

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Φεβρουαρίου 2022 υπό την Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος ΑΕΠΠ, κατόπιν της υπ' αριθμ. 65/2022 Πράξης.

Για να εξετάσει την από 10.01.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 58/11.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» (εφεξής: η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και την από 18/01/2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής: η «παρεμβαίνουσα», που εδρεύει στ.. .., οδός ..., αρ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση α) της απόφασης, η οποία ελήφθη κατά την 20η/2021 Συνεδρίαση της 5ης.11.2021 του Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (θέμα 2.2.4.2) κατά το μέρος που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των εταιρειών «...», «...» και «...» για το Τμήμα Α' τού διαγωνισμού και αποφασίσθηκε η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου του Τμήματος αυτού της εταιρείας «...», β) της απόφασης, η οποία ελήφθη κατά την 27η/2021 Συνεδρίαση της 30.12.2021 του Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (θέμα 6.3), με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος για το Τμήμα Α του διαγωνισμού η εταιρεία «...», οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο προκήρυξης από την αναθέτουσα του υπ' αριθμ. ... Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού κάτω των ορίων, με αντικείμενο την μίσθωση και παροχή υπηρεσιών συντήρησης φωτοαντιγραφικών μηχανημάτων για τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής προϋπολογισθείσας αξίας 113.534,40€ (καθαρή αξία 91.560,00€ πλέον ΦΠΑ 24% ήτοι 21.974,40€) σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016, ο οποίος

αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος της σύμβασης για το οποίο ασκείται η Προσφυγή, ήτοι 51.300,00 € ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1 και άρθρου 379, παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές και υποβάλλονται τα σχετικά αιτήματα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

3. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό, δημόσιο διαγωνισμό κάτω των ορίων, με αντικείμενο την μίσθωση και παροχή υπηρεσιών συντήρησης φωτοαντιγραφικών μηχανημάτων για τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής με εκτιμώμενη συνολική αξία 113.534,40€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (καθαρή αξία 91.560,00€ πλέον ΦΠΑ 24% ήτοι 21.974,40€) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον

Αριθμός απόφασης : 338/2022

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 30.09.2021 με ΑΔΑΜ : ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 10.01.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένης αναρτήθηκαν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 30.12.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατά τα ως άνω.

5. Επειδή στις 13.01.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 24.01.2022 προς την ΑΕΠΠ δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αρ. 2567/24.01.2022 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στις 24.01.2022 προς όλους τους συμμετέχοντες δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

7. Επειδή, στις 18.01.2022 η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους την στις 19.01.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού.

8. Επειδή, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 31.01.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με ημ/νία 31.01.2022 Υπόμνημά της.

9. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής των προσφορών των συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών και προβάλλει τους κάτωθι ισχυρισμούς επιδιώκοντας την ακύρωση των προσβαλλομένων πράξεων:

ι. Ως προς την προσφορά της εταιρείας «...»

Με το 1^ο Πρακτικό της η Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε κατά τον έλεγχο του υποβληθέντος από την εταιρεία «...» διαπιστώθηκε το εξής: Στο κεφάλαιο Γ (Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα) του Μέρους IV του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» έχουν δηλωθεί, ως προκαταρκτική απόδειξη του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, οι κατώθι συμβάσεις: α) «Μίσθωση και συντήρηση δέκα εννέα (19) πολύ μηχανημάτων (Φωτοαντιγραφής -Σάρωσης Εκτύπωσης) για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών για την κάλυψη των αναγκών του Υπουργείου ...» ποσού 75.328,56 ευρώ με ημερομηνία έναρξης την 07.05.2019 και ημερομηνία λήξης την 06.05.2022 (ΑΔΑΜ ...) και β) «Μίσθωση τεσσάρων (4) φωτοτυπικών πολύ μηχανημάτων και παροχή υπηρεσιών συντήρησης του μίσθιου εξοπλισμού και παροχή των αναγκαίων αναλωσίμων υλικών, για 24 μήνες, για τις ανάγκες της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ποσού 19.950,00 ευρώ με ημερομηνία έναρξης την 19.03.2020 και ημερομηνία λήξης την 30.03.2022 (ΑΔΑΜ ...). Από τις ανωτέρω απαντήσεις στο ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα «...» δεν προκύπτει με σαφήνεια ποιο ακριβώς ποσό εκάστης σύμβασης αντιστοιχεί σε υπηρεσίες που παρασχέθηκαν επιτυχώς εντός της περιόδου αναφοράς (2018, 2019 και 2020). Ως εκ τούτου, πρέπει να αποσταλεί, μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, πρόσκληση προς τον ανωτέρω οικονομικό φορέα για την κατ' άρθρα 102 του ν. 4412/2016 και 3.1.2 της διακήρυξης διευκρίνιση ή/και συμπλήρωση των ανωτέρω στοιχείων της προσφοράς του, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σ' αυτόν της σχετικής πρόσκλησης. Συγκεκριμένα, ο ανωτέρω οικονομικός φορέας πρέπει να κληθεί όπως διευκρινίσει ποιο ακριβώς ποσό εκάστης σύμβασης από αυτές που έχουν ήδη αναφερθεί στο κεφάλαιο Γ' (Τεχνική και Επαγγελματική

