την αποδοχή του πρώτου λόγου προσφυγής η προσφορά της «...» είναι απορριπτέα, ενώ παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του δεύτερου λόγου της προσφεύγουσας κατά της αυτής, δεδομένου ότι η παραπάνω πλημμέλεια παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψή της (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

17. Με τον **τρίτο λόγο** η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...», προβάλλοντας επιπλέον πλημμέλειες της προσφοράς της. Ωστόσο, η προσφορά της πιο πάνω εταιρείας έχει ήδη κριθεί απορριπτέα με το Πρακτικό ν. 2 της Επιτροπής του Διαγωνισμού, στο οποίο αναφέρεται ότι *«Τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα «...», δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις και προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή και κρίνονται μη αποδεκτά καθώς τα υποβληθέντα στοιχεία δεν πληρούν τις απαιτήσεις του κριτηρίου της παρ. 2.2.6. Ειδικότερα οι επικαλούμενες συμβάσεις στο «...» και στα συμπληρωματικά στοιχεία (ύψους 42.500,00 και 29.000 Ευρώ) δεν υπερβαίνουν το 20% του προϋπολογισμού της παρούσας»*. Επίσης όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης η εταιρεία «...» δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά του αποκλεισμού της από το διαγωνισμό, ούτε και παρέμβαση κατά των πρόσθετων λόγων απόρριψης της προσφοράς της που προβάλλει η προσφεύγουσα.

18. Σύμφωνα με τα όσα θεωρητικά και νομολογιακά έχουν κριθεί το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι άμεσο, από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο,

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Επίσης, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικά (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

19. Επίσης, με την απόφαση του ΔΕΕ της 24ης Μαρτίου 2021 (C-771/19 - NAMA κ.λπ., σκ. 39-42) έχει κριθεί ότι *«Όσον αφορά τους ισχυρισμούς τους οποίους μπορεί να προβάλει ένας αποκλεισθείς προσφέρων στο πλαίσιο μιας τέτοιας προσφυγής, παρατηρείται ότι η οδηγία 92/13 δεν προβλέπει άλλη απαίτηση πέραν εκείνης του άρθρου 1, παράγραφος 1, η οποία ορίζει ότι ο προσφέρων αυτός μπορεί να προβάλει ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της εν λόγω νομοθεσίας. Εξάλλου, στη σκέψη 29 της απόφασης της 5ης Απριλίου 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), το Δικαστήριο επισήμανε ότι οι διαφορές των ισχυρισμών που προβάλλουν οι προσφέροντες οι οποίοι αποκλείστηκαν από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης δεν ασκούν επιρροή στην εφαρμογή της νομολογιακής αρχής που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας*

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

απόφασης. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Τούτου δοθέντος, η νομολογιακή αρχή που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης ισχύει μόνον εφόσον ο αποκλεισμός του προσφέροντος δεν έχει επικυρωθεί με απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου (πρβλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus και Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψεις 57 και 58, και της 5ης Σεπτεμβρίου 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU:C:2019:675, σκέψεις 31 και 32)».

20. Μετά τα παραπάνω προκύπτει ότι στην προκειμένη περίπτωση η «...», κατά το χρόνο άσκησης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής έχει αποκλεισθεί οριστικά από το διαγωνισμό, καθώς η τεχνική της προσφορά κρίθηκε μη σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και η ίδια δεν αμφισβήτησε τον αποκλεισμό της. Επομένως, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος αυτής που αναφέρεται στην προσφορά της «...» και άρα ο **τρίτος λόγος** κατά της πιο πάνω εταιρείας προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας και **θα πρέπει να απορριφθεί** (πρβλ. ΣΤΕ 1646/2022, σκ. 31 – 32, ΔΕφαΘ 739/2023, 1879/2022, 1144/2022 κ.α.).

21. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της «...» και ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος της σύμβασης.
3. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης : 631/2024

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Απριλίου 2024 και εκδόθηκε στις 19 Απριλίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α.Α. ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