

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 18^η Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1862/10.12.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... » (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί, η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. αρ. 335/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος με το οποίο απέκλεισε την προσφορά του και εν τέλει αναδείχθηκε έτερος οικονομικός φορέας προσωρινός μειοδότης, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού "ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ ΕΚΣΚΑΦΩΝ ΚΑΙ ΚΑΤΕΔΑΦΙΣΕΩΝ ΟΓΚΩΔΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (ΑΕΚΚ)". Ομοίως στρέφεται κατά κάθε μεταγενέστερης πράξης της διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 109/2021

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, e-παράβολο, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... και το από 9.12.2020 αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του δια μέσω ...).

2. Επειδή, με την με αριθμό ... Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό μειοδοτικό διαγωνισμό για την ανάθεση της εργασίας «Διαχείρισης Αποβλήτων Εκσκαφών και Κατεδαφίσεων - Ογκωδών Αποβλήτων (ΑΕΚΚ)»εκτιμώμενης αξίας 81.273,60€ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ ... 2020-09-15 και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε αριθμό συστήματος :

4. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, βάσει των διατάξεων του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και των κατ' εξουσιοδότηση τους εκδοθέντων κανονιστικών διαταγμάτων, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι ο προσφεύγων, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης Απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στις 01.12.2020, ημερομηνία κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσβαλλόμενη στους ενδιαφερομένους δια της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 2, της παρούσας, διαγωνιστική διαδικασία του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε, θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Αναφορικά με το αίτημα του ως προς την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στην εταιρεία του ασκείται απαραδέκτως καθόσον εκφεύγει του πεδίου αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ βάση

Αριθμός απόφασης: 109/2021

του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 και τούτο διότι, στην περίπτωση αποδοχής προδικαστικής προσφυγής η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη ή την παράλειψη και ουδόλως δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή (βλ. σχετικά και ΕΑ ΣΕ 54/2018).

7. Επειδή, στις 10.12.2020, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 17.12.2020 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με αίτημα την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς το μέρος που απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και υποβάλλεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, κατόπιν της με αρ. 2196/10.12.2020 Πράξης της Προέδρου.

10. Επειδή με την προσβαλλόμενη με αρ. 335/24.11.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν: • Το 1 ο Πρακτικό (Δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνικές προσφορές) & • Το 2 ο Πρακτικό (Αποσφράγιση Οικονομικών Προσφορών), της Επιτροπής Διενέργειας Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ ΕΚΣΚΑΦΩΝ ΚΑΙ ΚΑΤΕΔΑΦΙΣΕΩΝ ΟΓΚΩΔΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (ΑΕΚΚ)» με αριθμό Διακήρυξης ... σύμφωνα με τα όσα αναλυτικά αναφέρονται στο σκεπτικό της. β) Αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας : • ... με την υπ' αριθμόν ... προσφορά στο ποσό των 56.627,60€ πλέον ΦΠΑ 24 % 13.590,62€ ήτοι γενικό σύνολο 70.218,22€.. Ειδικότερα, η προσφορά του προσφεύγοντος σύμφωνα με το με αρ. 1 πρακτικό απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι *«Στο φάκελο του κου. ... Αρ. Προσφοράς ... στα δικαιολογητικά συμμετοχής και συγκεκριμένα στο ΤΕΥΔ ΜΕΡΟΣ Β Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια δεν είναι συμπληρωμένο το τμήμα 1α ετήσιος «ειδικός» κύκλος εργασιών σύμφωνα με τη διακήρυξη 2.2. και 2.2.9.1 και συνεπώς η επιτροπή γνωμοδοτεί για την απόρριψη της*

Αριθμός απόφασης: 109/2021

προσφοράς του. Σε αντίθεση οι φάκελοι των έτερων δύο οικονομικών φορέων 1 ... 2 ... ήταν πλήρεις». Στη συνέχεια ως καταγράφεται στο πρακτικό 2 αποσφραγίσθηκαν οι οικονομικές προσφορές μόνο των δύο αποδεκτών οικονομικών φορέων.