Ικανότητα) του Μέρους IV του ΕΕΕΣ αντιστοιχεί σε υπηρεσίες που παρασχέθηκαν επιτυχώς εντός της περιόδου αναφοράς (2018, 2019 και 2020) σε περίπτωση δε που το άθροισμα των εν λόγω ποσών υπολείπεται της εκτιμώμενης αξίας (άνευ ΦΠΑ) του Τμήματος Α' του διαγωνισμού (51.300,00 ευρώ), τότε ο οικονομικός φορέας πρέπει να συμπληρώσει (κατ' άρθρα 102 του ν. 4412/2016 και 3.1.2 της διακήρυξης) τη σχετική απάντηση που έδωσε στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ αναφέροντας επιπλέον συμβάσεις συναφούς φυσικού αντικειμένου με το Τμήμα Α' του διαγωνισμού που αυτός ενδεχομένως έχει εκτελέσει επιτυχώς εντός - 3 - της περιόδου αναφοράς (εξειδικεύοντας - και σε αυτή την περίπτωση - τα ποσά που αντιστοιχούν σε υπηρεσίες που παρασχέθηκαν επιτυχώς εντός της τριετίας 2018, 2019 και 2020), προκειμένου να διαπιστωθεί αν πράγματι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί την απαίτηση του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης».

Η ρύθμιση του άρθρου 42 του ν. 4782/2021 με την οποία τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 πρέπει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς το άρθρο αυτό συνιστά μεταφορά του άρθρου 56 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως άλλωστε προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση της νέας διάταξης, σύμφωνα με την οποία: «Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Όπως, δε, έχει κριθεί τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ «οφείλουν να μεριμνούν ώστε να μη διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία αυτή και να μη θίγεται η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ούτε των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (ΔΕΕ απόφ. της 28.2.2018, C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD SpA, σκ. 48 και απόφ. της 2.6.2016, Falk Pharma, C- 410/14, σκέψη 34). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ. Έτσι έχει κριθεί ότι δεν

αντιβαίνει προς το δίκαιο της ΕΕ η κατ' εξαίρεση διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση των δεδομένων της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται η απλή διευκρίνισή τους ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό τον όρο ότι η τροποποίηση αυτή δεν συνεπάγεται στην πράξη την υποβολή νέας προσφοράς (ΔΕΕ αποφάσεις της 29.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκ. 40 της 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκ. 63).

Αντιθέτως έχει κριθεί ότι:

(α) Η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις από διαγωνιζόμενο, του οποίου την προσφορά θεωρεί αόριστη ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων (ΔΕΕ απόφ. της 10.10.2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκ. 31).

(β) Δεν επιτρέπεται η διόρθωση παραλείψεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού συνεπάγονται τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου (ΔΕΕ αποφ. της 2.6.2016, Pizzo, C- 27/15, σκ. 49, απόφ. της 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, σκ. 46, απόφ. της 2.5.2019, Lavorgna, C- 309/18, σκ. 22).

(γ) Συμπληρώσεις ελλειπόντων εγγράφων δεν επιτρέπεται να αφορούν πληροφορίες των οποίων η υποβολή είναι υποχρεωτική επί ποινή αποκλεισμού (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις της 10.11.2016, Ciclat, C- 199/15, σκ. 29, της 6.11.2014, Manova, C-336/12, σκ.42-46).

(δ) Αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (ΔΕΕ απόφαση της 11.5.2017, Archus και Gama, C- 131/16, σκ. 33).

(ε) Η υποβολή εγγράφων που δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική προσφορά δεν συνιστά αποδεκτή διευκρίνιση, διότι «τέτοιες διευκρινίσεις σε καμία περίπτωση δεν αποσαφηνίζουν απλώς επιμέρους σημεία ούτε διορθώνουν πρόδηλα εκ παραδρομής σφάλματα, [...], αλλά αποτελούν, στην πραγματικότητα, ουσιώδη και σημαντική τροποποίηση της αρχικής προσφοράς, η οποία ομοιάζει περισσότερο με υποβολή νέας προσφοράς»

(ΔΕΕ απόφ. της 4.5.2017, Esaprojekt, C-387/14, σκ. 41-43). (σ) Σε κάθε περίπτωση υπεύθυνες δηλώσεις που απαιτείται κατά τα έγγραφα της σύμβαση να υποβληθούν κατά την υποβολή της προσφοράς και σχετίζονται με τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό (όπως με τους λόγους αποκλεισμού) δεν επιτρέπεται να συμπληρωθούν εκ των υστέρων με οποιονδήποτε τρόπο, μετά την παρέλευση της ταχθείσας προθεσμίας για την κατάθεση των προσφορών (απόφ. της 6.11.2014, Cartiera delKAdda, C-42/13, σκ. 46).

Ερμηνευόμενο υπό το φως και τις σαφέστατες κατευθύνσεις της ανωτέρω ενωσιακής νομολογίας, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιουσδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη ότι το ΕΕΕΣ αποτελείτο μοναδικό δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, ότι δια των υπευθύνων δηλώσεών τους στο ΕΕΕΣ οι διαγωνιζόμενοι δηλώνουν -μεταξύ άλλων - τον τρόπο και τα μέσα με τα οποία πληρούν τις απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας που τίθενται στην Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, η δήλωση των συγκεκριμένων συμβάσεων με τις οποίες ο διαγωνιζόμενος δηλώνει ότι πληροί τις απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας δεν επιδέχεται τροποποίησης ή συμπλήρωσης, με την προσθήκη και άλλης ή άλλων συμβάσεων από αυτές που δήλωσε κατά την υποβολή της προσφοράς του.

