

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση- Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη

Για να εξετάσει την από 31.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) –Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ)/ 14/4.1.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία « *****, νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά του *** (εφεξής «αναθέτουσα αρχή») νομίμως
εκπροσωπούμενης και
Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης «****, νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η υπ'αρ. **** της αναθέτουσας αρχή, και το με αρ. πρωτ.
28078/24.11.2020 πρακτικό διενέργεια του ανοικτού διαγωνισμού, να
απορριφθούν οι προσφορές όλων των λοιπών συμμετεχόντων, ήτοι των
οικονομικών φορέων ***** και να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος η ίδια.
Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό
εξέταση προσφυγής και την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης:415/2021

1. Επειδή η προσφεύγουσα κατέβαλε το νόμιμο παράβολο, ύψους ευρώ δύο χιλιάδων πεντακοσίων ογδόντα εννέα (2.589,00 €) σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ****, ηλεκτρονικό μήνυμα από τη ΓΓΠΣ περί πληρωμής του παραβόλου της 31.12.2020 (αρ. συναλλαγής ****), εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων όπου το εν θέματι παράβολο αναφέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης» και φέρεται ως «δεσμευμένο»). Επισημαίνεται ότι ο προϋπολογισμός της σύμβασης άνευ ΦΠΑ ανέρχεται στο ποσό των 517.633,29 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρωτ. 25909 της 30.10.2020 διακήρυξη προκήρυξε Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοικτό Ενιαίο Μειοδοτικό Διαγωνισμό, με σφραγισμένες προσφορές, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για το έργο που αφορά τις απαραίτητες παρεμβάσεις ενεργειακής αναβάθμισης (εξοικονόμησης ενέργειας και προσθήκης βιοκλιματικών χαρακτηριστικών) ****. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των εξακοσίων σαράντα ένα χιλιάδων οχτακοσίων εξήντα πέντε ευρώ και είκοσι ένα λεπτών συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24% (641.865,21€), των νόμιμων κρατήσεων, σύμφωνα με τους όρους και προδιαγραφές που περιγράφονται στην παρούσα διακήρυξη και στα παραρτήματά της, τα οποία αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της. Η συνολική προθεσμία εκτέλεσης του έργου, ορίζεται σε δεκαέξι (16) ημερολογιακούς μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 30.10.2020 (ΑΔΑΜ ****) και στο ΕΣΗΔΗΣ (δημόσια έργα) όπου έλαβε συστημικό αριθμό ****. Επισημαίνεται ότι στο συγκεκριμένο διαγωνισμό συμμετείχαν εννέα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την με α/α **** προσφορά και η παρεμβαίνουσα με την α/α συστήματος **** προσφορά αντίστοιχα.

4. Επειδή, σε συνέχεια αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών των συμμετεχόντων εκδόθηκε η με αρ. **** προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία ενέκρινε το με αριθ.πρωτ.:*** πρακτικό διενέργειας του

Αριθμός απόφασης:415/2021

ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου για την υλοποίηση του έργου «Ενεργειακή αναβάθμιση του *****, Πρ/μου:641.865,21€ (με ΦΠΑ) και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο του ανωτέρω έργου τον οικονομικό φορέα: «****», έναντι ποσοστού μέσης έκπτωσης, σαράντα οχτώ κόμμα σαράντα ένα τοις εκατό (48,41%) επί των τιμών του περιγραφικού τιμολογίου της μελέτης, ήτοι σύνολο δαπάνης (προ ΦΠΑ) 264.959,05€. Η ως άνω απόφαση μετά του εισηγητικού πρακτικού κοινοποιήθηκαν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες στις 23.12.2020.

5. Επειδή η προσφεύγουσα άσκησε εμπρόθεσμα την κρινόμενη Προσφυγή, υποβάλλοντάς την – μετά σχετικών εγγράφων - στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την 31.12.2020 την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο αυθημερόν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε σε αυτήν την 23.12.2020, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την προσφυγή της μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι είναι τελευταία εκ των συνολικά εννέα συμμετεχουσών εταιρειών στη σειρά μειοδοσίας και στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης επιδιώκοντας την απόρριψη όλων των λοιπών οικονομικών φορέων, επί τω τέλει ανάδειξης της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου. Ωστόσο, όπως παγίως έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που ωστόσο δεν διαφοροποιείται ως προς την προϋπόθεση αυτή με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και επομένως δεν παράγουν έννομες συνέπειες με την παραπάνω έννοια εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ. ΕΑ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμε., σελ.54-55). Ως εκ

τούτου, απαραδέκτως στρέφεται η προσφεύγουσα κατά του εισηγητικού πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού. Ομοίως, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα, επικουρικώς, την μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης πράξης και δη την απόρριψη των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων και την ανάδειξη της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου, καθώς, εκφεύγει από την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 367 Ν.4412/2016 η καθ' υποκατάσταση της Αναθέτουσας αρχής έκδοση απόφασης που μεταρρυθμίζει την προσβαλλόμενη (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

