

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 79/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή (δυνάμει της υπ' αριθμ. 1434/2021 πράξης της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1073/25.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 17/170/23.04.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 1/15.01.2021 πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του, ματαιώνεται ο διαγωνισμός και ορίζεται η επανάληψή του

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 863 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

παράβολο με κωδικό ..., την από 24.05.2021 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 172.590,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. 39126/22.12.2020 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια εξοπλισμού παραλίας για δημιουργία τεσσάρων (4) Ολοκληρωμένων Τουριστικών Προσβάσιμων Θαλάσσιων Προορισμών Δήμου ...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 199.201,20€ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 22.12.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 24.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 12.05.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 26.05.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1336/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 3.06.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή την 25.06.2021 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 2.07.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...» οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το με το υπ' αριθμ. 1/15.01.2021 Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών του προσφεύγοντος διότι «... υπέβαλε με την προσφορά το από 30-12-2020 ΤΕΥΔ, με όνομα αρχείου “ ...- ΤΕΥΔ.signed”, το οποίο φέρει ημερομηνία (ψηφιακής) υπογραφής 30-12-2020 (2020.12.30, 15:05:30), ήτοι 12 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών...» και του έτερου συμμετέχοντος και ως εκ τούτου τη ματαίωση και επανάληψη του διαγωνισμού. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

12. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του, καθώς και στη ματαίωση του διαγωνισμού, δοθέντος ότι αυτή ερείδεται στην απόρριψη των προσφορών όλων των συμμετεχόντων.

13. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τους όρους 2.2.9.1 και 2.4.3 της διακήρυξης καθώς και τα άρθρα 79 και 79Α του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται ότι : «... *Εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 79Α του ν. 4412/2016 και του υπ' αριθμόν 2.2.9.1. όρου της διακήρυξης – Μη νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας μας – Μη νόμιμη η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. [...]*

Σύμφωνα με την έννοια του υπ' αριθμόν 2.2.9.1. όρου της διακήρυξης που έχει προεκτεθεί, το ΤΕΥΔ που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να έχει υπογραφεί 10 ημέρες πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους, έτσι ώστε οι πληροφορίες που δίδονται με αυτό να μην απέχουν μεγάλο χρονικό διάστημα από την υποβολή του (βλ. ad hoc ΔΕΦΑΘ Αναστ. 31/2021).

Στην προκειμένη περίπτωση, η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 22-12-2020, ως χρόνος έναρξης υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 28η-12-2020 και ώρα 14:00 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 11η-1-2021 και ώρα 14:00 (βλ. σχετική αποτύπωση από το ΕΣΗΔΗΣ, καθώς και τον υπ' αριθμόν 1.5. όρο της διακήρυξης).

Η εταιρία μας υπέβαλε, λοιπόν, στον επίμαχο διαγωνισμό την υπ' αριθμόν 204565 προσφορά στις 30-12-2020, ήτοι μετά την έναρξη της υποβολής προσφορών. Στην προσφορά της εταιρίας μας εμπεριέχεται και το από 30-12-2020 ΤΕΥΔ, το οποίο υπογράφεται στις 30-12-2020 και ώρα 15:05.

Τούτο δε αναμφιβόλως σημαίνει ότι το υποβληθέν εκ μέρους μας ΤΕΥΔ υπογράφηκε την ίδια ημέρα κατά την οποία υποβλήθηκε η προσφορά της εταιρίας μας και άρα εντός της προθεσμίας των 10 ημερών πριν από την υποβολή της προσφοράς της. Παρά ταύτα, με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας με την αιτιολογία ότι το υποβληθέν εκ μέρους μας ΤΕΥΔ υπογράφεται 12 ημέρες πριν

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Πλην, όμως, η κρίση αυτή της προσβαλλόμενης απόφασης είναι προδήλως αβάσιμη, ερείδεται δε σε εσφαλμένη προϋπόθεση.