Εν προκειμένω, η δήλωση από την εταιρεία ... στο ΕΕΕΣ της του τρόπου πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής επάρκειας, με τη δήλωση δηλαδή συγκεκριμένων συμβάσεων που καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης, αποτελεί πληροφορία η κοινοποίηση της οποίας ήταν απαραίτητη κατά το στάδιο της υποβολής προσφοράς δεδομένου ότι κατά το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης του υπό εξέταση διαγωνισμού, το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης,

κρίνονται και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και στο χρονικό αυτό σημείο κρίνονται βάσει των δηλώσεων του ΕΕΕΣ και μόνον. Σύμφωνα με την προπαρατεθείσα νομολογία του ΔΕΕ, ελλείψεις των υπευθύνων δηλώσεων όπως του ΕΕΕΣ ως προς την ανωτέρω πληροφορία, η παροχή της οποίας απαιτείτο κατά την υποβολή της προσφοράς, δεν ήταν επιτρεπτό να συμπληρωθούν μετά την κατάθεση της προσφοράς (προαναφερθείσες αποφάσεις ΔΕΕ σε υποθ. C-42/13, σκ. 46 και C-131/16, σκ. 33).

Επομένως:

(α) μη νομίμως εκλήθη από την αναθέτουσα αρχή η εταιρεία να δηλώσει συμπληρωματικώς συμβάσεις με τις οποίες να πληροί το κριτήριο τεχνικής επάρκειας,

(β) μη νομίμως η εταιρεία ... συμπλήρωσε, δια του απλού από 3.11.2021 εγγράφου (ούτε καν δια υπεύθυνης δήλωσης) την απάντησή της στο κεφάλαιο Γ (Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα) του Μέρους IV του υποβληθέντος ΕΕΕΣ, επικαλούμενη μια ακόμα σύμβαση, που δεν είχε κατά την υποβολή της προσφοράς της επικαλεστεί, αυτή με την εταιρεία ..., και

(γ) μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι με τις 3.11.2021 διευκρινίσεις της η εταιρεία ... συνομολόγησε ότι δια των δηλωθείσων στο ΕΕΕΣ της κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της συμβάσεων (με αντισυμβαλλόμενους το ... και την ...) δεν καλύπτονται οι απαιτήσεις της Διακήρυξης διότι υπολείπονται της εκτιμώμενης αξίας του Τμήματος Α' του διαγωνισμού (51.300,00€), εντούτοις αντί να την αποκλείσει από τον διαγωνισμό επειδή δεν πληροί το κριτήριο της τεχνικής επάρκειας, δέχθηκε την συμπλήρωση της επικαλούμενης εμπειρίας της με την προσθήκη σύμβασης που δεν είχε επικαλεστεί δια της υπεύθυνης δήλωσης που συνιστά το ΕΕΕΣ κατά την υποβολή της προσφοράς της. Και έτσι επέτρεψε παρανόμως την εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς της εταιρείας

Η δε αιτιολογία ότι η κατά τα ανωτέρω συμπλήρωση-τροποποίηση του ΕΕΕΣ νόμιμη και παραδεκτή, καθόσον η συμπλήρωση αυτή αφορά γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα ότι ίσχυαν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της ..., είναι προδήλως παράνομη και αντίθετη τόσο στην προπαρατεθείσα νομολογία του ΔΕΕ και στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της τυπικότητας. Και τούτο διότι η προϋπόθεση για να γίνουν

δεκτά συμπληρωματικά στοιχεία προγενέστερα σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών δεν αρκεί αφεαυτής για να νομιμοποιήσει την συμπλήρωση προσφοράς αλλά εφαρμόζεται μόνον στις περιπτώσεις που η διακήρυξη του διαγωνισμού δεν απαιτεί την κοινοποίηση των σχετικών πληροφοριών επί ποινή αποκλεισμού, όπως εν προκειμένω συμβαίνει σχετικά με τις συμβάσεις βάσει των οποίων δια της δηλώσεώς της στο ΕΕΕΣ η διαγωνιζόμενη εταιρεία ... δήλωσε ότι πληροί τις απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας που θέτει η Διακήρυξη και οι οποίες ελέγχονται - επί ποινή αποκλεισμού - κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς της, βάσει της προκαταρκτικής απόδειξης που παρέχει το ΕΕΕΣ (άρθρα 104 παρ. 1 περ. α', 79 και 75 του ν. 4412/2016 και άρθρα 2.2.9, 2,4,3,1, 2.2.9.1 και 2.2.6). Παραθέτουμε αυτούσιο απόσπασμα από την απόφαση ΔΕΕ επί της υποθ. C336/12, Manona, σκέψεις 39-40): «Έτσι, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα δεδομένα που περιλαμβάνονται σε έναν τέτοιο φάκελο, αρκεί η αίτηση αυτή να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Παρά ταύτα, πρέπει να διευκρινιστεί ότι τα πράγματα θα ήσαν διαφορετικά αν τα έγγραφα της δημόσιας συμβάσεως επέβαλλαν επί ποινή αποκλεισμού από τη διαδικασία την κοινοποίηση του εγγράφου ή της πληροφορίας που λείπει. »).

Επισημαίνεται ότι αυτή είναι και η μόνη σύμφωνη με το άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24 ερμηνεία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ώστε να επιτευχθεί το αποτέλεσμα που η ίδια ορίζει (αποφάσεις Pfeiffer κ.λπ., C-397/01 έως C-403/01, EU:C:2004:584, σκέψεις 113 και 114, και Kucukdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, σκέψη 48). Αντιθέτως οποιαδήποτε ερμηνεία, όπως η υιοθετηθείσα από την καθ' ης αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την οποία είναι υποχρεωτική η κλήση προς συμπλήρωση κάθε ελλείψεως του ΕΕΕΣ ή της προσφοράς μόνον και μόνον επειδή οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς και άνευ συνδρομής άλλης προϋπόθεσης, καθιστά τη νέα διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2014 ανίσχυρη ως αντικείμενη στη διάταξη του άρθρου 56 της Οδηγίας 2014/24, στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της τυπικότητας και της διαφάνειας και επομένως ανεφάρμοστη (ΔΕΚ απόφ. της 9ης Μαρτίου 1978,

106/77, Simmenthal). Στην περίπτωση αυτή δε η προσβαλλόμενη απόφαση καθίσταται παράνομη και ακυρωτέα ως εκδοθείσα κατ' εφαρμογήν αντικείμενης στο ενωσιακό δίκαιο και επομένως ανίσχυρης διάταξης νόμου.

