

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση-Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη

Για να εξετάσει την από 12.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) –Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/338/15.2.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία ...» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στα ..., οδός ... αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή») νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 11/2021 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίνεται το από 17-12-2020 1ο πρακτικό διενέργειας του εν θέματι διαγωνισμού, να απορριφθούν οι προσφορές των εταιρειών ..., ..., ..., ... δτ ..., ..., ..., ... δ.τ. ..., ή/και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 11/2021 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής λόγω παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της τελευταίας, καθώς οι υπόλοιποι συμμετέχοντες δεν έχουν υποβάλει φάκελο τεχνικής προσφοράς, να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος η ίδια και να της επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης:681/2021

1. Επειδή η προσφεύγουσα κατέβαλε το νόμιμο παράβολο, ύψους ευρώ τριών χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα δύο (3.372,00 €) 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 ..., αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου στην ... της 12.2.2021, 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 674.371,50 ευρώ (αρ. 11 διακήρυξης).

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη προκήρυξε Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοικτό Διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για το έργο «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΤΟΥ ...». Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των οχτακοσίων τριάντα έξι χιλιάδων διακοσίων είκοσι ενός ευρώ και σαράντα έξι λεπτών (836.221,46 ευρώ) συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%. 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 δέκα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την με α/α ... προσφορά.

3. Επειδή, σε συνέχεια αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών των συμμετεχόντων εκδόθηκε η με αρ. 11/2021 προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία ενέκρινε το από 17.12.2020 1^ο πρακτικό διενέργειας του εν θέματι διαγωνισμού και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο την εταιρεία «...», έναντι ποσοστού μείσης έκπτωσης, σαράντα επτά και δεκατρία (47,13%) επί των τιμών του περιγραφικού τιμολογίου της μελέτης, ήτοι σύνολο δαπάνης (προ ΦΠΑ) 356.540,74€. Η ως άνω απόφαση μετά του εισηγητικού πρακτικού κοινοποιήθηκαν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες στις 3.2.2021.

4. Επειδή η προσφεύγουσα άσκησε εμπρόθεσμα την κρινόμενη Προσφυγή, υποβάλλοντάς την – μετά σχετικών εγγράφων - στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία»

Αριθμός απόφασης:681/2021

την 12.2.2021 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 3.2.2021, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την προσφυγή της μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι είναι τελευταίος εκ των συνολικά δέκα συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στη σειρά μειοδοσίας και στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης επιδιώκοντας την απόρριψη όλων των λοιπών οικονομικών φορέων, επί τω τέλει ανάδειξης του ιδίου ως προσωρινού αναδόχου. Ωστόσο, 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).

6. 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.

7. 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 15.02.2021.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 25.2.2021 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 17.3.2021 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.

9. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής
« 1. Ως προς τις εταιρείες ..., ..., ..., ... δτ ..., ...' ..., ... δ.τ. ...

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 περιπτώσεώς 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 8 " ΦΩΤΟΒΟΛΤΑΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ", σελ. 11-13 των τεχνικών προδιαγραφών:

8.1 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.

8.3 Μετατροπéας DEC – AC (Inverter)

[...]

Τα παραπάνω πιστοποιητικά θα πρέπει να κατατεθούν κατά τη προσφορά με τη μορφή επίσημου έγγραφου 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.

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 του ... με τίτλο ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΣ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ... και με Αρ. ΕΣΗΔΗΣ 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 Slovenko κ.λπ., 0-

599/10, σκ. 40, της 11ης.5.2017, Archus and Gama, 0-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, 0 387/14, Esaprojektsp. Z.o.o. κατά Wojewodztwołozkie, σκ. 37-40).»

• Δεύτερος λόγος Προδικαστικής Προσφυγής

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.

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

Προς επίρρωση των ανωτέρω, επισυνάπτουμε την υπ'αριθμ. 1506/2020 απόφαση του 7^{ου} Κλιμάκιου της ΑΕΠΠ, για το διαγωνισμό «Συντήρηση των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων στις λιμενικές εγκαταστάσεις της ...» με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ..., 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.

• Τρίτος λόγος Προδικαστικής Προσφυγής

Σύμφωνα με τη Διακήρυξη άρθρο 15, σελ 19-20 σχετικά με την εγγύηση συμμετοχής αναγράφεται:

Άρθρο 15: Εγγύηση συμμετοχής

[...]

Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 19/09/2021, άλλως η προσφορά απορρίπτεται.

Ωστόσο, η εταιρεία ..., στα έγγραφα της προσφοράς της κατέθεσε εγγυητική συμμετοχής, η οποία αναγράφει ευκρινώς πως ισχύει έως τις 17/09/2021.

Επομένως, δεν καλύπτεται το απαιτούμενο χρονικό διάστημα για την ισχύ της εγγυητικής και όπως αναφέρεται και στο ίδιο το άρθρο, η προσφορά πρέπει να απορριφθεί.

• Τέταρτος λόγος Προδικαστικής Προσφυγής

Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, απαιτείται από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα να διαθέτει βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, όπως αναφέρεται στο άρθρο 23.4 σελ. 33-34:

23.4. Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β

(α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. ή στο μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗΕΕΔΕ) στην/στις κατηγορία/ες 1η και άνω στην κατηγορία ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και στην κατηγορία Η/Μ, Α2 και άνω, όπως τροποποιήθηκαν με τον Ν.4472/2017.

Η εν λόγω εταιρεία ... ως αποδεικτικό για την δραστηριοποίηση της στα Οικοδομικά έργα, κατέθεσε τη βεβαίωση ΜΕΕΠ με αριθμό Ωστόσο, σύμφωνα με τη βεβαίωση, αυτή ίσχυε έως τις 03/07/2020, ημερομηνία προγενέστερη της διενέργειας του διαγωνισμού, ήτοι 19/11/2020.

Επομένως, η εν λόγω εταιρεία δεν καλύπτει τα απαιτούμενα κριτήρια καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας και την ορθή εκτέλεση της σύμβασης, καθώς η βεβαίωση Μ.Ε.ΕΠ έχει λήξει και δεν έχει παραταθεί η ισχύς της.

Συνεπώς, η προσφορά της εταιρείας ... πρέπει να απορριφθεί, διότι, αφού δεν είναι σε ισχύ το Μ.Ε.ΕΠ, το οποίο είναι μείζονος σημασίας έγγραφο για την εκτέλεση της σύμβασης, δεν καλύπτει τα άρθρα 21 Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, 22 Κριτήρια ποιοτικής επιλογής και 23 Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με το οποίο :

23.2 . Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)

Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή

της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά την σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας

Η σχετική αναφορά του οικονομικού φορέα σχετικά με το ότι εμπίπτει στην εγκύκλιο 1/16-1- 2020 σύμφωνα με την οποία ότι τα πτυχία συνεχίζουν να ισχύουν έως 31 Δεκεμβρίου 2020, προϋποθέτει σύμφωνα με την ανωτέρω εγκύκλιο (Σελίδα 6) ότι για να ισχύσει η ανωτέρω παράταση βασική προϋπόθεση είναι :

γ) *Ισχύς Εργοληπτικών Βεβαιώσεων*

Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ.5 του άρθ. 188 του ν.4635/2019, οι εργοληπτικές βεβαιώσεις των εγγεγραμμένων επιχειρήσεων στο Μ.Ε.ΕΠ. καθώς και τα πτυχία των εργοληπτών Δημοσίων Δασοτεχνικών Έργων, που είναι σε ισχύ κατά την 3η Ιουλίου 2019, εξακολουθούν να ισχύουν έως την 31η Δεκεμβρίου 2020, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του νομοθετικού πλαισίου που ίσχυε ως και την 2α Ιουλίου 2019, ήτοι οι διατάξεις των άρθρων 92-104 του ν. 3669/2008, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

Βασική προϋπόθεση είναι δηλαδή η εμπρόθεσμη κατάθεση αίτησης παράτασης, σύμφωνα με την οποία σφραγίζεται το πτυχίο και λαμβάνει την ανωτέρα παράταση.

