

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 5^η Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου, Εισηγητής και Ειρήνη Αφιοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.05.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 766/31.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ..., (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 913/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος της, με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της και έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 7.925,00 ευρώ που αναλογεί στην εκτιμώμενη αξία για την οποία ασκείται η προσφυγή, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., και το από 31-05-2022 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. καθ' ύλη και κατά χρόνο λόγω προϋπολογιζόμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ της διακήρυξης, εμπροθέσμως προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται, με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 30-05-

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

2022. Συναφώς, η οικεία παρέμβαση ασκήθηκε παραδεκτώς ως εμπρόθεσμη, εγειρόμενη εντός της προβλεπομένης δεκαήμερου προθεσμίας αρχομένης τούτης από της επομένης κοινοποίησεως της ένδικης προσφυγής ήτοι 02.06.2022.

3. Επειδή, δυνάμει σχετικής Διακήρυξης προκηρύχθηκε από την ... ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της Σύμβασης Προμήθειας με τίτλο «...», εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας € 1.584.244,35 (πλέον ΦΠΑ) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει του κόστους των προσφερομένων προϊόντων, συναρτήσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Προκήρυξη της παρούσας σύμβασης απεστάλη για δημοσίευση με ηλεκτρονικά μέσα στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 26.01.2022, ενώ την 02.02.2022 αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) με Μοναδικό Κωδικό - ΑΔΑΜ ... και με ανάρτηση στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (<http://www.promitheus.gov.gr>), με Αύξοντα Αριθμό Συστήματος Στο πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού, η διενέργεια του οποίου εκκίνησε την 21.03.2022, με την υπ' αριθμ. 329/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..., Επιτροπή Διαγωνισμού (στο εξής «Ε.Δ.»), έλαβε μέρος η προσφεύγουσα (Α/Α προσφοράς 270742 15/3/22 10:22:08) και η παρεμβαίνουσα (Α/Α προσφοράς 271825 14/3/22 13:03:17). Κατά την 21.03.2022, η Ε.Δ. προέβη αρχικά στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των υποφακέλων «Δικαιολογητικά - Τεχνική Προσφορά» και στη συνέχεια παρέλαβε από τη γραμματεία της Δ/σης Τεχνικών Έργων Π.Ε. ... τα δείγματα φωτιστικών που οι διαγωνιζόμενοι είχαν καταθέσει, καθώς και έγγραφα που έπρεπε να κατατεθούν σε έντυπη μορφή, όπως βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας, εγγυητική επιστολή. Κατόπιν, η Ε.Δ. προχώρησε στην αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, από την οποία διαπίστωσε ότι και οι δύο προσφορές περιελάμβαναν τα απαιτούμενα στοιχεία του άρθρ. 2.4.3.1 της διακήρυξης. Ακολούθησε, ο έλεγχος των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, από τον οποίον η Ε.Δ. διαπίστωσε ότι μόνον η παρεμβαίνουσα κάλυπτε τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από το Πρακτικό Ι της Ε.Δ., η τελευταία έκρινε ότι η προσφεύγουσα δεν κάλυπτε

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

κάποιες από τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι παρ. 3 «Τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων» και συγκεκριμένα τις απαιτήσεις με α/α 3, α/α 5.2, α/α 9, α/α 10, α/α 11 και α/α 20. Ως προς αυτές, σημείωσε τις ακόλουθες παρατηρήσεις: - Απαίτηση α/α 3: Ότι η διαπίστευση του εργαστηρίου δεν περιλαμβάνει το συγκεκριμένο έλεγχο. - Απαίτηση α/α 5.2: Ότι δεν υποβλήθηκε έκθεση ελέγχου λειτουργίας $T > 50$ °C. - Απαίτηση α/α 9: Ότι δεν υποβλήθηκε έκθεση ελέγχου κατά LM 80 και διαπίστευση του εργαστηρίου. - Απαίτηση α/α 10: Ότι δεν καλύπτεται η απαίτηση DALI. - Απαίτηση α/α 11: Ότι η έκθεση ελέγχου κατά EN60598 δεν περιλαμβάνει τη συσκευή προστασίας υπερτάσεων. - Απαίτηση α/α 3: Ότι δεν υποβλήθηκε έκθεση ελέγχου για τα ζητούμενα πρότυπα EN6100-3-2, EN61000-3-3, EN55015. Κατόπιν τούτου, η Ε.Δ. προχώρησε στη βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς μόνον της εταιρείας «...», η οποία, όπως προκύπτει από το σχετικό πίνακα τεχνικής αξιολόγησης που εμπεριέχεται στο Πρακτικό Ι, έλαβε συνολική βαθμολογία 143,25. Μετά τα ανωτέρω, η Ε.Δ. εισηγήθηκε στην Αναθέτουσα Αρχή την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, την έγκριση του Πρακτικού Ι και τη συνέχιση του διαγωνισμού κατά τα οριζόμενα στο άρθρ. 3.1. της διακήρυξης. Η σχετικά εκδοθείσα υπ' αριθμ. 913/2022 απόφαση και το Πρακτικό Ι αναρτήθηκαν στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την 18.05.2022. Γνώση των εν λόγω δικαιολογητικών της «...», απέκτησε η προσφεύγουσα της μόλις την 24.05.2022, κατόπιν σχετικού αιτήματός, οπότε και κοινοποιήθηκαν αυτά μέσω ΕΣΗΔΗΣ, (βλ. σχετικό μήνυμα από 23/05/2022 μήνυμα αναθέτουσας αρχής στο ΕΣΗΔΗΣ όπου διαλαμβάνεται «Σε συνέχεια της από 18-5-22 κοινοποίησης της απόφασης έγκρισης Πρακτικού Ι, σας παρέχουμε πρόσβαση στις τεχνικές προσφορές και δικαιολογητικά, που εκ παραδρομής δεν πραγματοποιήθηκε. Ως εκ τούτου ο χρόνος για τυχόν υποβολή προδικαστικών προσφυγών ξεκινάει από σήμερα»). Κατά της υπόψη απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ..., τόσο κατά το μέρος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της από το διαγωνισμό, όσο και κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή στο διαγωνισμό και βαθμολογήθηκε με 143,25 βαθμούς η προσφορά της εταιρείας «...», βάλλει η προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

4. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «*B. Μη νόμιμη και αυθαίρετη η κρίση της Ε.Δ. περί μη συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας με την τεχνική προδιαγραφή φωτιστικών σωμάτων με α/α 3. Σύμφωνα με την τεχνική προδιαγραφή φωτιστικών σωμάτων με α/α 3 «η αντοχή σε μηχανικές καταπονήσεις και κρούσεις του φωτιστικού θα πρέπει να είναι τουλάχιστον IK08 κατά EN 62262».* Προς απόδειξη της συμμόρφωσης στην υπόψη τεχνική προδιαγραφή, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν «*Έκθεση Ελέγχου κατά EN 62262 και Διαπίστευση του εργαστηρίου κατά ISO 17025 για το συγκεκριμένο έλεγχο*». Η Ε.Δ., κατά τον έλεγχο της τεχνικής μας προσφοράς, θεώρησε ότι η υποβληθείσα από την εταιρεία μας εργαστηριακή διαπίστευση δεν περιελάμβανε το συγκεκριμένο έλεγχο αντοχής σε μηχανικές καταπονήσεις και κρούσεις κατά EN 62262. Όμως, στο συγκεκριμένο συμπέρασμα μάλλον εκ παραδρομής κατέληξε η Ε.Δ., καθώς στην Έκθεση Ελέγχου «*IEC ... Luminaires Part 2: Particular requirements Section 3: Luminaires for road and street lighting*» που προσκομίσαμε, περιλαμβάνεται ο συγκεκριμένος έλεγχος κατά IEC 62262, σύμφωνα με τον οποίο το προσφερόμενο φωτιστικό λαμβάνει τον απαιτούμενο βαθμό IK08. Η σχετική Έκθεση Ελέγχου ενσωματώνεται ως «*Enclosure 4*» στις σελίδες 83 έως 85 της ως άνω Πιστοποίησης. Προς άρση κάθε αμφιβολίας, εξηγούμε τα κάτωθι: Το Ευρωπαϊκό Πρότυπο EN 62262 — το ισοδύναμο του διεθνούς προτύπου IEC 62262 (2002) — σχετίζεται με διαβαθμίσεις IK (προστασία από πρόσκρουση). Πρόκειται για μια διεθνή αριθμητική ταξινόμηση για τους βαθμούς προστασίας που παρέχουν τα περιβλήματα για ηλεκτρικό (εν γένει) εξοπλισμό από εξωτερικές μηχανικές κρούσεις και παρέχει ένα μέσο προσδιορισμού της ικανότητας ενός περιβλήματος να προστατεύει το περιεχόμενό του από εξωτερικές επιδράσεις. Το IEC/TR 62696:2011(E) καλύπτει τη δοκιμή και την ταξινόμηση των φωτιστικών σύμφωνα με το IEC 62262, δηλαδή αφορά αποκλειστικά και μόνον φωτιστικά σώματα. Το Ευρωπαϊκό Πρότυπο EN 60598, από την πλευρά του, αφορά αποκλειστικά φωτιστικά σώματα και σχετίζεται με τις απαιτήσεις ασφάλειας του φωτιστικού. Στο υποβληθέν από την εταιρεία μας «*IEC ... Luminaires Part 2: Particular requirements Section 3: Luminaires for road and street lighting*», πέραν των απαιτήσεων ασφάλειας, περιλαμβάνεται και η

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

ζητούμενη Έκθεση Ελέγχου αντοχής σε μηχανικές καταπονήσεις και κρούσεις κατά EN 62262, η οποία προφανώς διέλαθε της προσοχή με Ε.Δ. Επομένως, η κρίση της Ε.Δ. περί μη συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας με την τεχνική προδιαγραφή φωτιστικών σωμάτων με α/α 3 είναι εσφαλμένη και πρέπει να ακυρωθεί, συνακολούθως ακυρωτέα είναι και η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ... που ενέκρινε τον αποκλεισμό της εταιρείας μας για τον εδώ αναφερόμενο λόγο. Β.2. Μη νόμιμη και αυθαίρετη η κρίση της Ε.Α. περί μη συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας με την τεχνική προδιαγραφή φωτιστικών σωμάτων με α/α 5.2. Β.2.1. Σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 του Ν. 4412/2016: «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών». Περαιτέρω, όπως γίνεται παγίως δεκτό, η αρχή της ίσης μεταχείρισης 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, καταρχήν 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 γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίζουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, CasertanaCostruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά VlaamsGewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Εξάλλου, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

CAS *SucchidiFrutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33). B.2.2. Στην προκειμένη περίπτωση και συγκεκριμένα στην προδιαγραφή α/α 5 των προδιαγραφών φωτιστικών σωμάτων, υπάρχει πρόδηλη ασάφεια. Ειδικότερα, σύμφωνα με την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή «1. Η θερμοκρασία λειτουργίας του φωτιστικού θα πρέπει να κυμαίνεται τουλάχιστον από -20 °C έως + 45 °C. 2. Το φωτιστικό θα πρέπει να έχει ελεγχθεί ότι λειτουργεί με ασφάλεια σε θερμοκρασία περιβάλλοντος $T > 50^{\circ}\text{C}$ ». Προς απόδειξη της συμμόρφωσης στη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αφενός «1. Τεχνικό Φυλλάδιο φωτιστικού», αφετέρου «2. Πιστοποιητικό ENEC και Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598». Η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή, με τον τρόπο που έχει διατυπωθεί, είναι προδήλως ασαφής, ανακριβής, κυρίως δε αμφίσημη. Και τούτο διότι, ενώ ζητείται το φωτιστικό να λειτουργεί (εξυπακούεται με ασφάλεια) σε θερμοκρασία περιβάλλοντος από - 20 °C έως + 45 °C, αποδεικνυόμενου τούτου με το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος, η σχετική πιστοποίηση και η έκθεση ελέγχου (ENEC και EN 60598) για τη συγκεκριμένη απαίτηση, απαιτείται να αναφέρονται σε θερμοκρασία περιβάλλοντος $T > 50^{\circ}\text{C}$. Όμως, εάν η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμούσε το προσφερόμενο φωτιστικό να έχει δοκιμαστεί ότι λειτουργεί με ασφάλεια στους $T > 50^{\circ}\text{C}$, πιστοποιούμενου τούτου από Πιστοποιητικό ENEC και Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598, θα έπρεπε να ζητά και η θερμοκρασία λειτουργίας του φωτιστικού να φθάνει στους $T > 50^{\circ}\text{C}$, κι όχι στους + 45 °C. B.2.3. Η εταιρεία μας, συμμορφούμενη πλήρως στην τεχνική προδιαγραφή περί λειτουργίας του φωτιστικού σε θερμοκρασία περιβάλλοντος από - 20 °C έως + 45 °C, προσέφερε τα κατάλληλα φωτιστικά, προσκομίζοντας και τα σχετικά τεχνικά φυλλάδια (βλ. αρχεία CERT_ ..._ ENEC_81-104990_TIGUA_T54_2018-07-15.pdf, CERT_..._ ENEC_81-121068_X-TIGUA_CLJ_I_60598-2-5_2021-11-04_.pdf, CERT_ ..._ ENEC_81-121254_X-TIGUA_CL_n_..._2021-11-11.pdf). Ταυτόχρονα, υποβάλαμε και την αντίστοιχη πιστοποίηση και έκθεση ελέγχου κατά EN 60598 (βλ. αρχείο TR_..._3505592.50JEC_..._TIGUA_TUNNEL_2018-07-02.pdf), η οποία, εναρμονιζόμενη με τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου φωτιστικού, πιστοποιεί τη λειτουργία του σε θερμοκρασία περιβάλλοντος (T_a) 45 °C,

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

δηλαδή σε θερμοκρασία όμοια με αυτήν που δίνει και ο κατασκευαστής. Ενόψει των ανωτέρω, είναι δεδομένο ότι το προσφερόμενο από την εταιρεία μας φωτιστικό πληροί επακριβώς τη ζητούμενη απαίτηση για λειτουργία του σε θερμοκρασία περιβάλλοντος (εξυπακούεται με ασφάλεια) από - 20 Χ έως + 45 Χ, έχει δε πιστοποιηθεί ως προς αυτήν και κατά EN 60598, όπως απαιτεί η Διακήρυξη. Η επίμαχη δε πρόβλεψη περί πιστοποίησης κατά EN 60598 για λειτουργία σε θερμοκρασία $T > 50$ Χ είναι προδήλως εσφαλμένη, έρχεται σε αντίθεση με την πρώτη και κύρια προδιαγραφή περί λειτουργίας του φωτιστικού σε θερμοκρασία περιβάλλοντος από - 20 Χ έως + 45 Χ και επομένως, η αδυναμία συμμόρφωσης της εταιρείας μας προς αυτήν δεν μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό μας. Β.3. Μη νόμιμη και αυθαίρετη η κρίση της Ε.Δ. περί μη συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας με τις τεχνικές προδιαγραφές Φωτιστικών σωμάτων με α/α 9, 10, 11 και 20 - Ελλείψεις δεκτικές συμπλήρωσης σύμφωνα με το άρθρ. 3.1 της διακήρυξή και 102 ν.4412/2016, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρ. 42 του ν. 4782/2021. Σύμφωνα με το άρθρ. 3.1. της διακήρυξης, το οποίο αποτελεί πιστή αντιγραφή του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, όπως τούτο αντικαταστάθηκε με το άρθρ. 42 του ν. 4782/2021, «κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά 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». Στη νέα ως άνω διατύπωση του άρθρ. 102 χρησιμοποιείται η φράση «όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται (...) ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα». Μέχρι σήμερα, και υπό την προϋσχύσασα διάταξη του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, γινόταν παγίως δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζομένου. Υπό τη νέα, όμως, διατύπωση της διάταξης καθίσταται σαφές ότι δεν μπορεί πλέον να αποτελεί κριτήριο για τη μη εφαρμογή του άρθρ. 102, η πρόβλεψη συγκεκριμένης υποχρέωσης «επί ποινή αποκλεισμού», καθώς με τη χρήση στην επίμαχη διάταξη της φράσης «που πρέπει», ο νομοθέτης θέλησε να συμπεριλάβει στην υποχρεωτική εφαρμογή της εν λόγω διάταξης όλες τις περιπτώσεις στις οποίες οι διαγωνιζόμενοι «πρέπει» να υποβάλλουν συγκεκριμένες πληροφορίες, τεκμηρίωση, έγγραφα. Δηλαδή, όταν ο ίδιος ο νομοθέτης παρέχει ρητώς τη δυνατότητα συμπλήρωσης πληροφοριών «που έπρεπε» να υποβληθούν, αλλά δεν υπεβλήθησαν, ευλόγως συνάγεται το συμπέρασμα ότι η σχετική δυνατότητα εκτείνεται σε όλες τις περιπτώσεις υποχρεωτικότητας, οι οποίες εξ ορισμού είναι επί ποινή αποκλείσου. Η ερμηνεία αυτή είναι σύμφωνη με το γράμμα της νέας τροποποιηθείσας διάταξης του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, προεχόντως δε με το σκοπό του νομοθέτη, όπως αποτυπώνεται στην αιτιολογική έκθεση του νόμου και ο οποίος συνίσταται στον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής και η κάμψη της τυπολατρίας και του γραμματισμού προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Αυστηρός πάντοτε όρος για την εφαρμογή της εν λόγω διάταξης παραμένει, η μη τροποποίηση της προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η σχετική αίτηση 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. Επομένως, υπό το πρίσμα της νέας διάταξης του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται να ζητά συμπληρώσεις ή διευκρινίσεις επί της υποβληθείσας προσφοράς, ακόμη και «όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα» που έπρεπε να υποβληθούν και δεν υπεβλήθησαν. Ενόψει των ανωτέρω και οι τέσσερις (4) ελλείψεις αποδεικτικών μέσων που σημείωσε η Ε.Δ. στο Πρακτικό Ι αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων με