Κατά συνέπεια οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κατά το μέρος που με αυτές εγκρίθηκε η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της εταιρείας ... και περαιτέρω αναδείχθηκε προσωρινή και οριστική ανάδοχος του Τμήματος Α' του διαγωνισμού είναι προδήλως παράνομες και πρέπει να ακυρωθούν.

ii. Ως προς την προσφορά της εταιρείας ...

Η προσφορά της εταιρείας ... έπρεπε να απορριφθεί διότι δεν πληροί - και πάντως δεν αποδεικνύει ότι πληροί - τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα:

Ορίζεται στο άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης υπό τον τίτλο «Τεχνική Προσφορά» ότι:

«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Τεχνικές Προδιαγραφές" για κάθε ΤΜΗΜΑ της παρούσης, όπως αναφέρονται στο Παράρτημα II, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Επίσης, περιλαμβάνει συμπληρωμένο και κατάλληλα υπογεγραμμένο από τον προσφέροντα τον πίνακα του Παραρτήματος II της παρούσας (για το τμήμα για το οποίο υποβάλλεται η προσφορά) καθώς και τα σχετικά έγγραφα που τεκμηριώνουν τις απαντήσεις του προσφέροντα και αναφέρονται στη στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΑΠΑΝΤΗΣΗΣ»...».

Περαιτέρω στο Παράρτημα II στο οποίο παραπέμπει ο ανωτέρω όρος ορίζεται ότι: «ΟΔΗΓΙΕΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗΣ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΠΙΝΑΚΕΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ

• ...

• Επίσης η «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» πρέπει να περιέχει: - στοιχεία τεκμηρίωσης [π.χ. εγχειρίδια/τεχνικά φυλλάδια/prospectus χωρίς εμφάνιση τιμών, υπεύθυνες δηλώσεις (όπου απαιτείται η υποβολή τους) κ.λπ.] - οποιοδήποτε επιπλέον στοιχείο τεκμηριώνει πληρέστερα την Προσφορά και

απαντά στις επιμέρους απαιτήσεις που τίθενται στην παρούσα Διακήρυξη

• ...

• Αν στη στήλη «ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΗ ΑΠΑΙΤΗΣΗ» έχει συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» τότε η αντίστοιχη προδιαγραφή είναι υποχρεωτική για τον προσφέροντα, θεωρούμενη ως απαράβατος όρος σύμφωνα με την παρούσα Διακήρυξη. Προσφορές που δεν καλύπτουν πλήρως απαράβατους όρους απορρίπτονται ως απαράδεκτες.

• Στη στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» σημειώνεται η απάντηση του προσφέροντος που έχει τη μορφή ΝΑΙ/ΟΧΙ. Απλή κατάφαση δεν συνιστά τεκμηρίωση της σχετικής απάντησης ούτε απόδειξη συμμόρφωσης με τις αντίστοιχες απαιτήσεις

• Στη στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΑΠΑΝΤΗΣΗΣ» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή σε Παράρτημα της Τεχνικής Προσφοράς το οποίο θα περιλαμβάνει αριθμημένα Τεχνικά φυλλάδια ή αναλυτικές τεχνικές περιγραφές των ειδών ή υπεύθυνες δηλώσεις (όπου απαιτείται η υποβολή τους) κ.λπ. που κατά την κρίση του προσφέροντος τεκμηριώνουν τα στοιχεία των απαντήσεων στις τεχνικές προδιαγραφές.

• ...

• Τονίζεται ότι είναι υποχρεωτική η απάντηση σε όλες τις τεχνικές προδιαγραφές και η παροχή όλων των πληροφοριών που ζητούνται.».

Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της Διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα μεταξύ άλλων στην παράγραφο 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους όχι απλώς να συμπληρώσουν το φύλλο συμμόρφωσης απαντώντας καταφατικά σε κάθε μία από τις τεχνικές προδιαγραφές, αλλά και να τεκμηριώσουν την απάντησή τους δια σαφούς παραπομπής ή σε Τεχνικά φυλλάδια ή σε αναλυτικές τεχνικές περιγραφές των ειδών ή σε υπεύθυνες δηλώσεις. Η απλή καταφατική δήλωση ότι το είδος πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές δεν επαρκεί και η έλλειψη τεκμηρίωσης

οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς λόγω μη υποβολής του προβλεπόμενου στην παράγραφο 2.4.3.2 περιεχομένου της τεχνικής προσφοράς.

Εν προκειμένω η εταιρεία ... δηλώνει στην σελ. 1 της τεχνικής προσφοράς της για το Τμήμα Α του διαγωνισμού:

«... οι προσφερόμενες σειρές είναι:

A) ...

B) ...»