8. Επειδή, αντίστοιχα, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της Προσφυγής, με την κοινοποίηση της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς όλους τους συμμετέχοντες στις 5.01.2021. Συνεπώς η παρέμβαση ασκήθηκε εμπροθέσμως από την παρεμβαίνουσα με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 14.01.2021, από οικονομικό φορέα με πρόδηλο έννομο συμφέρον, εφόσον με την προσβαλλόμενη έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος, και εν γένει παραδεκτώς.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 12.01.2021 τις απόψεις της επί της Προδικαστικής Προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τόσο προς την ΑΕΠΠ όσο και προς την προσφεύγουσα. Επί των απόψεων, υπέβαλε η προσφεύγουσα στις 3.2.2021 νομίμως κι εμπροθέσμως μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς την ΑΕΠΠ υπόμνημα σύμφωνα με το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής « ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

*Ι. Ως προς τις εταιρείες ******

Η μη κατάθεση των απαραίτητων εγγράφων για το φωτοβολταϊκό σύστημα.

ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΚΑΝΟΝΙΣΤΙΚΟΥ ΠΛΑΙΣΙΟΥ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ

Η διακήρυξη στο αρ. 2, όρος 2.1, περίπτωση ιβ', αναφέρει πως :

Τα έγγραφα της σύμβασης κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα ιβ) τεχνική μελέτη

Καθώς και στο άρθρο 5, αναφέρει πως:

6. Τεχνική Συγγραφή Υποχρεώσεων (Τ.Σ.Υ) με τις Τεχνικές Προδιαγραφές και τα Παραρτήματα τους

Επομένως, η τεχνική μελέτη, ήτοι "τεχνικές προδιαγραφές" όπως αναφέρεται στο έγγραφο της περίπτωσης μας, αποτελεί έγγραφο της διακήρυξης, καθώς, σύμφωνα και με το άρθ. 2 παρ. 1 περιπτ. 14 ν. 4412/2016 συνιστά έγγραφο το οποίο περιγράφει και προσδιορίζει στοιχεία της σύμβασης έργου.

Επομένως, εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, το οποίο δεν αποτελείται μόνο από το κείμενο της διακηρύξεως, αλλά και από λοιπά έγγραφα και τεύχη, άρα και από την εν λόγω τεχνική μελέτη, η οποία αποτελεί έγγραφο της σύμβασης.

Οι διαγωνιζόμενοι, λοιπόν, οφείλουν να προσκομίζουν κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών τους όλα τα προβλεπόμενα έγγραφα από τη διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού και οποιαδήποτε παρέκκλιση από αυτήν οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς.

Η τεχνική μελέτη, η οποία αποτελεί έγγραφο της σύμβασης και ρητώς προβλέπεται στη διακήρυξη (άρ. 2 όρος 2.1 περ. ιβ') προέβλεπε ρητά στο σώμα κειμένου του την υποχρεωτική κατάθεση συγκεκριμένων εγγράφων για τα φωτοβολταϊκά πλαίσια κατά το στάδιο της δημοπράτησης από τους προσφέροντες, τα οποία οι εν λόγω υποψήφιοι ανάδοχοι ουδέποτε κατέθεσαν.

Συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται ρητά στο άρθρο 12 " ΦΩΤΟΒΟΛΤΑΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ", σελ. 13-17 των τεχνικών προδιαγραφών:

12.1 Φωτοβολταϊκά πλαίσια

Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να προσκομίσει όλα τα παραπάνω πιστοποιητικά κατά τη προσφορά προκειμένου να αξιολογηθεί από την αρμόδια επιτροπή.

Τα πιστοποιητικά θα φέρουν υπογραφή και σφραγίδα διπλωματούχου μηχανικού κατάλληλης ειδικότητας.

Χώρα κατασκευής

Ο υποψήφιος ανάδοχος στη προσφορά του πρέπει να το δηλώνει και να καταθέσει τα σχετικά έγγραφα. Τα έγγραφα αυτά θα είναι επίσημα και υπογεγραμμένα από το κατασκευαστή των Φ/Β γεννητριών

Θα φέρουν σφραγίδα και υπογραφή διπλωματούχου μηχανικού κατάλληλης ειδικότητας.

Έτος κατασκευής

Ο υποψήφιος ανάδοχος στη προσφορά του πρέπει να το δηλώνει και να καταθέσει τα σχετικά έγγραφα. Τα έγγραφα αυτά θα είναι επίσημα και υπογεγραμμένα από το κατασκευαστή των Φ/Β γεννητριών

Θα φέρουν σφραγίδα και υπογραφή διπλωματούχου μηχανικού κατάλληλης ειδικότητας

Έχουν διαθέσιμα τα κύρια ανταλλακτικά τους σε χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης τουλάχιστον για τα επόμενα 10 χρόνια. Αυτό θα πρέπει να πιστοποιείται από τον κατασκευαστή. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει στη προσφορά του να καταθέσει τη πιστοποίηση αυτή με τη μορφή επίσημου εγγράφου από το κατασκευαστή για την αξιολόγησή της τεχνικής προσφοράς. Θα φέρουν σφραγίδα και υπογραφή διπλωματούχου μηχανικού κατάλληλης ειδικότητας.

