

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 25-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Μαργαρίτα Κανάβα στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 25-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2015/26-10-2021 της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....» και των μελών της, νόμιμα εκπροσωπούμενων (εφεξής «προσφεύγουσα»).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του από 5-11-2021 παρεμβαίνοντος, κατόπιν της από 26-10-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 14-10-2021 με αρ. 1439/12.10.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος την απέκλεισε, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης 8.931.799,83 ευρώ, για την ....., με εξοικονόμηση Ενέργειας σαν Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης (ΣΕΑ) με 12ετή διάρκεια, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 24-5-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ .....την 28-5-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 1-11-2021 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... και με αρ. ...., ποσού 7.500 ευρώ έκαστο και συνολικά 15.000 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, ασκείται η από 25-10-2021 προσφυγή, κατά παρέκταση στην επόμενη εργάσιμη από την 24-10-2021, κατά της από 14-10-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων με την εξής αιτιολογία «3) ..... Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα ♣ Η ένωση εταιρειών «.....» για την κάλυψη του κριτηρίου 2.2.6 (i) της Διακήρυξης δήλωσε ότι θα στηριχθεί αθροιστικά στην ικανότητα των εταιρειών «.....» & «.....» (δάνεια εμπειρία), οι οποίες έχουν υλοποιήσει τις παρακάτω Συμβάσεις Παροχής Υπηρεσιών είτε εξ' ολοκλήρου είτε ως μέλος ένωσης/κοινοπραξίας, και στο μέλος της ένωσης εταιρεία «.....», η οποία συμμετέχει με ποσοστό 5% σε κοινοπραξία: (1) ".....", (Ένωση εταιρειών .....). (2) ".....", Κ/Ξ ... (.....). (3) ".....", (Ένωση εταιρειών .....). (4) ".....", (Ένωση εταιρειών .....). (5) ".....", (.....). ♣ Διαπιστώθηκε ότι δεν έχει αναφερθεί στα προσκομιζόμενα έγγραφα τοαντικείμενο των εργασιών που εκτέλεσε η κάθε εταιρεία ως μέλος ένωσης ή κοινοπραξίας στις ανωτέρω (1) – (4) Συμβάσεις Ενεργειακής Απόδοσης, όπως απαιτείται σύμφωνα με τη Διακήρυξη: “σε περίπτωση που η δηλούμενη/ες σύμβαση/εις έχει αναληφθεί από σύμπραξη ή κοινοπραξία, θα δηλώνεται από την επικαλούμενη αυτήν επιχείρηση και θα προσμετράται μόνο κατά το ποσοστό ή το μέρος συμμετοχής της σε αυτήν, προκειμένου να ληφθεί υπ' όψιν, ενώ θα αναφέρεται και το αντικείμενο των εργασιών που εκτέλεσε στο πλαίσιο του συγκεκριμένου έργου”. - Για τον ανωτέρω λόγο η προσφορά της ένωσης εταιρειών «.....» κρίνεται ως μη αποδεκτή.». Ομοίως εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται προς διατήρηση του αποκλεισμού της προσφεύγουσας, παρέμβαση του αποδεκτού παρεμβαίνοντος. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης θεσπίζει ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας «Οι Οικονομικοί Φορείς απαιτείται να αποδεικνύουν ότι κατά την τελευταία πενταετία και μέχρι την ημερομηνία υποβολής προσφοράς στον διαγωνισμό, έχουν εκτελέσει: i. Σύμβαση/εις Ενεργειακής Απόδοσης (ΣΕΑ) (αυτοτελώς ή ως κοινοπραξία) στον Δημόσιο ή τον Ιδιωτικό Τομέα με βάση τον ν. 4342/2015 (άρθρο 3), των οποίων η συνολική αξία των παρεχόμενων υπηρεσιών να είναι  $\geq 25\%$  του προϋπολογισμού της παρούσας, άνευ ΦΠΑ, ώστε να διασφαλίζεται ότι ο Ανάδοχος έχει την αντίστοιχη εμπειρία υλοποίησης. Για την τεκμηρίωση της απαίτησης αυτής, ο προσφέρων θα πρέπει να προσκομίσει: α) Σύμβαση/εις και β) Βεβαίωση/εις Καλής Εκτέλεσης ή Πρωτόκολλα Παραλαβής Έργου/ων από τον Φορέα για την απόδειξη της εκτέλεσης του φυσικού αντικείμενου εγκατάστασης και (γ) Τιμολόγιο/α Παροχής Υπηρεσιών ή Βεβαίωση/εις ή Πιστοποιητικό/ά Παροχής Υπηρεσιών από τα οποία να προκύπτει η αξία των εκτελεσμένων υπηρεσιών, η οποία πρέπει να είναι αθροιστικά  $>25\%$  του προϋπολογισμού της παρούσας σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α.