Τα τεχνικά φυλλάδια όμως 1 και 2 που συνυποβάλλει αφορούν άλλο μοντέλο-σειρά από αυτό που προσφέρει. Συγκεκριμένα το τεχνικό φυλλάδιο 1, παρόλο που ο τίτλος του αρχείου είναι «1.ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ ...» εντούτοις, μόλις κάποιος ανοίξει το αρχείο, το περιεχόμενό του αφορά άλλα μοντέλα και συγκεκριμένα περιλαμβάνονται σε αυτό οι προδιαγραφές των μοντέλων ..., ..., ... («Specifications»). Το δε τεχνικό φυλλάδιο 2, παρόλο που ο τίτλος του αρχείου είναι «2. ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ ...», εντούτοις μόλις κάποιος ανοίξει το αρχείο, διαπιστώνει ότι το περιεχόμενό του αφορά άλλα μοντέλα και συγκεκριμένα περιλαμβάνονται σε αυτό οι προδιαγραφές των μοντέλων («Specifications»). Συνεπώς τα προσφερόμενα μοντέλα δεν ταυτίζονται με τα μοντέλα που αναφέρονται στα τεχνικά φυλλάδια και ως εκ τούτου δεν τεκμηριώνεται ότι καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές.

Ακόμη όμως κι αν υποτεθεί ότι πρόκειται για αντίστοιχα με τα προσφερόμενα μοντέλα, και πάλι υπάρχουν τεχνικές προδιαγραφές που δεν αποδεικνύεται ότι καλύπτονται και ειδικότερα:

1. Ζητείται από την προδιαγραφή #1.1 : «Όλα τα μηχανήματα θα είναι του ιδίου κατασκευαστή και σε άριστη λειτουργική κατάσταση, θα διαθέτουν αριθμομετρητή σελίδων καθώς και κάρτα δικτύου».

Η εταιρία ..., δίδει την απάντηση ΝΑΙ στον πίνακα συμμόρφωσης, και παραπέμπει στο Τεχνικό Φυλλάδιο 1 & 2 για την τεκμηρίωση της προδιαγραφής. Σε κανένα όμως σημείο των Τεχνικών Φυλλαδίων 1,2 δεν γίνεται αναφορά σε αριθμομετρητή σελίδων που διαθέτουν τα προσφερόμενα μηχανήματα, συνεπώς δεν αποδεικνύεται-τεκμηριώνεται από την παραπομπή πως τα προσφερόμενα μηχανήματα καλύπτουν τον όρο 1.1.

2. Ζητείται από την προδιαγραφή #1.2, τα προσφερόμενα μηχανήματα να διαθέτουν «Τεχνολογία laser».

Η εταιρία ..., δίδει την απάντηση ΝΑΙ στον πίνακα συμμόρφωσης, και παραπέμπει στο Τεχνικό Φυλλάδιο 1 & 2 για την τεκμηρίωση της προδιαγραφής. Σε κανένα όμως σημείο των Τεχνικών Φυλλαδίων 1,2 δεν αναφέρεται πως τα προσφερόμενα μηχανήματα είναι τεχνολογίας laser, συνεπώς δεν αποδεικνύεται από την παραπομπή πως τα προσφερόμενα μηχανήματα καλύπτουν τον όρο 1.2.

3. Προδιαγραφή #1.8 , ζητείται «Αυτόματος τροφοδότης αναστροφέας πρωτοτύπων χωρητικότητας τουλάχιστον 50 φύλλων» ».

Η εταιρία ..., δίδει την απάντηση ΝΑΙ στον πίνακα συμμόρφωσης και παραπέμπει στο Τεχνικό φυλλάδιο 1 & 2 για την τεκμηρίωση της προδιαγραφής. Όμως από τα φυλλάδια προκύπτει ότι ο αυτόματος τροφοδότης αποτελεί επιπλέον παρελκόμενο μηχανισμό (παρελκόμενο ...), το οποίο από την προσφορά δεν προκύπτει ότι προσφέρεται στην τιμή, συνεπώς δεν αποδεικνύεται από την προσφορά και την παραπομπή πως τα προσφερόμενα μηχανήματα καλύπτουν τον όρο 1.8.

4. Ομοίως και για την Προδιαγραφή #1.14 στην οποία ζητούνται «Λειτουργίες σάρωσης: Scan-to- folder/email».

Η εταιρία ..., δίδει την απάντηση ΝΑΙ στον πίνακα συμμόρφωσης, και παραπέμπει στο Τεχνικό Φυλλάδιο 1 & 2 για την τεκμηρίωση της προδιαγραφής. Όμως η λειτουργικότητα αυτή, μπορεί να καλυφθεί με την προσθήκη επιπλέον παρελκόμενου μηχανισμού και συγκεκριμένα του Συνεπώς δεν αποδεικνύεται από την προσφορά και την παραπομπή πως τα προσφερόμενα μηχανήματα καλύπτουν τον όρο 1.8.

Επομένως, η εταιρία ... έχει καταθέσει ως στοιχείο τεκμηρίωσης μόνο τα αρχεία με την επωνυμία/τίτλο «1.ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ ...» και «2. ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ ...», τα οποία περιγράφουν άλλο μοντέλο, όπως αναφέραμε παραπάνω, και από τα οποία όμως δεν προκύπτει ότι πληρούνται οι όροι 1.1,1.2,1.8 & 1.14 του πίνακα τεχνικών προδιαγραφών, ως εκ τούτου η προσφορά της δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και θα πρέπει να απορριφθεί.

Περαιτέρω, πέραν των ανωτέρω αμιγώς τεχνικών χαρακτηριστικών επιπλέον όροι στον πίνακα συμμόρφωσης του Τμήματος Α, για τους οποίους η εταιρία ... επίσης έχει απαντήσει καταφατικά (ΝΑΙ) και παραπέμπει στα τεχνικά

φυλλάδια 1,2, από τα οποία όμως ουδόλως τεκμηριώνεται η συμμόρφωση με τις τεχνικές προδιαγραφές.

