

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.10.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1572/02.11.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Ν.Π.Δ.Δ. «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η από 20.10.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα πρακτικών της 443<sup>ης</sup>/15.10.2020 τακτικής συνεδρίασης της Συγκλήτου του ...), κατά το μέρος αυτής με το οποίο, κατόπιν έγκρισης του 1<sup>ου</sup> πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «ΑΠΟΞΗΛΩΣΗ, ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΚΑΙ

ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΩΝ ΠΕΠΑΛΑΙΩΜΕΝΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΚΛΙΜΑΤΙΣΜΟΥ ΣΤΑ ΑΜΦΙΘΕΑΤΡΑ ...», προϋπολογισμού 239.516,13€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής (για το σύνολο των ειδών και των εργασιών). Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 09.07.2020 (ΕΕ S 2020/S133-326002). Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 30.10.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της ... και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 1.197,60€.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 21.10.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 30.10.2020, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

5. Επειδή, η υπό εξέταση παρέμβαση(τιτλοφορούμενη ως «ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΝΣΤΑΣΗΣ») έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 04.11.2020,δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς την παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 02.11.2020. Η ως άνω παρέμβαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στους λοιπούς διαγωνιζόμενους και προς «όλα τα μέλη» στις 06.11.2020. Περαιτέρω, η παρέμβαση ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

6. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 13229/10.11.2020 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε προς την προσφεύγουσα και προς «όλα τα μέλη» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 12.11.2020, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «ΑΠΟΞΗΛΩΣΗ, ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΩΝ ΠΕΠΑΛΛΙΩΜΕΝΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΚΛΙΜΑΤΙΣΜΟΥ ΣΤΑ ΑΜΦΙΘΕΑΤΡΑ ...». Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές, πέντε (5) οικονομικοί φορείς, ήτοι α) η ... (προσφορά με α/α συστήματος ...), β) η (παρεμβαίνουσα) ... (προσφορά με α/α συστήματος ...), γ) η ... (προσφορά με α/α συστήματος ...), δ) η ... (προσφορά με α/α συστήματος ...) και ε) η (προσφεύγουσα) ... (προσφορά με α/α συστήματος ...). Με την από 20.10.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα πρακτικών της 443<sup>ης</sup>/15.10.2020 τακτικής συνεδρίασης της Συγκλήτου του ...) εγκρίθηκε το 1<sup>ο</sup> πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και αποφασίστηκε αφενός η απόρριψη των προσφορών των διαγωνιζομένων ..., ...

και ... και αφετέρου η αποδοχή των προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και η ανάδειξη της τελευταίας ως προσωρινής αναδόχου. Κατά της ως άνω απόφασης, κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή.

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 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

επιδεικνύοντας τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένου 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 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 διαγωνιζόμενου, 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 δικαιοτικού 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, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής, επικαλούμενη τα άρθρα 75, 91 και 305 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 2.2.6, 2.4.1, 2.4.3, 2.4.6 και 2.2.9.2 της διακήρυξης, προβάλλει ότι *«Η προσφορά της εταιρίας «...» δεν έπρεπε να γίνει αποδεκτή από την Επιτροπή Αξιολόγησης διότι η προαναφερόμενη εταιρία δεν απέδειξε την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, που απαιτούσε η διακήρυξη, για τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, με βάση τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, που όριζε ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να προσκομίζουν, με την κατάθεση των δικαιολογητικών συμμετοχής, κατάλογο με τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο (προμήθεια και τοποθέτηση ROOFTOPΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ) που να έχουν εκτελέσει ή εκτελούνται κατά την τελευταία τριετία (2017-2018-2019) με μέσο όρο αξίας των τριών ετών ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (συνολική αξία των τριών ετών : 3 = 297.000,00€ τουλάχιστον). Η εταιρία «...» προσκόμισε, με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, τον με ημερομηνία 20-08-2020 κατάλογο συμβάσεων, με δέκα συμβάσεις της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019), όλες με ιδιωτικούς φορείς, συνολικής αξίας, ποσού, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, 336.155,40 ευρώ και με μέσο όρο αξίας όλων των προσκομιζόμενων συμβάσεων, της τελευταίας*

