

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 18 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.06.218 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/545/14.06.2018 της εταιρίας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ΦΑΡΣΑΛΩΝ [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθμ. 81/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Φαρσάλων [εφεξής ΟΕ] κατά το μέρος που, επικυρώνοντας το από 19.04.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού για τη «Στερέωση και αποκατάσταση του Πύργου Καραμίχου στα Φάρσαλα» (προϋπολογισμού €244.354,84 άνευ ΦΠΑ 24%), απέκλεισε την Προσφορά της λόγω πλημμέλειας ως προς τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, πως έχει εκδοθεί, εξοφληθεί και προσκομιστεί το αναλογούν υπ' αριθμ. .... ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού χιλίων διακοσίων είκοσι ένα ευρώ και εβδομήντα οχτώ λεπτών (€1.221,78) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ

Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής Κανονισμός].

2. Επειδή, με τη δημοσίευση της υπ' αριθμ. πρωτ. 2591/14.03.2018 Διακήρυξης, ο ΔΗΜΟΣ ΦΑΡΣΑΛΩΝ αποσκοπούσε στη διενέργεια ανοιχτής ηλεκτρονικής (υπό Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..... ) δημόσιας διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως ορίζεται στον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι (άρθρα 1-221), για την επιλογή ιδιώτη αναδόχου κατασκευής του έργου «Στερέωση και αποκατάσταση του Πύργου Καραμίχου στα Φάρσαλα» (Κωδικός CPV: 45212314-0 ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΓΙΑ ΙΣΤΟΡΙΚΑ ΜΝΗΜΕΙΑ Η ΜΝΗΜΕΙΑ), ιστορικού διατηρητέου μνημείου της περιοχής από την οθωμανική περίοδο (άρθρο 11.3. της Διακήρυξης, σελ. 15). Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του έργου ανήλθε σε €303.000 (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% ποσού €58.645,16), ήτοι κάτω του κατωφλίου (άρθρα 2 παρ. 1 περ. 29 σε συνδυασμό με 5α) Ν. 4412/2016), αναλυόμενος ως εξής (άρθρο 11.1. της Διακήρυξης, σελ. 15): α) Δαπάνη Εργασιών €179.205,46 β) Γενικά Έξοδα και Όφελος εργολάβου (Γ.Ε.+Ο.Ε.) (ποσοστού 18%) €32.256,98 δ) Απρόβλεπτα (ποσοστού 15% επί της δαπάνης εργασιών και του κονδυλίου Γ.Ε.+Ο.Ε.) €31.719,37 (άρθρο 156 παρ. 3α) Ν. 4412/2016) ε) Αναθεώρηση €1.1173,03 (βλ. την από 28.09.2017 Ανακεφαλαίωση Προϋπολογισμού Μελέτης). Κριτήριο για την ανάθεση της επίμαχης κατασκευαστικής σύμβασης ορίστηκε, σύμφωνα με το άρθρο 86 Ν. 4412/2016, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, ήτοι η χαμηλότερη τιμή (άρθρο 14 της Διακήρυξης, σελ. 18) με το σύστημα της με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης (άρθρο 95 παρ. 2α) Ν. 4412/2016). Ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 13.04.2018 και αποσφράγισής τους η 19.04.2018 (άρθρο 18 της Διακήρυξη, σελ. 20). Πράγματι, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου διαγωνισμού αποδεικνύεται πως η επίμαχη κατασκευαστική σύμβαση συγκέντρωσε το ενδιαφέρον 12 εργοληπτικών εταιριών, ήτοι κατά χρονολογική σειρά υποβολής των Προσφορών τους, των: 1. «.....» με αριθμ. ηλεκτρονικής

**Αριθμός απόφασης: 612/2018**

Προσφοράς	.....	(στις	11.04.2018)·	2.
«.....»	.....		(11.04.2018)·	3.
«.....»	.....		(12.04.2018)·	4.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	5.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	6.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	7.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	8.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	9.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	10.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	11.
«.....»	.....		(13.04.2018)·	12.
«.....»	.....		(13.04.2018).	