Συγκεκριμένα αναφερόμαστε στις προδιαγραφές:

1.18 «Η μεταφορά, εγκατάσταση, θέση σε λειτουργία και διασύνδεση του συνόλου των μηχανημάτων θα πραγματοποιηθεί με έξοδα και υπεύθυνη του αναδόχου.».

1.19 «Ο ανάδοχος οφείλει να ανταποκρίνεται σε προφορικό, έγγραφο ή ηλεκτρονικό αίτημα των Υπηρεσιών του ... σε γραφίτη εντός δύο (2) εργασίμων ημερών, ενώ σε αίτημα επισκευής εντός τριών (3) εργασίμων ημερών. Αν αποτυγχάνει η επισκευή μηχανήματος, ο ανάδοχος οφείλει να το αντικαταστήσει με ισοδύναμο ή ανώτερο.»

1.20 «Η προληπτική συντήρηση των μηχανημάτων θα γίνεται σύμφωνα με το πρόγραμμα συντήρησης του κατασκευαστή του. Οι συντηρήσεις και οι επισκευές των μηχανημάτων θα γίνονται με γνήσια ανταλλακτικά της κατασκευάστριας εταιρίας και θα πραγματοποιούνται από τον ανάδοχο με δική του δαπάνη και όχι από άλλη συνεργαζόμενη εταιρεία.»

Οι ως άνω προδιαγραφές δεν αναφέρονται σε κανένα τεχνικό φυλλάδιο και δεδομένου πως σύμφωνα με τη διακήρυξη, Απλή κατάφαση δεν συνιστά τεκμηρίωση της σχετικής απάντησης ούτε απόδειξη συμμόρφωσης με τις αντίστοιχες απαιτήσεις και επιπροσθέτως του όρου που προβλέπει πως στη στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ ΑΠΑΝΤΗΣΗΣ» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή σε Παράρτημα της Τεχνικής Προσφοράς το οποίο θα περιλαμβάνει αριθμημένα Τεχνικά Φυλλάδια ή αναλυτικές τεχνικές περιγραφές των ειδών ή υπεύθυνες δηλώσεις (όπου απαιτείται η υποβολή τους) κ.λπ. που κατά την κρίση του προσφέροντος τεκμηριώνουν τα στοιχεία των απαντήσεων στις τεχνικές προδιαγραφές, προκύπτει σαφώς πως η προσφορά της εταιρίας ... για το Τμήμα Α' του διαγωνισμού δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης καθώς δεν κατέθεσε οποιοδήποτε έγγραφο για την τεκμηρίωση των προδιαγραφών 1.18, 1.19 και 1.20 και θα πρέπει να απορριφθεί.

Σημειώνεται δε ως εκ περισσού ότι σύμφωνα με όσα έχουν αναλυτικώς εκτεθεί ανωτέρω υπό Ι, δεν είναι νόμιμη η κλήση της εταιρείας ... για την συμπλήρωση

των ανωτέρω ελλείψεων της προσφοράς της, δεδομένου ότι η υποβολή των στοιχείων τεκμηρίωσης των τεχνικών προδιαγραφών απαιτείτο επί ποινή αποκλεισμού κατά την υποβολή της προσφοράς, η δε συμπλήρωση των στοιχείων αυτών και ιδίως των τεχνικών φυλλαδίων για τα προσφερομένα είδη αποτελεί μη επιτρεπόμενη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς, απαγορευόμενη σύμφωνα με την προπαραταθείσα νομολογία του ΔΕΕ υπό το φως της οποίας ερμηνεύεται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

III. Ως προς την προσφορά της εταιρείας ... για το Τμήμα Α' του διαγωνισμού Α. Δηλώνει στο ΕΕΕΣ της στο Μέρος II - Τμήμα «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» ότι προτίθεται να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα και συγκεκριμένα στην εταιρεία με την επωνυμία «...» (αποτελεί διακριτό νομικό πρόσωπο από τη διαγωνιζόμενη με άλλον ΑΦΜ). Σημειωτέον ότι η εταιρεία αυτή δηλώνεται και ως «αποδέκτης» των συμβάσεων που η διαγωνιζόμενη επικαλείται για τη θεμελίωση της τεχνικής της επάρκειας.

Πλην όμως δεν υποβλήθηκε ΕΕΕΣ για την ανωτέρω εταιρεία «...» γεγονός που οδηγεί κατά δέσμια αρμοδιότητα σε αποκλεισμό της διαγωνιζομένης.

Σημειώνεται δε ως εκ περισπού ότι σύμφωνα με όσα έχουν αναλυτικώς εκτεθεί ανωτέρω υπό Ι, δεν είναι νόμιμη η κλήση της εταιρείας ... για την συμπλήρωση της ανωτέρω ελλείψεως της προσφοράς της, δεδομένου ότι η υποβολή του ΕΕΕΣ των τρίτων στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται απαιτείται υποχρεωτικώς κατά την υποβολή της προσφοράς επί ποινή αποκλεισμού κατά την υποβολή της προσφοράς, η δε συμπλήρωσή του αποτελεί μη επιτρεπόμενη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς, απαγορευόμενη σύμφωνα με την προπαραταθείσα νομολογία του ΔΕΕ υπό το φως της οποίας ερμηνεύεται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

Β. Ζητείται από την προδιαγραφή #1.1: «Όλα τα μηχανήματα θα είναι του ιδίου κατασκευαστή και σε άριστη λειτουργική κατάσταση, θα διαθέτουν αριθμομετρητή σελίδων καθώς και κάρτα δικτύου».

Η εταιρεία ..., δίδει την απάντηση ΝΑΙ στον πίνακα συμμόρφωσης, και παραπέμπει στο τεχνικό φυλλάδιο «Τ.Φ. ...»