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

α/α 9, 10, 11 και 20 είναι δεκτικές συμπλήρωσης δυνάμει του νέου άρθρ. 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα: Β.3.1. Ως προς την τεχνική προδιαγραφή με α/α 9. Σύμφωνα με την υπόψη τεχνική προδιαγραφή φωτιστικών σωμάτων, «Για όλες τις φωτεινές πηγές LED, η απώλεια της φωτεινής ροής στις 50.000 ώρες δεν θα πρέπει να ξεπερνά το 30% της αρχικής φωτεινής ροής (L70 reported @ 50.000 ώρες)». Η κάλυψη της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής αποδεικνύεται με την προσκόμιση «Έκθεσης ελέγχου κατά LM-80 & Πιστοποιητικού Διαπίστευσης κατά ISO 17025 του εργαστηρίου για τη διεξαγωγή μετρήσεων κατά LM-80». Το προσφερόμενο από την εταιρεία μας φωτιστικό σώμα πληροί επακριβώς την ως άνω προδιαγραφή. Σχετικά καταθέσαμε το αρχείο LM80 led 190222_Y50_L90B10_.pdf που μας απέστειλε η κατασκευάστρια των μονάδων LED προς απόδειξη της υπόψη προδιαγραφής και το οποίο αποτελεί τμήμα του τεχνικού φυλλαδίου. Στο έγγραφο αυτό καταγράφεται καμπύλη πτώσης φωτεινής ροής, τα οποία, κατά ρητή δήλωση, βασίζονται σε μετρήσεις κατά LM-80. Όφειλε, επομένως, η Ε.Δ. και κατ' επέκταση η Αναθέτουσα Αρχή να μας καλέσει να καταθέσουμε την ελλείπουσα Έκθεση Ελέγχου και τη σχετική διαπίστευση, την οποία, εκ παραδρομής δεν συμπεριλάβαμε στο φάκελο της τεχνικής μας προσφοράς. Η συγκεκριμένη έλλειψη αφορά αποκλειστικά τον αποδεικτικό τύπο με συγκεκριμένης προδιαγραφής, την οποία κατέχει το προσφερόμενο από την εταιρεία μας Φωτιστικό, όπως προκύπτει τόσο από την υποβληθείσα «Τεχνική Περιγραφή Προσφερομένων Φωτιστικών», όσο και από το ως άνω υποβληθέν αρχείο LM80 led 190222 Y50 L90B10 .pdf. Ως εκ τούτου, ο άνευ ετέρου αποκλεισμός της εταιρείας μας με την αιτιολογία ότι «δεν υποβλήθηκε έκθεση ελέγχου κατά LM80 και διαπίστευση του εργαστηρίου» είναι μη νόμιμος, η δε προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ... πρέπει ως προς τούτο να τροποποιηθεί και να κληθούμε κατ' άρθρ. 102 του ν. 4412/2016 να προσκομίσουμε την ελλείπουσα έκθεση ελέγχου και τη σχετική διαπίστευση, την οποία και επισυνάπτουμε στην παρούσα (Συνημμένο 1). Β.3.2. Ως προς την τεχνική προδιαγραφή με α/α 10. Η τεχνική προδιαγραφή με α/α 10 προβλέπει τα ακόλουθα: «Τα τροφοδοτικά (drivers) των φωτιστικών θα είναι ικανά για μετάδοση και λήψη ψηφιακών δεδομένων σύμφωνα με το πρωτόκολλο επικοινωνίας DALI, μέσω του οποίου θα μπορούν να μεταδοθούν

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

εντολές αφής/σβέσης ή μεταβολής της έντασης φωτισμού από το κεντρικό σύστημα ελέγχου, καθώς και πληροφορίες κατάστασης των φωτιστικών στο σύστημα ελέγχου». Ως αποδεικτικό μέσο της συγκεκριμένης προδιαγραφής προβλέπεται η υποβολή «Τεχνικού Φυλλαδίου Τροφοδοτικού». Η συμμόρφωση του προσφερόμενου από την εταιρεία μας προϊόντος με την υπόψη προδιαγραφή είναι δεδομένη. Τούτο αφενός δηλώνεται στην «Τεχνική Περιγραφή Προσφερομένων Φωτιστικών», αφετέρου αποδεικνύεται και από την Έκθεση Ελέγχου IEC ... (όνομα αρχείου TR_..._3505592.50JEC_..._TIGUA_TUNNEL_2018-07-02.pdf), όπου στη σελίδα 7 υπάρχει αναλυτική λίστα των τροφοδοτικών που χρησιμοποιήθηκαν για τον έλεγχο του φωτιστικού, στα οποία συμπεριλαμβάνεται και το συγκεκριμένο τροφοδοτικό με πρωτόκολλο επικοινωνίας FP, DALI. Εκ παραδρομής, στο φάκελο της τεχνικής μας προσφοράς, υποβάλαμε το Τεχνικό Φυλλάδιο του τροφοδοτικού ...- ..., δηλαδή της έκδοσης ..., αντί του ορθού ..., που είναι η έκδοση ... (DALI). Όμως, όπως και στην προηγούμενη περίπτωση, έτσι κι εδώ, όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να μας καλέσει στην υποβολή του ορθού Τεχνικού Φυλλαδίου, δηλαδή αυτού που αποδεικνύει τη δηλωθείσα από την εταιρεία μας συμμόρφωση του προσφερόμενου τροφοδοτικού στη ζητούμενη προδιαγραφή και το οποίο σαφώς και διαθέτουμε (Συνημμένο 2), και όχι να μας αποκλείσει άνευ ετέρου. Πρόκειται για έλλειψη αφορώσα στο αποδεικτικό μέσο της συμμόρφωσης με τη ζητούμενη τεχνική προδιαγραφή, την οποία ήδη κατά τα χρόνο υποβολής της προσφοράς, έχουμε δηλώσει ότι πληρούμε, αποδεικνυόμενου τούτου και από την Έκθεση Ελέγχου IEC ..., κι επομένως για έλλειψη δεκτικής συμπλήρωσης κατ' άρθρ. 102 του ν. 4412/2016. Β.3.3. Ως προς την τεχνική προδιαγραφή με α/α 11. Σύμφωνα με την υπόψη τεχνική προδιαγραφή φωτιστικών σωμάτων, «Η ηλεκτρική μονάδα του φωτιστικού θα πρέπει να περιλαμβάνει συσκευή προστασίας υπερτάσεων (εκτός του τροφοδοτικού) για προστασία από υπέρταση τουλάχιστον 10 kv». Η κάλυψη της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής αποδεικνύεται με την προσκόμιση «Τεχνικού Φυλλαδίου συσκευής προστασίας υπερτάσεων και Έκθεσης Ελέγχου κατά EN 60598 που να αφορά το φωτιστικό με τη συσκευή προστασίας υπερτάσεων». Σαφώς και το προσφερόμενο από την εταιρεία μας φωτιστικό διαθέτει συσκευή προστασίας

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

υπερτάσεων (πέραν του τροφοδοτικού) για προστασία από υπέρταση τουλάχιστον 10kV, η οποία και περιλαμβάνεται στην Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598 (βλ. αρχείο με όνομα TR_..._3505592.50_..._2018-07-02.pdf, σελ. 39). Συγκεκριμένα στη σελίδα 39 της Έκθεσης Ελέγχου... του προσφερόμενου φωτιστικού, περιλαμβάνεται πίνακας με τα αποτελέσματα δοκιμής των βασικών παραρτημάτων του (*Critical components information*). Πρώτη στον εν λόγω πίνακα αναφέρεται η συσκευή προστασίας υπερτάσεων (*Surge Protection Device*) της εταιρείας ..., μοντέλο ..., η οποία παρέχει προστασία από υπέρταση σύμφωνα με την προδιαγραφή. Εκ παραδρομής και μόνο, στο φάκελο της τεχνικής μας προσφοράς, υποβάλαμε το Τεχνικό Φυλλάδιο έτερης συσκευής προστασίας υπερτάσεων και όχι της ως άνω που συμπεριλαμβάνεται στην Έκθεση Ελέγχου IEC Όμως, όπως και στην προηγούμενη περίπτωση, έτσι κι εδώ, όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να μας καλέσει στην υποβολή του ορθού Τεχνικού Φυλλαδίου, δηλαδή αυτού που περιλαμβάνεται στην Έκθεση Ελέγχου IEC ..., και όχι να μας αποκλείσει άνευ ετέρου. Πρόκειται κι εδώ για έλλειψη αφορώσα στο αποδεικτικό μέσο της συμμόρφωσης με τη ζητούμενη τεχνική προδιαγραφή, την οποία ήδη κατά τα χρόνο υποβολής της προσφοράς κατέχουμε (Συνημμένο 3), όπως αποδεικνύεται και από την Έκθεση Ελέγχου IEC ..., κι επομένως για έλλειψη δεκτικής συμπλήρωσης κατ' άρθρ. 102 του ν. 4412/2016. Β.3.3. Ως προς την τεχνική προδιαγραφή με α/α 20. Τέλος, σε σχέση με την τεχνική προδιαγραφή με α/α 20, σύμφωνα με την οποία «Τα φωτιστικά θα πρέπει να συμμορφώνονται με την Οδηγία EMC 2014/30/EU ή μεταγενέστερη. Πρότυπα Εναρμόνισης: EN 61000-3-2, EN61000-3-3, EN 55015», ενώ υποβάλαμε τις ζητούμενες δηλώσεις συμμόρφωσης του κατασκευαστή, παραλείψαμε να υποβάλουμε την αντίστοιχη Έκθεση Ελέγχου. Όφειλε, επομένως, κι εδώ, η Ε.Δ. και κατ' επέκταση η Αναθέτουσα Αρχή να μας καλέσει να καταθέσουμε την ελλείπουσα Έκθεση Ελέγχου, την οποία, εκ παραδρομής δεν συμπεριλάβαμε στο φάκελο της τεχνικής μας προσφοράς και την οποία κατείχαμε κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας (Συνημμένο 4). Η συγκεκριμένη έλλειψη αφορά αποκλειστικά τον αποδεικτικό τύπο της συγκεκριμένης προδιαγραφής, την οποία κατέχει το προσφερόμενο από την εταιρεία μας Φωτιστικό, όπως προκύπτει από την υποβληθείσα «Τεχνική

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

Περιγραφή Προσφερομένων Φωτιστικών» και τις δηλώσεις συμμόρφωσης του κατασκευαστή. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ... πρέπει να ακυρωθεί και να κληθεί η εταιρεία μας να προσκομίσει, κατ' άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, τα ελλείποντα αποδεικτικά μέσα των τεχνικών προδιαγραφών με α/α 9, 10, 11 και 20, με τα οποία αποδεικνύονται ιδιότητες υφιστάμενες κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας».

5. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, υποστηρίζοντας, ότι «Σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.5.β' της Διακήρυξης «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν/ παρέχουν: (...) β) Βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας που αντιστοιχεί στο 40% της προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι : 633.697,74. Κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας με τον φάκελο «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» υποβάλλει και βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, από πιστωτικά ιδρύματα ή άλλα νομικά πρόσωπα που λειτουργούν νόμιμα στην Ελλάδα, ή σε άλλο μέρος της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) που έχουν υπογράψει ευρωπαϊκές συμφωνίες ή Συμφωνία Δημοσίων Συμβάσεων του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου, η οποία κυρώθηκε με το Ν.2513/1997 και έχουν, σύμφωνα με τη νομοθεσία των Κρατών αυτών, αυτό το δικαίωμα. Στην περίπτωση Ένωσης Εταιρειών, το κριτήριο της παραγράφου 2.2.5 μπορεί να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη της». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.9.2.Β.3 της Διακήρυξης, «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν (...) β) Βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας από πιστωτικά ιδρύματα ή άλλα νομικά πρόσωπα που λειτουργούν νόμιμα στην Ελλάδα, ή σε άλλο μέρος της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) που έχουν υπογράψει ευρωπαϊκές συμφωνίες ή Συμφωνία Δημοσίων Συμβάσεων του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου, η οποία κυρώθηκε με το Ν.2513/1997 και έχουν, σύμφωνα με τη νομοθεσία των Κρατών αυτών, αυτό το δικαίωμα». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρ. 2.4.3.1. της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού (...), γ) τα αποδεικτικά έγγραφα των παρ. Β3, Β4 και Β5 του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας». Γ.1.2. Όπως γίνεται παγίως δεκτό, το κριτήριο περί πιστοληπτικής ικανότητας των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό δημόσιας σύμβασης έργου, όπως η προκείμενη, τίθεται στη Διακήρυξη προκειμένου να ελεγχθεί η κατά τεκμήριο ικανότητα των τελευταίων να ανταποκριθούν στην εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου και να εξασφαλισθεί η σοβαρή και πραγματοποιήσιμη δέσμευση τραπεζικού Ιδρύματος προς παροχή της απαιτούμενης κεφαλαιακής επάρκειας του αναδεικνυόμενου μειοδότη, σκοπούν δε στην αποτύπωση της χρηματοοικονομικής κατάστασης των διαγωνιζομένων κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού. Για να θεωρηθεί δε, ορισμένο και επαρκές το περιεχόμενο της ένδικης βεβαίωσης, απαιτείται να προκύπτει με σαφήνεια και κατ' επίκληση συγκεκριμένων στοιχείων η διαβεβαίωση περί των ορίων χρηματοδότησεως του σε σχέση με την ενεστώσα περιουσιακή του κατάσταση, στην έννοια της οποίας πάντως, δεν εμπίπτει η έκδοση εγγυητικών επιστολών (ΑΕΠΠ 157/2017, ΔΕφΑΘ 264/2016 Ακυρ, ΔΕφΠειρ 54/2012 Ασφ, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 273/2015, 2006/2006, 77/2008, 1178/2009). Δηλαδή, η ικανότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών οποιασδήποτε κατηγορίας, δεν περιλαμβάνεται στην ικανότητα για χρηματοδότηση και πιστοδοτήσεις (ΑΕΠΠ 421/2022, 1255/2021). Εξάλλου, όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ (σελ. 11), «Αναφορικά με τα μέσα απόδειξης έχει κριθεί ότι στην τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας θα πρέπει να προκύπτει σαφώς ποιο ποσό διατίθεται στη διαγωνιζόμενη εταιρία για χρηματοδότηση και πιστοδοτήσεις, ώστε να κριθεί αν καλύπτει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις πιστοληπτικής ικανότητας της Διακήρυξης, και ποιο ποσό χωριστά αφορά εγγυητικές επιστολές». Επομένως, σε περίπτωση που ζητείται από τη Διακήρυξη βεβαίωση για τη πιστοληπτική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα, η προσκομιζόμενη βεβαίωση πρέπει να αναφέρεται στο σύνολο αυτής, άνευ εγγυητικών επιστολών, είτε αυτό ορίζεται ρητά στη Διακήρυξη, είτε όχι. Και τούτο διότι, η ικανότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών οποιασδήποτε κατηγορίας δεν εξασφαλίζει, ούτε βεβαιώνει την ικανότητα χρηματοδότησης και πιστοδότησης του οικονομικού φορέα, την οποία ζητά η διακήρυξη ως