12.3 Μετατροπέας DC-AC (Inverter)

[...]

Τα παραπάνω πιστοποιητικά θα πρέπει να κατατεθούν κατά τη προσφορά με τη μορφή επίσημου εγγράφου και θα φέρουν υπογραφή και

σφραγίδα μηχανικού κατάλληλης ειδικότητας για τη αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς από την αρμόδια επιτροπή

Επομένως, εφόσον κανείς από τους υποψήφιους ανάδοχους δεν κατέθεσε τα απαραίτητα έγγραφα για το φωτοβολταϊκό σύστημα, τα οποία ήταν απαραίτητα να υποβληθούν σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες αποτελούν έγγραφο της σύμβασης που ρητώς αναφέρεται στη διακήρυξη, οι προσφορές τους πρέπει να απορριφθούν. Πράγματι, η τεχνική μελέτη, εφόσον ρητά μνημονεύεται στη διακήρυξη στο αρ. 2, όρος 2.1, περίπτωση ιβ', αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, και οι υποχρεώσεις οι οποίες περιλαμβάνονται σε αυτή πρέπει να τηρούνται από τους υποψηφίους αναδόχους.

Παραβιάζεται κατ' αυτόν τον τρόπο και η αρχή της τυπικότητας, σύμφωνα με την οποία, η αναθέτουσα αρχή, μέσω της διακήρυξης καθορίζει το κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης, με αποτέλεσμα να δεσμεύονται να τηρούν τους όρους της διακήρυξης, τόσο οι υποψήφιοι ανάδοχοι, όσο και η ίδια η αναθέτουσα αρχή, η οποία τους έθεσε. Η παραβίαση εκ μέρους του υποψηφίου των όρων της διακήρυξης συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς του (ΣτΕ 1969/2013) .

Έτσι, ο αποκλεισμός του υποψηφίου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, είναι υποχρεωτικός για την αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την εν λόγω προσφορά και όχι διακριτική ευχέρεια (ΣτΕ 2889/2011) .

Ωστόσο, οι ανωτέρω εταιρείες δεν προσκόμισαν τα έγγραφα για το φωτοβολταϊκό σύστημα στα δικαιολογητικά συμμετοχής τους, τα οποία απαιτούσε ρητά η τεχνική μελέτη στο στάδιο υποβολής προσφοράς, και για αυτό το λόγο οι προσφορές τους πρέπει να απορριφθούν.

Άρα, οι προσφορές των υπόλοιπων υποψηφίων αναδόχων πρέπει να απορριφθούν διότι παραβιάζουν όρο της διακήρυξης και συγκεκριμένα όρο που θέτει η τεχνική περιγραφή, η οποία συναποτελεί μαζί με τη διακήρυξη το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης:415/2021

Επιπροσθέτως, επισυνάπτουμε και την υπ' αριθμ. 1647/2020 Απόφαση του 5ου Κλιμάκιου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την οποία απορρίπτονται οι προσφορές διαγωνιζομένων που είχαν υποβληθεί στο διαγωνισμό ****

ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ****. Πιο συγκεκριμένα, απορρίπτονται οι προσφορές, καθώς οι υποψήφιοι δεν είχαν υποβάλει την φωτοτεχνική μελέτη που απαιτούσε το τιμολόγιο μελέτης κατά το στάδιο δημοπράτησης, που περιλάμβανε τις τεχνικές προδιαγραφές και που αποτελεί έγγραφο της σύμβασης. Ρητά αναφέρονται τα εξής: «Η έλλειψη αυτή, η οποία συνιστά ουσιώδη έλλειψη τεχνικής προδιαγραφής, σύμφωνα και με τα επικληθέντα στη σκέψη 12 της παρούσας, αποτελεί λόγο απόρριψης των προσφορών των συγκεκριμένων συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, κατ' εφαρμογή της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 91 του ν.4412/2016. Μάλιστα, η έλλειψη αυτή δεν δύναται να θεραπευθεί με εφαρμογή του άρθρου 102 του ν.4412/2016, αφού η διαγραφόμενη με τη συγκεκριμένη διάταξη 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 Wojewddztwołddzkie, σκ. 37-40).»

II. Ως προς την εταιρεία *****

Η εταιρεία **** δηλώνει στο ΤΕΥΔ της πως στηρίζεται στην εταιρεία *** με την μορφή δάνειας εμπειρίας στην κατηγορία ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ έργων.

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 της αναλυτικής Διακήρυξης δικαιούμενοι συμμετοχής στο διαγωνισμό είναι αυτοί που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ σε έργα κατηγορίας ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ.