τριετίας, το ποσό των 112.05,88 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ (336.155,40 :3=112.051,88 ευρώ). Το ποσό των 112.051,88 ευρώ αντιστοιχεί σχεδόν στο Α του προϋπολογισμού της σύμβασης και το ποσό αυτό υπολείπεται, κατά πολύ και συγκεκριμένα κατά 111.754,88 ευρώ, του προϋπολογισμού του διαγωνισμού, ήτοι του ποσού των 297.000,00 ευρώ (297.000,00-112.051,88 ευρώ=111.754,88 ευρώ) που ήταν και το ελάχιστο, οριζόμενο κατά τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, ποσό του μέσου όρου, των συμβάσεων, που έπρεπε να προσκομίζει ο κάθε υποψήφιος, με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, για να αποδεχθεί η τεχνική επάρκεια για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. [...] Στη συνέχεια το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης διευκρινίστηκε με την Διευκρίνιση Νο 1 της χειριστριάς του ηλεκτρονικού διαγωνισμού ..., η οποία αναρτήθηκε στον χώρο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με την οποία ζητείτο από την αναθέτουσα οι υποψήφιοι να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2017, 2018, 2019) τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες) με μέσο όρο αξίας των τριών ετών ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (συνολική αξία των τριών ετών : 3 = 297.000,00 € τουλάχιστον). Με τη διευκρίνιση Νο1 προσδιορίστηκε ποια είδη συμβάσεων θα θεωρηθούν συναφή από την αναθέτουσα αρχή κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής. Στη συνέχεια εκδόθηκε η Διευκρίνιση Νο 3 της χειριστριάς του ηλεκτρονικού διαγωνισμού ..., η οποία στάλθηκε με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της πλατφόρμας της ΕΣΗΔΗΣ, στην παράγραφο 2 της οποίας (διευκρίνισης), αναγραφόταν, επί λέξει, ότι οι υποψήφιοι πρέπει να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2017, 2018, 2019) τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες) με μέσο όρο αξίας

των τριών ετών ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (συνολική αξία των τριών ετών :  $3 = 297.000,00$  € τουλάχιστον). Ουσιαστικά επαναλαμβάνονταν αυτούσιος ο όρος 2.2. της διακήρυξης, με ενσωματωμένη την 1η διευκρίνιση και με επανάληψη ακόμα και της διευκρινιστικής παρένθεσης που υπήρχε εξ αρχής στον όρο 2.2. της διακήρυξης του διαγωνισμού. Η διευκρίνιση αυτή συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Σημειώνεται ότι στο τέλος της 3ης διευκρίνισης αναγράφεται ότι «ΔΗΛΑΔΗ το 2.2.6 αναφέρεται μόνο σε σχετικές με το αντικείμενο συμβάσεις (3 συμβάσεις τουλάχιστον τα τελευταία τρία χρόνια συνολικής αξίας και για τα τρία έτη τουλάχιστον  $297.000,00$  €)». Διαβάζοντας την τελευταία πρόταση, σε συνδυασμό με α) την προηγούμενη παράγραφο της ίδιας 3ης διευκρίνισης, β) την 1η διευκρίνιση και γ) το λεκτικό του όρου 2.2.6 της διακήρυξης, που περιείχε ξεκάθαρη επεξηγηματική παρένθεση (συνολική αξία των τριών ετών :  $3 = 297.000,00$  € τουλάχιστον) είναι σαφές ότι εκ παραδρομής αναγράφηκε, στην τελευταία πρόταση της 3ης διευκρίνισης, στην παρένθεση (3 συμβάσεις τουλάχιστον τα τελευταία τρία χρόνια συνολικής αξίας και για τα τρία έτη τουλάχιστον  $297.000,00$  €) αντί του ορθού (3 συμβάσεις τουλάχιστον τα τελευταία τρία χρόνια μέσου όρου αξίας και για τα τρία έτη τουλάχιστον  $297.000,00$  €). [...] Η εταιρία «...» προσκόμισε, με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, τον με ημερομηνία 20-08-2020 κατάλογο συμβάσεων, με δέκα συμβάσεις της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019), όλες με ιδιωτικούς φορείς, συνολικού ποσού, συμπεριλαμβανομένου ίου ΦΠΑ,  $336.155,40$  ευρώ και με μέσο όρο αξίας όλων των προσκομιζόμενων συμβάσεων, της τελευταίας τριετίας, το ποσό των  $112.051,88$  ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ ( $336.155,40 : 3 = 112.051,88$  ευρώ). Το ποσό αυτό αντιστοιχεί σχεδόν στο Α του προϋπολογισμού της σύμβασης και το ποσό αυτό υπολείπεται, κατά πολύ και συγκεκριμένα κατά  $111.754,88$  ευρώ, του προϋπολογισμού του διαγωνισμού, ήτοι του ποσού των  $297.000,00$  ευρώ ( $297.000,00 - 112.051,88$  ευρώ =  $111.754,88$  ευρώ) που ήταν και το ελάχιστο, οριζόμενο κατά τον όρο