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας στο άρθρ. 2.2.5. (ΑΕΠΠ 421/2022, 1255/2021). Γ.1.3. Εν προκειμένω, η εταιρεία «...» υπέβαλε με το φάκελο δικαιολογητικών της, την από 9.3.2022 απευθυνόμενη προς την εταιρεία «...» επιστολή της ... Τράπεζας της Ελλάδος, με το ακόλουθο περιεχόμενο: «Αθήνα, 9 Μαρτίου 2022 Κύριοι, Σε απάντηση αιτήματός σας αναφορικά με τη χορήγηση βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας για συμμετοχή σε διακήρυξη με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ της .../Γενικής Διεύθυνσης Αναπτυξιακού Προγραμματισμού Έργων & Υποδομών/Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων Π.Ε. ... για την προμήθεια «...» εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης € 1.584.244,35 (πλέον ΦΠΑ), σας πληροφορούμε τα ακόλουθα: Η εταιρεία συνεργάζεται με την ...από το 2007. Η Τράπεζα έχει εγκρίνει υπέρ της εταιρείας σας, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχει καθορίσει, όριο για έκδοση Ε/Ε όλων των κατηγοριών ποσού € 2.800.000,00, το οποίο υπερκαλύπτει το 40% του προϋπολογισμού του διαγωνισμού χωρίς το Φ.Π.Α., ήτοι άνω των € 633.697,74 και το οποίο ισχύει κατά την 15.03.2022, καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών Σε περίπτωση που η εταιρεία αναδειχθεί ανάδοχος του ανωτέρω έργου και εφόσον υποβληθεί σχετικό αίτημα για χρηματοδότηση, η Τράπεζα προτίθεται να το εξετάσει με βάση τα εκάστοτε τραπεζικά κριτήρια, τους ισχύοντες νομισματοπιστωτικούς κανόνες, την οικονομική κατάσταση και τις προοπτικές της εταιρείας κατά το χρόνο της υποβολής του, χωρίς να αναλαμβάνει με την παρούσα οποιαδήποτε δέσμευση ικανοποίησής του. Η παρούσα δεν επέχει θέση εγγυητικής επιστολής ή συμβουλής ή σύστασης κατά το άρθρο 729 του Αστικού Κώδικα». Από το ως άνω έγγραφο της ... Τράπεζας ..., αποδεικνύονται τα εξής: Πρώτον, ότι η συγκεκριμένη επιστολή απευθύνεται στην εταιρεία «...», ως μέλλουσα να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό και υποψήφια ανάδοχο. Όμως, η εταιρεία αυτή δεν έλαβε μέρος στο διαγωνισμό με σκοπό την ανάληψη της σύμβασης, αλλά απλώς δάνεισε εμπειρία στη συμμετάσχουσα στο διαγωνισμό εταιρεία «...». Δεύτερον, ότι η εταιρεία «...» διαθέτει, κατά το χρόνο έκδοσης του εν λόγω εγγράφου, πιστοδοτικό όριο αποκλειστικά και μόνο για έκδοση εγγυητικών επιστολών οποιασδήποτε κατηγορίας, ύψους € 2.800.000,00 (ΑΕΠΠ 1255/2021, 157/2017, βλ. και ΑΕΠΠ 381/2021). Τρίτον, ότι δεν διαθέτει καθόλου ικανότητα

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

χρηματοδότησης και πιστοδότησης, η οποία ζητείται από τη Διακήρυξη ως κριτήριο οικονομικής και "χρηματοοικονομικής επάρκειας και Τέταρτον, ότι θα εξετασθεί αίτημά της για χρηματοδότηση, εάν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος του υπόψη έργου, κάτι το οποίο ουδέποτε θα συμβεί, καθώς, όπως προείπαμε, η εταιρεία «...» δεν έχει λάβει μέρος στο διαγωνισμό με σκοπό την ανάληψη από την ίδια του έργου. Ουδόλως, δηλαδή, αποδεικνύεται από το ανωτέρω έγγραφο το ζητούμενο από τη Διακήρυξη κριτήριο πιστοληπτικής ικανότητας, ύψους τουλάχιστον € 633.697,74, κατά το χρόνο του διαγωνισμού, παρά μόνον δέσμευση της Τράπεζας να εξετάσει μελλοντικά σχετικό αίτημα της εταιρείας, εφόσον αυτή αναδειχθεί ανάδοχος. Ενόψει των ανωτέρω, είναι σαφές ότι η εταιρεία «...» δεν πληροί το κριτήριο του άρθρου 2.2.5.β της διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσκομισθείσα επιστολή της ... Τράπεζας ... αφορά μόνον σε εγγυητικές επιστολές και όχι σε πιστοληπτική ικανότητα, δηλαδή κατά την κοινώς γνωστή έννοια του όρου, την ικανότητα του οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί σε δανειακές υποχρεώσεις και την ποσοτική εκτίμηση της πιστοληπτικής αξιοπιστίας του ως ενδεχόμενου δανειολήπτη σε σχέση με συγκεκριμένο χρέος ή χρηματοοικονομική υποχρέωση, δηλαδή την πιθανολογούμενη δυνατότητα ο οικονομικός φορέας, αν δανειστεί συγκεκριμένο ποσό να είναι σε θέση να το επιστρέψει εντός των ορίων της δανειακής σύμβασης (ΑΕΠΠ 1255/2021). Περαιτέρω, και η υπόσχεση της Τράπεζας να εξετάσει σχετικό αίτημα χρηματοδότησης τελεί υπό τον όρο ανάληψης της σύμβασης από την εταιρεία «...», κάτι το οποίο εξ αντικειμένου δεν απορεί να συμβεί, καθώς η εν λόγω εταιρεία δεν έχει λάβει μέρος στο διαγωνισμό. Επομένως, ενόψει των ανωτέρω, η εταιρεία «...» δεν πληροί το κριτήριο του άρθρου 2.2.5.β της διακήρυξης και πρέπει, άνευ ετέρου, να αποκλεισθεί. Γ.2 Μη νόμιμη η προσφορά της εταιρείας «...». Παράλειψη αναφοράς στην Τεχνική Προσφορά των υπερβολάβων και των τμημάτων της σύμβασης που αυτοί θα εκτελέσουν. Γ.2.1. Σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.8.1 της Διακήρυξης «Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. (...)».

Επίσης, σύμφωνα με το άρθρ. 2.4.3. της Διακήρυξης με τίτλο: «Περιεχόμενο Φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά”», το οποίο επαναλαμβάνει το άρθρ. 58 του ν. 4412/2016, «(...) Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν».

Γ.2.2. Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει με σαφήνεια ότι σε περίπτωση κατά την οποία η στήριξη σε τρίτους οικονομικούς φορείς αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα αυτών, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες των τρίτων φορέων, μόνον εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις αντίστοιχες εργασίες ή υπηρεσίες, για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένοι τίτλοι σπουδών και τα συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα. Στην περίπτωση αυτή είναι υποχρεωτική η αναφορά του τμήματος της σύμβασης (αναλυτικά και σε ποσοστό %) που θα εκτελέσει ο τρίτος ως υπεργολάβος, καθώς και των στοιχείων του (ΑΕΠΠ 770,771/2021). Ιδίως δε, όταν πρόκειται για πλήρωση της απαιτούμενης Ομάδας Έργου, οι δανείζοντες τρίτοι πρέπει, προφανώς να εκτελέσουν αυτοπρόσωπα τις εργασίες της θέσης για την οποία προορίζονται και για την οποία εντάσσονται στην Ομάδα Έργου, εισφέροντας τα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα, τίτλους σπουδών και επαγγελματική εμπειρία προς πλήρωση των ανά θέση ελαχίστων απαιτούμενων. Οι τρίτοι δε που στελεχώνουν την Ομάδα Έργου, ήτοι την κατά τη διακήρυξη ομάδα που θα εκτελέσει το συμβατικό αντικείμενο, συνιστούν υπεργολάβους (ΕΑΔΗΣΥ 781, 783/2022). Περαιτέρω, οι ως άνω απαιτήσεις των άρθρ. 2.2.8.1 και 2.4.3. της διακήρυξης περί αναφοράς στην προσφορά του τμήματος της σύμβασης που προτίθεται ο οικονομικός φορέας να αναθέσει υπεργολαβικά πρέπει να γίνει δεκτό ότι καλύπτονται και με τον κατά φύση προσδιορισμό των εργασιών αυτών και με το ποσοστό στο οποίο αντιστοιχούν εντός των συνολικών εργασιών της σύμβασης. Γ.2.3. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία, για την πλήρωση του κριτηρίου 2.2.6.2 της διακήρυξης, δανείζεται εμπειρία από τις εταιρείες «...και «...». Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από τον προσκομισθέντα «Πίνακα Μελών της Ομάδας Έργου» της ως άνω εταιρείας,

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

όλα τα άτομα της Ομάδας Έργου, με τα οποία πληρούται το ως άνω κριτήριο της διακήρυξης, ανήκουν στο προσωπικό των δύο (2) δανειζόντων οικονομικών φορέων («...και «...»). Όμως, πουθενά στην προσφορά της εταιρείας «...» δεν προσδιορίζονται επακριβώς ποιες εργασίες θα εκτελέσει υπερβολικά κάθε δανείζουσα εταιρεία και το προσωπικό αυτής, που δηλώνεται στον Πίνακα Μελών της Ομάδας Έργου. Ελλείπει, δηλαδή, από την προσφορά ο αυτοτελώς απαιτούμενος σωρευτικά, προσδιορισμός υπερβολάβων και η απονομή στους τρίτους, της αναγκαίας για την εκ μέρους τους, παροχή στήριξης προς πλήρωση των αντίστοιχων κριτηρίων επιλογής, ω; και για τη συμμετοχή τους στη στελέχωση ομάδας έργου, υπερβολαβικής ιδιότητας. Εξυπακούεται δε ότι η δήλωση στο ΕΕΕΣ της εταιρείας «...» του ποσοστού ανάθεσης υπερβολαβίας 1% και 2% στις εταιρείες «...» και «...», αντίστοιχα, δεν αναιρεί την υποχρέωση κατά φύση προσδιορισμού των εργασιών αυτών. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφορά της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρ. 2.4.6 της διακήρυξης, ως περιέχουσα ατελείς και ελλιπείς πληροφορίες (ΕΑΔΗΣΥ 781, 783/2022). Γ.3 Μη νόμιμη η προσφορά της εταιρείας «...». Ασαφής και ατελής η δήλωση ανάθεσης ποσοστού υπερβολαβίας 1% και 2% στις εταιρείες «...» και «...», οι οποίες, στην πραγματικότητα, εκτελούν το 100% της σύμβασης. Εξετάζοντας την προσφορά της εταιρείας «...» γίνεται εύκολα αντιληπτό ότι στην πραγματικότητα οι πραγματικά συμμετέχουσες εταιρείες είναι οι εταιρείες «...» και «(....», συμφερόντων αμφότερες του ίδιου προσώπου. Οι εταιρείες αυτές καλύπτουν με δάνεια εμπειρία το σύνολο των κριτηρίων επιλογής, όπως και τα προσφερόμενα φωτιστικά. Το μόνο που διαθέτει και προσφέρει η εταιρεία «...» είναι κύκλο εργασιών για το έτος 2018, € 31.000,00, για το 2019, € 425,00 και για το έτος 2020, € 804,00. Είναι, επομένως, σαφές ότι πρόκειται για μία ανενεργή εταιρεία, η οποία φαίνεται να αποτελεί το μέσο άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας των εταιρειών «...» και «...», οι οποίες, τα τελευταία έτη, κατέχουν την πλειοψηφία των αντίστοιχων έργων της Περιφέρειας. Ως εκ τούτου, είναι πρακτικά αδύνατο τα ποσοστά υπερβολαβίας των εταιρειών «...» και «(....» να ανέρχονται μόνο σε 1% και 2% αντίστοιχα, δεδομένου ότι από την ίδια την προσφορά της «...» προκύπτει η εκτέλεση του

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

συνόλου του έργου από τις δύο αυτές εταιρείες. Επομένως, η προσφορά της «...» είναι απορριπτέα και ως ασαφής και ανακριβής».

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της επί της προσφυγής, στις 15/06/2022 με το υπ' αριθ. πρωτ. 553485/2022 έγγραφο της. Δυνάμει όμως, αφενός του ότι η οικεία προσφυγή κατατέθηκε στις 30/05/2022 και αφετέρου του άρθρου 365 παρ. 1β του ν. 4412/2016 που ορίζει ότι «Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 362 περί άσκησης προσφυγής και άσκησης παρέμβασης, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με όσα ορίζονται στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών : Διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περ. α' της παρ. 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους και τις απόψεις της επί της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης» και της παρ. 8 που ορίζει ότι «Οι προθεσμίες του παρόντος άρθρου είναι αποκλειστικές.», κρίνονται ως εκπροθέσμως ασκηθείσες και άρα μη ληπτές υπόψη από το Κλιμάκιο, ως συνακόλουθα και το από 27/06/2022 προς αντίκρουση των εν λόγω απόψεων υπόμνημα της προσφεύγουσας.

Κατά τη γνώμη του Μέλους Ε. Αψοκάρδου, ο σκοπός του νομοθέτη είναι να παρασχεθεί η δυνατότητα σε καθένα από τους συμμετέχοντες στη διαδικασία να λάβει γνώση όλων των ισχυρισμών των υπολοίπων και να έχει τη δυνατότητα να τους αντικρούσει ώστε να εξασφαλίζεται πλήρως η αντιμωλία στο στάδιο της προδικαστικής, ουσιαστικής δε, εξετάσεως της προσφυγής και ως εκ τούτου, και με δεδομένο μάλιστα τον συχνά τεχνικό χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων να διευκολύνεται εν συνεχεία όπως επιβάλλεται από το Σύνταγμα (αρ. 20 παρ. 1) η κατά την αρχή της αντιμωλίας διεξαγωγή των αντίστοιχων δικαστικών διαδικασιών (ΕΑ ΣτΕ 51/2021, ΣτΕ 780/2019, ΕΑ ΣτΕ 158/2008) και η παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΕΑ 51/2021 σκ.9). Επομένως, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 ερμηνευομένων σύμφωνα με τον σκοπό τους, εφόσον οι

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

απόψεις της αναθέτουσας αρχή κοινοποιήθηκαν, έστω εκπρόθεσμα, στην προσφεύγουσα σε ημερομηνία κατά την οποία ήταν δυνατή η εμπρόθεσμη υποβολή υπομνήματος από εκείνη προς αντίκρουσή τους, το οποίο, εν προκειμένω, και υπέβαλε εντέλει παραδεκτώς με αποτέλεσμα να εξασφαλιστεί η αντιμωλία, πρέπει να ληφθούν υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο τόσο οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής όσο και το υπόμνημα της προσφεύγουσας προς διασφάλιση της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας.