ή εναλλακτικά:

Σύμβαση/εις κατασκευής (εγκατάσταση ή/και επέκταση ή/και αναβάθμιση) και τουλάχιστον διετούς διάρκειας, προβλεπόμενη παροχή υπηρεσιών τεχνικής διαχείρισης, έργων οδοφωτισμού, συνολικής συμβατικής κατασκευαστικής αξίας,  $\geq 25\%$  του προϋπολογισμού της παρούσας, άνευ ΦΠΑ. Στις επικαλούμενες συμβάσεις θα πρέπει υποχρεωτικά η περίοδος κατασκευής (εγκατάστασης ή/και επέκτασης ή/και αναβάθμισης) να έχει ολοκληρωθεί και το έργο/α να έχει/ουν τεθεί σε κανονική (όχι απλώς δοκιμαστική) λειτουργία. Σημειώνεται επίσης ότι σε περίπτωση που η δηλούμενη/ες σύμβαση/εις έχει αναληφθεί από σύμπραξη ή κοινοπραξία, θα δηλώνεται από την επικαλούμενη αυτήν επιχείρηση και θα προσμετράται μόνο κατά το ποσοστό ή το μέρος συμμετοχής της σε αυτήν, προκειμένου να ληφθεί υπ' όψιν, ενώ θα

αναφέρεται και το αντικείμενο των εργασιών που εκτέλεσε στο πλαίσιο του συγκεκριμένου έργου.

Για την τεκμηρίωση της απαίτησης αυτής, ο προσφέρων θα πρέπει να προσκομίσει: α) Σύμβαση/εις και β) Βεβαίωση/εις Καλής Εκτέλεσης ή Πρωτόκολλα Παραλαβής Έργου/ων από τον Φορέα Ανάθεσης και (γ) Τιμολόγιο/α Παροχής Υπηρεσιών ή Βεβαίωση/εις ή Πιστοποιητικό/ά Παροχής Υπηρεσιών από τα οποία να προκύπτει η αξία των εκτελεσμένων υπηρεσιών, η οποία πρέπει να είναι αθροιστικά >25% του προϋπολογισμού της παρούσας σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α...». Ο όρος 2.2.9.2.B της διακήρυξης ορίζει ότι «Για την απόδειξη των ζητούμενων των παρ. ...2.2.6... οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα δικαιολογητικά όπως αυτά προσδιορίζονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 4.», ενώ ο όρος 2.4.3.2.3 ορίζει ότι «Όλα τα δικαιολογητικά-έγγραφα τεκμηρίωσης κάλυψης των κριτηρίων επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7 και τα δικαιολογητικά της παραγράφου 2.2.8 της παρούσας.», ενώ το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 4 ορίζει «Υποβάλλονται τα εξής δικαιολογητικά κατακύρωσης...9.ΛΟΙΠΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ... Αναλυτικοί κατάλογοι που θα αναφέρονται τα έργα και οι ποσότητες που απαιτούνται στην τεχνική εμπειρία και συνοδεύονται από τα αντίστοιχα δικαιολογητικά (πχ συμβάσεις, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης ή πρωτόκολλα παραλαβής), τα οποία υποβάλλονται επικυρωμένα, σύμφωνα με το Ν. 4250/2014, καθώς και κάθε άλλο πιστοποιητικό-βεβαίωση ζητείται στην παρούσα διακήρυξη.». Κατά τις δε από 30-6-2021, σε απάντηση ερωτήματος ενδιαφερομένου προς συμμετοχή, η αναθέτουσα επανέλαβε, τα κατά τον όρο 2.4.3.2.3 αναφερόμενα, ήτοι ότι «Κατά το στάδιο υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής απαιτείται η κατάθεση του συνόλου των δικαιολογητικών σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3 της διακήρυξης.». Άρα, τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στον όρο 2.2.6 είναι υποβλητέα με την προσφορά. Πλην όμως, όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα, η πρόβλεψη περί του ότι «Σημειώνεται επίσης ότι σε περίπτωση που η δηλούμενη/ες σύμβαση/εις έχει αναληφθεί από σύμπραξη ή κοινοπραξία, θα δηλώνεται από την επικαλούμενη αυτήν