Και τούτο διότι, όπως ανωτέρω αναλυτικά προεκτέθηκε, ο υπ' αριθμόν 2.2.9.1. όρος της διακήρυξης έχει την έννοια ότι το ΤΕΥΔ που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να έχει υπογραφεί 10 ημέρες πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους και όχι πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (ΔΕφΑθ Αναστ. 31/2021). Η δε αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα ερμήνευσε τον ως άνω κρίσιμο όρο της διακήρυξης, ενώ η κρίση της ότι το ΤΕΥΔ μας υπογράφηκε 12 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και ότι για τον λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρίας μας στηρίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι το ΤΕΥΔ θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και όχι 10 ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς του διαγωνιζόμενου.

Άλλωστε, ο υπ' αριθμόν 2.2.9.1 όρος της διακήρυξης αποτυπώνει τις διατάξεις του άρθρου 79Α παρ. 4 του ν. 4412/2016, που προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ. 6 του ν. 4605/2019, επί σκοπώ, κατά την οικεία Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4605/2019 «να μη δημιουργούνται τεχνητά εμπόδια στην υποβολή των προσφορών και να διευκολύνεται η ανάπτυξη του ανταγωνισμού», αιτιολογία αναφερόμενη στο συχνά έως τότε προκύπτον πρόβλημα να απορρίπτονται προσφορές λόγω μη αυθημερόν με την υποβολή τους υπογραφή του ΤΕΥΔ. Επομένως, η ratio της επίμαχης διάταξης ήταν να διευκολυνθεί η σταδιακή σύνταξη των προσφορών με τη δυνατότητα ολοκλήρωσης και υπογραφής του ΤΕΥΔ, σε χρόνο προγενέστερο, προ της ημέρας υποβολής της προσφοράς και όχι αναγκαία την ίδια ακριβώς ημέρα (βλ. και ΔΕφΛαρ Αναστ. 16/2019, σύμφωνα με την οποία «...μετά το άρθρο 43 Ν. 4605/2019 και την εισαγωγή με αυτό 4ης παραγράφου στο άρθρο 79Α Ν. 4412/2016, προκύπτει πλέον σαφώς η βούληση του νομοθέτη να επιδεικνύεται ελαστικότητα ως προς την ημερομηνία υπογραφής του ΕΕΕΣ ή του ΤΕΥΔ...»). Δια της ως άνω διάταξης του άρθρου 79Α παρ. 4 του ν. 4412/2016 και του ομοίου περιεχομένου όρου 2.2.9.1. της διακήρυξης, δημιουργείται, λοιπόν, κατά πλάσμα δικαίου εξίσωση

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

των δηλώσεων έως και 10 ημέρες πριν την υποβολή προσφοράς, με τον χρόνο της υποβολής της, ακριβώς ώστε η υποβολή ΤΕΥΔ υπογεγραμμένου σε διάφορη της υποβολής της προσφοράς ημέρα, να μην προσκρούει στο άρθρο 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Με δεδομένο, λοιπόν, ότι το ΤΕΥΔ θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς του διαγωνιζόμενου μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας, δεδομένου ότι το υποβληθέν εκ μέρους μας ΤΕΥΔ υπογράφηκε την ίδια ημέρα που υποβλήθηκε η προσφορά μας.

Η δε ερμηνεία που υιοθέτησε εσφαλμένα η προσβαλλόμενη απόφαση οδηγεί στο παράλογο αποτέλεσμα της υποχρέωσης υποβολής προσφορών μόνο από τις 2-1-2021 έως τις 11-1-2021, ήτοι έως 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία προσφορών (11-1-2021), καθώς το ΤΕΥΔ το οποίο συνυποβάλλεται θα πρέπει δήθεν να έχει υπογραφεί μέσα σε αυτό το χρονικό διάστημα. Η ερμηνεία όμως αυτή έρχεται σε αντίθεση με το γεγονός ότι ως ημερομηνία έναρξης των προσφορών ορίσθηκε η 28-12-2020. Και τούτο διότι με την ερμηνεία αυτή της αναθέτουσας αρχής περιορίζεται αδικαιολόγητα και χωρίς τούτο να βρίσκει κάποιο έρεισμα στη διακήρυξη, ο χρόνος κατά τη διάρκεια του οποίου οι οικονομικοί φορείς δικαιούνται να υποβάλουν προσφορές στον επίμαχο διαγωνισμό.