Συνεπώς η κατοχή πτυχίου στην κατηγορία ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ είναι απαιτούμενο δικαιολογητικό που πρέπει

να έχει ο ίδιος ο οικονομικός φορέας και όχι να στηριχτεί με τη μορφή δάνειας εμπειρίας σε άλλον οικονομικό φορέα.

Και για αυτόν το λόγο η προσφορά της εταιρείας **** πρέπει να απορριφθεί, καθώς δεν ανταποκρίνεται στους όρους και τις απαιτήσεις της διακήρυξης.».

12. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει με την παρέμβασή της τα εξής «Κατ' αρχάς πρέπει να τεθεί υπόψη σας ότι ο πρώτος λόγος προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας εταιρίας έχει ήδη εξεταστεί από το 6ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ και έχει απορριφθεί με την με αρ.63/2021 απόφαση τούτου. Συνεπώς, παραπέμπουμε στην αιτιολογία της εν λόγω αποφάσεως της ΑΕΠΠ και για την απόρριψη της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

Σε κάθε περίπτωση και επειδή στην διαδικασία επί της οποίας εξεδόθη η με αρ.63/2021 απόφαση του 6ου Κλιμακίου δεν εξετάστηκαν οι οικείοι ισχυρισμοί της εταιρίας μας αναφορικά με τον λόγο που πρέπει να απορριφθεί ο ένας και μοναδικός λόγος της προδικαστικής προσφυγής που προβάλλει η αυτή προσφεύγουσα εταιρία κατά όλων των συνυποψηφίων της, παρατηρητέα τα εξής:

Ο μόνος λόγος προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος σε αναλογικές και αυθαίρετες ερμηνείες της προσφεύγουσας που κείνται εκτός του κανονιστικού πλαισίου του υπόψη διαγωνισμού και καθιστούν όλως καταχρηστική την άσκηση της παρούσας προσφυγής. Τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής θα ανέτρεπε πλήρως την αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών, ενόψει των σαφών προβλέψεων της παρούσας Προκηρύξεως για τον τρόπο και το περιεχόμενο των φακέλων προσφοράς των υποψηφίων. Η προσθήκη των απαιτήσεων που αντλεί η προσφεύγουσα από τις Τεχνικές Προδιαγραφές του υπόψη διαγωνισμού στηρίζονται σε περίπλοκες και έμμεσες ερμηνείες της ίδιας, αφού ουδείς άλλος υποψήφιος αντιλήφθηκε τον τρόπο υποβολής των προσφορών όπως τον αντιλαμβάνεται με την προδικαστική προσφυγή της μόνη η προσφεύγουσα. Κατά τούτο, τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής της, θα αντέκειτο και στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων, αφού μόνον η προσφεύγουσα

αντιλήφθηκε τον τρόπο υποβολής των προσφορών με τον τρόπο που υποστηρίζει στην προδικαστική προσφυγή της, ζητώντας να απορριφθούν όλοι οι λοιποί υποψήφιοι από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία και για τον ίδιο λόγο (!). Κατά τούτο, το σύνολο των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως ερειδόμενοι σε εσφαλμένη νομική προϋπόθεση, άλλως ως καταχρηστικοί, αφού τα όσα επικαλείται η προσφεύγουσα δεν απαιτείται από την Διακήρυξη να υποβληθούν με τον φάκελο προσφοράς των υποψηφίων.

Ειδικότερα, η διεξαχθείσα διαγωνιστική διαδικασία προέβλεψε την υποβολή δύο και μόνον υποφακέλων εκ μέρους των υποψηφίων, χωρίς να υπάρχει στάδιο υποβολής φακέλου τεχνικής προσφοράς με αξιολόγηση των υποψηφίων και βαθμολόγηση.

Ο όρος 3.2. της υπόψη Προκηρύξεως προβλέπει επί λέξει τα εξής:

«3.2 Στον ηλεκτρονικό φάκελο προσφοράς περιέχονται:

(α) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής».

(β) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά».

Συνεπώς ΔΕΝ ΠΡΟΒΛΕΠΕΤΑΙ υποφάκελος τεχνικής προσφοράς ώστε να ανακύπτει ζήτημα υποβολής εκ μέρους των υποψηφίων, των όσων αντλεί η προσφεύγουσα από τις Τεχνικές Προδιαγραφές του έργου.

Ο όρος 5 της υπόψη Προκηρύξεως ορίζει άλλωστε ρητώς τα εξής:

«Τα έγγραφα της σύμβασης με βάση τα οποία θα εκτελεσθεί το έργο είναι τα αναφερόμενα παρακάτω. Σε περίπτωση ασυμφωνίας των περιεχομένων σε αυτά όρων, η σειρά ισχύος καθορίζεται ως κατωτέρω.