επιχείρηση και θα προσμετράται μόνο κατά το ποσοστό ή το μέρος συμμετοχής της σε αυτήν, προκειμένου να ληφθεί υπ' όψιν, ενώ θα αναφέρεται και το αντικείμενο των εργασιών που εκτέλεσε στο πλαίσιο του συγκεκριμένου έργου.», υφίσταται εντός της τρίτης υποπαραγράφου του όρου 2.2.6.1, που αναφέρεται κατά προδήλως διακριτό τρόπο (που εισάγεται μάλιστα με τη φράση «ή εναλλακτικά...») σε συμβάσεις κατασκευής (εγκατάστασης/επέκτασης/αναβάθμισης) και παροχής υπηρεσιών τεχνικών διαχείρισης έργων οδοφωτισμού και όχι στην πρώτη-δεύτερη υποπαραγράφους που αναφέρονται σε συμβάσεις ενεργειακής απόδοσης και στην οποία ουδόλως υφίσταται σχετικός ειδικός όρος. Άλλωστε, τονίζεται ότι για την πρώτη ως άνω κατηγορία αποδεκτών συμβάσεων προηγούμενης εμπειρίας, προβλέπονται με όλως διακριτό τρόπο τα τεκμηριωτικά αυτών στη δεύτερη υποπαραγράφο, σε σχέση με τα τεκμηριωτικά της τέταρτης υποπαραγράφου, που αναφέρονται στην κατηγορία συμβάσεων κατασκευής. Επιπλέον, η περί συμβάσεων κατασκευής, τρίτη υποπαραγράφος προβλέπει, μετά προδήλως αναφερομένου σε συμβάσεις κατασκευής περιεχομένου, ότι «Στις επικαλούμενες συμβάσεις θα πρέπει

υποχρεωτικά η περίοδος κατασκευής (εγκατάστασης ή/και επέκτασης ή/και αναβάθμισης) να έχει ολοκληρωθεί και το έργο/α» και δη, ακριβώς μετά την αναφορά σε τέτοιες εναλλακτικά αποδεκτές συμβάσεις («ή εναλλακτικά: Σύμβαση/εις κατασκευής (εγκατάσταση ή/και επέκταση ή/και αναβάθμιση) και τουλάχιστον διετούς διάρκειας, προβλεπόμενη παροχή υπηρεσιών τεχνικής διαχείρισης, έργων οδοφωτισμού, συνολικής συμβατικής κατασκευαστικής αξίας») και πριν την ως άνω κρίσιμη πρόβλεψη για δήλωση μέρους και εργασιών συμμετοχής οικονομικού φορέα, σε περίπτωση έργου που εκτελέστηκε από σύμπραξη/κοινοπραξία. Ούτως είναι εισέτι σαφέστερο πως η τελευταία αυτή πρόβλεψη περί δήλωσης μέρους και αντικειμένου εργασιών, αναφέρεται σε συμβάσεις κατασκευής και όχι σε συμβάσεις ενεργειακής απόδοσης. Σε αντίθεση δε με τα ανωτέρω, η αναθέτουσα έλαβε υπόψη το τρίτο εδάφιο της τρίτης υποπαραγράφου, ως αναφερόμενο και θεσπίζον απαίτηση και σε περίπτωση επίκλησης όχι απλά