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει, ότι «*Ειδικότερα, στο Παράρτημα Ι παρ. 3 «Τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων» της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής «Τα φωτιστικά της προσφερόμενης οικογένειας με τις επιμέρους διαμορφώσεις πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να καλύπτουν τα τεχνικά - κατασκευαστικά χαρακτηριστικά του πίνακα που ακολουθεί μέσω των τεκμηρίων που περιγράφονται...». Ακολουθεί πίνακας τεχνικών προδιαγραφών που πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να πληρούν τα προσφερόμενα φωτιστικά. Στην με α/α 3 τεχνική προδιαγραφή, πρώτη στήλη, προβλέπεται ρητά ότι «Η αντοχή σε μηχανικές καταπονήσεις και κρούσεις του φωτιστικού θα πρέπει να είναι τουλάχιστον IK08 κατά EN 62262». Ως μέσο απόδειξης η δεύτερη στήλη του πίνακα προβλέπει ρητά την «Έκθεση Ελέγχου κατά EN 62262 Διαπίστευση του εργαστηρίου κατά ISO 17025 για τον συγκεκριμένο έλεγχο». Δηλαδή, με άλλα λόγια, η προδιαγραφή αποδεικνύεται με την σωρευτική προσκομιδή αμφοτέρων των μέσων απόδειξης, ήτοι, α. Έκθεσης Ελέγχου κατά EN 62262 και β. Διαπίστευσης του εργαστηρίου κατά ISO 17025 για τον συγκεκριμένο έλεγχο. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ρητά προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:.. θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, δεν υπέβαλε στην προσφορά της την απαιτούμενη επί ποινή αποκλεισμού διαπίστευση εργαστηρίου κατά ISO 17025 για τον συγκεκριμένο έλεγχο. Πιο συγκεκριμένα, στο αρχείο με ονομασία <21-404 (3)> το οποίο υποβλήθηκε ως*

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

σχετικό τεκμήριο δεν περιλαμβάνεται διαπίστευση του εργαστηρίου κατά ISO 17025 για τον συγκεκριμένο έλεγχο κατά EN62262. Συνεπώς, σε απόλυτη στοίχιση με τα αναφερόμενα στη διακήρυξη, ορθώς και νομίμως αποκλείσθηκε. Όσα τα περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα τυγχάνουν απορριπτικά ως ερειδόμενα σε εσφαλμένη εκτίμηση και ερμηνεία του σχετικού λόγου αποκλεισμού της. Καθώς, αυτή, δεν αποκλείστηκε λόγω μη προσκομιδής της Έκθεσης Ελέγχου - για την οποία εξ άλλου ουδόλως ομιλεί η Ε.Δ - αλλά λόγω μη προσκομιδής της διαπίστευσης, παράλειψη, για την οποία, δεν προβάλλει κάποιο ουσιαστικό επιχείρημα. Επιπλέον, όλα όσα προβάλλει σχετικά με τα χαρακτηριστικά του Ευρωπαϊκού Προτύπου EN 62262 και το πεδίο εφαρμογής του τυγχάνουν απορριπτικά ως αλυσιτελώς προβαλλόμενα, αφού, ουδόλως καλύπτουν ή δικαιολογούν την παράλειψη προσκομιδής μέσου αποδείξεως ρητά προβλεπόμενου στη διακήρυξη ως επί ποιινή απόρριψης της προσφοράς. 2. Δεύτερος λόγος. Πράγματι, ο λόγος απόρριψης της προσφοράς της τυγχάνει πλήρως αιτιολογημένος και νόμιμος. Ειδικότερα, στο Παράρτημα Ι παρ. 3 «Τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων» της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής «Τα φωτιστικά της προσφερόμενης οικογένειας με τις επιμέρους διαμορφώσεις πρέπει επί ποιινή αποκλεισμού να καλύπτουν τα τεχνικά - κατασκευαστικά χαρακτηριστικά του πίνακα που ακολουθεί μέσω των τεκμηρίων που περιγράφονται...» Ακολουθεί πίνακας τεχνικών προδιαγραφών που πρέπει επί ποιινή αποκλεισμού να πληρούν τα προσφερόμενα φωτιστικά. Στην με α/α 5 τεχνική προδιαγραφή, πρώτη στήλη, προβλέπεται ρητά ότι «1. Η θερμοκρασία λειτουργίας του φωτιστικού θα πρέπει να κυμαίνεται τουλάχιστον από -20 °C έως +45 °C. 2. Το φωτιστικό θα πρέπει να έχει ελεγχθεί ότι λειτουργεί με ασφάλεια σε θερμοκρασία περιβάλλοντος $T_a > 50$ °C». Ως μέσο απόδειξης η δεύτερη στήλη του πίνακα προβλέπει ρητά «1. Τεχνικό φυλλάδιο φωτιστικού 2. Πιστοποιητικό ENEC και Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598». Δηλαδή, με άλλα λόγια, κάθε απαίτηση αποδεικνύεται διακριτά (για αυτό τον λόγο υπάρχει διαφορετική αρίθμηση), για την μεν πρώτη προδιαγραφή (α/α 5.1) απαιτείται η προσκομιδή τεχνικού φυλλαδίου (κατά δήλωση του Κατασκευαστή) και για τη δε δεύτερη προδιαγραφή (α/α 5.2) απαιτείται Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598 εργαστηρίου με πιστοποιητικό ENEC. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

διακήρυξης «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ρητά προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:.. θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.». Εν προκειμένω, από τις σχετικές προβλέψεις των συμβατικών τευχών επί του θέματος, προκύπτει ξεκάθαρα ότι ο διαγωνισμός προβλέπει δύο διαφορετικές απαιτήσεις με δύο διαφορετικά τεκμήρια. Το εύρος θερμοκρασίας λειτουργίας του φωτιστικού προφανώς αποτελεί διαφορετική απαίτηση από τον έλεγχο λειτουργίας του φωτιστικού με ασφάλεια σε θερμοκρασία περιβάλλοντος T_a και ορθώς διαχωρίζεται από την Αναθέτουσα αρχή. Η θερμοκρασία περιβάλλοντος T_a είναι παράμετρος εργαστηριακού ελέγχου ασφαλούς λειτουργίας στο πρότυπο EN 60598, σύμφωνα με το οποίο το φωτιστικό ελέγχεται εργαστηριακά στην ζητούμενη τιμή. Το εύρος θερμοκρασίας λειτουργίας δίδεται κατά δήλωση του Κατασκευαστή του φωτιστικού, ο οποίος το επιλέγει λαμβάνοντας υπόψη, τόσο τις εργαστηριακές μετρήσεις κατά EN 60598, όσο και άλλες παραμέτρους και ελέγχους. Για παράδειγμα, μπορεί να επιλέξει συντηρητικά, να δηλώσει μικρότερο εύρος λειτουργίας από αυτό που έχει ελέγξει εργαστηριακά ώστε να μειώσει το εγγυητικό ρίσκο. Συνεπώς, οι δύο αυτές απαιτήσεις δεν είναι απαραίτητο να σχετίζονται μεταξύ τους. Οπότε σωστά υπάρχει διαφορετική αρίθμηση σε κάθε απαίτηση και διαφορετικά επί ποινή αποκλεισμού τεκμήρια. Δηλαδή τεχνικό φυλλάδιο για το εύρος (κατά δήλωση του Κατασκευαστή) και Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598 εργαστηρίου με πιστοποιητικό ENEC. Δεν υπάρχει συνεπώς καμία ασάφεια και πρέπει να απορριφθούν όλα τα περί του αντιθέτου υποστηριζόμενα ως αβάσιμα, αφού, ούτως η άλλως, υπολαμβάνουν συνομολόγηση της παράλειψης. Πράγματι, από τα υποβληθέντα τεκμήρια της ανθυποψηφίας μας - όπως άλλωστε συνομολογεί και η ίδια - προκύπτει ότι το προσφερόμενο φωτιστικό της δεν έχει ελεγχθεί ότι λειτουργεί με ασφάλεια σε θερμοκρασία περιβάλλοντος $T_a > 50 \text{ }^\circ\text{C}$ και άρα δεν πληροί τη ζητούμενη απαίτηση 5.2. Εξάλλου, τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα τυγχάνουν απορριπτέα και ως απαραδέκτως προβαλλόμενα, αφού, δι' αυτών επιχειρείται ανεπίκαιρη - το πρώτον στο παρόν στάδιο - αμφισβήτηση των

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

κανονιστικών όρων και των απαιτήσεων - αναγκών της Α.Α. Ειδικότερα, όπως παγίως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ο οικονομικός φορέας αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση την οποία, αυτός διενεργείται και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για τον οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Και τούτο διότι, ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με προδικαστική προσφυγή, αίτηση αναστολής - ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων τα οποία (συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του (ΣτΕ 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ.). Επομένως, λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως, ήτοι απαραδέκτως, κατόπιν λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universite AG*, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, 327/00, σκέψεις 32 έως 66). Η προσφεύγουσα, ουδόλως υπέβαλε κάποια προδικαστική προσφυγή κατά των όρων δημοπράτησης ή έστω κάποιο διευκρινιστικό ερώτημα επί της συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής ή του τρόπου αποδείξεώς της, συνεπώς, δια της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της αναγνώρισε ρητά και ξεκάθαρα τη νομιμότητα, σαφήνεια και πληρότητα των κανονιστικών όρων (πρβλ. ΣτΕ σε Ολομ. 1819/2020, ΕΑ ΣτΕ 16/2011 σκ. 11, 227/2012 σκ. 6, 58/2019 σκ. 10,

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

298/2019 σκ. 10). 3. Τρίτος λόγος Πράγματι, όλοι οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της τυγχάνουν πλήρως αιτιολογημένοι και νόμιμοι. Ειδικότερα, στο Παράρτημα I παρ. 3 «Τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων» της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής «Τα φωτιστικά της προσφερόμενης οικογένειας με τις επιμέρους διαμορφώσεις πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να καλύπτουν τα τεχνικά - κατασκευαστικά χαρακτηριστικά του πίνακα που ακολουθεί μέσω των τεκμηρίων που περιγράφονται...». Ακολουθεί πίνακας τεχνικών προδιαγραφών που πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να πληρούν τα προσφερόμενα φωτιστικά. Στην με α/α 9 τεχνική προδιαγραφή, πρώτη στήλη, προβλέπεται ρητά ότι «Για όλες τις φωτεινές πηγές LED, η απώλεια της φωτεινής ροής στις 50.000 ώρες δεν θα πρέπει να ξεπερνά το 30% της αρχικής φωτεινής ροής (L70 reported @ 50.000 ώρες)» και ως μέσο απόδειξης η δεύτερη στήλη του πίνακα προβλέπει ρητά «Έκθεση ελέγχου κατά LM-80& Πιστοποιητικό Διαπίστευσης κατά ISO 17025 του εργαστηρίου για την διεξαγωγή μετρήσεων κατά LM-80». Στην με α/α 10 τεχνική προδιαγραφή, πρώτη στήλη, προβλέπεται ρητά ότι «Τα τροφοδοτικά (drivers) των φωτιστικών θα είναι ικανά για μετάδοση και λήψη ψηφιακών δεδομένων σύμφωνα με το πρωτόκολλο επικοινωνίας DALI, μέσω του οποίου θα μπορούν να μεταδοθούν εντολές αφής/σβέσης ή μεταβολής της έντασης φωτισμού από το κεντρικό σύστημα ελέγχου, καθώς και πληροφορίες κατάστασης των φωτιστικών στο σύστημα ελέγχου» και ως μέσο απόδειξης η δεύτερη στήλη του πίνακα προβλέπει ρητά «Τεχνικό φυλλάδιο Τροφοδοτικού». Στην με α/α 11 τεχνική προδιαγραφή, πρώτη στήλη, προβλέπεται ρητά, ότι «Η ηλεκτρική μονάδα του φωτιστικού θα πρέπει να περιλαμβάνει συσκευή προστασίας υπερτάσεων (εκτός του τροφοδοτικού) για προστασία από υπέρταση τουλάχιστον 10kV» και ως μέσο απόδειξης η δεύτερη στήλη του πίνακα προβλέπει ρητά «Τεχνικό φυλλάδιο συσκευής προστασίας υπερτάσεων Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598 που να αφορά το φωτιστικό με τη συσκευή προστασίας υπερτάσεων». Τέλος, στην με α/α 20 τεχνική προδιαγραφή, πρώτη στήλη, προβλέπεται ρητά ότι «Τα φωτιστικά θα πρέπει να συμμορφώνονται με την Οδηγία EMC 2014/30/EU ή μεταγενέστερη Πρότυπα Εναρμόνισης: EN 61000-3-2, EN 61000-3-3, EN 55015» και ως μέσο απόδειξης η δεύτερη στήλη του πίνακα προβλέπει ρητά «Δήλωση

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

συμμόρφωσης κατασκευαστή Έκθεση Ελέγχου σύμφωνα με τα ζητούμενα πρότυπα». Εν προκειμένω, με το πρώτο σκέλος του υπόψη λόγου της η προσφεύγουσα, αφού ρητά συνομολογεί και αναγνωρίζει ότι υπάρχουν οι καταλογιζόμενες στην προσφορά της ελλείψεις, προβάλλει τον ισχυρισμό ότι οι ελλείψεις αυτές τυγχάνουν δεκτικές συμπλήρωσης ενόψει του νέου πλαισίου του άρθρου 102 ν. 4412/16. Αυτός ο ισχυρισμός τυγχάνει προδήλως αβάσιμος και απορριπτέος. Όπως γίνεται δεκτό από την Αρχή Σας (ενδ. 1550/21 κ.α) η ρύθμιση του άρθρου 42 του ν. 4782/2021 με την οποία τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 οφείλει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς το άρθρο αυτό συνιστά μεταφορά του άρθρου 56 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου όπως αναφέρεται και στην αιτιολογική έκθεση της νέας διάταξης: «Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Συναφώς, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) έχει εκδώσει πλείστες αποφάσεις σε σχέση με το κατά πόσο είναι δυνατόν να γίνουν αποδεκτές διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των προσφορών κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ενδεικτικά, αποφάσεις του ΔΕΕ της 29.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκ. 40 της 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκ. 63, Pizzo, C-27/15, Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350, σκ. 22, Archus και Gama, C-131/16, όπ.αν., σκ. 37). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά, την απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου (Manova, C-336/12, σκ. 39). Υπό την έννοια των ανωτέρω, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών και ιδίως αυτών που τέθηκαν επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 1517/2021, 1386/2021, σκ.46). Συναφώς, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «οφείλουν να μεριμνούν ώστε να μη διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία αυτή και να μη θίγεται η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ούτε των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως 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). Εν προκειμένω, όπως πολλαπλώς επισημάναμε, στο Παράρτημα I παρ. 3 «Τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων» της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής «Τα φωτιστικά της προσφερόμενης οικογένειας με τις επιμέρους διαμορφώσεις πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να καλύπτουν τα τεχνικά - κατασκευαστικά χαρακτηριστικά του πίνακα που ακολουθεί μέσω των τεκμηρίων που περιγράφονται...». Επίσης, στην εισήγηση της Ε.Δ, αναφέρεται ότι «Β) ο οικονομικός φορέας ... δεν καλύπτει τις παρακάτω απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών που είναι επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και ειδικότερα του Παραρτήματος I παρ. 3 «Τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων», συγκεκριμένα.». Τέλος, στο άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ρητά προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:.. θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.». Άρα, δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι οι εν λόγω ελλείψεις τέθηκαν, ρητά και με καθαρότητα στη διακήρυξη, ως επί ποινή απόρριψης της προσφοράς ελλείψεις, ότι η προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις - τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί στο Παράρτημα I και να

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

περιγράφει ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται, πρέπει να περιλαμβάνει δε, όλα τα έγγραφα και σχετικά δικαιολογητικά προς απόδειξή τους. Το κανονιστικό πλαίσιο λοιπόν ήταν σαφέστατο. Προέβλεπε την απόρριψη της προσφοράς σε περίπτωση συνδρομής τέτοιων ουσιωδών ελλείψεων. Η επίκληση εκ της προσφεύγουσας των αποφάσεων της Αρχής Σας 781 και 783/2022 θεωρούμε ότι δεν είναι ορθή, ούτε μπορεί να τύχει εφαρμογής στην παρούσα υπόθεση. Ανεξαρτήτως του ότι από την ηλεκτρονική πλατφόρμα δημοσιεύσεως των αποφάσεων της Αρχής Σας οι με αριθμό 781 και 783/22 αποφάσεις δεν βρέθηκαν δημοσιευμένες και, συνεπώς, δεν μπορούμε να γνωρίζουμε τη νομική σκέψη που διαλαμβάνουν, καθ' ο μέρος συνάγεται από την ομολογία της προσφεύγουσας επί των ελλείψεων, η συμπλήρωση προϋποθέτει την παράβαση επουσιώδους ελλείψεως και όχι την παράβαση ουσιώδους όπως εν προκειμένω. Η συμπλήρωση τέτοιας ουσιώδους ελλείψεως προφανώς οδηγεί στη βελτίωση της προσφοράς και δημιουργεί στρέβλωση στην ίση μεταχείριση και τη διαφάνεια της διαδικασίας και συνεπώς είναι ανεπίτρεπτη. Αναπόφευκτο αποτέλεσμα των ανωτέρω είναι ότι οι ουσιώδεις ελλείψεις που παρατηρούνται, ορθώς, στην προσφορά της προσφεύγουσας να μην δύνανται να μεταβληθούν - συμπληρωθούν κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016 ακόμη και όπως αυτό ισχύει μετά το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Αυτό, γιατί θα κατέληγε να κρίνει ο προσφέρων, το πρώτο κατά την αξιολόγηση, το πώς θα διαρθρώσει, συμπληρώσει και μεταβάλλει τα στοιχεία της προσφοράς του και ελευθέρως να μεταβάλλει αυτήν προσθέτοντας νέα - ουσιώδη στοιχεία που παρέλειψε κατά την υποβολή της. Οι συνθήκες αυτές συνιστούν πρόδηλη και μείζονα μεταβολή της προσφοράς κατά εντελώς ουσιώδη στοιχεία αυτής και άρα η μεταβολή αυτή είναι απαράδεκτη, ακόμη και κατ' άρθρο 42 του Ν. 4782/2021, ενώ, άλλωστε, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 τελεί σε κανονιστική ισοτιμία με το άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κατά το οποίο τα προσόντα συμμετοχής και οι όροι συμμετοχής πρέπει ήδη να συντρέχουν (και) κατά την προσφορά. Συνοψίζοντας, ενόψει των αρχών της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων η προσκομιδή όλων των τεκμηρίων απόδειξης συμμόρφωσης προς τις τεχνικές προδιαγραφές των