11. Επειδή ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του ισχυρίζεται ότι η απόρριψη της προσφοράς του οφείλεται στον μοναδικό προβαλλόμενο λόγο ότι δήθεν στο ΤΕΥΔ μέρος Β δεν ήταν συμπληρωμένο το τμήμα 1 ειδικός κύκλος εργασιών σύμφωνα με τη διακήρυξη 2.2.5 και 2.2.9.1, όμως κατά τους ισχυρισμούς του αυτό δεν είναι ούτε αληθές ούτε βάσιμο. Εν προκειμένω ισχυρίζεται ότι η απάντηση που έδωσε ήταν ότι προσκομίζονται Ε3 των τριών τελευταίων ετών, όπου είναι σαφές ότι η επισήμανση της Επιτροπής διαγωνισμού δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα καθώς απάντησε και μάλιστα με πλήρη απόδειξη, ενώ ο κύκλος εργασιών δεν προσδιορίστηκε εκ μέρους του αυθαιρέτως αλλά από το Ε3 έκαστου έτους που είναι το κατάλληλο αποδεικτικό μέσο πλήρους απόδειξης κατά τους όρους της διακήρυξης. Επικαλείται παράλληλα την με αρ. 434/2018 απόφαση ΑΕΠΠ σκ. 9.

12. Επειδή, στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι Σύμφωνα με τη Διακήρυξη και το άρθρο 2.4.3 (2.4.3.1), οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν για τη διαγωνιστική διαδικασία: • Το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ) • Την εγγύηση συμμετοχής • Και την Υπεύθυνη Δήλωση περί συμμόρφωσης στη μελέτη και τις τεχνικές προδιαγραφές της, αλλά και στην υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης σε περίπτωση που κατακυρωθεί σε αυτόν η σύμβαση. Σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρούσας διακήρυξης για τα δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά ο οικονομικός Φορέας «...» και συγκεκριμένα: στο ΤΕΥΔ, ΜΕΡΟΣ Β (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) δεν είχε συμπληρώσει το τμήμα 1α ετήσιος «ειδικός» κύκλος

Αριθμός απόφασης: 109/2021

εργασιών σύμφωνα με τη διακήρυξη (2.2.5 και 2.2.9.1). Η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με όλα τα προηγούμενα, θεώρησε ότι ο οικονομικός Φορέας «...» έπρεπε να αποκλειστεί σε αυτή τη φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

13. Επειδή εφαρμοστέα είναι τα άρθρα 18, 53, 79, 91 και 102 του Ν.4412/2016.

14. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται: «2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7 και 2.2.8 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του Ν.4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (Β/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986.

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, απαιτείται ο ελάχιστος μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών του Οικονομικού Φορέα στον τομέα που καλύπτεται από την σύμβαση κατά την τελευταία τριετία να είναι τουλάχιστον ίσος του προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ.

Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν . 1. Υπεύθυνη Δήλωση περί των ειδικών ετήσιων κύκλων εργασιών για τα 3 τελευταία οικονομικά έτη. 2. Σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος, υποβάλλει Ισολογισμούς των διαχειριστικών χρήσεων της τελευταίας τριετίας, σε περίπτωση που υποχρεούται στην έκδοση Ισολογισμών, ή σε περίπτωση που δεν υποχρεούται στην έκδοση

Αριθμός απόφασης: 109/2021

Ισολογισμών υποβάλλει ισοδύναμα λογιστικά έγγραφα, ή αντίστοιχες οικονομικές καταστάσεις ή φωτοαντίγραφα των αντίστοιχων Φορολογικών Δηλώσεων. 3. Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν.1599/1986 (Α'75), όπως εκάστοτε ισχύει, υπογεγραμμένη ψηφιακά, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου υπογραφής, περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών της επιχείρησης, κατά τις τρεις (3) προηγούμενες διαχειριστικές χρήσεις. 4. Σε περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας δραστηριοποιείται για μικρότερο χρονικό διάστημα και τουλάχιστον ενός έτους, οφείλει να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά για το χρονικό διάστημα αυτό.

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση..., 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

15. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του

Αριθμός απόφασης: 109/2021

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

16. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Επομένως και βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 115), ούτε όμως και κατά λογική ακολουθία, δύναται να τεθούν εκποδών διατάξεις που εφόσον συντρέχουν οι σχετικές σαφείς προϋποθέσεις, επάγονται συγκεκριμένες και σαφείς κυρώσεις.

17. Επειδή, όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110).

18. Επειδή, βάσει των αρχών της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η συνυποβολή της υπεύθυνης δήλωσης στο σταθερό χρονικό σημείο της υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων με το

Αριθμός απόφασης: 109/2021

προβλεπόμενο σε αυτές περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή παράλειψη συνυποβολής με την προσφορά, της δήλωσης αυτής ή υποβολής ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, καθιστά την υποβληθείσα προσφορά του απαράδεκτη (βλ. Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 1319, 668, 422,133/2009 και Αποφάσεις ΑΕΠΠ του πρώην 1^{ου} Κλιμακίου 775/2018 σκ. 35 και 818/2018 σκ. 39).