των συμβάσεων κατασκευής της τρίτης υποπαραγράφου, αλλά και στην περίπτωση των συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης της πρώτης υποπαραγράφου. Τυχόν τέτοια ερμηνεία, επιπλέον αντικρούεται και εκ του ότι η πρόβλεψη αυτή για δήλωση μέρους και αντικειμένου εργασιών, όχι μόνο υφίσταται εντός της περί συμβάσεων κατασκευής τρίτης υποπαραγράφου και μόνο, αλλά και έπεται αυτής η τέταρτη υποπαραγράφος, που ειδικώς θεσπίζει τα τεκμηριωτικά έγγραφα περί των συμβάσεων κατασκευής, ήτοι των συμβάσεων που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο της τρίτης υποπαραγράφου και στα οποία αναφέρεται και το δεύτερο εδάφιο της τρίτης υποπαραγράφου. Επομένως, δεδομένου ότι της επίμαχης απαίτησης έπεται ειδικός όρος περί της δεύτερης κατηγορίας συμβάσεων, ήτοι των συμβάσεων κατασκευής, είναι ομοίως προδήλο ότι η προηγούμενη του όρου αυτού, απαίτηση για δήλωση μέρους και αντικειμένου εργασιών, αναφέρεται ομοίως ειδικώς στις συμβάσεις κατασκευής και τούτο μάλιστα, ενώ αναφέρεται και εντός παραγράφου που αναφέρεται ακριβώς στις συμβάσεις κατασκευής. Συνεπώς, η θεώρηση ότι εξ όλου του περιεχομένου της εισαγομένης με τη φράση «ή εναλλακτικά», αφορώσας την κατηγορία συμβάσεων κατασκευής, τρίτης-τέταρτης υποπαραγράφου, ειδικώς τυχόν το τρίτο εδάφιο της τρίτης υποπαραγράφου, θεσπίζει γενική απαίτηση περί κάθε είδους σύμβασης του όρου 2.2.6.1 και άρα και επί συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης που όλως διακριτά αναφέρονται στην πρώτη-δεύτερη υποπαραγράφο και τούτο ενώ συγχρόνως, είναι σαφές πως όλοι οι λοιποί όροι της τρίτης-τέταρτης υποπαραγράφου αναφέρονται αποκλειστικά στις συμβάσεις κατασκευής, είναι προδήλως εσφαλμένη και πάντως, ουδέν έρεισμα στη διακήρυξη ευρίσκει. Άλλωστε, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η αναθέτουσα δια τέτοιας αναφοράς και τέτοιας χωροθέτησης και αναφοράς της εντός των όρων που αφορούν ειδικώς τη σύμβαση κατασκευής, σκοπούσε να θεσπίσει επί ποινή αποκλεισμού μάλιστα, αποδεικτική απαίτηση περί κάθε είδους επικαλούμενων κατά τον όρο 2.2.6.1 συμβάσεων και άρα, και περί των συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης, σε κάθε περίπτωση τούτο ουδόλως προκύπτει καθ' οιονδήποτε τρόπο και με οιαδήποτε σαφήνεια και πάντως, ουδόλως θα δύνατο να καταστεί κατανοητό από οιονδήποτε εύλογο