Άλλωστε, αν γίνει δεκτή η ως άνω ερμηνεία, τότε καταργούνται οι διατάξεις των άρθρων 27-31 του ν. 4412/2016, που μάλιστα συνιστούν αυτούσια μεταφορά ίδιων διατάξεων του ενωσιακού δικαίου, περί ελαχίστων προθεσμιών που αναφέρονται σε «προθεσμίες παραλαβής» προσφορών και όχι απλά σε προθεσμίες δημοσίευσης διακηρύξεων, με συνέπεια να περιορίζονται και δη, κατά πολύ, όλες οι προθεσμίες όλων των διαδικασιών σε 10 ημέρες αναγκαστικά (και ενώ στις ηλεκτρονικώς διενεργούμενες ανοικτές διαδικασίες, άνω των ορίων, η ελάχιστη προθεσμία ανέρχεται σε 30 ημέρες). Είναι πρόδηλο πως η ερμηνεία αυτή προσκρούει σε θεμελιώδεις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, ήτοι στις αυτούσιως μεταφερόμενες στο εθνικό δίκαιο δια των άνω διατάξεων, αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου και δη των άρθρων 27-31 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου, ακόμη και για κάτω των ορίων

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

διαδικασίες, μια τέτοια ερμηνεία θα αναιρούσε τις οικείες προθεσμίες του άρθρου 121 Ν. 4412/2016, που εφαρμόζεται στην επίμαχη περίπτωση.

Εφόσον, λοιπόν, όχι απλά ο νόμος επιβάλλει πολύ μεγαλύτερη προθεσμία υποβολής και παραλαβής προσφορών, αλλά και η νυν διακήρυξη όρισε μια προθεσμία για την υποβολή προσφορών 15 ημερών, η ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής είναι προδήλως εσφαλμένη, λαμβανομένου υπόψη ότι η υποβολή προσφοράς αναγκαία συνεπάγεται για το παραδεκτό της, υποβολή και νομίμως υπογεγραμμένου ΤΕΥΔ.

Συνεπώς είναι αδύνατον συγχρόνως να επιτρέπεται υποβολή προσφορών από 28-12-2020 έως 11-1-2021 και ταυτόχρονα να αποκλείονται προσφορές με ΤΕΥΔ υπογεγραμμένο πριν την 2-1-2021.

Λαμβανομένου, λοιπόν, υπόψη ότι η εταιρία μας υπέβαλε προσφορά εντός του προβλεπόμενου από την αναθέτουσα αρχή χρονικού διαστήματος, ήτοι μετά την 28η-12-2020 και συγκεκριμένα στις 30-12-2020, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 15 της ΥΑ 56902/215 (ΦΕΚ Β' 1924/02-06-2017, που ορίζει ότι: «...Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά τους σε ηλεκτρονικό φάκελο μέσα στη προθεσμία που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης...») και υπέγραψε το ΤΕΥΔ την ίδια ημέρα που υπέβαλε την προσφορά της, δεν συνέτρεχε κανένας λόγος απόρριψης της προσφοράς της. Για τον λόγο δε αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση που έκρινε το αντίθετο θα πρέπει να ακυρωθεί.

Σε κάθε περίπτωση, όπως παγίως γίνεται δεκτό τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423, 424, 425/2011).[...]

Ακόμη, λοιπόν, και στην απίθανη περίπτωση που πράγματι το ΤΕΥΔ έπρεπε να υπογράφεται εντός 10 ημερών από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, τούτο σαφώς δεν θα έπρεπε να μας αποκλείσει από τον επίμαχο διαγωνισμό. Και τούτο διότι υπάρχει ασάφεια ενόψει του ότι αφενός παρέχεται

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

προθεσμία 15 ημερών για την υποβολή προσφορών (με χρόνο έναρξης 28-12-2020) σύμφωνα με τον υπ' αριθμόν 1.5. όρο της διακήρυξης και αφετέρου ορίζεται ότι το ΤΕΥΔ, που συνιστά αναγκαίο δικαιολογητικό θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών με αποτέλεσμα να τροποποιείται εν τοις πράγμασι το χρονικό διάστημα κατά τη διάρκεια του οποίου είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς. Η εν λόγω ασάφεια, όμως, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να αποβεί σε βάρος μας, σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα.