1. Το συμφωνητικό.
2. Η παρούσα Διακήρυξη.
3. Η Οικονομική Προσφορά.
4. Το Τιμολόγιο Δημοπράτησης
5. Η Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων (Ε.Σ.Υ.).
6. Η Τεχνική Συγγραφή Υποχρεώσεων (Τ.Σ.Υ) με τις Τεχνικές Προδιαγραφές και τα Παραρτήματα τους,
7. Η Τεχνική Περιγραφή (Τ.Π.).
8. Ο Προϋπολογισμός Δημοπράτησης.

9. Οι εγκεκριμένες μελέτες του έργου.

10. Το εγκεκριμένο Χρονοδιάγραμμα κατασκευής του έργου».

Η τεχνική συγγραφή υποχρεώσεων με τις τεχνικές προδιαγραφές αποτελεί συνεπώς ΡΗΤΑ έγγραφο με βάση το οποίο θα εκτελεσθεί η σύμβαση και όχι έγγραφο που διέπει τις προϋποθέσεις και τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβάλει ο υποψήφιος ανάδοχος, ελλείψει ακριβώς σταδίου υποβολής τεχνικής προσφοράς.

Στα δε άρθρα 21 και 22 της Προκηρύξεως καθορίζονται περιοριστικά οι δικαιούμενοι συμμετοχής στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, χωρίς να προβλέπεται σε αυτά να υποβληθεί προσφορά με τα στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών του έργου όπως όλως αυθαίρετα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Ομοίως στον όρο 23 προβλέπονται περιοριστικά οι λόγοι αποκλεισμού των υποψηφίων και ουδόλως τίθεται ως λόγος αποκλεισμού η μη συμμόρφωση υποψηφίου με την τεχνική μελέτη ή τις τεχνικές προδιαγραφές του έργου.

Είναι σαφές άλλωστε κριτήριο αναθέσεως της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας αποτελεί βάσει του όρου 14 της υπόψη Προκηρύξεως η ελάχιστη προσφερόμενη τιμή και για τον λόγο αυτό δεν υπάρχει στάδιο αξιολόγησης τεχνικών προσφορών ώστε να ανακύπτει ζήτημα συμμόρφωσης των υποψηφίων με την τεχνική περιγραφή του έργου και με τις τεχνικές προδιαγραφές του, που αποτελούν ρητώς βάσει του όρου 5 της Προκηρύξεως έγγραφα που διέπουν την εκτέλεση και μόνον της σύμβασης.

Για τους λόγους αυτούς τυγχάνουν απορριπτέα τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά και καταχρηστικά, αφού στηρίζονται σε έμμεσες και ασαφείς ερμηνείες της υπόψη Προκηρύξεως που μόνον η προσφεύγουσα υιοθετεί και αντιλαμβάνεται, αξιώνοντας την απόρριψη των προσφορών όλων των συνυποψηφίων της (!).».

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει με τις απόψεις της τα εξής «[.]..Γνώμη μας είναι ότι όσα ισχυρίζεται η εταιρία «*** δεν ευσταθούν διότι, ο τρόπος δημοπράτησης του διαγωνισμού ήταν με σφραγισμένες προσφορές, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, και όχι με αξιολόγηση των προσφορών που θα

προσδιόριζε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει κόστους (με χρήση προσέγγισης αποτελεσματικότητας σε σχέση με το κόστος, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής και να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει ποιοτικών, περιβαλλοντικών ή και κοινωνικών πτυχών κριτηρίων, που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης).

Συνεπώς, επειδή το κριτήριο ανάθεσης ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, δεν ζητήθηκαν πρόσθετα δικαιολογητικά εκτός αυτών που αναφέρονται στο άρθρο 24.2 της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, στην διακήρυξη δεν αναφέρεται ότι οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να υποβάλουν φάκελο τεχνικής προσφοράς, και κατά συνέπεια οι προσφορές των άλλων διαγωνιζομένων δεν μπορούν να απορριφθούν. Παρόλο που η προσφεύγουσα εταιρία προσκόμισε τα δικαιολογητικά των υλικών μαζί με την προσφορά της, αυτά δεν μπορούν να αξιολογηθούν από την επιτροπή του διαγωνισμού αφού δεν διαθέτει εγκεκριμένα κριτήρια αξιολόγησης.

Σαφώς τα δικαιολογητικά αυτά που αφορούν τα υλικά που θα ενσωματωθούν στο έργο, είναι απαραίτητα, αλλά μετά την υπογραφή της σύμβασης. Συγκεκριμένα, κατά τη διάρκεια της κατασκευής του έργου και πριν την τοποθέτηση των υλικών αυτών, ο ανάδοχος θα κληθεί να προσκομίσει στην επιβλέπουσα υπηρεσία όσα αναφέρονται στο κεφάλαιο 12.1 του τεύχους των τεχνικών προδιαγραφών, προκειμένου να εγκριθούν για την ενσωμάτωσή τους στο έργο.