2.2.6 της διακήρυξης, ποσό του μέσου όρου, των συμβάσεων, που έπρεπε να προσκομίζει ο κάθε υποψήφιος, με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, για να αποδεχθεί η τεχνική επάρκεια για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Σημειώνουμε, επίσης, ότι η απαίτηση από τη διακήρυξη οι οικονομικοί φορείς να προσκομίζουν συμβάσεις τελευταίας τριετίας μέσου όρου αξίας του προϋπολογισμού της σύμβασης είναι εύλογη και ανταποκρίνεται στις εγγυήσεις, που θέτει το άρθρο 75 του Ν.4412/2016, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι ο ανάδοχος, που θα αναδειχθεί, έχει εκτελέσει ανάλογου μεγέθους έργα και ότι έχει, κατά τεκμήριο, την ικανότητα να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του υπό ανάθεση έργου και να το εκτελέσει άρτια σύμφωνα με τους κανόνες της τεχνικής και της επιστήμης και σύμφωνα με τις απαιτήσεις των οικείων συμβατικών τευχών. Εξάλλου η απαίτηση του μέσου όρου έχει ακριβώς την έννοια ότι, μέσω αυτής της απαίτησης, δίνεται η δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό ακόμη και σε μικρότερες εταιρίες που μπορεί να μην είχαν, κάθε χρόνο, την τελευταία τριετία, σύμβαση ή συμβάσεις, με οικονομικό αντικείμενο ίδιο με αυτό του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης. Σε καμία όμως περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν νομιμοποιείται να μην εφαρμόσει τη ρητή έννοια του μέσου όρου των συμβάσεων της τελευταίας τριετίας, εν προκειμένω, διότι, σε αυτή την περίπτωση, αφενός καταστρατηγείται σαφώς ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης και παραβιάζεται καταφορά το ενωσιακό δίκαιο και ειδικότερα η αρχή της ισότητας των διαγωνιζόμενων, αφετέρου, οδηγούμαστε στο λογικό παράδοξο να μπορούν να συμμετάσχουν στη διαδικασία και εταιρίες που δεν έχουν τα εχέγγυα της απαραίτητης τεχνικής επάρκειας για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, που είναι μεγάλου οικονομικού αντικείμενου. Η απαίτηση εξάλλου του ελάχιστου επιπέδου ικανοτήτων των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, το οποίο πρέπει να καθορίζεται με σαφήνεια στα έγγραφα της σύμβασης, προσδιορίζοντας παράλληλα και το κατάλληλο μέτρο απόδειξης για καθένα από αυτά, είναι επίταση της παραγράφου 2 του άρθρου 44 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 42 του Πδ 60/2007) καθώς και της 13ης κατευθυντήριας οδηγίας της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος

καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα». Από τον πίνακα των συμβάσεων, που προσκομίστηκε εκ μέρους της εταιρίας «...», είναι σαφές ότι η εταιρία «...» δεν έχει τον απαιτούμενο μέσο όρο της αξίας των συμβάσεων της τελευταίας τριετίας. Επίσης από τον προσκομιζόμενο πίνακα αποδεικνύεται ότι η εταιρία δεν έχει εκτελέσει καμία σύμβαση, ανάλογου οικονομικού μεγέθους, με αυτό του προϋπολογισμού της διακήρυξης ούτε για λογαριασμό ιδιωτικού φορέα ούτε για λογαριασμό δημόσιου φορέα. Η σύμβαση με το μεγαλύτερο οικονομικό αντικείμενο που έχει εκτελέσει η εταιρία «...» είναι η σύμβαση AA1 με την ... προϋπολογισμού 92.132,00 ευρώ, ποσό που υπολείπεται κατά πολύ του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης. Η δε πλειονότητα των προσκομισθέντων συμβάσεων είναι μικρού οικονομικού αντικειμένου (2η σύμβαση ποσού 25.668,00 ευρώ , 5η σύμβαση ποσού 14.260,00 ευρώ, 6η σύμβαση ποσού 14.880,00 ευρώ , 7η σύμβαση ποσού 5.592,40 ευρώ, 8η σύμβαση ποσού 23.808,00 ευρώ , 9η σύμβαση ποσού 14.880,00 ευρώ και 10η σύμβαση ποσού 8.060,00 ευρώ). Επικουρικά αναφέρουμε ότι, από την επισκόπηση του σώματος των προσκομιζόμενων δέκα συμβάσεων, προκύπτουν τα ακόλουθα: Για τη σύμβαση AA 1 λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Η συγκεκριμένη σύμβαση περιλαμβάνει συγκεντρωτικά τα 2 κονδύλια και δεν γίνεται ανάλυση του κόστους των επιμέρους συστημάτων κλιματισμού. Το ένα κονδύλι αφορά τον κλιματισμό και το άλλο τον αερισμό-εξαερισμό. Στο πρώτο κονδύλιο, που αφορά τον κλιματισμό, περιλαμβάνονται διαφορετικά συστήματα κλιματισμού. Υπάρχουν συστήματα κλιματισμού VRV τα οποία είναι συμβατά με το αντικείμενο της διακήρυξης, σύμφωνα με την 1η διευκρίνιση, ενώ στο άρθρο «Περιγραφή Συστημάτων Κλιματισμού- Γ Επίπεδο» της σύμβασης περιλαμβάνονται διαιρούμενα (split) κλιματιστικά με εσωτερικές μονάδες τοίχου, τα οποία δεν εντάσσονται ούτε στον κεντρικό, ούτε στον ημικεντρικό κλιματισμό, ήτοι δεν περιλαμβάνονται στις κατηγορίες της 1ης διευκρίνισης (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες) και δεν έπρεπε να