Σε κάθε, λοιπόν, περίπτωση, θα έπρεπε να κληθούμε προς παροχή διευκρινίσεων, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και όχι να απορριφθεί η προσφορά μας, καθώς η εταιρία μας υπέβαλε προσφορά εντός του προβλεπόμενου χρονικού διαστήματος, συμμορφούμενη με τα οριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή.

Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας και θα πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας.

Με δεδομένο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση μη νομίμως απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας, μη νομίμως κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός, ματαιώθηκε η διαγωνιστική διαδικασία και αποφασίσθηκε η επαναπροκήρυξη του. Με δεδομένο ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε λόγω της απόρριψης των προσφορών των συμμετεχόντων, μεταξύ των οποίων και της εταιρίας μας, θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και κατά το μέρος που ματαίωσε τον επίμαχο διαγωνισμό. Και τούτο διότι η προσφορά της εταιρίας μας είναι παραδεκτή και συμμορφώνεται πλήρως με τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτές αποτυπώνονται στη διακήρυξη και στη μελέτη, ώστε έπρεπε να κηρυχθούμε προσωρινοί ανάδοχοι και εν συνεχεία ανάδοχοι και όχι να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία (ΣτΕ ΕΑ 57/2020).

Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί και κατά το μέρος που ο επίμαχος διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος, ματαιώθηκε και αποφασίσθηκε η επαναπροκήρυξη – επανάληψή του».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι : «[...] Η ..., υπέβαλε με την προσφορά της το από 30-12-2020 ΤΕΥΔ, με όνομα

αρχείου “ ...- ΤΕΥΔ.signed”, το οποίο φέρει ημερομηνία (ψηφιακής) υπογραφής 30-12-2020 (2020.12.30, 15:05:30), ήτοι 12 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, που ήταν η 11/1/2021 και ώρα 14:00, σύμφωνα με την παρ. 1.5 «Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού» της Διακήρυξης

[...] Η ..., υποστηρίζει στην προσφυγή της ότι ο υπ’ αριθμ. 2.2.9.1. όρος της διακήρυξης έχει την έννοια ότι το ΤΕΥΔ που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να έχει υπογραφεί 10 ημέρες πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους και όχι πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Ο ισχυρισμός αυτός, έρχεται σε αντίθεση με την ρητή απαίτηση της Διακήρυξης ως προς τον χρόνο υπογραφής του ΤΕΥΔ, ήτοι έως δέκα (10) ημέρες πριν την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (ΑΕΠΠ αποφ. 1463 /2019). Επιπλέον, η Διακήρυξη αποτελεί διοικητική κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και το διαγωνιζόμενο.

[...] Η ..., υποστηρίζει στην προσφυγή της ότι υπάρχει ασάφεια ενόψει του ότι αφενός παρέχεται προθεσμία 15 ημερών για την υποβολή προσφορών (με χρόνο έναρξης 28-12-2020) σύμφωνα με τον υπ’ αριθμόν 1.5. όρο της διακήρυξης και αφετέρου ορίζεται ότι το ΤΕΥΔ, που συνιστά αναγκαίο δικαιολογητικό θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών με αποτέλεσμα να τροποποιείται εν τοις πράγμασι το χρονικό διάστημα κατά τη διάρκεια του οποίου είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς. Ο ισχυρισμός αυτός, δεν μπορεί να γίνει δεκτός, καθότι μπορούσε να υποβάλει ερώτημα για σχετική διευκρίνιση, το οποίο όμως δεν έπραξε».

15. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του προβάλλει τα κάτωθι: « [...] Η ερμηνεία, λοιπόν, του ως άνω όρου της διακήρυξης, που εσφαλμένα υιοθέτησε η αναθέτουσα αρχή, έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τον σκοπό της διάταξης του άρθρου 79 Α του ν. 4412/2016 και του ομοίου περιεχομένου υπ’ αριθμόν 2.2.9.1. όρου της διακήρυξης, ο οποίος συνίσταται στη διευκόλυνση της σταδιακής σύνταξης των προσφορών με τη δυνατότητα ολοκλήρωσης και

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

υπογραφής του ΤΕΥΔ, σε χρόνο προγενέστερο, προ της ημέρας υποβολής της προσφοράς και όχι αναγκαία την ίδια ακριβώς ημέρα.

Με δεδομένο ότι οι ως άνω διατάξεις έχουν την έννοια ότι το ΤΕΥΔ που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να έχει υπογραφεί 10 ημέρες πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς των διαγωνιζομένων, στην υπό κρίση περίπτωση, νομίμως υπογράφηκε το υποβληθέν εκ μέρους μας ΤΕΥΔ στις 30-12- 2020, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσφορά της εταιρίας μας υποβλήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ακριβώς ημέρα, ήτοι στις 30-12-2020.

Άλλωστε, η ερμηνεία του ως άνω όρου της διακήρυξης πρέπει να γίνεται και συστηματικά, με βάση την όλη διάρθρωση του 4412/2016 και να συμφωνεί για παράδειγμα και με τις διατάξεις του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, με βάση τις οποίες το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και όχι κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Τούτο δε αναμφισβότως σημαίνει ότι δεν μπορεί να απορρίπτεται προσφορά της οποίας το ΤΕΥΔ υπογράφηκε την ημέρα υποβολής του, δεδομένου ότι κρίσιμο χρονικό σημείο για την εξέταση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής είναι ο χρόνος υποβολής της προσφοράς (ΔΕφΠειρΑναστ. 82/2021, ΔΕφΠατρΑναστ. 71/2020).

Αντίστοιχα, η παντελώς εσφαλμένη ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής θα άφηνε χωρίς κανονιστικό περιεχόμενο και το άρθρο 121 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι θα περιόριζε με τον τρόπο αυτό αναγκαστικά τον χρόνο υποβολής προσφοράς μόνο κατά το τελευταίο δεκαήμερο και όχι στο σύνολο της προθεσμίας που προβλέπει ο νόμος και το συγκεκριμένο άρθρο.

Ως εκ τούτου, μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

Β. Πέραν των ανωτέρω, η ερμηνεία που υιοθέτησε η αναθέτουσα αρχή έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τον υπ' αριθμόν 1.5 όρο της διακήρυξης, στον οποίο αναφέρεται ρητά ότι ως ημερομηνία έναρξης της υποβολής προσφορών ορίζεται η 28^η-12-2020. Και αυτό γιατί η ως άνω ερμηνεία έχει ως αποτέλεσμα

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

να περιορίζεται αδικαιολόγητα και χωρίς τούτο να βρίσκει κάποιο έρεισμα στη διακήρυξη ή στον νόμο, ο χρόνος κατά τη διάρκεια του οποίου οι οικονομικοί φορείς δικαιούνται να υποβάλουν προσφορές στον επίμαχο διαγωνισμό.

Επικουρικά δε προβάλαμε ότι υπάρχει ασάφεια στους όρους της διακήρυξης ενόψει του ότι αφενός παρέχεται προθεσμία 15 ημερών για την υποβολή προσφορών (με χρόνο έναρξης 28-12-2020) σύμφωνα με τον υπ' αριθμόν 1.5. όρο της διακήρυξης και αφετέρου ορίζεται ότι το ΤΕΥΔ, που συνιστά αναγκαίο δικαιολογητικό θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, με αποτέλεσμα να τροποποιείται εν τοις πράγμασι το χρονικό διάστημα κατά τη διάρκεια του οποίου είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς.

Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επιχειρεί να ανακρούσει μόνο τον επικουρικά προβαλλόμενο ισχυρισμό μας, αναφέροντας ότι μπορούσαμε να υποβάλουμε ερώτημα για σχετική διευκρίνιση και δεν το πράξαμε. Ο ισχυρισμός αυτός, όμως, της αναθέτουσας αρχής ερείδεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση, δεδομένου ότι η ασάφεια προέκυψε το πρώτον με την ερμηνεία που προσέδωσε στους κρίσιμους όρους της διακήρυξης η ίδια.