Στην περίπτωση της μας, το πτυχίο ΜΕΕΠ της ... που έχει κατατεθεί ΔΕΝ έχει σφραγιστεί και ΔΕΝ έχει λάβει την παράταση έως 31-1-2020».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει με τις απόψεις της τα εξής «1ος λόγος

Η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι κατά το στάδιο της κατάθεσης των δικαιολογητικών κάθε διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας έπρεπε να είχε προσκομίσει πρόσθετα δικαιολογητικά και συγκεκριμένα αυτά τα οποία μνημονεύονται στο κεφάλαιο 8.1 του τεύχους των τεχνικών προδιαγραφών του έργου και για το λόγο αυτό ζητά να αποκλεισθούν από το διαγωνισμό όλοι οι οικονομικοί φορείς που κατά την άποψή της, δεν συμμορφώθηκαν με τους όρους της διακήρυξης, γεγονός που σημαίνει ότι από τις 10 προσφορές που υποβλήθηκαν, οι 9 αιτείται να απορριφθούν και να γίνει δεκτή η προσφορά της απομένουσας στο διαγωνισμό προσφεύγουσας εταιρίας.

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, δε ζητήθηκαν πρόσθετα δικαιολογητικά εκτός αυτών που αναφέρονται στο άρθρο 24.2 της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, στη 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.

Σε αυτό το σημείο, θέλουμε να επισημάνουμε ότι η προσφεύγουσα εταιρία έχει υποβάλει όμοια προσφυγή προς την Α.Ε.Π.Π. κατά της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού του έργου με τίτλο «Ενεργειακή αναβάθμιση του ...» η οποία απορρίφθηκε με την Αριθμ. απόφαση 63/2021 του 6^{ου}

Αριθμός απόφασης:681/2021

Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, την όποια επισυνάπτουμε.

Για τους παραπάνω λόγους προτείνουμε ο 1ος λόγος να απορριφθεί.

2ος λόγος

Η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι η εταιρία ... στηρίζεται στην εταιρία ... με την μορφή δάνειας εμπειρίας στην κατηγορία ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ έργων χωρίς η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό να κατέχει το απαιτούμενο πτυχίο που είναι απαιτούμενο δικαιολογητικό.

Γνώμη μας είναι ότι κάθε οικονομικός φορέας που συμμετέχει στο διαγωνισμό πρέπει να κατέχει τα πτυχία που απαιτούνται από τη διακήρυξη. Η δάνεια εμπειρία εφαρμόζεται όταν στη διακήρυξη προβλέπεται ότι, οι συμμετέχοντες πέρα από το συγκεκριμένο πτυχίο πρέπει να έχουν και πρόσθετη εμπειρία που μπορεί να εκφράζεται σε κύκλο εργασιών συγκεκριμένου χρηματικού ύψους και συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος.

Επειδή δεν υπήρχε στη διακήρυξη καμία απαίτηση πρόσθετης εμπειρίας προτείνουμε ο 2ος λόγος να γίνει δεκτός.

3ος λόγος

Η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ορθώς ότι η εγγυητική συμμετοχής στο διαγωνισμό σύμφωνα με την διακήρυξη πρέπει να έχει ισχύ έως τις 19/09/2021 και εφόσον η εταιρία ... προσκόμισε μια εγγυητική που λήγει στις 17/09/2021 η συμμετοχή της άνω εταιρίας στο διαγωνισμό πρέπει να απορριφθεί.

Για τους παραπάνω λόγους προτείνουμε ο 3ος λόγος να γίνει δεκτός.

4ος λόγος

Η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι η βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. της εταιρίας ... δεν είναι σε ισχύ κατά την τελευταία ημέρα κατάθεσης των προσφορών, ήτοι 19/11/2020, γιατί σε αυτή αναγράφεται ότι η λήξη της είναι στις 03/07/2020.

Όμως βάση της εγκυκλίου του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με αριθμό 1/2020 αναφέρεται ότι: «Ισχύς Εργοληπτικών Βεβαιώσεων σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ.5 του άρθ. 188 του ν.4635/2019, οι εργοληπτικές βεβαιώσεις των εγγεγραμμένων επιχειρήσεων στο Μ.Ε.ΕΠ. καθώς και τα

Αριθμός απόφασης:681/2021

πτυχία των εργοληπτών Δημοσίων Δασοτεχνικών Έργων, που είναι σε ισχύ κατά την 3η Ιουλίου 2019, εξακολουθούν να ισχύουν έως την 31η Δεκεμβρίου 2020, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του νομοθετικού πλαισίου που ίσχυε ως και την 2α Ιουλίου 2019, ήτοι οι διατάξεις των άρθρων 92-104 του ν. 3669/2008, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.»