διαγωνιζόμενο, όπως διαπιστώνεται από την ίδια τη θεώρηση και μελέτη του όρου, ως ετέθη στη σελ. 19 της διακήρυξης. Επομένως, δεν υφίστατο και δη σαφής απαίτηση, όσον αφορά τις συμβάσεις ενεργειακής απόδοσης, που καθ' ολοκληρία αφορά κατά τα ανωτέρω, η εκ της προσφεύγουσας επικληθείσα εμπειρία, περί ειδικής δήλωσης μέρους συμμετοχής και αντικειμένου εργασιών σε περίπτωση ανάληψης από κοινοπραξία/σύμπραξη, όπου συμμετείχε νυν μέλος της ή στηρίζων αυτή τρίτος, προκειμένου η οικεία εμπειρία (δια συμβάσεως ενεργειακής απόδοσης) να προσμετρηθεί υπέρ της προσφεύγουσας για την πλήρωση του κριτηρίου 2.2.6.1. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, που αποσπάζει και απομονώνει το ως άνω εδάφιο «που η δηλούμενη/ες σύμβαση/εις έχει αναληφθεί από σύμπραξη ή κοινοπραξία, θα δηλώνεται από την επικαλούμενη αυτήν επιχείρηση και θα προσμετράται μόνο κατά το ποσοστό ή το μέρος συμμετοχής της σε αυτήν, προκειμένου να ληφθεί υπ' όψιν, ενώ θα αναφέρεται και το αντικείμενο των εργασιών που εκτέλεσε στο πλαίσιο του συγκεκριμένου έργου» από τη συστηματική του τοποθέτηση εντός της διακήρυξης και του σχετικού όρου, ουδόλως προέκυπτε και δη, ρητώς ότι αυτό αφορά και τις συμβάσεις ενεργειακής απόδοσης, το αντίθετο δε προκύπτει και πάντως, η ερμηνεία της αναθέτουσας ουδόλως προέκυπτε εκ της δομής και του περιεχομένου του όρου με την αναγκαία για επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση, σαφήνεια. Ούτε εκ του επικαλούμενου εκ του παρεμβαίνοντος γεγονότος ότι οι συμβάσεις ενεργειακής αποδοσης τυχόν περιλαμβάνουν και στοιχεία και εργασίες κατασκευής, προκύπτει ότι έπρεπε ή προέκυπτε εκ του ως άνω όρου, η εφαρμογή της ανωτέρω απαίτησης περί των διακριτά αναφερομένων συμβάσεων κατασκευής, και στις παραπάνω από αυτές διακριτά αναφερόμενες συμβάσεις ενεργειακής απόδοσης. Η δε μη προσβολή εκ της προσφεύγουσας του ως άνω όρου 2.2.6.1 δεν συνεπάγεται ότι ίσχυε κατ' αυτής αποδεικτική απαίτηση που δεν προέκυπτε με σαφήνεια ότι υφίσταται, δια μόνου του λόγου ότι η αναθέτουσα κατά την αξιολόγησε εφάρμοσε ούτως τη διακήρυξη και δη, εφαρμοζόντας τέτοια, μη προκύπτουσα, τουλάχιστον σαφώς, εκ του περιεχομένου της, απαίτηση. Αλυσιτελώς δε ο παρεμβαίνων προβάλλει αιτιάσεις περί της χρησιμότητας και

σκοπιμότητας εφαρμογής του όρου περί δήλωσης ποσοστού συμμετοχής και επιμέρους εργασιών σε περίπτωση μέλους κοινοπραξίας και στην περίπτωση των συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης, αφού το προκείμενο ζήτημα δεν αφορά τι θα έπρεπε να ζητά, αλλά τι όντως προέκυπτε με σαφήνεια ότι ζητά η διακήρυξη και οι ανωτέρω αιτιάσεις επί της ουσίας άγουν ανεπιτρέπτως και ανεπικαίρως, μετά την ανεπιφύλακτη συμμετοχή των διαγωνιζομένων, σε έμμεσο έλεγχο του ήδη περιεχομένου της διακήρυξης, ως αυτό θεσπίστηκε, προς επέκταση των αποδεικτικών απαιτήσεων που εξ αυτού μετά σαφήνειας προκύπτουν (ως και δεν προκύπτουν) και μεταβολή του. Σημειώνεται δε, ότι η ίδια η αναθέτουσα εξέλαβε ρητά κατά την προσβαλλομένη τις ανωτέρω 1-4 συμβάσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα ως «συμβάσεις ενεργειακής απόδοσης» και άρα, τις υπήγαγε κατά την ίδια την αιτιολογία αποκλεισμού της τελευταίας, στην πρώτη ως άνω εναλλακτικά αποδεκτή κατηγορία συμβάσεων πλήρωσης του όρου 2.2.6.1 (και όχι στην κατηγορία συμβάσεων κατασκευής και τεχνικής διαχείρισης έργων οδοφωτισμού). Εξάλλου, ουδόλως η αναθέτουσα εμποδίζεται ούτως ή άλλως και διαθέτει κάθε προς τούτο σχετική ευχέρεια, εφόσον τυχόν αμφιβάλλει ή για οιονδήποτε λόγο επιθυμεί να επιβεβαιώσει τη συνάφεια των επικαλούμενων εκ της προσφεύγουσας συμβάσεων και των εργασιών που τα μέλη της ή στηρίζοντες αυτή τρίτοι εκτέλεσαν, με τα απαιτούμενα περί συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης στον όρο 2.2.6.1, να ζητήσει πρόσθετα κατά την αξιολόγηση διευκρινιστικά και αποδεικτικά στοιχεία, ακριβώς προς επαλήθευση πλήρωσης των δια της διακήρυξης απαιτούμενων περί της εναλλακτικής πλήρωσης του όρου 2.2.6.1 δια συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης. Ομοίως η αναθέτουσα δύναται και να αποκλείσει τυχόν την προσφεύγουσα, αν διαπιστώσει δια πρόσθετων διευκρινιστικών τυχόν στοιχείων ή καθ' οιονδήποτε εν γένει τρόπο, ότι αυτή δεν πληροί τα περί συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης ζητούμενα του όρου 2.2.6.1 και τούτο ακριβώς λόγω τυχόν αληθούς μη πλήρωσης της οικείας ουσιαστικής απαίτησης (ζήτημα που εν προκειμένω δεν ετέθη). Τούτο όμως δεν σημαίνει ότι η προσφεύγουσα τυχόν όφειλε, ήτοι ως αναγκαία αποδεικτική της υποχρέωση να υποβάλει επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς της και μετά της τελευταίας,