Για τους παραπάνω λόγους προτείνουμε η προσφυγή να απορριφθεί.».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα προσθέτει, έτι περαιτέρω, με το υπόμνημά της τα κάτωθι «Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής στο υπ' αριθμ. Πρωτ. 368/8-1- 2021 έγγραφο της σχετικά με την μη απαίτηση πρόσθετων δικαιολογητικών, διότι ο διαγωνισμός είχε κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά και όχι την αξιολόγηση των προσφορών, είναι αβάσιμος. Πιο συγκεκριμένα, βασικό κριτήριο για την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στον διαγωνισμό είναι η πληρότητα και η ορθότητα των εγγράφων που περιέχονται στο φάκελο δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική

προσφορά. Επομένως, αφού ελεγχθούν πρώτα τα ανωτέρω έγγραφα, από τους διαγωνιζόμενους που καλύπτουν τις απαιτήσεις και τους όρους της διακήρυξης, προκρίνονται στο επόμενο στάδιο ήτοι στο άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς και επιλέγεται ως προσωρινός μειοδότης εκείνος με την οικονομικότερη προσφορά.

Επιπροσθέτως, όπως αναφέρουμε και στην Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας μας, στις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού, οι οποίες αποτελούν έγγραφο της διακήρυξης, αναγράφεται ξεκάθαρα πως οι υποψήφιοι ανάδοχοι πρέπει να καταθέσουν κατά το στάδιο δημοπράτησης πρόσθετα έγγραφα και πιστοποιητικά για το φωτοβολταϊκό σύστημα. Συνεπώς, η επιτροπή του διαγωνισμού πρέπει να διαθέτει εγκεκριμένα κριτήρια αξιολόγησης των υλικών του έργου κατά το στάδιο υποβολής προσφορών, καθώς όπως αναφέρεται και στις τεχνικές προδιαγραφές τα έγγραφα που απαιτούνται θα αξιολογηθούν από την αρμόδια επιτροπή.

Επιπλέον, επισυνάπτουμε και την υπ' αριθμ. 1647/2020 Απόφαση του 5ου Κλιμάκιου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την οποία απορρίπτονται οι προσφορές διαγωνιζομένων που είχαν υποβληθεί στο διαγωνισμό του ****. Πιο συγκεκριμένα, απορρίπτονται οι προσφορές, καθώς οι υποψήφιοι δεν είχαν υποβάλει την φωτοτεχνική μελέτη που απαιτούσε το τιμολόγιο μελέτης κατά το στάδιο δημοπράτησης, που περιλάμβανε τις τεχνικές προδιαγραφές και που αποτελεί έγγραφο της σύμβασης. Στη σκέψη 12 και 13 της ανωτέρω απόφασης αναφέρεται πως η παράβαση διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, όπως είναι και οι τεχνικές προδιαγραφές, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές και αποτελεί λόγο απόρριψης τους από το διαγωνισμό.

Η Αναθέτουσα Αρχή διατυπώνει τους όρους, τις προϋποθέσεις και το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό με την δημοσίευση της διακήρυξης. Επομένως, οφείλει να ενεργεί σύμφωνα με τις αρχές της χρηστής διοίκησης, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Συνεπώς, δεν παρέχεται διακριτική ευχέρεια στη Διοίκηση, αλλά καθιερώνεται δέσμια αρμοδιότητα της, είτε για την έγκριση του υποψηφίου, είτε για τον αποκλεισμό του υποψηφίου, όταν δεν συμμορφώνεται με τις διατάξεις της οικείας προκήρυξης για την

Αριθμός απόφασης:415/2021

υποβολή της προσφοράς του, διατάξεις τις οποίες διατύπωσε η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή και από τις οποίες δεν δύναται εκ των υστέρων να παρεκκλίνει.

Όπως άλλωστε προεκτέθηκε σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες (ενδεικτικώς ΣτΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008).

Επομένως, η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζομένους. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, με συνέπεια κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχή που αντιβαίνουν στις ανωτέρω αρχές.

Ως προς το δεύτερο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας μας, η αναθέτουσα αρχή στο υπ' αριθμ. 368/8-1-2021 έγγραφό της δεν κάνει ουδεμία αναφορά σχετικά με την επαγγελματική ικανότητα της εταιρείας ****. Ωστόσο, ο λόγος αυτός είναι μείζονος σημασίας, καθώς η μη καταλληλότητα άσκησης επαγγέλματος, παραβιάζει ουσιώδεις όρους της διακήρυξης και καθιστά την προσφορά απορριπτή.

Επισυνάπτουμε την υπ'αριθμ. 1506/2020 απόφαση του 7ου Κλιμάκιου της ΑΕΠΠ, για το διαγωνισμό «Συντήρηση των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων στις λιμενικές εγκαταστάσεις της *****», όπου στην σκέψη 32, σελίδα 39, αναγράφεται ξεκάθαρα πως σε αντίθεση με τα κριτήρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, η δάνεια εμπειρία στο κριτήριο της καταλληλότητας άσκησης επαγγέλματος δεν είναι επιτρεπτή.