και επειδή η άνω εταιρία έχει πτυχίο ΜΕΕΠ με αριθμό ..., σύμφωνα με τα στοιχεία που παρατίθενται παρακάτω:

Τελευταία Απόφαση ΥΠΕΧΩΔΕ

Αριθμός: ... Ημερομηνία: 7/7/2017 Ισχύς: 3/7/2020

συμπεραίνουμε ότι στις 3η Ιουλίου 2019 ήταν ναι μεν σε ισχύ, αλλά δεν γνωρίζουμε εάν στις 2/07/2019 πληρούνταν οι προϋποθέσεις του νομοθετικού πλαισίου που ίσχυε. Επομένως δεν είμαστε σε θέση να θεωρήσουμε την παράταση αυτοδίκαιη, αφού πρέπει να προηγηθεί έλεγχος από την αρμόδια Γενική Γραμματεία Υποδομών - Τμήμα Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ) προκειμένου να δοθεί αυτή η παράταση.

Για τους παραπάνω λόγους προτείνουμε ο 4ος λόγος να γίνει δεκτός.».

11. Επειδή, η προσφεύγουσα προσθέτει, έτι περαιτέρω, με το υπόμνημά της τα κάτωθι «Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής στο υπ' αριθμ. Πρωτ. 4471/25-02-2021 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

Αριθμός απόφασης:681/2021

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.

Επισυνάπτουμε την υπ' αριθμ. 415/2021 Απόφαση του ιδίου Κλιμάκιου της ΑΕΠΠ (5ου), με την οποία κρίθηκε εξολοκλήρου αποδεκτή η προδικαστική προσφυγή της εταιρείας μας, για τον πανομοιότυπο διαγωνισμό του ...: «Ενεργειακή αναβάθμιση του ...» με Αρ. ΕΣΗΔΗΣ Αναλυτικότερα, στον ανωτέρω διαγωνισμό οι συμμετέχοντες πλην της εταιρείας μας, δεν είχαν καταθέσει στο φάκελο προσφοράς τους πιστοποιητικά και πρόσθετα έγγραφα για το φωτοβολταϊκό σύστημα, όπως ρητά αναφερόταν στο τεύχος τεχνικών προδιαγραφών, που αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι της διακήρυξης. Η ΑΕΠΠ με την απόφαση της,

αποδέχεται την προδικαστική μας προσφυγή.

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 ... με τίτλο ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΣ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ... και με Αρ. ΕΣΗΔΗΣ 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 अपαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές και αποτελεί λόγο απόρριψής 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 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. [..].».

12. 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. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, 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).

13. 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).

14. 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).

15. 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 τελωνιακής 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 τελωνιακού 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].

16. 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).

17. 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).

18. 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).

19. 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 www.giannitsa.gr.

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 Ελληνικών Ταχυδρομείων ή ιδιωτικών εταιρειών μεταφοράς αλληλογραφίας και χωρίς να φέρει ευθύνη για την έγκαιρη άφιξη τους στον ενδιαφερόμενο.

2.3. Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 16/11/2020 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 16/11/2020». 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.)».

Ουδενμία, ωστόσο, ρητή αναφορά σε δικαιολογητικά ή έγγραφα ή εν γένει στοιχεία υφίσταται στην ως άνω διακήρυξη, που να πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά, βάσει παραπομπής στην με αρ.27/2018 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 9).

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 οποίο 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 Pizzo 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 τήρησης 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 σύμφωνα με το κύριο σώμα της διακήρυξης, στο οποίο τα εν θέματι πιστοποιητικά δεν περιλαμβάνονται. Επομένως, υφίσταται 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 αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και

συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και 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, Manona, 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, Manona, 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, Manona, 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 172/2019). Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι η κρίση της ΑΕΠΠ με τις εκατέρωθεν επικαλούμενες και προσκομιζόμενες αποφάσεις 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 καταρχήν 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. ...) αναφέρει « ΚΑΤΑΤΑΞΗ : Κατηγορίες έργων / Τάξη Μ.Ε.ΕΠ.,ΟΔΟΠΟΙΙΑ / 3η, ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ / 3η, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ / 1η, ΛΙΜΕΝΙΚΑ /

1η,ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ -ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ / 1η. » 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 :....». Τα ως άνω υποστηρίζονται και από το από 12.11.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της «...» και της «...». 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 αλυσιτελή την ως άνω αναφερθείσα κλήση κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή αναφορικά με την εν λόγω εταιρεία. Περαιτέρω, δεδομένου ότι ο ως άνω λόγος στηρίζει αυτοτελώς την κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας απόρριψη της οικείας προσφοράς, καθίσταται αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής (ΣτΕ 308/2020).