περιληφθούν καθόλου στις εκτελεσμένες παραδόσεις. Η σύμβαση αυτή με το ως άνω περιεχόμενο δεν έπρεπε να έχει καθόλου γίνει δεκτή από την Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού, λόγω αδυναμίας ορθής αξιολόγησης του προσκομιζόμενου δικαιολογητικού και θα έπρεπε η Επιτροπή να είχαν ζητηθεί διευκρινίσεις από τον υποψήφιο ώστε να έχει προσδιοριστεί ακριβώς το ποσό των κατηγοριών συστημάτων κλιματισμού που αναφέρονται στην 1η διευκρίνιση (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες). Για τη σύμβαση AA 3 λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Και σε αυτή τη σύμβαση υπάρχουν τρία κονδύλια, ένα για τον κλιματισμό, ένα για την πισίνα, το οποίο εξαιρείται και ένα για το σύστημα παραγωγής ζεστού νερού χρήσης, το οποίο εξαιρείται. Στο κομμάτι του κλιματισμού, στο άρθρο «Περιγραφή Συστημάτων Κλιματισμού-Υπόγειο Ισόγειο» της σύμβασης περιλαμβάνονται 4 διαιρούμενα κλιματιστικά τοίχου, τα οποία δεν εντάσσονται ούτε στον κεντρικό, ούτε στον ημικεντρικό κλιματισμό, ήτοι δεν περιλαμβάνονται στις κατηγορίες της 1ης διευκρίνισης (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες) και δεν έπρεπε να περιληφθούν καθόλου στις εκτελεσμένες παραδόσεις. Η σύμβαση αυτή με το ως άνω περιεχόμενο δεν έπρεπε να έχει καθόλου γίνει δεκτή από την Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού λόγω αδυναμίας ορθής αξιολόγησης του προσκομιζόμενου δικαιολογητικού και θα έπρεπε η Επιτροπή να είχαν ζητηθεί διευκρινίσεις από τον υποψήφιο ώστε να έχει προσδιοριστεί ακριβώς το ποσό των κατηγοριών συστημάτων κλιματισμού που αναφέρονται στην 1η διευκρίνιση (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες). Για τη σύμβαση AA 5 λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Σε αυτή τη σύμβαση περιλαμβάνεται ένα κονδύλι που αφορά την προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος ημικεντρικού κλιματισμού. Στην περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης περιλαμβάνονται

πέντε κλιματιστικά τοίχου τα οποία δεν εντάσσονται ούτε στον κεντρικό, ούτε στον ημικεντρικό κλιματισμό, ήτοι δεν περιλαμβάνονται στις κατηγορίες της 1ης διευκρίνισης (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες) και δεν έπρεπε να περιληφθούν καθόλου στις εκτελεσμένες παραδόσεις. Η σύμβαση αυτή με το ως άνω περιεχόμενο δεν έπρεπε να έχει καθόλου γίνει δεκτή από την Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού λόγω αδυναμίας ορθής αξιολόγησης του προσκομιζόμενου δικαιολογητικού και θα έπρεπε να είχαν ζητηθεί διευκρινίσεις από τον υποψήφιο ώστε να έχει προσδιοριστεί ακριβώς το ποσό των κατηγοριών συστημάτων κλιματισμού που αναφέρονται στην 1η διευκρίνιση (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες). Για τη σύμβαση AA 8 λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Σε αυτή τη σύμβαση περιλαμβάνεται η προμήθεια και εγκατάσταση 3 εξωτερικών μονάδων VRV. Οι 3 εξωτερικές μονάδες VRV της σύμβασης δεν αποτελούν σύστημα, αλλά, μέρος του συστήματος κλιματισμού VRV με αποτέλεσμα να μην έπρεπε η σύμβαση αυτή να περιληφθεί καθόλου στον κατάλογο και θα έπρεπε η Επιτροπή Αξιολόγησης να έχει απορρίψει το συγκεκριμένο δικαιολογητικό χωρίς καν να χρειάζεται να δοθούν διευκρινίσεις. Για όλους τους ανωτέρω λόγους η προσφορά της εταιρίας «...» θα έπρεπε να μην γίνει δεκτή.».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προβάλλει συναφώς, ότι «Σύμφωνα με την διευκρίνιση Νο 3 έγιναν δεκτοί οι υποψήφιοι που είχαν εκτελούμενες συμβάσεις προμήθειας και εγκατάστασης άνω των 297.000 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Επιπλέον, η Επιτροπή έκανε έλεγχο των συμβάσεων που υποβλήθηκαν και αφαίρεσε από όλους ανεξαιρέτως τους υποψηφίους τα ποσά εκείνα που αντιστοιχούσαν σε είδη και εργασίες που δεν ήταν συμβατά με τα ζητούμενα. Διευκρινίσεις ζητήθηκαν μόνο από την εταιρεία ... καθώς οι συμβάσεις που είχε καταθέσει αφορούσαν σε οικοδομικά έργα