έγγραφο που ουδόλως με σαφήνεια προκύπτει πως απαιτούνταν με την προσφορά ούτε η αναθέτουσα δύναται νομίμως, όπως έλαβε όμως χώρα, να αποκλείσει αυτή δια μόνου του λόγου ότι δεν συμμορφώθηκε με ανύπαρκτη ή ασαφούς ερείσματος αποδεικτική απαίτηση και δεν υπέβαλε έγγραφο, που ουδόλως προκύπτει, δεδομένου του είδους των συμβάσεων που επικλήθηκε, ότι όφειλε να υποβάλει με την προσφορά. Αλυσιτελώς δε εκατέρωθεν προβάλλονται ισχυρισμοί των διαδίκων περί της δυνατότητας εφαρμογής ή μη του άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 42 Ν. 4782/2021, αφού εν προκειμένω δεν τίθεται καν ζήτημα συμπλήρωσης δικαιολογητικών που λείπουν, ενώ όφειλαν να έχουν τυχόν καταρχήν υποβληθεί με την προσφορά ούτε ζήτημα παράβασης ή σφάλματος ή έλλειψης επί κάποιου σαφούς όρου, καθώς δεν προκύπτει εξαρχής τέτοια αποδεικτική απαίτηση στην περίπτωση των συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης και σε κάθε περίπτωση, ουδόλως προκύπτει με οιαδήποτε σαφήνεια. Οι όποιες δε τυχόν διευκρινίσεις αποφασίσει η αναθέτουσα κατ' ευχέρεια της να ζητήσει θα έχουν τον χαρακτήρα αποκλειστικώς διασταύρωσης και ελέγχου επί πάντως καταρχήν σε συμμόρφωση με αυτή και τους όρους της, καθ' ο μέρος τουλάχιστον είναι σαφείς, υποβληθέντων δικαιολογητικών, ευχέρεια που υφίστατο και προ του Ν. 4782/2021 ούτως ή άλλως και ουδόλως έχει σχέση με την τήρηση ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας (ακριβώς, δεδομένης της έλλειψης εξαρχής σαφούς απαίτησης υποβολής του συγκεκριμένου δικαιολογητικού και πληροφορίας σε περίπτωση επίκλησης συμβάσεων ενεργειακής απόδοσης). Συνεπώς, η ως άνω αιτιολογία αποκλεισμού της προσφεύγουσας είναι μη νόμιμη και ο αποκλεισμός της, που επήλθε βάσει αυτής της αιτιολογίας, τυγχάνει ακυρωτέος.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφεύγουσα.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. 1439/12.10.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφεύγουσα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25-11-2021 και εκδόθηκε στις 13-12-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**