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

προσφερόμενων φωτιστικών σωμάτων του Παραρτήματος Ι παρ. 3 αποτελεί ουσιώδες στοιχείο για την παραδοχή των προσφορών των διαγωνιζομένων ως σύμφωνων με το κανονιστικό πλαίσιο και την πρόκρισή τους στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους συμμετέχοντος στο διαγωνισμό καθιστά την υποβληθείσα προσφορά του απορριπτέα, διότι, ο κανόνας αυτός αφορά σε προδιαγραφές, για τις οποίες, η υποχρέωση συμμόρφωσης ρητά και με καθαρότητα διατυπώθηκε ως επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση. Επομένως, η παράβαση αυτή δεν συνιστά επουσιώδη πλημμέλεια, δυνάμενη να αρθεί στο πλαίσιο του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, αφού η διόρθωσή της θα είχε ως συνέπεια τη μεταγενέστερη συμπλήρωση ουσιωδών εγγράφων με νέα που δεν προσκομίσθηκαν και την ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων συμπλήρωση - μεταβολή - τροποποίηση της προσφοράς κατά τρόπο ώστε να αίρεται η υποχρεωτικότητα απόρριψής της κατά τη διακήρυξη (βλ. μεταξύ άλλων ΕΑ ΣτΕ 117/2019, 135/2018) και η δεσμία αρμοδιότητα της Α.Α να απορρίψει την προσφορά επειδή δεν συγκεντρώνει τα στοιχεία εκείνα που επί ποινή αποκλεισμού ζητήθηκαν, ώστε, συνακόλουθα, το πρώτο σκέλος του οικείου λόγου της προσφυγής να πρέπει να απορριφθεί. Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του λόγου που προβάλλεται, περιπτωσιολογικά σχετικά με τις ελλείψεις επί των προδιαγραφών 9, 10, 11 και 20, λεκτέο, ότι: Όσον αφορά στην με α/α 9, ρητά συνομολογεί η προσφεύγουσα ότι δεν έχει προσκομίσει Έκθεση Ελέγχου LM-80 και συνεπώς ορθώς αποκλείστηκε, ενώ, κατά τα λοιπά, επαναφέρουμε όλα τα προαναφερθέντα χωρίς να τα επαναλαμβάνουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Όσον αφορά στην με α/α 10 προδιαγραφή το επί ποινή αποκλεισμού τεκμήριο απόδειξης ήταν το τεχνικό φυλλάδιο του τροφοδοτικού την δε, έλλειψη υποβολής του ρητά συνομολογεί η προσφεύγουσα, συνεπώς, ορθώς αποκλείστηκε. Το εάν - κατά τη ρητή συνομολόγηση της προσφεύγουσας - υπέβαλε εκ παραδρομής άλλο τεχνικό φυλλάδιο, δεν σημαίνει ότι συγχωρείται ο αποκλεισμός της ή ότι δικαιολογείται. Αντιθέτως, κάθε ενήμερος των προβλέψεων των συμβατικών τευχών υποψήφιος πρέπει να γνωρίζει τί ακριβώς πρέπει να υποβάλλει στο διαγωνισμό που μετέχει. Εάν κάθε εκ παραδρομής πλημμέλεια ήταν συγχωρητέα, τότε, κάθε έλλειψη ή παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου θα δικαιολογείτο με την επίκληση της εκ

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

παραδρομής αβλεψίας. Με άλλα λόγια, ακόμη και η εκ παραδρομής αστοχία είναι επιλήψιμη και ορθώς επιφέρει τον αποκλεισμό της προσφοράς ιδίως διότι με βάση τα υποβληθέντα (εν προκειμένω το υποβληθέν τεχνικό φυλλάδιο τροφοδοτικού) διεξάγεται η αξιολόγηση των προσφορών. Εξάλλου, τεκμήριο απόδειξης δεν ήταν ούτε η Έκθεση Ελέγχου IEC ... ούτε η Τεχνική Περιγραφή Προσφερόμενων Φωτιστικών, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Η Έκθεση ελέγχου IEC ... είναι γενική για όλη τη σειρά φωτιστικών οπότε είναι λογικό να περιλαμβάνει διάφορα τροφοδοτικά. Αυτό όμως που ζητείται και ελέγχεται αφορά μόνο τα τροφοδοτικά που χρησιμοποιούν τα προσφερόμενα φωτιστικά και όχι γενικά τα φωτιστικά της σειράς. Σημειωτέον δε, και άκρως καταδηλωτικό αποτελεί το γεγονός ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε και άλλα ζητούμενα τεκμήρια στα οποία καταδεικνύεται περίτρανα ότι τα προσφερόμενα φωτιστικά χρησιμοποιούν τα τροφοδοτικά της σειράς ...της ... τα οποία δεν περιλαμβάνουν DALI. Πιο συγκεκριμένα στις υποβληθείσες Εκθέσεις Ελέγχου κατά LM-79, για τα 5 προσφερόμενα φωτιστικά (...), οι οποίες εκθέσεις προκύπτουν από εργαστηριακούς ελέγχους των συγκεκριμένων προσφερόμενων τύπων φωτιστικών και όχι από γενικούς ελέγχους όλης της σειράς, αναφέρεται στην 1^η σελίδα κάθε έκθεσης, ότι τα ελεγχόμενα φωτιστικά περιλαμβάνουν τροφοδοτικά ... με κωδικούς ... και Τα τροφοδοτικά της εταιρείας ... με κωδικούς ... και ... ανήκουν στην γενική σειρά ...για την οποία η προσφεύγουσα υπέβαλε το ζητούμενο τεχνικό φυλλάδιο και όπως προαναφέρθηκε της δεν είναι DALI τροφοδοτικά. Συνεπώς, η προσφεύγουσα υπέβαλε συνειδητά και όχι εκ παραδρομής το τεχνικό φυλλάδιο του τροφοδοτικού ...που δεν διαθέτει DALI για την κάλυψη του ζητούμενου τεκμηρίου γιατί αυτό το τροφοδοτικό χρησιμοποιούν τα φωτιστικά που προσέφερε. Κατά τα λοιπά επαναφέρουμε όλα τα προαναφερθέντα περί μη εφαρμογής του άρθρου 102 ν. 4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει χωρίς να τα επαναλαμβάνουμε προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων. Όσον αφορά στην με α/α 11 προδιαγραφή, στη σελίδα 39 της Έκθεσης Ελέγχου IEC ... αναγράφεται μία συσκευή προστασίας υπερτάσεων (...) ...Ε της εταιρείας ..., και όχι η συσκευή ... της ... (αρχείο Product- leaflet...), για την οποία η προσφεύγουσα έχει υποβάλει το ζητούμενο επί ποινής αποκλεισμού τεχνικό φυλλάδιο. Άρα ορθώς αποκλείστηκε η προσφεύγουσα. Κατά τα λοιπά την

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

προκείμενη έλλειψη ρητά συνομολογεί η προσφεύγουσα, συνεπώς, ορθώς αποκλείστηκε, ενώ, για την εκ παραδρομής υποβολή από την προσφεύγουσα άλλου φυλλαδίου και για την μη εφαρμογή του άρθρου 102 ν. 4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει επαναφέρουμε όλα τα προαναφερθέντα χωρίς να τα επαναλαμβάνουμε προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων. Όσον αφορά τέλος στην με α/α 20 προδιαγραφή ρητά συνομολογείται από την προσφεύγουσα η έλλειψη συνεπώς ορθώς αποκλείστηκε. Κατά τα λοιπά για την μη εφαρμογή του άρθρου 102 ν. 4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει επαναφέρουμε όλα τα προαναφερθέντα χωρίς να τα επαναλαμβάνουμε προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων. Συνοψίζοντας, το πρώτο μέρος της υπό κρίση προσφυγής με το οποίο η προσφεύγουσα παραπονείται για την απόρριψη της προσφοράς της διώκοντας την επανεισδοχή της στο διαγωνισμό πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμο, απαράδεκτως και αλυσιτελές προβαλλόμενο. Επί των λόγων που διώκεται η απόρριψη - το πρώτον δια της προσφυγής – της προσφοράς μας. Εν προκειμένω, από την επισκόπηση της κρινομένης, προκύπτει άνευ αμφιβολίας ότι η προσφεύγουσα ουδόλως επικαλείται και ούτε προαποδεικνύει τη βλάβη που υφίσταται από την παραδοχή της προσφοράς μας και, κατ' επέκταση, το έννομο συμφέρον της να διώξει την απόρριψη - το πρώτον δια της προσφυγής της - της προσφοράς μας. Ειδικότερα, το έννομο συμφέρον της το αναλύει ως εξής (σελ. 18 της προσφυγής) «Επειδή, εξάλλου, για την άσκηση της παρούσας, διαθέτουμε το απαιτούμενο έννομο συμφέρον, δεδομένου ότι έχουμε λάβει μέρος στον υπό εξέλιξη διαγωνισμό, η προσφορά μας έχει αποκλεισθεί παρανόμως, ενώ παρανόμως έχει γίνει δεκτή η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα Επομένως, το έννομο συμφέρον μας ερείδεται στη ζημία μας από τον παράνομο αποκλεισμό μας και την παράνομη συμμετοχή της εν λόγω εταιρείας στο διαγωνισμό.». Το έννομο συμφέρον της έτσι όπως διατυπώνεται και αφορά στο μέρος εκείνο της προσφυγής που βάλλει εναντίον μας είναι προφανώς αόριστο, ανεπίδεκτο και ανεπαρκές να θεμελιώσει την προσφυγή της καθ' ο μέρος αυτή βάλλει εναντίον μας. Καθώς, το μεν, είναι πρόδηλο ότι εξαντλείται μόνο στην επιδίωξη απόρριψης της προσφοράς μας, το δε, ουδόλως αποδεικνύεται ή μνημονεύεται η επιδίωξή της να απορριφθεί η προσφορά μας επί σκοπώ ματαίωσης του διαγωνισμού και η εν συνεχεία της

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

ματαίωσης ειλικρινής και ξεκάθαρη διάθεσή της για συμμετοχή της στη νέα διεκδίκηση του δημοπρατούμενου αντικειμένου με διόρθωση του ουσιαστικού περιεχομένου της προσφοράς της και των τεχνικών ελλείψεων και αποκλίσεων που αυτή φέρει. Τα στοιχεία τούτα, ήτοι, η ορθή και με ειδικές αιτιάσεις, παράθεση του εννόμου συμφέροντός της, αν και ήταν απολύτως σημαντικές και ουσιώδεις προϋποθέσεις για να διασώσουν το έννομο συμφέρον της ως προς το δεύτερο σκέλος της προσφυγής της, ούτε καν αναφέρονται στην προσφυγή, έστω και κατ' ελάχιστον. Συνεπώς, εν προκειμένω, θεωρούμε, ότι, η Αρχή Σας, αφού εν αρχή μετά την εξέταση των λόγων απόρριψης της προσφοράς της απορρίψει την προσφυγή κατά το μέρος αυτό (που αφορά στη δική της προσφορά), τότε, κατά το λοιπό μέρος, ήτοι κατά το μέρος που βάλλει κατά της προσφοράς μας, πρέπει να απορρίψει την προσφυγή ως απαραδέκτως ασκουμένη ελλείπει εννόμου συμφέροντος - βλάβης κατά τον πρώτο κατά προτεραιότητα λόγο που προβάλλουμε. β. Ανεξαρτήτως των παραπάνω παραθέτουμε και τα εξής. Ως προκύπτει, εκ της φύσεως των λόγων απόρριψης της προσφοράς της ανθυποψηφίας μας, αυτοί, αφορούν σε πολλαπλές τεχνικές πλημμέλειες και, συνεπώς, σε συνεχείς αποκλίσεις της προσφοράς της προς ουσιώδεις και επί ποινή απαραδέκτου όρους της διαδικασίας. Όπως ρητώς έχει νομολογηθεί (ενδ. ΣΤΕ Ε.Α 235 υπό πενταμελή σύνθεση, 30/19, 160/18), σε περίπτωση αποκλεισμού συνεπεία παράβασης των τεχνικών προδιαγραφών, οι αιτιάσεις του προσωρινώς αποκλεισθέντος που βάλλουν κατά της αποδοχής προσφοράς ανθυποψηφίου του παρίστανται απαραδέκτως προβαλλόμενες ως αλυσιτελείς, αφού, δεν είναι δυνατή, υφ' οιαδήποτε εκδοχή, είτε δηλαδή άμεσα, είτε έμμεσα, η ανάθεση της «συγκεκριμένης» συμβάσεως υπό την έννοια του άρθρου 1 παρ. 3 της Οδηγίας 92/13, στον προσωρινό αποκλεισθέντα, δίχως να μεταβάλει το ουσιαστικό περιεχόμενο της προσφοράς του ή δίχως να μεταβληθούν οι σχετικοί τεχνικοί όροι της διακήρυξης. Ειδικότερα, η με αριθμό 30/19 απόφασις έκρινε (σκέψις 32, σελίς 51, πρώτο και δεύτερο εδάφιο) «...Προκειμένου εξάλλου να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της συμβάσεως, απαιτείται,

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκηρύξεώς του, αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο νέας διαδικασίας για την ανάθεση της συμβάσεως (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 22/18, πρβλ. και ΣΤΕ ΕΑ 144/18, 130/18, 106,18 και 408/18). Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην, ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς της συμβάσεως, ως τέτοιας νοούμενης όχι μόνον της συμβάσεως, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά, και της συμβάσεως, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης συμβάσεως θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για την συμμετοχή του στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία (ΣΤΕ ΕΑ 106/18)». Ενόψει αυτών και αφού εν προκειμένω οι λόγοι που επέφεραν την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας τυγχάνουν, αμιγώς τεχνικοί, συνιστάμενοι στην μη συμμόρφωση της προσφοράς της στις τεχνικές απαιτήσεις των τευχών δημοπράτησης, ήτοι εξόχως ουσιώδεις, η Αρχή Σας, αφού επικυρώσει την ορθότητα και νομιμότητα του αποκλεισμού της, τότε, θεωρούμε, ότι, οφείλει, με βάση τα ανωτέρω, να απόσχει από την εξέταση του σκέλους εκείνου της προσφυγής μετά του οποίου βάλλει κατά της προσφοράς μας, κρίνοντας, την προσφυγή της, κατά το σκέλος τούτο, ως προδήλως απαράδεκτη λόγω αλυσιτέλειας ή ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, δοθέντος, ότι, ειδικά στην περίπτωση αυτή, κάθε μορφή ανάθεσης, δηλαδή τόσο η «άμεση», ήχοι η στο πλαίσιο της αυτής διαδικασίας, όσο και η «έμμεση», ήτοι η στο πλαίσιο της νέας διαδικασίας, στην προσφεύγουσα της «συγκεκριμένης συμβάσεως» υπό την έννοια του άρθρου 1 παρ. 3 της Οδηγίας 92/13 δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να επιτευχθεί, αφού, για να επιτευχθεί αυτή θα απαιτείτο ως αναγκαία προϋπόθεση, είτε αυτή να μεταβάλλει ουσιώδως τα στοιχεία της τεχνικής της προσφοράς, είτε να μεταβληθούν οι τεχνικοί όροι της νέας συμβάσεως, που αποτέλεσαν την νόμιμη αιτία απορρίψεως της προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