χωρίς να διευκρινίζεται καθόλου το είδος και η αξία της εγκατάστασης κλιματισμού.».

12. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει συναφώς, ότι «Λόγω της ασάφειας της 2.2.6 ζητήθηκε και δόθηκε η διευκρίνιση αρ.3, βάση της οποίας ξεκάθαρα ζητούνται «3 συμβάσεις τουλάχιστον τα τελευταία τρία χρόνια συνολικής αξίας και για τα τρία έτη τουλάχιστον 297.000,00€». Στις συμβάσεις που καταθέσαμε μπορούμε να δώσουμε διευκρινήσεις σχετικά με τις εκτελεσμένες παραδόσεις. Οι συμβάσεις που έχουν κατατεθεί περιλαμβάνουν κάποιες μικρές αξίες split - κλιματιστικών τοίχου και εξαερισμού αξίας 29.000,00€. Ακόμη και αν αφαιρεθούν αυτές οι αξίες, η συνολική αξία των συμβάσεων είναι πάνω από τις 297.000,00€ της διακήρυξης.».

13. Επειδή, στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού εντάσσονται επίσης και οι διευκρινήσεις που παρέχονται από την αναθέτουσα αρχή στους διαγωνιζόμενους, με την έκδοση σχετικής πράξης παροχής διευκρινίσεων, η οποία εκδίδεται πριν από την υποβολή της προσφοράς τους, ως προς τα σημεία των όρων της διακήρυξης ή των τεχνικών προδιαγραφών ή άλλων ζητημάτων που χρήζουν περαιτέρω επεξηγήσεων, οι οποίες συμπληρώνουν τους όρους της διακήρυξης στους οποίους αναφέρονται (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκουλα, 2017, σελ. 340). Όπως, δε, έχει παγίως κριθεί υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013). Αντιστοίχως, έχει κριθεί, ότι μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων προς αυτές - και δη εφόσον έχουν αποσταλεί εμπροθέσμως με βάση το οικείο κανονιστικό πλαίσιο και αφορούν εμπροθέσμως και νομοτύπως αποσταλείσες στην αναθέτουσα αρχή

ερωτήσεις - συνιστούν πράξη εκτελεστή, και δύνανται να προσβληθούν με την προσφυγή του Ν. 4412/2016 με την οποία θεωρείται εμπροθέσμως συμπροσβαλλομένη ως πλημμελής και η διακήρυξη (πρβλ. Ε.Α. 45/2008, 952/2007, 474/2005, 532/2004). Επομένως, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Περαιτέρω, από δικονομική σκοπιά, όταν η προσβαλλόμενη πράξη είναι αμιγώς επιβεβαιωτική προγενέστερης πράξης, υπό την ανωτέρω έννοια, η προσφυγή είναι παραδεκτή μόνον υπό την προϋπόθεση ότι η επιβεβαιούμενη πράξη προσβλήθηκε εμπροθέσμως (βλ. ΓΔΕΕ της 24ης Μαρτίου 2017, T-117/15, Εσθονία κατά Επιτροπής, βλ. σχόλιο V. Michel, Europe, mai 2017, n° 170).

14. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρθρου 102 και του άρθρου 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 επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή 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 ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί υπό προϋποθέσεις η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ). Ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι η πλημμέλεια που αναφέρεται ανωτέρω, θα πρέπει να δημιουργεί αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως θα πρέπει να είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 876/2019, 393/2019).

15. Επειδή, η διαγραφόμενη με τη διάταξη του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ.

40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C 387/14, Esaprojektsp. z o.o. κατά WojewództwoŁódzkie, σκ. 37-40). Ομοίως, καθίσταται σαφές ότι δεν χωρεί εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όταν από τις οικείες διατάξεις προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα να απορρίψει την οικεία προσφορά(βλ. Δ.Εφ. Χανίων 13/2019 σκ. 14, Δ.Εφ. Χανίων 10/2019, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019, Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣτΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249).