19. Επειδή το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς. Εν προκειμένω, τόσο το γράμμα του ν. 4412/2016 όσο και το πνεύμα και οι αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αποσκοπούν στη μείωση του διοικητικού φόρτου των αναθετουσών αρχών και των οικονομικών φορέων, ωστόσο, ο προσφέρων στον οποίο έχει αποφασιστεί να ανατεθεί η σύμβαση ουδόλως απαλλάσσεται της υποχρέωσης προσκόμισης των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων, προκειμένου να αποδείξει ότι πληροί τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής, ούτε βέβαια οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν συμβάσεις με προσφέροντες που δεν είναι σε θέση να το πράξουν. Τα ανωτέρω, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που παγίως διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ουδόλως απαλλάσσουν τον οικονομικό φορέα από την υποχρέωση δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ στο σταθερό χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς του, των απαιτούμενων στοιχείων και πληροφοριών βάσει των όρων της διακήρυξης καθόσον αποτελούν ουσιώδη έλλειψη και καθιστούν υποχρεωτική την απόρριψη της προσφοράς (ΔΕφΚομ Ν49/2018 σκ. 12. ΔΕφΚομ ΑΝ55/2019, σκέψη11).

Αριθμός απόφασης: 109/2021

20. Επειδή, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΤΕΥΔ, το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικά συμμετοχής στον διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δηλώσεως και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. ΕΑ 204/2019 σκ.16, 40/2019 σκ. 17). Με την υποβολή, εξάλλου, του Ε.Ε.Ε.Σ/ΤΕΥΔ και την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επαλήθευση της ακρίβειας των περιεχομένων στο έντυπο αυτό δηλώσεων τόσο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, αφενός μεν εξασφαλίζονται επαρκώς τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ 115/2019 σκ 15).

21. Επειδή, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ.), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΣΤΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99,

Αριθμός απόφασης: 109/2021

σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C327/00, σκέψεις 32 έως 66).

22. Επειδή, 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, Manova, 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, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επομένως, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37). **Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει** (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης

Αριθμός απόφασης: 109/2021

Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51).

23. Επειδή, ειδικότερα, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ρητά ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Περαιτέρω κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί η τυχόν ασάφεια των οικείων όρων της διακήρυξης.

24. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣΤΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές

Αριθμός απόφασης: 109/2021

πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012)

25. Επειδή σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου ο προσφεύγων στο Μέρος IV του ΤΕΥΔ, Ενότητα Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια στο ερώτημα «α) Ο ετήσιος («ειδικός») κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα στον επιχειρηματικό τομέα που καλύπτεται από τη σύμβαση και προσδιορίζεται στη σχετική διακήρυξη ή στην πρόσκληση ή στα έγγραφα της σύμβασης για τον αριθμό οικονομικών ετών που απαιτούνται είναι ο εξής: έτος: [.....] κύκλος εργασιών: [.....][...] νόμισμα
έτος: [.....] κύκλος εργασιών: [.....][...] νόμισμα
έτος: [.....] κύκλος εργασιών: [.....][...] νόμισμα

δήλωσε ότι «**ΠΡΟΣΚΟΜΙΖΟΝΤΑΙ ΕΞ ΤΡΙΩΝ ΤΕΛΕΥΤΑΙΩΝ ΕΤΩΝ**» τα οποία και επισύναψε στην προσφορά του, ως και τις έτερες υπεύθυνες δηλώσεις του άρθρου 2.2.9.2 Β. 3 της διακήρυξης, αφήνοντας ωστόσο κενά τα ειδικά προς τούτο τεθέντα πεδία περί προσδιορισμού του έτους, του ύψους του κύκλου εργασιών και του νομίσματος.

26. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης αναφορικά με την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 2.2.5) οι προσφέροντες όφειλαν να δηλώσουν **προαποδεικτικά** στο ΤΕΥΔ τον ελάχιστο μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία, στο σταθερό σημείο υποβολής της προσφοράς τους (βλ. σκ. 19-20 της παρούσας). Δηλαδή, ζητείται από τους οικονομικούς φορείς να παραθέσουν τις πληροφορίες που κρίνονται απαραίτητες για την αξιολόγηση της συμμετοχής τους στο διαγωνισμό που περιλαμβάνει τη συμπλήρωση σειράς ερωτημάτων, διά των οποίων η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να αποκτήσει μία πλήρη εικόνα ως προς τα ειδικότερα στοιχεία που αφορούν στην χρηματοοικονομική του ικανότητα, τιθέμενα για έκαστο έτος εξ αυτών αυτοτελώς και ειδικά. Θα αντέκειτο στη φύση και το σκοπό θέσπισης του ΤΕΥΔ, ως αποκλειστικού προαποδεικτικού μέσου, η εκ των πραγμάτων διαμόρφωση υποχρέωσης των αναθετουσών αρχών, προκειμένου να διαπιστώσουν τη συμμόρφωση της προσφοράς προς τους όρους της Διακήρυξης, να ελέγχουν, πλην του ΤΕΥΔ,

Αριθμός απόφασης: 109/2021

και αυτοβούλως υποβαλλόμενα δικαιολογητικά ή στοιχεία των υποχρεωτικώς μεν υποβαλλομένων δικαιολογητικών και εγγράφων, μεταξύ των οποίων και των υποβαλλομένων σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, πλην μη απαιτούμενα κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού (πρβλ. ΕΑ 145/2019, σκ. 14). Συνεπώς, λόγω της μη συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και τις ενδείξεις των πεδίων του ΤΕΥΔ και λόγω της συνακόλουθης μη (προκαταρκτικής) απόδειξης της πλήρωσης του όρου που αφορά στον ειδικό κύκλο εργασιών, συνέτρεχε, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 2 και 4 και 91 παρ. 1 περ. α και β του ν. 4412/2016 και τις προαναφερόμενες διατάξεις της διακήρυξης, ερμηνευόμενων ενόψει και της αρχής της τυπικότητας και των αρχών της ισότητας και της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία σύναψης δημόσιων συμβάσεων, αυτοτελής, ήτοι μη συνδεδόμενος με την εν τοις πράγμασι μη πλήρωση οικείου κριτηρίου, λόγος απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος (βλ. ΔΕφΘΕς 31/2020 σκ. 13). Ο δε μέσος επιμελής υποψήφιος ευχερώς δύναται να κατανοήσει ότι όταν το απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού έγγραφο περιέχει ειδικά προς τούτο πεδία, όπου θα πρέπει να συμπληρωθούν ΣΑΦΕΣΤΑΤΑ τα ποσά και νόμισμα κατ' έτος, δεν δύναται να αφήνει αυτά κενά παραπέμποντας στην απόδειξη, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης καίτοι παρέπεμψε σε δικαιολογητικά με μείζονα αποδεικτική ισχύ, υπερακοντίζοντας ωστόσο τους σαφέστατους όρους της διακήρυξης και επιβαρύνοντας άνευ λόγου τη διαδικασία κατά παράβαση των οικείων όρων ήτοι η αναθέτουσα αρχή κατά τον έλεγχο του ΤΕΥΔ δεν εδύνατο να σχηματίσει άποψη εάν πληρούται ή μη η οικεία προϋπόθεση. Παράλληλα η προβλεπόμενη με τη διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να παρέχει τη δυνατότητα διευκρινίσεων όταν επίκειται λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζομένου, «τελεί υπό την προϋπόθεση ότι η δυνατότητα διευκρινίσεως αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση», προϋπόθεση, η οποία δεν πληρούται εν προκειμένω, αφού η διόρθωσή αυτή είχε ως συνέπεια τη μεταγενέστερη

Αριθμός απόφασης: 109/2021

αντικατάσταση ουσιώδους εγγράφου κατά τρόπο ώστε να αίρεται το απαράδεκτο της προσφοράς του ήδη προσωρινού αναδόχου (ΕΑ ΣΕ 117/2019 σκ.14). Ειδικότερα, με τη ρητή διάταξη του άρθρου 102 παρ. 3 του ν. 4412/2016, την οποία επαναλαμβάνει η διάταξη του άρθρου 3.1.1 της διακήρυξης, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων, που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 238/2019 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.), και, μάλιστα, όπως εν προκειμένω, του ΤΕΥΔ, δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία (πρβλ. Ε.Α. 135/2018). Εξάλλου, και η Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 23/2019 παραπέμπει ως προς τη συμπλήρωση/διευκρίνιση στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1028/2020).

27. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει βάσει του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 109/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 18^η Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 19.01.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Α. Λεπίδα