της, σε μέτρο τέτοιο, ώστε να συμφωνούν με τα στοιχεία της υποβληθείσας τεχνικής προσφοράς της. Αν και ενόψει των ανωτέρω παρέλκει η παράθεση αντίκρουσής μας επί των αιτιάσεων που προβάλλει η προσφεύγουσα και που βάλλουν εναντίον μας, εντούτοις, για να μην αφεθούν εσφαλμένες εντυπώσεις επαγόμαστε τα ακόλουθα. 2. Επί του πρώτου λόγου. Εν προκειμένω η διακήρυξη ήταν σαφής και όριζε τα εξής «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια: Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν/παρέχουν:.. β) Βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας που αντιστοιχεί στο 40% της προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ ήτοι: 633.697,74 ευρώ. Κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας με τον φάκελο «Δικαιολογητικών Συμμετοχής υποβάλλει και βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, από πιστωτικά ιδρύματα ή άλλα νομικά πρόσωπα που λειτουργούν νόμιμα στην Ελλάδα, ή σε άλλο μέρος της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), που έχουν υπογράψει ευρωπαϊκές συμφωνίες ή Συμφωνία Δημοσίων Συμβάσεων του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου, η οποία κυρώθηκε με τον Ν.2513/1997 και έχουν, σύμφωνα με την νομοθεσία των Κρατών αυτών, αυτό το δικαίωμα.» Στο άρθρο 2.2.9.2.A.B.3. ορίζει «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:.. β) Βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας από πιστωτικά ιδρύματα ή άλλα νομικά πρόσωπα που λειτουργούν νόμιμα στην Ελλάδα, ή σε άλλο μέρος της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), που έχουν υπογράψει ευρωπαϊκές συμφωνίες ή Συμφωνία Δημοσίων Συμβάσεων του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου, η οποία κυρώθηκε με τον Ν.2513/1997 και έχουν, σύμφωνα με την νομοθεσία των Κρατών αυτών, αυτό το δικαίωμα.» Σε απόλυτη συμμόρφωση προς τους όρους της διακήρυξης υποβάλαμε την από 9 Μαρτίου 2022 επιστολή της ... Τράπεζας της Ελλάδος του τρίτου φορέα μας στην οποία αναφέρονται τα ακόλουθα «Σε απάντηση αιτήματός σας αναφορικά με τη χορήγηση βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας για συμμετοχή σε διακήρυξη με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ της .../. ... για την προμήθεια «...» (ΑΔΑΜ ..., Συστημικός Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης €

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

1.584.244,35 (πλέον ΦΠΑ), σας πληροφορούμε τα ακόλουθα: Η εταιρεία συνεργάζεται με την ...από το 2007. Η Τράπεζα έχει εγκρίνει υπέρ της εταιρείας σας, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχει καθορίσει, όριο για έκδοση Ε/Ε όλων των κατηγοριών ποσού € 2.800.000,00, το οποίο υπερκαλύπτει το 40% του προϋπολογισμού του διαγωνισμού χωρίς το Φ.Π.Α., ήτοι άνω των € 633.697,74 και το οποίο ισχύει κατά την 15.03.2022, καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών...». Αδίκως και κατά παρερμηνεία του κανονιστικού πλαισίου παραπονείται η προσφεύγουσα ότι η βεβαίωσή μας (δήθεν) δεν τεκμηριώνει την ζητούμενη πιστοληπτική ικανότητα. Πουθενά η διακήρυξη δεν προέβλεπε και μάλιστα ρητά ότι εξαιρούνται από την πιστοληπτική ικανότητα οι εγγυητικές επιστολές ή ότι οι βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας που περιλαμβάνουν όρια έκδοσης Ε/Ε δεν θα γίνουν δεκτές και θα απορρίπτεται η προσφορά. Όλοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί τα τυγχάνουν προδήλως αβάσιμοι. Επίσης, οι ισχυρισμοί της ότι η Διακήρυξη επιτάσσει τη προσκομιδή βεβαίωσης η οποία πρέπει να αναφέρεται στο σύνολο αυτής της ικανότητας, άνευ εγγυητικών επιστολών, και μάλιστα, ότι αυτό επιτάσσεται ανεξαρτήτως εάν ορίζεται τούτο ρητά στη Διακήρυξη ή όχι, τυγχάνουν απολύτως απορριπτέοι ως αβάσιμοι και ως μη ερειδόμενοι στο επίμαχο κανονιστικό πλαίσιο. Εάν οι διαγωνιζόμενοι είναι υποχρεωμένοι να προσκομίζουν κάθε φορά στοιχεία και βεβαιώσεις που δεν ζητούνται από ρητή απαίτηση της διακήρυξης ή κατά παραπομπή σε σαφή διάταξη, με κύρωση, σε περίπτωση που δεν τα υποβάλλουν, την απόρριψη της προσφοράς τους, τότε, ομιλούμε για πλήρη στρέβλωση της αρχής της διαφάνειας, της επί ίσοις όροις αξιολόγησης των προσφορών και, κατ' επέκταση, για μη νόμιμο, ως αιφνιδιαστικό και μη προβλεπόμενο στη διακήρυξη, λόγο απόρριψης μίας προσφοράς. Σημειωτέον, μάλιστα, ότι εν προκειμένω, δεν υπήρχε υπόδειγμα βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας. Τούτων δοθέντων, στην περίπτωση που η διακήρυξη επιτάσσει τους συμμετέχοντες να αποδείξουν ότι πληρούν το κριτήριο επιλογής της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, με βεβαίωση πιστωτικού ιδρύματος, χωρίς καμία διάκριση μεταξύ των δυο μορφών πιστοδότησης, ήτοι της χρηματοδότησης και των εγγυητικών επιστολών ή σε περίπτωση που δεν τίθεται σε σχετικό Υπόδειγμα της Διακήρυξης το ελάχιστο και επακριβές

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

περιεχόμενο της βεβαίωσης με ξεχωριστή αναγραφή του ποσού που διατίθεται στο διαγωνιζόμενο για χρηματοδοτήσεις και του ποσού που αφορά σε εγγυητικές επιστολές κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, καθώς και σε περίπτωση που αναδειχθεί αυτός ανάδοχος του υπό ανάθεση έργου, τότε, βεβαίως και δεν μπορεί να επέλθει απόρριψη της προσφοράς για τον λόγο ότι ο προσφέρων δεν έκαμε τον διαχωρισμό αυτόν. Πράγματι, στη συγκεκριμένη περίπτωση, ούτε το ένα, ούτε το άλλο επέτασσε η διακήρυξη, ούτε κάποιο υπόδειγμα επέτασσε τούτο. Συγκεκριμένα, δεν υπάρχει ρητή ή κατά παραπομπή σε άλλη διάταξη, διάταξη της διακήρυξης ή υπόδειγμα που να επιτάσσει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, ότι εξαιρούνται από την πιστοληπτική ικανότητα οι εγγυητικές επιστολές ή ότι οι βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας που περιλαμβάνουν όρια έκδοσης Ε/Ε δεν θα γίνουν δεκτές και θα απορρίπτεται η προσφορά. Επίσης, δεν υπάρχει ρητή ή κατά παραπομπή σε άλλη διάταξη, διάταξη της διακήρυξης ή υπόδειγμα που να επιτάσσει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, την προσκομιδή βεβαίωσης πιστωτικού ιδρύματος με σαφή διάκριση μεταξύ των δυο μορφών πιστοδότησης, ήτοι της χρηματοδότησης και των εγγυητικών επιστολών, ούτε διατέθηκε σχετικό Υπόδειγμα της Διακήρυξης με ελάχιστο και επακριβές περιεχόμενο την ξεχωριστή αναγραφή στη βεβαίωση του ποσού που διατίθεται για χρηματοδοτήσεις και του ποσού που αφορά σε εγγυητικές επιστολές. Άρα, υφ' εκατέρα εκδοχή δεν μπορεί να επέλθει απόρριψη της προσφοράς μας με έρεισμα διάταξη - απαίτηση μη προβλεπόμενη ρητά και επί ποινή αποκλεισμού στη διακήρυξη. Αντιθέτως, στη διακήρυξη ρητά απαιτήθηκε η προσκομιδή βεβαίωσης πιστωτικού ιδρύματος με αναφορά στη «συνολική» πιστοληπτική ικανότητα, χωρίς ειδικότερο και διακριτό περιεχόμενο. Με άλλα λόγια η προσφεύγουσα φαίνεται να ερμηνεύει εσφαλμένα το κείμενο της διακήρυξης καθώς αυτή δεν επέτασσε συγκεκριμένο περιεχόμενο της βεβαίωσης παρά μόνο συνολική ικανότητα. Τέτοια βεβαίωση και με το περιεχόμενο που ζητήθηκε την προσκομίσαμε. Επομένως συμμορφωθήκαμε προς την απαίτηση και ορθώς έγινε δεκτή η προσφορά μας αφού ήταν απολύτως προφανές ότι καλύπταμε τις απαιτούμενες προϋποθέσεις πιστοληπτικής ικανότητας της Διακήρυξης απορριπτόμενων όλων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών που δεν ευρίσκουν έρεισμα στη διακήρυξη. Η βεβαίωση που υποβάλαμε καλύπτει

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

πλήρως τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Είναι ευρέως γνωστό, ότι, η εγγυητική επιστολή είναι ένα προϊόν παροχής πίστης που εκδίδεται από τους αρμόδιους για αυτό φορείς, οργανισμούς και επιχειρήσεις κατόπιν αιτήματος και απευθύνεται σε κάποιον τρίτο (δικαιούχο). Εάν το πρόσωπο υπέρ του οποίου εγγυάται ο εκδότης δεν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του προς τον δικαιούχο της εγγυητικής επιστολής, ο εκδότης αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλει μέχρι το εγγυημένο ποσό στον δικαιούχο. Με άλλα λόγια είναι προφανές ότι συνιστά πιστοληπτική ικανότητα αφού δια της εκδόσεώς της πιστοποιείται η ικανότητα μίας επιχειρήσεως να ανταποκριθεί στις δανειακές και εν γένει οικονομικές υποχρεώσεις της. Πρόκειται συνεπώς για έναν θεσμό που παρέχει τη δυνατότητα σε οποιοδήποτε νομικό ή φυσικό πρόσωπο και ανεξαρτήτως μεγέθους επιχειρηματικής δραστηριότητας, να ανταγωνιστεί ισότιμα στον επιχειρηματικό στίβο, κάτω από την κάλυψη που της προσφέρει το κύρος της, ανοίγοντας έτσι το δρόμο και σε καινούριες οικονομικές μονάδες. Έτσι η Ε/Ε καθιερώνεται σαν ένα μέσο που κατοχυρώνει, διευκολύνει και επεκτείνει τις εμπορικές συναλλαγές και παρέχει στις επιχειρήσεις μια μορφή χρηματοδότησης, αφού με τον τρόπο αυτό ενισχύει την πιστοληπτική ικανότητα του εντολέα. Εξ άλλου το κείμενο που ακολουθείται σε τέτοιου είδους βεβαιώσεις είναι πάγια πρακτική της Ε.Τ. της Ελλάδος. Άρα, δεν μπορεί να καταλογισθεί εις βάρος μας ισχυρισμός περί πλημμέλειας ή έλλειψης όταν πρόκειται για βεβαίωση τρίτου που όσον αφορά στο περιεχόμενό της δεν μπορούμε να εκφέρουμε ουδεμία αντίρρηση ή τροποποίηση. Περαιτέρω, εκ της βεβαιώσεώς μας προκύπτει αδιάσπικτα ότι, α) χορηγήθηκε από αναγνωρισμένη τράπεζα, β) η εν λόγω βεβαίωση δεν δόθηκε ως απάντηση σε οποιοδήποτε αίτημα της εταιρείας μας, αλλά δόθηκε ως απάντηση σε συγκεκριμένου περιεχομένου αίτημα και δη σε αίτημα για χορήγηση βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας, γ) η βεβαίωση συνδέεται άρρηκτα με τον συγκεκριμένο διαγωνισμό για τις ανάγκες του οποίου εξεδόθη, δ) από το περιεχόμενό της βεβαιούται μη καταλειπομένης καμίας αμφιβολίας το κριτήριο επιλογής. Η βεβαίωση ευλόγως εξεδόθη στο όνομα του τρίτου φορέα μας καθώς στις ικανότητες αυτού στηριζόμαστε για την εκπλήρωση του κριτηρίου. Δεν μπορεί η τράπεζα να εκδώσει βεβαίωση για λογαριασμό τρίτου παρά μόνο για αυτόν που αιτείται την βεβαίωση και διαθέτει την ικανότητα. Έτσι κιόλας

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

εξηγείται το γεγονός ότι στην προτυποποιημένη φόρμα που χρησιμοποιούν τα πιστωτικά ιδρύματα για να εκδώσουν τέτοιου είδους βεβαιώσεις ορθώς βεβαιώνεται ότι σε περίπτωση που η εκάστοτε εταιρεία για την οποία εκδίδεται η βεβαίωση (και όχι η εκάστοτε υποψήφια) αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης και υποβληθεί σχετικό αίτημα για χρηματοδότηση, η Τράπεζα προτίθεται να το εξετάσει ώστε όλοι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί να πρέπει να απορριφθούν. Για του λόγου το αληθές στην με αριθμό 19/19 απόφασή Σας η Αρχή έκρινε τα εξής «41. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, απαιτείται ρητώς η επίμαχη βεβαίωση να έχει εκδοθεί από αναγνωρισμένη τράπεζα, να αφορά σε ποσό ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού μελέτης χωρίς τον ΦΠΑ και να έχει ημερομηνία τον τελευταίο μήνα πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Ως εκ τούτου, προκύπτει ότι οι όροι αυτοί έχουν τεθεί προκειμένου να ελεγχθεί η κατά τεκμήριο ικανότητα των συμμετεχόντων στον επίμαχο διαγωνισμό να ανταποκριθούν στην εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης και να εξασφαλισθεί η σοβαρή και πραγματοποιήσιμη δέσμευση Τραπεζικού Ιδρύματος προς παροχή της απαιτούμενης κεφαλαιακής επάρκειας του αναδεικνυόμενου μειοδότη (Ε.Α. ΣτΕ 273/2015), σκοπούν δε στην αποτύπωση της χρηματοοικονομικής κατάστασης των διαγωνιζομένων κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού. Συνεπώς, για να θεωρηθεί ορισμένο και επαρκές το περιεχόμενο των προσκομιζομένων τραπεζικών βεβαιώσεων, απαιτείται, μεταξύ άλλων, να προκύπτει με σαφήνεια και κατ' επίκληση συγκεκριμένων στοιχείων η διαβεβαίωση περί των ορίων χρηματοδοτήσεως του διαγωνιζομένου, σε σχέση με την ενεστώσα περιουσιακή του κατάσταση, επ' ευκαιρία του συγκεκριμένου διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 2006/2006). 42. Επειδή, ως έχει κριθεί από την νομολογία, η βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας πρέπει να εκδίδεται ενόψει της συμμετοχής της διαγωνιζόμενης επιχείρησης στον επίδικο διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 162/2010, ΕλΣυν 657/2010, ΔΕφΑθ αναστ. 363/2015). 43. Επειδή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις προαναφερόμενες διατάξεις της διακήρυξης που διέπει τον ένδικο διαγωνισμό, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσον και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣτΕ 16,17/2011, 523,348/2010), απαιτείται, μεταξύ των δικαιολογητικών, η υποβολή από το διαγωνιζόμενο, επί ποινή