16. Επειδή, στο άρθρο 2.1.3 «Παροχή Διευκρινίσεων» της διακήρυξης ορίζεται ότι «Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά από τις 15/07/2020 μέχρι και τις 07/08/2020 και ώρα 14:00 μ.μ. και από τις 17/08/2020 έως και 20/08/2020 και ώρα 14:00 μ.μ. ενώ απαντώνται μέχρι και τις 21/08/2020 και ώρα 14:00 μ.μ., στο πλαίσιο της παρούσας, στη σχετική ηλεκτρονική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr)». Επίσης, στο άρθρο 2.2.5. «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της διακήρυξης ορίζεται ότι «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών αριθμός ετών (3) μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών (891.000,00 €) δηλαδή τριπλάσιο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. προσκομίζοντας ισολογισμούς των τριών τελευταίων ετών (δηλαδή 2017, 2018 και 2019) που θα το αποδεικνύουν (δείτε άρθρο 2.2.9.2. Β3)». Στο δε άρθρο 2.2.6. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης ορίζεται ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: Δηλώνουν: α) κατάλογο με τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο (προμήθεια και τοποθέτηση ROOFTOP ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ) που έχουν εκτελέσει ή εκτελούνται κατά την τελευταία τριετία (2017-20182019) με μέσο όρο αξίας των τριών ετών ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του

Φ.Π.Α. (συνολική αξία των τριών ετών : 3 = 297.000,00 € τουλάχιστον). Ο κατάλογος αυτού του άρθρου (2.2.6) καθώς και ακριβή αντίγραφα (υπογραφή δικηγόρου) των συμβάσεων απαιτείται να προσκομισθούν και κατά την κατάθεση των δικαιολογητικών συμμετοχής του κάθε υποψηφίου σε περίπτωση που δεν προσκομισθούν οι απαιτούμενες πληροφορίες του άρθρου 2.2.6 για τα έτη 2017, 2018 και 2019 η προσφορά θεωρείται ελλιπής και απορρίπτεται». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.9.2 «Αποδεικτικά μέσα» της διακήρυξης και ειδικότερα στις παραγράφους Β.3 και Β.4 αυτού, ορίζεται ότι «Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν δημοσιευμένους ισολογισμούς τριών (3) τελευταίων ετών (2017,2018, 2019) . Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο (προσκομίζονται και με την κατάθεση των δικαιολογητικών συμμετοχής) Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάλογο με συμβάσεις προμηθειών που έχουν εκτελέσει ή εκτελούνται κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών 2017, 2018, 2019 (προσκομίζονται και με την κατάθεση των δικαιολογητικών συμμετοχής)». Ακολούθως, στο άρθρο 2.4.3 «Περιεχόμενα φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά”» της διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 2.4.3.1 «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» αυτού, ορίζεται ότι «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: [...] ε) ισολογισμούς των τριών τελευταίων ετών (δηλαδή 2017, 2018 και 2019) που θα αποδεικνύουν ότι ο μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018 και 2019) είναι το τριπλάσιο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (891.000,00 €) στ) κατάλογο με τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο (προμήθεια και τοποθέτηση rooftop μηχανημάτων) που έχουν εκτελέσει ή εκτελούνται κατά την τελευταία τριετία (2017-2018-2019) με μέσο όρο αξίας των τριών ετών ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του

Φ.Π.Α. (συνολική αξία των τριών ετών : 3 = 297.000 € τουλάχιστον) καθώς και ακριβή αντίγραφα (υπογραφή δικηγόρου) των συμβάσεων.» Τέλος, στο άρθρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» της διακήρυξης ορίζεται ότι «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 [...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς)[...] 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 παρούσης διακήρυξης, [...] 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.».

17. Επειδή, στις 05.08.2020 κοινοποιήθηκε προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού η «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗ ΑΡ. 1» της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με την οποία «[...] Στο άρθρο 2.2.6. Τεχνική & Επαγγελματική ικανότητα η διακήρυξη αναφέρει: «Δηλώνουν: α) κατάλογο με τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο (προμήθεια και τοποθέτηση ROOFTOP ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ), διευκρινίζουμε ότι θα γίνουν αποδεκτές συμβάσεις τοποθέτησης συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftop packaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες.».