3. Επειδή, δυνάμει του από 19.04.2018 Πρακτικού Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης-Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Οικονομικών Προσφορών της ορισθείσας, δυνάμει της απόφασης ΟΕ 20/2018, Επιτροπής Διαγωνισμού αποδεικνύεται, πως κατά το Α΄ Στάδιο του Ανοίγματος των Τεχνικών Προσφορών: αρχικά, 1η κατά σειρά μειοδοσίας κατετάγη η προσφεύγουσα με ποσοστό έκπτωσης 55,33% και 4η η «.....» με ποσοστό 52,10%, όμως, στη συνέχεια, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής κατά τη σειρά μειοδοσίας διαπιστώθηκαν γενικά παραβάσεις κατά τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ από του Προσφέροντες «.....», «.....», «.....», «.....», «.....» και «.....». Συγκεκριμένα, όσον αφορά την απόρριψη της επίμαχης Προσφοράς της προσφεύγουσας κατά το άρθρο 91 (ιδίως β) Ν. 4412/2016, αιτιολογήθηκε από την ως άνω Επιτροπή ότι (σελ. 2 του Πρακτικού): «...στο Μέρος ΙΙ Γ του ΤΕΥΔ 'Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων ΦΟΡΕΩΝ' δεν απάντησε επί του ερωτήματος για το αν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις

ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων (άρθρα 22.ΣΤ και 23.10 της διακήρυξης)», εισηγούμενη τελικώς, δια του υπ' αριθμ. πρωτ. 4333/25.04.2018 εγγράφου της, την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου (μειοδότη) της εταιρείας «.....» (με ποσοστό έκπτωσης 52,10%). Την ανωτέρω κρίση της Επιτροπής Διαγωνισμού επικύρωσε ομόφωνα η ΟΕ δια της (με αριθμ. πρωτ. 5046/17.05.2018) Απόφασής της 81/2018 από το Απόσπασμα Πρακτικού της 10ης/15.05.2018 συνεδρίασης.

4. Επειδή, κατά της τελευταίας Απόφασης ΟΕ του ΔΗΜΟΥ ΦΑΡΣΑΛΩΝ κατά το μέρος που ανέδειξε την ανωτέρω ανταγωνίστριά της εταιρεία, προσέφυγε η αιτούσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 14.06.2018, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της αιτούμενη την ακύρωση της επίμαχης Απόφασης, υποστηρίζοντας την εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων 22.ΣΤ. και 23.10. της Διακήρυξης, του άρθρου 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και, κυρίως, της Κατευθυντήριας Οδηγίας 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ περί συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ. Συγκεκριμένα, όπως αιτιάται (σελ. 4-5 της Προσφυγής): «... ενώ είναι σαφέστατο ότι, εφόσον με τη συμπλήρωση της σχετικής ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, δεν υποβάλαμε τα προβλεπόμενα-απαιτούμενα έγγραφα του άρθρου 22.ΣΤ. της Διακήρυξης '... γίνεται, με την υποβολή σχετικού συμφωνητικού των φορέων για τον σκοπό αυτό...' σχετικά με τους φορείς, την στήριξη των οποίων υποτίθεται ότι θα είχαμε, δεν ετίθετο κανένα ζήτημα στήριξής μας στις ικανότητες άλλων φορέων και εκ προφανούς παραδρομής δεν 'τσεκάρουμε', την αρνητική απάντηση στην σχετική ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, οπότε σαφέστατα πρόκειται για πρόδηλο σφάλμα και σε κάθε περίπτωση δημιουργείται και επιπλέον ασάφεια, η οποία υποχρεωτικά χρήζει διευκρίνησης/συμπλήρωσης και για την οποία η αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη, πριν προβεί στον αποκλεισμό μας, να μας καλέσει για την προβλεπόμενη παροχή διευκρινήσεων/συμπληρώσεων... σύμφωνα άλλωστε

και με την πάγια, ορθή και νόμιμη τακτική που ακολουθήθηκε σε παρόμοιες περιπτώσεις από άλλες αναθέτουσες αρχές...».

5. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής Πράξης, ήτοι της επίμαχης Απόφασης ΟΕ, που έχει εκδοθεί επί δημόσιου Διαγωνισμού ο οποίος κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργων προϋπολογισμού €244.354,84 (άνευ ΦΠΑ 24%), ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7γ) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε με την καταχώριση της αντίστοιχης Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38 Ν. 4412/2016, μετά τις 26.6.2017 όπως αποδεικνύεται από τον ΑΔΑΜ: 18PROC002818904 2018-03-19 που έλαβε.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης, καθώς από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η αιτούσα, την 06.06.2018, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 14.06.2018, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η αιτούσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης εκτελεστής Πράξης με την οποία ανακηρύσσεται προσωρινή ανάδοχος του συγκεκριμένου δημόσιου Διαγωνισμού έργων η ως άνω ανταγωνίστριάς της, ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με άμεσο, προσωπικό και ενεστώσ έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον κατασκευαστικό τομέα και ως εκ της εγγραφής της στο ΜΕΕΠ, συμμετείχε στον Διαγωνισμό αυτόν καταθέτοντας την

Προσφορά 69501 με τη μεγαλύτερη –έναντι των 11 ανταγωνιστών της– έκπτωση (ήτοι 55,33%), και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης Πράξης, ενώ ανέμενε την ανάδειξή της ως προσωρινή αναδόχου, υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017, καθώς ως τέτοια ανακηρύχθηκε η 4η κατά σειρά μειοδοσίας ανωτέρω εργοληπτική εταιρεία.

8. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣΤΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009), οριζόταν στα: Α) Άρθρο 1 «ΚΥΡΙΟΣ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ / ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ / ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ» (σελ. 4): ... Εργοδότης ή Κύριος του Έργου: ΔΗΜΟΣ ΦΑΡΣΑΛΩΝ· Φορέας κατασκευής του έργου: ΔΗΜΟΣ ΦΑΡΣΑΛΩΝ· Προϊσταμένη Αρχή : Το Δημοτικό Συμβούλιο Φαρσάλων ή η Οικονομική Επιτροπή κατά περίπτωση· Διευθύνουσα ή Επιβλέπουσα Υπηρεσία : Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Φαρσάλων... Β) Άρθρο 8 «ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ ΤΟΥ ΈΡΓΟΥ, ΦΟΡΟΙ, ΔΑΣΜΟΙ, Κ.Λ.Π.- ΠΛΗΡΩΜΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ» (σελ. 13): «8.1. Το έργο χρηματοδοτείται από το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα 'Υποδομές Μεταφορών, Περιβάλλον και Αειφόρος Ανάπτυξη 2014-2020' του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, στον Άξονα Προτεραιότητας 14 'Διατήρηση και Προστασία του Περιβάλλοντος -Προαγωγή της Αποδοτικής Χρήσης των Πόρων (ΤΣ)' με κωδικό ΟΠΣ 5001884». Γ) Άρθρο 12 «ΠΡΟΘΕΣΜΙΑ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ» (σελ. 17): «Η συνολική προθεσμία εκτέλεσης του έργου, ορίζεται σε δεκαοκτώ (18) μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης. Οι αποκλειστικές και ενδεικτικές τμηματικές προθεσμίες του έργου αναφέρονται στην Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων [ΕΣΥ]. Δ) Άρθρο 13 «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ - ΌΡΟΙ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ» (σελ. 17): «13.1 Η επιλογή του Αναδόχου, θα γίνει σύμφωνα με την 'ανοικτή διαδικασία' του άρθρου 27 του Ν. 4412/2016 και υπό τις προϋποθέσεις του νόμου αυτού. 13.2 Η οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, θα συνταχθεί και υποβληθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στο

άρθρο 95 παρ. 2α) του Ν. 4412/2016. 13.3 Κάθε προσφέρων μπορεί να υποβάλει μόνο μία προσφορά. 13.4 Δεν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικών προσφορών. 13.5 Δε γίνονται δεκτές προσφορές για μέρος του αντικειμένου της σύμβασης. Ε) Άρθρο 22 «ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» (σελ. 22): «Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 22.Α. και Β. πρέπει να ικανοποιείται από κάθε μέλος της ένωσης. 22.Α. ... 22.Β. ... 22.Γ. ... 22.Δ. ... 22.Ε. ... (σελ. 26-27) 22.ΣΤ. «ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΦΟΡΕΩΝ (ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ)»: «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση του Μέρους ΙΙ του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΧΙΙ του ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα). ΣΤ) Άρθρο 23 «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» (σελ. 27): «23.1 Κατά την υποβολή

προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986 (ΦΕΚ Α΄ 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22.Α. της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22.Β.-Ε. της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22.Α.1 της παρούσας, για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την εφαρμογή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπή τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το ΤΕΥΔ, υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο ΤΕΥΔ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΤΕΥΔ και το ΤΕΥΔ του υπεργολάβου. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του το δικό του ΤΕΥΔ και το ΤΕΥΔ κάθε φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται. 23.2. «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» (σελ. 28): «... Στην περίπτωση που



προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22.Α. της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρου 22.Β.-.Ε.)... 23.10. «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΤΗΣ ΣΤΗΡΙΞΗΣ ΣΕ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΦΟΡΕΩΝ (ΔΑΝΕΙΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ) ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 22.ΣΤ» (σελ. 34): «Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, η απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, γίνεται με την υποβολή σχετικού συμφωνητικού των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες Προσφορές τους. Περαιτέρω, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

10. Επειδή, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 949/13.02.2018 Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ με τίτλο: «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ και του ΕΕΕΣ» (εγκριθείσα με την απόφαση 3/24.01.2018) ακολουθείται η παρακάτω νομική κατεύθυνση (σελ. 9, βλ. και σελ. 16-17): «2.3.1 Τα πεδία του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ είναι δεκτικά διευκρινίσεων ή/και

συμπληρώσεων: Επισημαίνεται ότι, στις περιπτώσεις μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να τους καλούν προκειμένου να παράσχουν σχετικές διευκρινίσεις ή να τα συμπληρώσουν, όπως οποιοδήποτε άλλο υποβληθέν, με την προσφορά τους, έγγραφο ή δικαιολογητικό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται ανεξάρτητα από τον τρόπο επεξεργασίας και συμπλήρωσής του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τον οποίο έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με την ανωτέρω παράγραφο 2.3.1. Ωστόσο, στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, για λόγους ασάφειας των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, και, κατά συνέπεια, και του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως τέτοιου, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ζητούν διευκρινίσεις από τους οικονομικούς φορείς, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 5 του ως άνω άρθρου... Κατ' εξαίρεση, στις περιπτώσεις έλλειψης υπογραφής/ών στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην, κατά τα ανωτέρω, δυνατότητα συμπλήρωσης, καθώς η έλλειψη υπογραφής στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ή μη νόμιμη/έγκυρη υπογραφή του ισοδυναμεί με μη νόμιμη/έγκυρη υποβολή του, η δε ως άνω δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων ή/και συμπλήρωσης αφορά μόνο σε ήδη υποβληθέντα έγγραφα/ δικαιολογητικά. 2.3.3 Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη, αίτηση συμμετοχής κλπ) της εκάστοτε διαδικασίας. Ως εκ τούτου, οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να αποκλείουν οικονομικούς φορείς λόγω μη συμπλήρωσης ή εσφαλμένης συμπλήρωσης από τους τελευταίους πεδίων του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τα οποία αφορούν σε στοιχεία που δεν συνδέονται με όρους της διακήρυξης/ αίτησης συμμετοχής, ακόμη και αν τα εν λόγω πεδία, εκ παραδρομής, έχουν παραμείνει στο διαμορφωθέν από τις αναθέτουσες αρχές ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ. Τα ως άνω ισχύουν και στην περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς αντίστοιχα, κατά τη διαμόρφωση και συμπλήρωση του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, περιλαμβάνουν ή/ και συμπληρώνουν πεδία, τα οποία δεν αντιστοιχούν στους όρους των εγγράφων της σύμβασης...».

11. Επειδή, αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή στο υπ' αριθμ. πρωτ. 6167/21.06.2018 έγγραφο των Απόψεών της, τονίζοντας πως κατά τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης τήρησε ίσο μέτρο κρίσης απέναντι στις ελλείψεις που όντως διαπιστώθηκαν στην πλειοψηφία των ΤΕΥΔ που υπέβαλαν οι προσφέρουσες εργοληπτικές εταιρείες, αφενός επικαλείται πως στην ανωτέρω νομική κρίση της οδηγήθηκε με βάση την ..... (ημερομηνίας δημοσίευσης 20.10.2017), αφετέρου επειδή στη διάταξη του άρθρου 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016: «δεν ορίζονται, ... σαφώς, ρητά και συγκεκριμένα ποιος μπορεί να είναι ακριβώς οι ασάφειες ή τα πρόδηλα σφάλματα, που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, παρά μόνο ενδεικτικά αναφέρονται κάποιες περιπτώσεις. Επομένως η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να ζητήσει διευκρίνηση/συμπλήρωση του εν λόγω ασυμπλήρωτου πεδίου του ΤΕΥΔ, αφού σε καμία περίπτωση, σύμφωνα με τα ως άνω αναφερόμενα, δεν μπορεί να θεωρηθεί πρόδηλο σφάλμα ή ασάφεια η μη συμπλήρωσή του».