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

αποκλεισμού της προσφοράς, τραπεζικής βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας ίσης ή ανώτερης με 161.290,32 ευρώ, χωρίς ωστόσο να προβλέπεται ρητώς συγκεκριμένος τύπος βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας ώστε να απαιτείται τα όρια της πιστοληπτικής κάλυψης να προκύπτουν από το όριο των εγγυητικών επιστολών (βλ. και ΑΕΠΠ 857/2018, σκ. 95). Σε κάθε περίπτωση, η συγκεκριμένη απαίτηση καλυπτόταν από την υποβληθείσα βεβαίωση της ... Τράπεζας, δεδομένου ότι στη διακήρυξη δεν αναφερόταν συγκεκριμένος τύπος και περιεχόμενο που θα έπρεπε να διαθέτει η βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, όφειλε δε η αναθέτουσα αρχή να καλέσει την παρεμβαίνουσα να προσκομίσει βεβαίωση με τα επιπλέον στοιχεία, καθόσον η προσκομισθείσα βεβαίωση μπορούσε, να συμπληρωθεί ή να διευκρινιστεί από την τράπεζα που την εξέδωσε (βλ. και ΔΕΦΠειρ Ν24/2018, σκ. 8).». Τέλος, η διακήρυξη προέβλεπε ότι οι προσφέροντες πρέπει κατά την υποβολή της προσφοράς τους να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον 633.697,74 Ευρώ, προϋπόθεση η οποία υπερκαλύπτεται όπως προφανώς προκύπτει από την βεβαίωση που προσκομίσθηκε κατά την υποβολή της προσφοράς μας. Η βεβαίωση ορίζει ξεκάθαρα ότι «Η Τράπεζα έχει εγκρίνει υπέρ της εταιρείας σας, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχει καθορίσει, όριο για έκδοση Ε/Ε όλων των κατηγοριών ποσού € 2.800.000,00, το οποίο υπερκαλύπτει το 40% του προϋπολογισμού του διαγωνισμού χωρίς το Φ.Π.Α., ήτοι άνω των € 633.697,74 και το οποίο ισχύει κατά την 15.03.2022, καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών...». Συνεπώς, όλα τα περί του αντιθέτου υποστηριζόμενα ότι η βεβαίωση δεν καλύπτει το ποσό πιστοληπτικής ικανότητας, κατά το χρόνο του διαγωνισμού, παρά μόνον συνιστά δέσμευση της Τράπεζας ότι θα εξετάσει μελλοντικά σχετικό αίτημα της εταιρείας, εφόσον αυτή αναδειχθεί ανάδοχος είναι απορριπτέα ως προδήλως αβάσιμα και αλυσιτελή. Συνοψίζοντας, ο υπό κρίση λόγος τυγχάνει απορριπτέος ως ερειδόμενος σε απαίτηση που δεν προβλέπεται στο οικείο πλαίσιο, είτε ρητώς, είτε κατά παραπομπή, και, πάντως επί ποινή αποκλεισμού και που προσθέτως, ακόμη και υπό την ακραία εκδοχή της προσφεύγουσας - που δεν αποδεχόμαστε - παρίσταται αλυσιτελώς προβαλλόμενος καθώς δεν επαρκεί να επιφέρει απόρριψη της προσφοράς μας πριν προηγηθεί η παραπομπή στη

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

διαδικασία του άρθρου 102 ν. 4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει ιδίως διότι υποβάλαμε επικαίρως την βεβαίωση που ζητήθηκε. 3. Επί του δεύτερου λόγου. Εν προκειμένω στο άρθρο 2.4.3 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.» Τέτοια αναφορά σαφώς γίνεται στην προσφορά μας. Ειδικότερα, στα υποβληθέντα, κατά την υποβολή της προσφοράς μας, Ε.Ε.Ε.Σ, τόσο ημών όσο και των τρίτων φορέων μας, υπάρχει σαφής και αναλυτική αναφορά (αναλυτικά και σε ποσοστό %) του τμήματος της σύμβασης που θα παραχωρηθεί υπό την μορφή υπεργολαβικής εκτέλεσης. Συγκεκριμένα, στα σχετικά ερωτήματα του Ε.Ε.Ε.Σ. δίδουμε ξεκάθαρες απαντήσεις για τους υπεργολάβους μας αναφέροντας αναλυτικά το τμήμα της σύμβασης που προτιθέμεθα να αναθέσουμε υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, αναλυτικά και σε ποσοστό %, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουμε. Άρα δεν συντρέχει κανείς απολύτως λόγος αποκλεισμού μας. Επιπλέον, στο κεφάλαιο 9 της τεχνικής μας προσφοράς (σελ. 52 - 59) κάνουμε εκτενή και αναλυτική αναφορά στην ομάδα έργου αναφέροντας επακριβώς το έργο εκάστου προτεινόμενου προσώπου, τον υπεργολάβο από τον οποίον προέρχεται, την κάλυψη της απαίτησης του έργου για την οποία συμμετέχει, παραθέτουμε σχήμα διοίκησης και υλοποίησης του έργου και κατάλογος ομάδας έργου, δηλαδή, με άλλα λόγια, παραθέτουμε όλα εκείνα τα στοιχεία που είναι επαρκή ώστε η Α.Α να έχει πλήρη εικόνα της προτεινόμενης ομάδας και να καλύπτονται οι απαιτήσεις της διακήρυξης. Όλα λοιπόν τα περί του αντιθέτου υποστηριζόμενα τυγχάνουν προδήλως απορριπτέα ως αβάσιμα και ως αλυσιτελώς προβαλλόμενα. Ειδικότερα, αυτή τη διατύπωση της διακήρυξης η προσφεύγουσα την παρερμηνεύει και την παραφράσει υποστηρίζοντας ότι σημαίνει πως είναι υποχρεωτική στην τεχνική προσφορά η αναφορά του τμήματος της σύμβασης (αναλυτικά και σε ποσοστό %) και ότι σε περίπτωση παράβασης επέρχεται αποκλεισμός. Αυτό φυσικά είναι τελείως λάθος. Διότι, η διακήρυξη, στο άρθρο 2.4.3, ουδόλως προέβλεπε, άλλως ουδόλως προέβλεπε ρητά και με σαφήνεια ότι η αναφορά αυτή συνιστά μέρος - περιεχόμενο μόνο ειδικά της τεχνικής προσφοράς. Πράγματι, στο άρθρο 2.4.3 προβλέπεται ότι «Οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.». Με άλλα λόγια αναφέρουν με την προσφορά τους το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Όχι δηλαδή κατ' ανάγκην μόνο στην τεχνική τους προσφορά. Δεν διαχωρίζει η διακήρυξη ότι η αναφορά αυτή γίνεται στο Ε.Ε.Ε.Σ ή μόνο στο Ε.Ε.Ε.Σ ή μόνο στην τεχνική προσφορά. Άρα, μπορεί να γίνει σε κάθε στοιχείο της εν γένει προσφοράς και φυσικά μπορεί να γίνει στο Ε.Ε.Ε.Σ. Σημειωτέον, ότι, αυτή η πρόβλεψη της διακήρυξης τίθεται κάτωθι της πρόβλεψης «Οι τυχόν απαιτούμενες δηλώσεις ή υπεύθυνες δηλώσεις του παρόντος άρθρου που υπογράφονται ψηφιακά από τους έχοντες υποχρέωση προς τούτο, δεν απαιτείται να φέρουν θεώρηση γνησίου υπογραφής» δηλαδή κάτωθι πρόβλεψης που αφορά σε στοιχεία της εν γένει προσφοράς και όχι περιοριστικά της τεχνικής προσφοράς. Συνεπώς, είναι όλως εύλογη η ερμηνεία που προσδίδουμε στην εν λόγω πρόβλεψη. Εμείς πάντως, για λόγους ασφαλείας περιλάβαμε την αναφορά και στα Ε.Ε.Ε.Σ και στην τεχνική μας προσφορά. Προσθέτως, ουδόλως προκύπτει από τη διατύπωση της πρόβλεψης ότι αυτή τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Αντιθέτως, καθ' ο μέρος στην επίμαχη πρόβλεψη πουθενά δεν αναφέρεται ρητά ότι τίθεται ως επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωση σημαίνει ότι δι' αυτής εισάγεται επουσιώδης - προαιρετική υποχρέωση, την οποία, ούτως ή άλλως εκπληρώσαμε. Συνεπώς, ο λόγος της «Παράλειψη αναφοράς στην Τεχνική Προσφορά των υπεργολάβων και των τμημάτων της σύμβασης που αυτοί θα εκτελέσουν» τυγχάνει προδήλως αβάσιμος και μη ερειδόμενος στη διακήρυξη. Αυτό είναι ξεκάθαρο και δεν αντιλαμβανόμαστε τον λόγο που προβάλλει η προσφεύγουσα. Εφόσον λοιπόν συμμορφωθήκαμε στις απαιτήσεις της διακήρυξης δεν συντρέχει κανένας νόμιμος λόγος αποκλεισμού μας. Συνοψίζοντας, και ο υπό κρίση λόγος τυγχάνει απορριπτέος για τους ανωτέρω λόγους καταρχήν διότι η προσφορά μας συγκεντρώνει όλα τα απαραίτητα στοιχεία και περαιτέρω διότι η ερμηνεία που αποδίδει η προσφεύγουσα στη διάταξη του άρθρου 2.4.3 δεν ευρίσκει ορθό θεμέλιο. Τέλος, ακόμη και υπό την ακραία εκδοχή της προσφεύγουσας - που δεν αποδεχόμαστε - παρίσταται αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθώς δεν επαρκεί να επιφέρει απόρριψη της

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

προσφοράς μας πριν προηγηθεί η παραπομπή στη διαδικασία του άρθρου 102 ν. 4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει ιδίως διότι, αφενός, τόσο στα Ε.Ε.Ε.Σ υποβάλαμε τα εν λόγω στοιχεία με αναφορά του τμήματος της σύμβασης (αναλυτικά και σε ποσοστό %) που θα εκτελέσουν οι τρίτοι ως υπεργολάβοι καθώς και των στοιχείων τους, όσο και στην τεχνική μας προσφορά αναφέραμε επακριβώς το έργο εκάστου προτεινόμενου προσώπου της ομάδας έργου, τον υπεργολάβο από τον οποίο προέρχεται κάθε μέλος της, την κάλυψη της απαίτησης του έργου για την οποία συμμετέχει, παραθέτουμε σχήμα διοίκησης και υλοποίησης του έργου και κατάλογος ομάδας έργου, δηλαδή, με άλλα λόγια, παραθέτουμε όλα εκείνα τα στοιχεία που είναι επαρκή ώστε η Α.Α να έχει πλήρη εικόνα της προτεινόμενης ομάδας και να καλύπτονται οι απαιτήσεις της διακήρυξης, αφετέρου, διότι, η πρόβλεψη αυτή δεν τέθηκε ρητώς επί ποινή αποκλεισμού και άρα πρόκειται για επουσιώδη - προαιρετική διάταξη της διακήρυξης. 4. Επί του τρίτου λόγου. Τέλος, επί του τρίτου λόγου της - αν και ανάξιος σοβαρής αντίκρουσης - λεκτέα τα ακόλουθα. Ο ισχυρισμός ότι η εταιρεία μας είναι ανενεργής είναι αβάσιμος, αναληθής, παρελκυστικός και απαξιωτικός, επιφυλασσόμαστε δε για κάθε νόμιμο δικαίωμά μας. Η εταιρεία μας είναι ενεργής και ευρίσκεται σε πλήρη δραστηριότητα (συν. 1 εκτύπωση από ΑΑΔΕ περί ενεργούς επιχειρηματικής δραστηριότητας). Ο ισχυρισμός ότι η εταιρεία μας φαίνεται να αποτελεί το μέσο άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας των τρίτων φορέων μας είναι αβάσιμος, αναληθής, παρελκυστικός και απαξιωτικός, επιφυλασσόμαστε δε για κάθε νόμιμο δικαίωμά μας. Η εταιρεία μας δραστηριοποιείται στην αγορά δημοσίων συμβάσεων και έχει συμμετάσχει στη διεκδίκηση δημοπρατούμενων αντικειμένων είτε αυτοτελώς, είτε υπό τη μορφή συμπράξεων, Ενώσεων ή Κοινοπραξιών. Ενδεικτικά, η εταιρεία μας έχει συμμετάσχει σε διαγωνισμούς της Περιφέρειας ..., του Δήμου, του Δήμου ..., έχει υπογράψει συμβάσεις με τον Δήμο ... (συν. 2-6 Αποφάσεις Ο.Ε/Συμβάσεις). Ο ισχυρισμός της ότι οι πραγματικά συμμετέχουσες εταιρείες είναι αντί ημών οι τρίτοι φορείς μας συμφερόντων αμφοτέρως του ίδιου προσώπου, είναι αβάσιμος, αναληθής, παρελκυστικός και απαξιωτικός, επιφυλασσόμαστε δε για κάθε νόμιμο δικαίωμά μας. Η εταιρεία μας διαθέτει νομίμως δημοσιευμένο καταστατικό, αυτοτελές φορολογικό μητρώο, έδρα και ανεξάρτητο διοικητικό συμβούλιο

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

πλήρως διακριτή και αυτοτελής στη λειτουργία της και στη λήψη επιχειρηματικών αποφάσεων από κάθε άλλη (συν. 7-9 καταστατικό δημοσιευμένο στο ΓΕΜΗ, απόδοση Α.Φ.Μ για έναρξη επιχειρηματικής δραστηριότητας, πιστοποιητικό εκπροσώπησης). Ο ισχυρισμός της ότι οι τρίτοι φορείς μας καλύπτουν με δάνεια εμπειρία το σύνολο των κριτηρίων επιλογής, όπως και τα προσφερόμενα φωτιστικά, και συνεπώς, είναι πρακτικά αδύνατο τα ποσοστά υπεργολαβίας των τρίτων φορέων εταιρειών να ανέρχονται σε 1% και 2%, και ότι προκύπτει η εκτέλεση του συνόλου του έργου από τις δύο αυτές εταιρείες με αποτέλεσμα - κατά τους ισχυρισμούς της - η προσφορά μας να είναι απορριπτέα και ως ασαφής και ανακριβής, τυγχάνει απολύτως αβάσιμος, αναληθής, παρελκυστικός και απαξιωτικός, επιφυλασσόμαστε δε για κάθε νόμιμο δικαίωμά μας. Η εταιρεία μας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και τούτο συνιστά νόμιμο δικαίωμά της που προβλέπεται (όχι μόνο για εμάς αλλά για κάθε συμμετέχοντα) από την ενωσιακή και εσωτερική νομοθεσία. Συνεπώς, εφόσον ασκεί νόμιμο και αναγνωρισμένο δικαίωμα κάθε επιφύλαξη ή αμφισβήτηση τυγχάνει κακοπροαίρετη και αποδεικνύει ένδεια σοβαρών επιχειρημάτων. Τέλος, επί του ισχυρισμού της ότι οι τρίτοι φορείς μας κατέχουν τα τελευταία έτη την πλειοψηφία των αντίστοιχων έργων της Περιφέρειας απαντούμε ότι προφανώς και είναι απολύτως συνειδητή η επιχειρηματική μας επιλογή να συμπράξουμε στον επίμαχο διαγωνισμό με εταιρείες εγνωσμένης αξίας, εμπειρίας και ικανότητας. Τέτοιες επιλογές πρέπει να επιδοκιμάζονται και όχι να απαξιώνονται. Συνοψίζοντας και ο τελευταίος λόγος πρέπει να απορριφθεί διότι η προσφορά μας δεν εμπεριέχει καμία ασάφεια και καμία ανακρίβεια, για αυτό κίολας αξιολογήθηκε ευχερώς και θετικά από την Α.Α».

8. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) 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 εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). 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

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

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 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).

9. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

10. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕΦΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται 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, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (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, Manona, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

11. Επειδή, ως προσφάτως έγινε δεκτό (ΕΑΣΤΕ 159/2019 σκέψη 16) είναι απαράδεκτη τεχνικά προσφορά όταν προσκομίζεται πιστοποιητικό άνευ αναφοράς της μεθόδου-προτύπου που χρησιμοποιήθηκε για την διενέργεια της δοκιμής. Περαιτέρω, είναι προδήλως ευνόητο ότι η τεχνική προσφορά πρέπει καταρχάς να περιλαμβάνει τα στοιχεία εκείνα με τα οποία συγκεκριμενοποιείται μονοσήμαντα το προσφερόμενο προϊόν, άλλως τίθεται ζήτημα αοριστίας της προσφοράς λόγω αδυναμίας ταυτοποίησης του προσφερόμενου είδους. Δοθέντος δε ότι εν προκειμένω απαιτείται και η υποβολή δείγματος, τα στοιχεία ταυτοδότησης του προσφερόμενου προϊόντος πρέπει να προκύπτουν και από το προσκομιζόμενο δείγμα.

12. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

13. Επειδή, από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, προκύπτουν ότι η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε έκθεση ελέγχου λειτουργίας σε $T \geq 50^{\circ}\text{C}$, γεγονός άλλωστε που συνομολογεί ευθέως και η ίδια, ενώ συνακόλουθα ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και άρα απαραδέκτως, προβάλλεται ως ισχυρισμός της προδικαστικής προσφυγής, ότι υφίσταται ασάφεια της διακήρυξης, ως προς τις εν λόγω απαιτήσεις.

14. Επειδή, κατόπιν της απόρριψης του ως άνω λόγου της προσφυγής, οι λοιποί λόγοι προβάλλονται αλυσιτελώς, δοθέντος ότι η ως άνω κρίση, στηρίζει αυτοτελώς την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει κατά δεσμία αρμοδιότητα την προσφορά της προσφεύγουσας (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 308/2020, ΣτΕ 7μ. 2465/2018 σκ. 14).