*Καταλήγουμε λοιπόν στο συμπέρασμα, ότι η εταιρεία ****, δεν μπορεί να στηριχθεί με τη μορφή της δάνειας εμπειρίας για την κατηγορία ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ έργων, καθώς είναι απαραίτητο η ίδια να δραστηριοποιείται σε έργα αυτής της κατηγορίας και να κατέχει πτυχίο ΜΕΕΠ, προκειμένου να ανταποκρίνεται στους όρους και τις απαιτήσεις της διακήρυξης.[..].».*

15. 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 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. 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). 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. Μηκίδης, 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).

16. 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 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. 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).

17. Επειδή, 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).

18. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του

ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

19. Επειδή, η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

20. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

21. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

22. Επειδή, στο άρθρο 2 της οικείας διακήρυξης με τίτλο «Έγγραφα τη σύμβασης και τεύχη» προβλέπεται ότι «2.1. Τα έγγραφα της σύμβασης κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα : α) η προκήρυξη σύμβασης όπως δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, β) η παρούσα διακήρυξη,

γ) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ)

δ) το έντυπο οικονομικής προσφοράς, όπως παράγεται από την ειδική ηλεκτρονική φόρμα του υποσυστήματος,

ε) ο προϋπολογισμός δημοπράτησης,

στ) το τιμολόγιο δημοπράτησης,

ζ) η ειδική συγγραφή υποχρεώσεων,

η) η τεχνική συγγραφή υποχρεώσεων,

ια) το τεύχος τεχνικής περιγραφής,

ιβ) η τεχνική μελέτη,

ιγ) τυχόν συμπληρωματικές πληροφορίες και διευκρινίσεις που θα παρασχεθούν από την αναθέτουσα αρχή επί όλων των ανωτέρω

2.2 Προσφέρεται ελεύθερη, πλήρης, άμεση και δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση στα έγγραφα της σύμβασης (όλα όσα αναφέρονται στην παρ. 2.1. καθώς και τα σχέδια) στον ειδικό, δημόσια προσβάσιμο, χώρο “ηλεκτρονικοί διαγωνισμοί” της πύλης www.promitheus.gov.gr. καθώς και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής *****.

Οι ενδιαφερόμενοι μπορούν ακόμα, να λάβουν γνώση των εγγράφων της σύμβασης στα γραφεία της αναθέτουσας αρχής κατά τις εργάσιμες ημέρες και ώρες. Μπορούν επίσης να λάβουν αντίγραφα αυτών με δαπάνες και φροντίδα τους. Οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να παραλάβουν τα παραπάνω στοιχεία και ταχυδρομικά, εφόσον τα ζητήσουν έγκαιρα και εμβάσουν, κατόπιν συνεννόησης με την αναθέτουσα αρχή, πέραν της αναφερομένης στο πρώτο εδάφιο δαπάνης και τη δαπάνη της ταχυδρομικής αποστολής τους. Η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει τα ζητηθέντα στοιχεία μέσω των **** και χωρίς να φέρει ευθύνη για την έγκαιρη άφιξη τους στον ενδιαφερόμενο.

2.3. Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 13/11/2020 η αναθέτουσα αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις 13/11/2020». Αντιστοίχως, στο άρθρο 24 «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς» αναφέρονται τα κάτωθι «24.1.

Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους:

(α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»

(β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω:

24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα:

- α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)
- β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας.

24.3 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» περιέχει το ψηφιακά υπογεγραμμένο αρχείο pdf, το οποίο παράγεται από το υποσύστημα, αφού συμπληρωθούν καταλλήλως οι σχετικές φόρμες.

24.4 Στην περίπτωση που με την προσφορά υποβάλλονται ιδιωτικά έγγραφα, αυτά γίνονται αποδεκτά είτε κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του Ν. 4250/2014 (Α' 94) είτε και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση, στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία φέρει υπογραφή μετά την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (ήτοι μετά την ημερομηνία ανάρτησης της προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.).».

Ουδεμία, ωστόσο, ρητή αναφορά σε δικαιολογητικά ή έγγραφα ή εν γένει στοιχεία υφίσταται στην ως άνω διακήρυξη, που να πρέπει να υποβληθούν με τη διακήρυξη, βάσει παραπομπής στην με αρ. 26/2020 τεχνική μελέτη, η οποία αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές. Από την άλλη πλευρά, μεταξύ των εγγράφων που είναι αναρτημένα στο διαδικτυακό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ περιλαμβάνεται και η ως άνω αναφερθείσα μελέτη, η οποία αναφέρει ρητώς την προσκόμιση συγκεκριμένων πιστοποιητικών, που μνημονεύονται στο άρθρο 12 « φωτοβολταϊκό σύστημα» (βλ. σκ 11).

23. Επειδή, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ' , Σάκκουλας, σελ. 776).

24. Επειδή, επομένως, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pippo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τήρσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών Δικαστηρίων.