12. Επειδή από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης αποδεικνύονται τα εξής: Κατά την κατάστρωση της Προσφοράς της προσφεύγουσας, συγκεκριμένα ως προς τη συμπλήρωση του Πεδίου Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» του Μέρους II «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα του ΤΕΥΔ», στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο Μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο Μέρος V κατωτέρω; Ναι / Όχι» πράγματι, όπως διαπίστωσε η Επιτροπή Διαγωνισμού αυτή δεν απάντησε, παράλειψη η οποία κατά τη νομική κρίση της συμπαρέσυρε, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών, σε απόρριψη εν όλω την Προσφοράς της προσφεύγουσας, αδιάφορο δε πως είχε υποβάλλει τη μεγαλύτερη έκπτωση για την κατασκευή του δημοσίου έργου. Όμως, κατά λογική ερμηνεία, εκ μόνης της μη απάντησης θα έπρεπε, αρχικά, να συναχθεί πως η προσφεύγουσα απάντησε αρνητικά, ήτοι πως δε στηρίζεται

στις ικανότητες τρίτων, και όχι να θεωρηθεί, κατ' αντιστροφή, πως παρέλειψε να αναφέρει πως θα στηριχθεί σε τρίτους. Πράγματι, από την επισκόπηση της ηλεκτρονικής Προσφοράς της προσφεύγουσας αδιαμφισβήτητα αποδεικνύεται ότι τέτοιο ζήτημα επίκλησης δεν ετέθη, καθώς αυτή θέλησε να διεκδικήσει την αναδοχή της αντίστοιχης κατασκευαστικής σύμβασης με τις δικές της δυνάμεις. Άλλωστε από το, προσαρμοσμένο για τις ανάγκες του συγκεκριμένου Διαγωνισμού, ΤΕΥΔ (βλ. απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ 158/2016 «Έγκριση 'ΤΕΥΔ' του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των Οδηγιών» (ΦΕΚ Β' 3698) που ανάρτησε η αναθέτουσα αρχή, το οποίο έπρεπε, κατά το νεοεισαγόμενο προκαταρκτικό σύστημα απόδειξης για τους δημόσιους διαγωνισμούς, να συμπληρωθεί από τις προσφέρουσες εταιρείες, οριζόταν για το επίμαχο Πεδίο Γ πως: «Εάν ναι, επισυνάψτε χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις Ενότητες Α και Β του παρόντος μέρους και σύμφωνα με το Μέρος ΙΙΙ, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς, δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νομίμους εκπροσώπους αυτών», δηλαδή κατά τη γραμματική ερμηνεία, θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως εφόσον η προσφεύγουσα δεν απάντησε ναι παρέχοντας έτσι αντιφατικές ή ψευδείς πληροφορίες, έστω και δεν απάντησε τίποτα, τότε ζήτημα ολικής ακυρότητας της Προσφοράς της δεν ευσταθεί.

13. Επειδή, ανεξαρτήτως της προηγούμενης σκέψης πάντως, το νομικό ζήτημα που θέτει η συγκεκριμένη υπόθεση, όπως εισφέρεται προς εξεταστική κρίση ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι, εάν η διαπιστούμενη από την Επιτροπή Διαγωνισμού ανωτέρω πλημμέλεια –η οποία δεν αμφισβητείται πως συνιστά ήσσονος σημασίας παρατυπία, ιδίως εάν ληφθεί υπόψη ότι από τα συνολικά στοιχεία της ηλεκτρονικής Προσφοράς της προσφεύγουσας δεν ετέθη ζήτημα στήριξης στις ικανότητες οποιοδήποτε τρίτων– μπορούσε να συμπαρασύρει σε ακυρότητα όλη την υποβληθείσα Προσφορά της υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας η οποία συνιστά γενική αρχή του ευρωπαϊκού δικαίου και, ειδικότερα, του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων (βλ. μεταξύ

πολλών άλλων Swedish Match (C-210/03) [2004] ECR I-11893 σκέψη [47] και Michaniki (C-213/07) [2008] ECR I-09999 σκέψεις [48] και [61].