Πιο συγκεκριμένα, ο υπ' αριθμόν 1.5. όρος της διακήρυξης σχετικά με τον χρόνο έναρξης υποβολής των προσφορών είναι ξεκάθαρος και σαφής και παρέχει τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς που θέλουν να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό να υποβάλουν προσφορά από τις 28-12-2020 έως τις 11-1-2021, σύμφωνα και με τις προβλέψεις του άρθρου 121 του ν. 4412/2016. Τούτο δε επιβεβαιώνεται και από το σύστημα του ΕΣΕΙΔΗΣ, όπου αναφέρεται ο χρόνος έναρξης της υποβολής προσφορών. Ωστόσο, η ερμηνεία που υιοθέτησε εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή αναφορικά με τον υπ' αριθμόν 2.2.9.1 όρο της διακήρυξης και τον χρόνο υπογραφής του ΤΕΥΔ έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τον όρο 1.5. που επιτρέπει την υποβολή προσφορών για χρονικό διάστημα από τις 28-12-2020 έως τις 11-1-2021 και περιορίζει αδικαιολόγητα το δικαίωμά μας να υποβάλουμε προσφορά καθ' όλο το ανωτέρω χρονικό διάστημα, κατά πλήρη παραβίαση της ελευθερίας και της ανάπτυξης του ανταγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

Με δεδομένο, λοιπόν, ότι ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης επέτρεπε χωρίς αμφιβολία την υποβολή προσφοράς στις 30-12-2020, η εταιρία μας απολύτως δικαιολογημένα δεν υπέβαλε διευκρινιστικό ερώτημα και στηρίχθηκε καλόπιστα στη δυνατότητα που δόθηκε σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και ειδικότερα σύμφωνα με τον υπ' αριθμόν 1.5 όρο αυτής. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή ερμήνευσε τον υπ' αριθμόν 2.2.9.1. όρο της διακήρυξης, με τρόπο που έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τον υπ' αριθμόν 1.5. όρο της διακήρυξης για πρώτη φορά με την προσβαλλόμενη απόφασή της.

Ακόμη, όμως, και εάν παρ' ελπίδα κριθεί ότι η εν λόγω ασάφεια δεν προέκυψε το πρώτον με την ερμηνεία που προσέδωσε στον όρο η αναθέτουσα αρχή, τότε και πάλι δεν μπορεί να απορριφθεί η προσφορά της εταιρίας μας, 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 (ΔΕφΠειρΑναστ. 56/2019).

Σε κάθε, λοιπόν, περίπτωση θα έπρεπε να κληθούμε προς παροχή διευκρινίσεων κατ' εφαρμογήν του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και όχι να απορριφθεί η προσφορά της εταιρίας μας. Άλλωστε, κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής η διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 είχε ήδη τροποποιηθεί με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, [...] επομένως έπρεπε να κληθούμε να διορθώσουμε την υποτιθέμενη «πλημμέλεια» της προσφοράς μας.

Ως εκ τούτου, άπαντες οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι αβάσιμοι και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθούν και θα πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της εταιρίας μας.

Η δε υπ' αριθμόν 1463/2019 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. την οποία επικαλείται η αναθέτουσα αρχή αφορά σε όλως διαφορετική περίπτωση από την επίμαχη, δεδομένου ότι το ΤΕΥΔ, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ανωτέρω απόφαση, υπογράφηκε στις 11-8-2019, ενώ η προσφορά της εταιρίας υποβλήθηκε μετά τις 23- 8-2019 (βλ. σελ. 14 της απόφασης, όπου αναφέρεται «...Τα υπόλοιπα έγγραφα της μας τα υπογράψαμε στις 23/8...»). Επομένως, το ΤΕΥΔ της εν λόγω εταιρίας υπογράφηκε 10 ημέρες πριν την υποβολή της