25. Επειδή, επομένως, δεν υποστηρίζεται η κατά δέσμια αρμοδιότητα απόρριψη της οικείας προσφοράς βάσει σαφούς και ρητής διάταξης της διακήρυξης, καθόσον ναι μεν εντάσσονται οι τεχνικές προδιαγραφές στο κανονιστικό πλαίσιο αλλά η πρόβλεψη της προσκόμισης των πιστοποιητικών έρχεται σε αντίθεση με την ρητή αναφορά των εγγράφων που πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά κατά κύριο σώμα της διακήρυξης στα οποία τα εν θέματι πιστοποιητικά δεν περιλαμβάνονται. Επομένως, παρίσταται ασάφεια της διακήρυξης, που ευλόγως οδήγησε όλους τους συμμετέχοντες πλην ενός στην μη υποβολή των συγκεκριμένων δικαιολογητικών.

26. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το

πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

27. 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 αμφοτέρω 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 δη 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).

28. 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, βλ. Δεφ Χαν 10/2019, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019).

29. Επειδή, περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

30. Επειδή, καθ' ερμηνεία του προβαλλόμενου λόγου λαμβάνοντας υπόψη την αναφορά των οικείων διατάξεων που επιβάλλουν την προσκόμιση των οικείων πιστοποιητικών, παρίσταται βάσιμος ο προβαλλόμενος λόγος υπό την έννοια της κακής χρήσης της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, η οποία εστίασε μεν στο άρθρο 24 βάσει του οποίου δεν μπορούσε να απορρίψει τις οικείες προσφορές, ωστόσο, μπορούσε - και όφειλε στα πλαίσια της χρηστής διοίκησης - να καλέσει όλους τους οικονομικούς φορείς που δεν

προσκόμισαν τα αναφερόμενα στην μελέτη 26/2020 πιστοποιητικά να το πράξουν κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (βλ. ΔεφΘεσ 161/2019, 172/2019). Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι η κρίση της ΑΕΠΠ με την 1647/2020 είναι επί διαφορετικής νομικής βάσης, ο εν θέματι, δε, ισχυρισμός προβάλλεται απαραδέκτως προεχόντως λόγω της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών (βλ. Δεφ Αθ1916/2018 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

31. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα βάλλει κατά της εταιρείας **** υποστηρίζοντας ότι μετέρχεται με την προσφορά της απαραδέκτως δάνεια εμπειρία προς κάλυψη της απαιτούμενης κατά διακήρυξη καταλληλότητας. Στο ΤΕΥΔ της, δε, η ως άνω εταιρεία όσον αφορά το ΜΕΕΠ της (με αρ. 30654 3^{ης} τάξης) αναφέρει «. ΚΑΤΑΤΑΞΗ : Κατηγορίες έργων / Τάξη Μ.Ε.ΕΠ.,ΟΔΟΠΟΙΑ / 3η, ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ / 3η, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ / 1η, ΛΙΜΕΝΙΚΑ / 1η,ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ -ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ / 1^η» ενώ περαιτέρω δηλώνει *«Στηριζόμαστε στις ικανότητες τρίτου παίρνοντας δάνεια εμπειρία για την κάλυψη των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των παραγράφων 23.4, 23.5 και 23.6 της Διακήρυξης από τον οικονομικό φορέα :*****.»*. Επισημαίνεται ότι το άρθρο 23.4. που αφορά τα δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητα του άρθρου 22. Β. αναφέρει ότι με το απαιτούμενο πιστοποιητικό μητρώου (ΜΕΕΠ ή ΜΗΕΕΔΕ), πρέπει να αποδεικνύεται η κάλυψη στην κατηγορία 1^η και άνω στην κατηγορία ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ή στην κατηγορία Α2 σε αναβάθμιση και στην κατηγορία Η/Μ, Α2 και άνω, όπως τροποποιήθηκαν με τον Ν. 4472/2017. Ωστόσο, από τη ρητή διάταξη του άρθρου 68 του ν.4412/2016 ως και του άρθρου 22 Στ «στήριξη τις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία)», αυτή αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, μην περιλαμβάνοντας και επομένως μην μπορώντας να καλύψει τα κριτήρια καταλληλότητας, τα οποία ελέγχονται μεμονωμένα και αποκλειστικά στο πρόσωπο του προσφέροντος. Επομένως, και ο συγκεκριμένος λόγος παρίσταται βάσιμος, καθιστώντας

Αριθμός απόφασης:415/2021

αλυσίτηλή την ως άνω αναφερθείσα κλήση κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή.

51. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση εν συνόλω.

52. Επειδή η κρινόμενη προσφυγή της πρέπει να γίνει δεκτή και η παρέμβαση να απορριφθεί.

53. Επειδή, συνακόλουθα πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο (άρθρα 5 ΠΔ 39/2017 και 363 του Ν. 4412/2016).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Φεβρουαρίου 2021 κι εκδόθηκε 1 Μαρτίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Μαρία Κατσαρού