15. Επειδή, όλως επικουρικώς ως προς τις λοιπές αιτιάσεις της προσφεύγουσας σύμφωνα με την προδιαληφθείσα αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών κρίνεται ότι δεν καλύπτει τις επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και ειδικότερα του Παραρτήματος Ι παρ. 3 «Τεχνικές προδιαγραφές φωτιστικών σωμάτων», που ορίζει, ότι «Τα φωτιστικά της προσφερόμενης οικογένειας με τις επιμέρους διαμορφώσεις πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να καλύπτουν τα τεχνικά - κατασκευαστικά χαρακτηριστικά του πίνακα που ακολουθεί μέσω των τεκμηρίων που περιγράφονται...». Ειδικότερα, σύμφωνα με τον οικείο όρο της

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

επίμαχης διακήρυξης ορίζεται, ότι «*Η αντοχή σε μηχανικές καταπονήσεις και κρούσεις του φωτιστικού θα πρέπει να είναι τουλάχιστον IK08 κατά EN62262*» και ως μέσο απόδειξης ορίζεται η «*Έκθεση Ελέγχου κατά EN 62262 Διαπίστευση του εργαστηρίου κατά ISO 17025 για τον συγκεκριμένο έλεγχο*». Στην εξεταζόμενη υπόθεση η διαπίστευση του εργαστηρίου που υπέβαλε η προσφεύγουσα δεν περιλαμβάνει τον επί ποινή αποκλεισμού τον συγκεκριμένο έλεγχο, ενώ απορρίπτεται προεχόντως ως αναπόδειχτος και επικουρικώς ως αόριστος ο ισχυρισμός της, ότι το EN 60598 καλύπτει το EN 62262. Επέκεινα, ως προς την απαίτηση α/α 9 ορίζεται στην διακήρυξη, ότι «*Για όλες τις φωτεινές πηγές LED, η απώλεια της φωτεινής ροής στις 50.000 ώρες δεν θα πρέπει να ξεπερνά το 30% της αρχικής φωτεινής ροής (L70 reported @ 50.000 ώρες)*», ενώ ως μέσο απόδειξης, ορίζεται «*Έκθεση ελέγχου κατά LM-80& Πιστοποιητικό Διαπίστευσης κατά ISO 17025 του εργαστηρίου για την διεξαγωγή μετρήσεων κατά LM-80*». Στη συγκεκριμένη περίπτωση η παρεμβαίνουσα, δεν υπέβαλε έκθεση ελέγχου κατά LM80 και διαπίστευση του εργαστηρίου. Περαιτέρω, ως προς την απαίτηση α/α 10 της διακήρυξης ορίζεται, ότι «*Τα τροφοδοτικά (drivers) των φωτιστικών θα είναι ικανά για μετάδοση και λήψη ψηφιακών δεδομένων σύμφωνα με το πρωτόκολλο επικοινωνίας DALI, μέσω του οποίου θα μπορούν να μεταδοθούν εντολές αφής/σβέσης ή μεταβολής της έντασης φωτισμού από το κεντρικό σύστημα ελέγχου, καθώς και πληροφορίες κατάστασης των φωτιστικών στο σύστημα ελέγχου*», ενώ ως μέσο απόδειξης ορίζεται «*Τεχνικό φυλλάδιο Τροφοδοτικού*». Στην επίμαχη περίπτωση εκ του συνόλου των προσκομιζόμενων μέσων απόδειξης της προσφεύγουσας, προκύπτει, ότι δεν καλύπτει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση DALI. Περαιτέρω, ως προς τον λόγο που αφορά την απαίτηση α/α 11, η οικεία πρόβλεψη της διακήρυξης ορίζει, ότι «*Η ηλεκτρική μονάδα του φωτιστικού θα πρέπει να περιλαμβάνει συσκευή προστασίας υπερτάσεων (εκτός του τροφοδοτικού) για προστασία από υπέρταση τουλάχιστον 10kV*», ενώ ως μέσο απόδειξης ορίζεται το «*Τεχνικό φυλλάδιο συσκευής προστασίας υπερτάσεων Έκθεση Ελέγχου κατά EN 60598 που να αφορά το φωτιστικό με τη συσκευή προστασίας υπερτάσεων*». Στην εξεταζόμενη περίπτωση η έκθεση ελέγχου κατά EN60598 που υπέβαλε η προσφεύγουσα δεν περιλαμβάνει την συσκευή προστασίας

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

υπερτάσεων. Στην έκθεση ελέγχου κατά EN60598 (σελ 22) στο Overvoltage protective devices σημειώνεται N/A, ήτοι ότι δεν πραγματοποιήθηκε ο σχετικός απαιτούμενος εκ της διακήρυξης έλεγχος. Τέλος, ως προς τον λόγο της προσφυγής που συνέχεται με την απαίτηση α/α 20 σύμφωνα με την οποία «Τα φωτιστικά θα πρέπει να συμμορφώνονται με την Οδηγία EMC 2014/30/EU ή μεταγενέστερη Πρότυπα Εναρμόνισης: EN 61000-3-2, EN 61000-3-3, EN 55015», ενώ ως Μέσο απόδειξης ορίζεται η «Δήλωση συμμόρφωσης κατασκευαστή Έκθεση Ελέγχου σύμφωνα με τα ζητούμενα πρότυπα», από την εξέταση του διοικητικού φακέλου και των στοιχείων της προσφοράς της προσφεύγουσας προκύπτει ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση ο οικονομικός φορέας δεν υπέβαλε έκθεση ελέγχου για τα ζητούμενα πρότυπα EN6100-3-2, EN61000-3-3, EN 55015, ως όφειλε επί ποινή αποκλεισμού.

16. Επειδή, οι συγκεκριμένες ελλείψεις αυτές δεν μπορούν να συμπληρωθούν με προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 102 ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, διότι όλες ήταν ορισθείσες επί ποινή αποκλεισμού. Εξάλλου, δεν πρόκειται για ασάφεια, η οποία θα ήταν δυνατό να αρθεί με την παροχή διευκρινήσεων κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ακόμη και μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, το οποίο εφαρμόζεται εν προκειμένω. Τούτο δε, καθόσον η αναθέτουσα αρχή έχει βάσει της τελευταίας αυτής διάταξης σχετική δυνατότητα να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να συμπληρώσει στοιχεία του φακέλου του, όπως προκύπτει τόσο από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, όπου ορίζεται ότι «με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας», όσο και από το γεγονός ότι η δυνατότητα αυτή παρέχεται υπό προϋποθέσεις, ήτοι εφόσον δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα, με τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων και εφόσον η διευκρίνηση-συμπλήρωση αφορά στοιχεία ή δεδομένα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (βλ. σχετ. αιτιολογική έκθεση). Άλλωστε, και η νέα (μετά την τροποποίηση με το ν. 4782/2021) διατύπωση της διάταξης του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ουσιαστικά υιοθετεί τη διατύπωση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 56 παρ.4),

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να ζητεί από τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν τα δικαιολογητικά τους, τηρουμένων, όμως, απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας. Η ανωτέρω, όμως, δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνισης προϋποθέτει αναγκαίως να έχει προηγηθεί σχετική απάντηση, περίπτωση που δεν ισχύει εν προκειμένω, ενόψει της παντελούς ελλείψεως σχετικής απάντησης η δε 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 (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 346/2017, 184/2017, 135/2018), δεδομένου ότι κατά τα προαναφερόμενα (σκέψη 12 της παρούσας) δεν είναι δυνατή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής η αναπλήρωση μη υποβληθέντων στοιχείων ή πληροφοριών (πρβλ. ΣτΕ 827/2019, 1490/2019 κ.ά.). Ενόψει δε τούτου, δεν συντρέχει νόμιμος λόγος πρόσκλησης της προσφεύγουσας από την αναθέτουσα αρχή προς συμπλήρωση ή διευκρίνιση, η οποία ουδεμία απάντηση έδωσε (ΣτΕ 505/2021), κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ακόμη και μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, το οποίο εφαρμόζεται εν προκειμένω, ενώ, εξάλλου, δεν προκύπτει ότι τα ανωτέρω πραγματικά γεγονότα που συνιστούν ελλείψεις επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμα δοθέντος ότι τα τεχνικά φυλλάδια που υποβλήθηκαν αφορούσαν σε έτερο προσφερόμενο είδος, ως παραδέχεται και η προσφεύγουσα (βλ. ΔΕφΧαν. 18/2022).

17. Επειδή, όπως έχει κριθεί σχετικά αντίκειται στο ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, ο συλλήβδην αποκλεισμός της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτων για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, εφόσον αυτό δεν δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και δεν τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό (βλ. ΑΕΠΠ 416/2018 σκ. 23-25 και ΑΕΠΠ 672/2019). Συγκεκριμένα, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία,

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (ΕΑ ΣΤΕ 284/2013 και 409/2013). Ως εξάλλου, έχει κριθεί προσφάτως (ΔΕφΘες/νικης 143/2021) η δάνεια εμπειρία διακρίνεται από την υπερβολαβία, κατά το ότι ο διαγωνιζόμενος εξακολουθεί να εκτελεί ο ίδιος το ανατεθέν αντικείμενο της σύμβασης, δύναται, όμως, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, είτε όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είτε όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους φορείς αυτούς, αρκεί να αποδεικνύει ότι έχει στη διάθεσή του τα αλλότρια αυτά μέσα των φορέων των οποίων η συμμετοχή είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι η δάνεια εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα μπορεί να συνίσταται στην παροχή τεχνογνωσίας ή εμπειρίας αλλά και αναγκαίων πόρων (ανθρώπινου δυναμικού) από αυτόν (δανείζοντα) προς τον δανειζόμενο για την εκτέλεση από τον τελευταίο της σύμβασης, χωρίς να αποκλείεται και η περίπτωση εκτέλεσης των εργασιών ή υπηρεσιών από τον τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει τη στήριξή του στον προσφέροντα ή τον υποψήφιο, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις.

18. Επειδή, εν συνεχεία σε ότι αφορά τις αιτιάσεις για την προσφορά της παρεμβαίνουσας λεκτέα είναι τα εξής. Κατά τη πλειοψηφία του Κλιμακίου όπως απαρτίστηκε από τα μέλη Α. Μπουζιούρη και Ε. Αψοκάρδου, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών δεν αποτελεί βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, ήτοι τραπεζικό προϊόν άντλησης πίστωσης ώστε να καλύπτει την οικεία απαίτηση της Διακήρυξης σχετικά με τη δυνατότητα χορήγησης πίστωσης ποσού ανερχόμενου σε τουλάχιστον 40% του προϋπολογισμού. Ειδικότερα, η πιστοληπτική ικανότητα αποτελεί επιμέρους στοιχείο του υπό 2.2.5 της Διακήρυξης κριτηρίου περί χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, το οποίο ανάγεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 Ν. 4412/2016, σε «απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης». Στο συγκεκριμένο πλαίσιο, επομένως, η πιστοληπτική ικανότητα άπτεται της ικανότητας χρηματοδότησης του οικονομικού φορέα, η οποία αποδεικνύεται με κατάλληλη τραπεζική βεβαίωση περί του διαθέσιμου υπέρ του οικονομικού φορέα ορίου χρηματοδότησης, στην οποία δεν εμπίπτει η έκδοση εγγυητικών επιστολών (βλ. ΔΕΦΑΘ 264/2016, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 77/2008). Ωστόσο, στην περίπτωση αυτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν είναι απορριπτέα άνευ ετέρου καθώς, σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 που αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο της υπό ανάθεση σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής, ενώ, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8 της Διακήρυξης, αντίστοιχα, ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής. Επομένως, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και έπρεπε, προτού αποφανθεί οριστικά, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα να αντικαταστήσει τον οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (βλ. απόφαση 1^{ου} Κλιμακίου ΕΑΔΗΣΥ Σ777/2022, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Κατά την μειοψηφούσα γνώμη του εισηγητή, η επίμαχη Διακήρυξη στο άρθρο 2.2.5 και 2.2.9.2.A.B.3. ορίζει για βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας που αντιστοιχεί στο 40% της προσυπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ ήτοι: 633.697,74 ευρώ. Από την εξέταση της προσφοράς της προκύπτει, ότι η παρεμβαίνουσα, υπέβαλε βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας που καλύπτει τις οριζόμενες απαιτήσεις της οικείας διακήρυξης. Τούτο διότι η διακήρυξη προέβλεπε πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον 633.697,74 Ευρώ κατά την υποβολή της προφοράς. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε βεβαίωση από την οποία προκύπτει ότι κατά την 15.03.2022, καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών, η πιστοληπτική ικανότητα του τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ανέρχεται σε € 2.800.000,00. Η επίμαχη διακήρυξη ουδόλως προβλέπει, ότι η πιστοληπτική ικανότητα δεν περιλαμβάνει όριο εγγυητικών επιστολών, ούτε υπήρχε υπόδειγμα βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

που να ορίζει κάτι συναφές, ούτε προβλεπόταν διάκριση μεταξύ χρηματοδότησης και εγγυητικών επιστολών με ξεχωριστή αναγραφή του ποσού χρηματοδοτήσεων και εγγυητικών επιστολών ως αβασίμως, υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Η σχετική βεβαίωση της παρεμβαίνουσας συνεπώς νομίμως εκδόθηκε στο όνομα του τρίτου οικονομικού φορέα, καθώς στις ικανότητες αυτού του φορέα στηρίζεται η παρεμβαίνουσα. Συνακόλουθα, ο οικείος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός προκειμένου να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να ασκήσει την αρμοδιότητά της.

Επέκεινα η Διακήρυξη στο άρθρο 2.4.3 προβλέπει ότι οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Στο Ε.Ε.Ε.Σ που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας «...» υπάρχει αναλυτική και σε ποσοστό % αναφορά του τμήματος της σύμβασης που θα ανατεθεί υπό μορφή υπεργολαβίας και κατονομάζονται με ακρίβεια οι υπεργολάβοι που προτείνει. Επιπροσθέτως, όμοια αναφορά γίνεται και στα Ε.Ε.Ε.Σ των τρίτων φορέων του οικονομικού φορέα «...». Επίσης, στην τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «...», από γίνεται αναφορά στην ομάδα έργου ανά προτεινόμενο πρόσωπο και στον υπεργολάβο και παρέχονται όλα τα απαιτούμενα στοιχεία που απαιτούνται εκ της διακήρυξης. Η επίμαχη διακήρυξη δεν προέβλεπε, ότι η αναφορά αυτή πρέπει να γίνει μόνο στην τεχνική προσφορά, ούτε εξάλλου τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού. Ως εκ τούτου, η κατά τα παραπάνω αναφορά του οικονομικού φορέα «...» στο Ε.Ε.Ε.Σ που υπέβαλε και στην τεχνική του προσφορά καλύπτει τις σχετικές απαιτήσεις της διακήρυξης. Συνεπώς, νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας. Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους Ε. Αψοκάρδου, δοθέντος ότι από την προσφορά της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι τα μέλη της Ομάδας Έργου, τα οποία βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι θα εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση στο βαθμό που απαιτείται να διαθέτουν συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα, η αναθέτουσα αρχή δεν έπρεπε να κάνει αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας προτού την καλέσει σε διευκρινίσεις σχετικά με τα δηλωθέντα στην προσφορά της ποσοστά 1 και 2% τα οποία δήλωσε ότι θα αναθέσει υπεργολαβικά και τον

Αριθμός απόφασης: 1055/2022

προσδιορισμό των εργασιών που θα εκτελέσουν οι δηλωθέντες υπεργολάβοι ώστε να καταστεί σαφές ότι δεν υπερβαίνουν τα ως άνω δηλωθέντα ποσοστά δοθέντος ότι τα εν λόγω στοιχεία δεν αναφέρονται ούτε στα ΕΕΕΣ που υπέβαλαν οι εν λόγω εταιρείες. Επομένως, ο οικείος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός προκειμένου να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να ασκήσει την αρμοδιότητά της.

19. Επειδή, επομένως το αίτημα της προσφεύγουσας, γίνεται εν μέρει δεκτό, γίνεται εν μέρει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση κατ' αντίστροφο μέρος και ορίζεται η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε την 05-07-2022 και εκδόθηκε στις 15/07/2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ

ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