14. Επειδή, επισημαίνοντας το κρίνον Κλιμάκιο την ανάγκη σεβασμού της ασφάλειας δικαίου, πρέπει να τονιστεί ότι η επίμαχη Κατευθυντήρια Οδηγία που εξέδωσε η ΕΑΑΔΗΣΥ ως Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή για την «προαγωγή της εθνικής στρατηγικής, πολιτικής και δράσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων» (κατά τη διατύπωση του άρθρου 1 Ν. 4013/2011 (ΦΕΚ Α΄ 204) όπως ισχύει), ήταν σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής των Προσφορών των διαγωνιζομένων (11-12-13.04.2018), όσο και κατά τον χρόνο σύνταξης του ανωτέρω Πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού (ήτοι 19.04.2018). Επί του παρόντος, πάντως, ενόσω η ανωτέρω Κατευθυντήρια Οδηγία δεν έχει καταστεί αντικείμενο επεξεργασίας από την Ολομέλεια της ΑΕΠΠ, η οποία συστήθηκε ως Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή με αποφασιστικό χαρακτήρα για την επίλυση των αναθεσιακών διαφορών από δημόσιους διαγωνισμούς που διεξάγονται σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV άρθρα 345επ.), προς τον σκοπό παραγωγής Αποφάσεων όπου ακολουθείται ενιαία νομική βάση, ζητήματα μη συμπλήρωσης ή μη ορθής συμπλήρωσης πεδίων του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ αντιμετωπίζονται περιπτώσιολογικά αναλόγως των υποθέσεων Προδικαστικών Προσφυγών που εκκρεμούν στις κρίνουσες Συνθέσεις, πάντοτε υπό το βάρος της αρχής της αναλογικότητας όμως. Βέβαια, όπως διευκρινίστηκε ανωτέρω (σκέψεις 3 και 11), η ακολουθούμενη, πλην όμως αντίθετη νομική ερμηνεία, της Επιτροπής Διαγωνισμού τηρήθηκε ενιαία για όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς και, για λόγους ίσης μεταχείρισης, όσες Προσφορές διαγνώστηκε πως δεν είχαν απαντήσει σε ένα ή περισσότερα Πεδία του ΤΕΥΔ απορρίφθηκαν αυτόματα. Για λόγους ασφάλειας δικαίου, λοιπόν, πρέπει να εφαρμοσθεί το άρθρο 102 περί «Συμπλήρωσης-αποσαφήνισης πληροφοριών και δικαιολογητικών» Ν. 4412/2016, νομοθετική ρύθμιση η οποία μόνη της συνιστά εξειδίκευση της αρχής της αναλογικότητας, και ως προς το συγκεκριμένο νομικό ζήτημα να γίνει αποδεκτή η κατεύθυνση που ακολουθεί η ΕΑΑΔΗΣΥ, ώστε σε περιστάσεις όπως αυτές της συγκεκριμένης υπόθεσης που

## **Αριθμός απόφασης: 612/2018**

τίθεται ενώπιον της κρίνουσας σύνθεσης, η Επιτροπή Διαγωνισμού να υποχρεούται να ενεργοποιήσει την εκ του άρθρου 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 διαδικασία διευκρινίσεων, λύση η οποία είναι η νομικά ορθότερη, ανεξάρτητα πως τελικώς αποδείχθηκε ότι η Προσφορά της προσφεύγουσας ήταν η χαμηλότερη (ήτοι προσέφερε το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης).

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 81/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Φαρσάλων κατά το μέρος που, επικυρώνοντας το από 19.04.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, απέκλεισε την Προσφορά της προσφεύγουσας λόγω πλημμέλειας ως προς τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ, την οποία δεν προσκάλεσε να διευκρινίσει-αποσαφηνίσει.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Ιουλίου και εκδόθηκε στις 7 Αυγούστου.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Ιωάννα Κακλαμάνη**