Επίσης, στις 02.08.2020 ο οικονομικός φορέας «...» υπέβαλε προς την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το ακόλουθο ερώτημα «ΠΑΡΑΚΑΛΟΥΜΕ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΤΕ ΜΑΣ ΤΑ ΚΑΤΩΘΙ: ΣΤΗΝ ΠΑΡ.2.2.5 ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΠΕΡΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΑΡΚΕΙΑΣ, ΖΗΤΑΤΕ ΤΟΝ ΜΕΣΟ ΕΤΗΣΙΟ ΚΥΚΛΟ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2017-2018-2019 ΝΑ ΕΙΝΑΙ ΜΕΓΑΛΥΤΕΡΟΣ

ΑΠΟ 891.000,00 € (ΜΕ ΦΠΑ) ΑΣΧΕΤΑ ΕΑΝ ΣΕ ΚΑΠΟΙΟ ΕΤΟΣ ΑΥΤΟΣ ΕΙΝΑΙ ΜΙΚΡΟΤΕΡΟΣ. ΣΤΗΝ ΠΑΡ.2.2.6 ΠΕΡΙ ΤΕΧΝΙΚΗΣ Κ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ ΖΗΤΑΤΕ ΚΑΤΑΛΟΓΟ ΜΕ ΤΡΕΙΣ ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ ΠΑΡΟΜΟΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΣΥΝΟΛΙΚΗΣ ΑΞΙΑΣ ΤΗΝ ΤΡΙΕΤΙΑ 2017-2018-2019 297.000 € ΜΕ ΦΠΑ.». Επί του ως άνω ερωτήματος, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 07.08.2020 στον ως άνω οικονομικό φορέα μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού με το οποίο τον παρέπεμπε στην αναρτηθείσα «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗ ΑΡ. 3», την οποία η αναθέτουσα αρχή απέστειλε αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς «όλους τους συμμετέχοντες». Η ως άνω «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗ ΑΡ. 3» έχει το ακόλουθο περιεχόμενο «*Διευκρινίζουμε ότι σύμφωνα με την διακήρυξη ... 1. στο άρθρο 2.2.5 ζητείται οι υποψήφιοι να έχουν : Τα τρία (3) τελευταία έτη (2017, 2018, 2019) μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών (891.000,00 €) δηλαδή τριπλάσιο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. ( γενικός κύκλος εργασιών του 2017 + 2018 +2019 και αυτό διαιρείται δια 3 = 891.000,00 € τουλάχιστον) προσκομίζοντας ισολογισμούς των τριών τελευταίων ετών (δηλαδή 2017, 2018 και 2019) που θα το αποδεικνύουν (δείτε άρθρο 2.2.9.2 Β3) και 2. στο άρθρο 2.2.6 που διευκρινίστηκε με την Διευκρίνιση Νο 1 και η οποία αναρτήθηκε στον χώρο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ ζητείται οι υποψήφιοι να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2017, 2018, 2019) τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο (προμήθεια & τοποθέτηση συστημάτων κεντρικού ή ημικεντρικού κλιματισμού ήτοι με μηχανήματα τύπου rooftoppackaged, διαιρούμενα ημικεντρικά, πολυδιαιρούμενα VRV και Κεντρικές Κλιματιστικές Μονάδες) με μέσο όρο αξίας των τριών ετών ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (συνολική αξία των τριών ετών : 3 = 297.000,00 € τουλάχιστον). ΔΗΛΑΔΗ το 2.2.5 αναφέρεται σε γενικό κύκλο εργασιών και συνολική μέση τιμή των τριών ετών τουλάχιστον 891.000,00 € ενώ το 2.2.6 αναφέρεται μόνο σε σχετικές με το αντικείμενο συμβάσεις (3 συμβάσεις τουλάχιστον τα τελευταία τρία χρόνια συνολικής αξίας και για τα τρία έτη τουλάχιστον 297.000,00 €)».*

18. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι σύμφωνα με αυτήν απαιτείτο οι διαγωνιζόμενοι να προσκομίσουν με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής, προς απόδειξη της πλήρωσης της απαίτησης του άρθρου 2.2.6 περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, κατάλογο με τρεις τουλάχιστον συμβάσεις σχετικές με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης (όπως η συνάφεια αυτή προσδιορίστηκε με τη «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗ ΑΡ. 1») που έχουν εκτελέσει ή εκτελούν κατά την τελευταία τριετία (2017-2018-2019) με μέσο όρο αξίας των τριών ετών ίσο ή μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (συνολική αξία των τριών ετών : 3 = 297.000,00 € τουλάχιστον), άλλως η προσφορά θεωρείται ελλιπής και απορρίπτεται. Η ως άνω δε απαίτηση σύμφωνα με την οποία ο μέσος όρος των εκτελεσθεισών ή εκτελούμενων συναφών με την υπό ανάθεση συμβάσεων της τελευταίας τριετίας (2017-2018--2019) πρέπει να ανέρχεται σε ποσό ίσο ή μεγαλύτερο των 297.000,00 € (ήτοι, όπως ρητώς αναφέρεται «συνολική αξία των τριών ετών : 3 = 297.000,00 € τουλάχιστον») προβλέπεται όχι μόνο στο άρθρο 2.2.6, αλλά και στο άρθρο 2.4.3.1 υπό στ) της διακήρυξης. Η απαίτηση αυτή ουδόλως αναιρέθηκε με την «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗ ΑΡ. 3» της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, από τη διατύπωση της ως άνω διευκρίνισης προκύπτει ότι στις παραγράφους 1 και 2 αυτής απλώς επαναλαμβάνει τους όρους της διακήρυξης, επεξηγώντας ότι το άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης αφορά στον απαιτούμενο γενικό κύκλο εργασιών, ενώ το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης αφορά στον απαιτούμενο μέσο όρο συναφών (κατά την ειδικότερη έννοια της «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗΣ ΑΡ. 1») συμβάσεων. Ήτοι, η «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗ ΑΡ. 3» αφορά στη «διάκριση» (επεξηγώντας, όπως προαναφέρθηκε, και όχι τροποποιώντας ή θέτοντας διαφορετική απαίτηση) μεταξύ του άρθρου 2.2.5 και του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης και όχι σε αυτό καθ' εαυτό το άρθρο 2.2.6 και δη στο απαιτούμενο ύψος της αξίας των συναφών συμβάσεων. Τα ανωτέρω δε δεν αίρονται εκ του ότι στην τελευταία πρόταση της «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗΣ ΑΡ. 3» δεν επαναλαμβάνεται και πάλι ότι το ύψος των 297.000,00 € του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης αφορά στο μέσο όρο συναφών συμβάσεων της τελευταίας τριετίας (κάτι που, πάντως, όπως

προαναφέρθηκε, ήδη επαναλαμβάνεται στην παράγραφο 2 της επίμαχης «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗΣ ΑΡ. 3»), αλλά αναφέρει «ΔΗΛΑΔΗ το 2.2.5 αναφέρεται σε γενικό κύκλο εργασιών και συνολική μέση τιμή των τριών ετών τουλάχιστον 891.000,00 € ενώ το 2.2.6 αναφέρεται μόνο σε σχετικές με το αντικείμενο συμβάσεις (3 συμβάσεις τουλάχιστον τα τελευταία τρία χρόνια συνολικής αξίας και για τα τρία έτη τουλάχιστον 297.000,00 €)». Τούτο δε διότι και από τη διατύπωση του επίμαχου χωρίου προκύπτει ότι και αυτό επεξηγεί τη «διάκριση» μεταξύ των άρθρων 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης και δεν αφορά σε αυτό καθ' εαυτό το άρθρο 2.2.6 και δη στο απαιτούμενο ύψος της αξίας των συναφών συμβάσεων. Κατόπιν των ανωτέρω και λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω στις σκ. 14 και 15 διαλαμβανόμενων προκύπτει, ότι η «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΗ ΑΡ. 3» δεν τροποποίησε τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, ούτε προκύπτει εξ αυτής ασάφεια δυνάμενη αντικειμενικώς να προκαλέσει σύγχυση στους διαγωνιζόμενους. Η περί του αντιθέτου δε ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής συνιστά ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση των όρων της διακήρυξης.

19. Επειδή, από τους προβαλλόμενους από όλα τα μέρη ισχυρισμούς προκύπτει ότι ο μέσος όρος των συναφών συμβάσεων της τελευταίας τριετίας που επικαλέστηκε η παρεμβαίνουσα υπολείπεται του απαιτούμενου στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης ύψους, ήτοι των 297.000,00 €. Συνεπώς, κατά το μέρος αυτό ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός, αλυσιτελώς, δε, προβάλλονται οι λοιποί ισχυρισμοί που αφορούν σε επιμέρους συμβάσεις που επικαλέστηκε η παρεμβαίνουσα.

20. Επειδή, κατόπιν της αποδοχής του ως άνω λόγου της προσφυγής που αφορά στην προσφορά της παρεμβαίνουσας, οι λοιποί τρεις λόγοι προβάλλονται αλυσιτελώς, δοθέντος ότι η ως άνω κρίση, στηρίζει αυτοτελώς την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει κατά δεσμία αρμοδιότητα την προσφορά της (πρβλ ΕΑ ΣτΕ308/2020, ΣτΕ 7μ. 2465/2018 σκ. 14).

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός Απόφασης:1717/2020**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη από 20.10.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα πρακτικών της 443ης/15.10.2020 τακτικής συνεδρίασης της Συγκλήτου του ...), κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου (κωδικός ...) ύψους 1.197,60€ στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 7 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχαήλ Οικονόμου**

**Μαρία Κατσαρού**