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

προσφοράς της, εν αντιθέσει με την υπό κρίση περίπτωση, όπου το ΤΕΥΔ της εταιρίας μας υπογράφηκε την ίδια ακριβώς ημέρα κατά την οποία υποβλήθηκε η προσφορά μας. Κατά συνέπεια, η επικαλούμενη απόφαση ουδεμία ομοιότητα παρουσιάζει με την επίμαχη περίπτωση και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

16. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] β) την προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών από την αρμόδια υπηρεσία, τη διεύθυνση και τον τρόπο υποβολής τους, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

18. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77,

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 [...]»,

19. Επειδή το άρθρο 79Α του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από τον ν. 4782/2021, ορίζει ότι : «[...]4. Το ΕΕΕΣ ή το ΤΕΥΔ κατά περίπτωση μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής».

20. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.[...]».

21. Επειδή το άρθρο 93 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει:[...]β) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων:αα) υπεύθυνη δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79, ββ) εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72,[...]».

22. Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, ορίζει ότι : «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

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.».

23. Επειδή το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης [...]».

24. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] 1.5 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού
Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 11/1/2021 και ώρα 14:00 [...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα VI παρ. 2.1.1. περ. 2 της παρούσας), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.[...] Το ΤΕΥΔ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.[...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

(α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα.2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»[...]

2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής

Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 , σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα VI παρ. 2.1.1. περ. 2 της παρούσας) [...]

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), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης [...]

3.5 Ματαίωση Διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

Η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει, αιτιολογημένα, τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη [...]».

25. 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 δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

26. 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).

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

27. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

28. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

29. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

30. Επειδή, το ΤΕΥΔ αποτελεί πρότυπο τεύχος με δεσμευτική ισχύ, το οποίο χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του Ν.4412/2016 κάτω των ορίων, προκειμένου οι συμμετέχοντες στις ως άνω διαγωνιστικές διαδικασίες, κατά το χρόνο υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ή των προσφορών τους να δηλώνουν υπεύθυνα ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν εμπíπτουν στις καταστάσεις εκείνες που

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

συνιστούν λόγους αποκλεισμού, όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό (βλ. Α.Ε.Π.Π 136/2017).

31. Επειδή στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης, στον οποίο επαναλαμβάνεται η διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 79Α του ν. 4412/2106, ως ίσχυε πριν την τροποποίηση του από τον ν. 4782/2021, προβλέπεται ότι το ΤΕΥΔ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Βάσει δε των εκτεθέντων υπό σκέψη 30, συνάγεται ότι η ημερομηνία υπογραφής του ΤΕΥΔ οφείλει να μην απέχει χρονικά από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, προκειμένου να διασφαλίζεται το επίκαιρο των δηλώσεων των διαγωνιζομένων. Όπως μάλιστα αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4605/2019, με το άρθρο 43 παρ. 6 του οποίου προστέθηκε η παρ. 4 του άρθρου 79Α του ν. 4412/2016, η εν λόγω τροποποίηση αποσκοπεί στο να αποσαφηνιστούν ζητήματα που είχαν ανακύψει ως προς την ημερομηνία υπογραφής του, καθώς, όπως είχε κριθεί νομολογιακά κατά το προγενέστερο καθεστώς, υπεύθυνη δήλωση με ημερομηνία υπογραφής προγενέστερη εκείνης της υποβολής της προσφοράς δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, εφόσον, βεβαιώνοντας την ανυπαρξία καταδικών, πτώχευσης, φορολογικών και λοιπών υποχρεώσεων σε μελλοντική ημερομηνία, η εν λόγω δήλωση είναι αυτονοήτως ανακριβής, και, ως εκ τούτου, συνεπάγεται, υποχρεωτικά, τον αποκλεισμό του υποψήφιου (πρβλ. Σ.τ.Ε. 3867/2015, 781, 1118, 1344/2010 7μ.). Επομένως, προς τον σκοπό διευκόλυνσης της υποβολής των προσφορών, με τη νέα διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 79Α δεν απαιτείται το ΤΕΥΔ να υπογράφεται την ίδια ημερομηνία με την καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς αλλά μπορεί η υπογραφή του να απέχει το πολύ δέκα ημέρες από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Περαιτέρω, στον όρο 2.4.3 της διακήρυξης προβλέπεται η υποβολή με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής του ΤΕΥΔ σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.1. της διακήρυξης. Δοθέντος δε ότι στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης θεσπίζεται ως λόγος αποκλεισμού η μη υποβολή των