Σε κανένα όμως σημείο του Τεχνικού φυλλαδίου δεν γίνεται αναφορά σε αριθμομετρητή σελίδων που διαθέτουν τα προσφερόμενα μηχανήματα,

συνεπώς δεν αποδεικνύεται από την παραπομπή πως τα προσφερόμενα μηχανήματα καλύπτουν τον όρο 1.1.

Επομένως η τεχνική προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί λόγω μη τεκμηρίωσης της απαιτούμενης κατά τα ανωτέρω επί ποινή αποκλεισμού τεχνικής προδιαγραφής, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης και όσα αναλυτικώς εκτίθενται ανωτέρω για τις αντίστοιχες ελλείψεις τεκμηρίωσης της προσφοράς της εταιρείας «...», αποκλεισμένης για τους ίδιους ως άνω λόγους και τυχόν κλήσης της εταιρείας '...' σε συμπλήρωση των ανωτέρω ελλείψεων της προσφοράς της».

11. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

10. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του υπό κρίση διαγωνισμού της οποίας η προσφορά κρίθηκε απορριπτέα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενη, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

11. 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 επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην

αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

12. 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 δικαιικού 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).

13. 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. [...]2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις [...] 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2 : (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρ. 53 [...]».

14. 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 άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων[...]ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)...».

15. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας, του κανονιστικού πλαισίου που ορίζει η επίμαχη Διακήρυξη και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, όπως αυτοί ανακύπτουν από την υπό κρίση προσφυγή, την καταταθείσα παρέμβαση καθώς και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής που αφορά την προσφορά της εταιρείας «....» θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν ισχύει στην προκειμένη περίπτωση εν όψει του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης (30.09.2021) 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 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». Επιπλέον, ο όρος 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της επίμαχης Διακήρυξης ορίζει ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων, πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού, ετών (2018, 2019 και 2020) να έχουν επιτυχώς εκτελέσει τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις με δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, συναφούς φυσικού αντικείμενου με το Τμήμα ή τα Τμήματα για τα οποία θα υποβάλουν Προσφορά, με προϋπολογισμό αθροιστικά ίσο ή ανώτερο με αυτόν του/των Τμήματος/-των που θα υποβάλουν Προσφορά (χωρίς Φ.Π.Α). Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης». Όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, δια του οποίου τροποποιήθηκε ως άνω το αρ. 102 του Ν. 4412/2016 «Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, 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. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου

κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού Αριθμός απόφασης: 1384/2021 8 υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρείας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Στην υπό εξέταση περίπτωση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία στο κεφάλαιο Γ (Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα) του Μέρους IV του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) δήλωσε ως προκαταρκτική απόδειξη του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης τις εξής συμβάσεις: α) «Μίσθωση και συντήρηση δέκα εννέα (19) πολύ μηχανημάτων (Φωτοαντιγραφής -Σάρωσης Εκτύπωσης) για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών για την κάλυψη των αναγκών του ...» ποσού 75.328,56 ευρώ με ημερομηνία έναρξης την 07.05.2019 και ημερομηνία λήξης την 06.05.2022 (ΑΔΑΜ ...) και β) «Μίσθωση τεσσάρων (4) φωτοτυπικών πολύ μηχανημάτων και παροχή υπηρεσιών συντήρησης του μίσθιου εξοπλισμού και παροχή των αναγκαίων αναλωσίμων υλικών, για 24 μήνες, για τις ανάγκες της ...» ποσού 19.950,00 ευρώ με ημερομηνία έναρξης την 19.03.2020 και ημερομηνία λήξης την 30.03.2022 (ΑΔΑΜ ...). Από τις ανωτέρω απαντήσεις στο ΕΕΕΣ η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι δεν προκύπτει με σαφήνεια ποιο ακριβώς ποσό εκάστης σύμβασης αντιστοιχεί σε υπηρεσίες που παρασχέθηκαν επιτυχώς εντός της περιόδου αναφοράς (2018, 2019 και 2020) και ως εκ τούτου για τη σχετική δήλωση χρήζει ενεργοποίησης η διαδικασία του αρ. 102 Ν.

4412/2016. Συνεπεία των ανωτέρω απέστειλε στην παρεμβαίνουσα την με ημ/νία 02.11.2022 Πρόσκληση προς παροχή διευκρινίσεων μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Εν προκειμένω, η Επιτροπή του Διαγωνισμού ζήτησε από την παρεμβαίνουσα να συμπληρώσει τις δηλώσεις της στο Μέρος IV κεφάλαιο Γ του ΕΕΕΣ ως προκαταρκτική απόδειξη της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης. Τα προσκομισθέντα κατόπιν αυτού νέα έγγραφα (συμβάσεις πελατών με το σύνολο των τιμολογίων για τα έτη 2018, 2019, 2020, από την Παρεμβαίνουσα, αφορούν συμβάσεις που είχε αυτή υλοποιήσει ήδη κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς της και ως εκ τούτου νομίμως εκλήθη να συμπληρώσει ως προς αυτά το ΕΕΕΣ της, διευκρινίζοντας ακριβώς το ποσό της κάθε σύμβασης που αντιστοιχεί σε υπηρεσίες που παρασχέθηκαν επιτυχώς κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι τα έγγραφα που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα δεν αποτελούν ανεπίτρεπτη μεταγενέστερη υποβολή ουσιαδών εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης και οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Πολλώ δε μάλλον που, οι επίμαχες παρασχεθείσες διευκρινίσεις δεν αφορούν την πλήρωση της υποχρέωσης περί παροχής υπηρεσιών συνολικού προϋπολογισμού ίσου με το τμήμα της σύμβασης, για το οποίο κατατέθηκε η προσφορά της παρεμβαίνουσας, η οποία προέκυπτε εναργώς από την αρχική δήλωση στο ΕΕΕΣ, αλλά μόνο τον επιμερισμό του ποσού στα ζητούμενα έτη. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

16. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας, του κανονιστικού πλαισίου που ορίζει η επίμαχη Διακήρυξη και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, όπως αυτοί ανακύπτουν από την υπό κρίση προσφυγή, και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής που αφορά την προσφορά της εταιρείας «...» θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο αναφέρει, χωρίς όμως να αποδεικνύει, ότι τα προσφερόμενα μοντέλα δεν ταυτίζονται με τα

μοντέλα που αναφέρονται στα τεχνικά φυλλάδια, επικαλούμενη μόνο τους τίτλους των αρχείων και τις επικεφαλίδες των τεχνικών φυλλαδίων, που προσκόμισε η προσφεύγουσα, στοιχεία τα οποία από μόνα τους δεν δύνανται να επιβεβαιώσουν τον ισχυρισμό της, θα πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως αόριστος.

Ομοίως και ως προς τις ειδικότερες τεχνικές προδιαγραφές 1.1, 1.2, 1.8, 1.14, τις οποίες υποστηρίζει πως δεν πληροί η εταιρεία «...», πλην όμως από την διατύπωση των σχετικών ισχυρισμών και την επισκόπηση των τεχνικών φυλλαδίων δεν προκύπτουν τα ακριβή σημεία της τεχνικής προσφοράς, τα οποία παρουσιάζουν απόκλιση από τις απαιτήσεις της Διακήρυξης.

Σε ότι αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές 1.18,1.19 και 1.20, για τις οποίες υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης (βλ. όρο 2.4.3.2 και Παράρτημα II) προς απόδειξη της πλήρωσής τους, δεν αρκεί απλή κατάφαση εκ μέρους του προσφέροντος στην τεχνική προσφορά, αλλά απαιτείται και παραπομπή σε συγκεκριμένο τεχνικό φυλλάδιο ή υπεύθυνη δήλωση κλπ, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι από την παραπομπή της εταιρείας «...» στα τεχνικά φυλλάδια 1 και 2 πράγματι δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των συγκεκριμένων προϋποθέσεων. Ωστόσο, το συγκεκριμένο «σφάλμα» αποτελεί ελλιπή τεκμηρίωση της προσφοράς, η οποία δύναται να θεραπευθεί κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα με την ενεργοποίηση της διαδικασίας του αρ. 102 Ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν ισχύει εν προκειμένω και την αποστολή σχετικής Πρόσκλησης προς τη συμμετέχουσα εταιρεία για την παροχή διευκρινίσεων, η οποία όμως δεν έλαβε χώρα. Κατά τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή έσφαλε κατά το μέρος που δέχθηκε την προσφορά της εταιρείας «...» χωρίς να την καλέσει, κατ'άρ. 102 του Ν. 4412/2016 να παράσχει διευκρινίσεις ως προς την τεκμηρίωση της πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών 1.18,1.19 και 1.20. Κατά τούτο η πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία ελήφθη κατά την 20η/2021 Συνεδρίαση της 5ης.11.2021 του Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (θέμα 2.2.4.2) κατά το μέρος που με αυτήν κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» τυγχάνει ακυρωτέα κατά τα ανωτέρω.

17. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας, του κανονιστικού πλαισίου που ορίζει η επίμαχη Διακήρυξη και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, όπως αυτοί ανακύπτουν από την υπό κρίση προσφυγή, και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής που αφορά την προσφορά της εταιρείας «...» θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Το αρ. 78 του Ν. 4412/2016 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» ορίζει ότι *«Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74»*. Επίσης, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9 της επίμαχης Διακήρυξης «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» ορίζεται ότι *«Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.5 και 2.2.6)»*. εκ του συνδυασμού των ανωτέρω προκύπτει ότι στην

περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων οφείλει αφενός ο συμμετέχων να δηλώσει αυτό στο ΕΕΕΣ που υποβάλει και αφετέρου ο τρίτος – δανείζων εμπειρία- να υποβάλει αυτοτελές ΕΕΕΣ περί της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Εν προκειμένω, όπως βασίμως εντοπίζει η προσφεύγουσα, η εταιρεία «...» δηλώνει στο ΕΕΕΣ της ότι πρόκειται να στηριχθεί στις ικανότητες της εταιρείας «...», πλην όμως η τελευταία – δανείζουσα εμπειρία δεν προσκομίζει ΕΕΕΣ για την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού κατά παράβαση του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης. επισημαίνεται επίσης ότι εφόσον η διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή της προσφοράς αφορά παντελή παράλειψη υποβολής ΕΕΕΣ για τον τρίτο, στου οποίου τις ικανότητες βασίζεται η συμμετέχουσα εταιρεία, δεν δύναται αυτή να θεραπευθεί ούτε με την εφαρμογή του αρ. 102 Ν. 4412/2016 και την κλήση της «...» για την παροχή διευκρινίσεων. Κατά τούτο η πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία ελήφθη κατά την 20η/2021 Συνεδρίαση της 5ης.11.2021 του Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (θέμα 2.2.4.2) κατά το μέρος που με αυτήν κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» τυγχάνει ακυρωτέα.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή γίνεται εν μέρει δεκτή.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την πρώτη προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης : 338/2022

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18.02.2022 και εκδόθηκε στις 09.03.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

ΤΟ ΜΕΛΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