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

δικαιολογητικών συμμετοχής κατά τα αναφερόμενα στον όρο 2.4.3 της διακήρυξης, ρητώς προκύπτει ότι η υπογραφή του ΤΕΥΔ κατά παράβαση του όρου 2.2.9.1 της διακήρυξης αποτελεί λόγο αποκλεισμού της προσφοράς.

32. Επειδή ωστόσο στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία με τον όρο 1.5 της διακήρυξης τίθεται ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών η 28.12.2020 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 11.01.2021. Συνεπώς, δια της συνδυαστικής εφαρμογής των όρων 2.2.9.1 και 1.5 της διακήρυξης συνάγεται ότι αφενός μεν επιτρέπεται η υποβολή προσφορών από 28.12.2020 έως 11.01.2021, αφετέρου αποκλείονται προσφορές με ΤΕΥΔ υπογεγραμμένο πριν την 2.01.2021. Κατ' αποτέλεσμα, η μόνη εύλογη και σύλληπη έννοια των ως άνω όρων της διακήρυξης είναι ότι το ΤΕΥΔ μπορεί να υπογραφεί έως και δέκα ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς έκαστου διαγωνιζόμενου (βλ. *ad hoc* ΔεφΑθ 31/2021). Τυχόν δε υιοθέτηση αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής, ήτοι ότι το ΤΕΥΔ πρέπει να υπογράφεται έως δέκα ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών οδηγεί, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων, σε ασάφεια ως προς τον χρόνο υποβολής της προσφοράς η οποία δεν δύναται να αντιταχθεί στον συμμετέχοντα. Και τούτο διότι, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και άρα η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (βλ. ΔΕφΑθηνών 147/2018). Ως εκ τούτου, αλυσιτελώς, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει στις απόψεις της ότι, εφόσον υπάρχει ασάφεια ο προσφεύγων όφειλε να αιτηθεί την παροχή διευκρινίσεων, καθώς η αναθέτουσα αρχή φέρει το βάρος της ορθής σύνταξης των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επισημαίνεται ότι, προς τον σκοπό αποφυγής αδικαιολόγητων αποκλεισμών ερειδόμενων στην ημερομηνία υπογραφής του ΕΕΕΣ βάσει της παρ. 4 του άρθρου 79^Α του ν. 4412/2016, το εν λόγω άρθρο τροποποιήθηκε με το άρθρο 28 του ν. 4782/2021, όπως επισημαίνεται στην εισηγητική έκθεση του εν λόγω νόμου, και πλέον επιτρέπεται η σύνταξη και υποβολή του ΕΕΕΣ και,

Αριθμός απόφασης: 1193 /2021

συνεπώς, και της προσφοράς ή της αίτησης συμμετοχής, σε όλο το διάστημα κατά το οποίο μπορούν αυτές να υποβάλλονται.

33. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων υπέβαλε τη με αριθμό συστήματος 204565 προσφορά στις 30.12.2020, ήτοι μετά την έναρξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών και πριν τη λήξη της και το ΤΕΥΔ του υπογράφεται την ίδια ημέρα, ήτοι στις 30.12.2020. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος διότι το ΤΕΥΔ έχει υπογραφεί δώδεκα ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών και συνακόλουθα και η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν είναι νόμιμη. Αλυσίτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται την εφαρμογή της δυνατότητας διευκρινίσεων του άρθρου 102 του νόμου 4412/2016. Ως εκ τούτου, ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

34. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

35. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

36. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 17/170/23.04.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 863 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε την 7 Ιουλίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Γεώργιος-Βασίλειος Ελευθεριάδης