32. Επειδή, όλως επικουρικώς, με τον τρίτο λόγο, με τον οποίο βάλλει κατά της προσφοράς της «...» , η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφορά της τελευταίας είναι απορριπτέα, καθώς η εγγυητική επιστολή που προσκόμισε λήγει στις 17.9.2021 αντί του ορθού 19.9.2021.

33. Επειδή, η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται

ειδικά σε κάποιο νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕΣ 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια και

στη χρονοβόρο συνήθως διαδικασία, τους (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περι εγγυήσεως διατάξεων δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. σχετ. Εφαθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994,399, ΑΠ 467/1992 ΕΛΛΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 5593/1989 ΕΛΛΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, Εφαθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, 852, Εφαθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, 1071, Εφαθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σελ. 402-407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο - Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297-366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198).

34. Επειδή, έχει κριθεί ότι *de minimis* πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής δύνανται να συμπληρωθούν/διορθωθούν υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, τηρουμένης της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της χρηστής διοίκησης (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρον, Σχετικές διατάξεις –Νομολογία, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκουλα, 2018, σελ. 657-658). Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να καλεί τους προσφέροντες να διευκρινίσουν ή να συμπληρώσουν έγγραφα της προσφοράς τους προς άρση

Αριθμός απόφασης:681/2021

ασαφειών ή προδήλων τυπικών σφαλμάτων, όταν επίκειται αποκλεισμός τους για τον λόγο αυτό από τη διαγωνιστική διαδικασία (Ε΄ Κλιμ. 380, 406/2017). Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι κρίσιμο είναι εν πάση περιπτώσει εάν θίγονται οι εγγυητικές δεσμεύσεις σε σχέση με την ανωτέρω συμμετέχουσα καθώς και οι ταυτότητα των υπέρ ου ή υπέρ ων συστήνεται η εγγυοδοσία. Οπότε σε αντίθετη περίπτωση, εφόσον δεν τίθεται ζήτημα καταφανούς παραβίασης ουσιώδους όρου της διακήρυξης ώστε να γεννάται δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής περί απόρριψης της οικείας προσφοράς, οφείλει η αναθέτουσα αρχή να καλέσει την ανωτέρω διαγωνιζομένη να άρει την πλημμέλεια αυτήν, η οποία συνιστά πρόδηλο τυπικό σφάλμα που δεν επιδρά στο περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς (βλ. Ε τμήμα Ελ. Συν. Πράξη 366/2018, πρβλ. Ελ. Συν. Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνθ. 3148/2012, βλ. Ε΄ Κλιμ. 406/2017).

35. Επειδή, ο οικείος όρος της διακήρυξης (παρ. 15.3.) αναφέρει ρητώς *«Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 19/9/2021, άλλως η προσφορά απορρίπτεται.[..]»*.

36. Επειδή, η προσκομισθείσα από την ως άνω εταιρεία εγγυητική συμμετοχής της Τράπεζας Eurobank (αρ. 8002044273) αναφέρει ρητώς σε σχέση με την ημερομηνία λήξης της *«Η παρούσα εγγυητική επιστολή ισχύει μέχρι την 17/9/2021, κατά την οποία το αργότερο θα πρέπει να έχει περιέλθει εις χείρας της Τράπεζάς μας η έγγραφη δήλωσή σας, κατά τα ανωτέρω οριζόμενα. [..]»*. Επομένως, καθίσταται σαφές ότι η ως άνω πλημμέλεια καθόσον μάλιστα συνιστά μείωση του χρόνου ισχύος της εγγυητικής επιστολής – ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ως οριζόμενος χρόνος λήξης της εγγυητικής επιστολής τεκμαίρεται η 18.9.2021 βάσει της αναφοράς σε ισχύ τουλάχιστον 30 ημερών - δεν αποτελεί *de minimis* πλημμέλεια και καθόσον προσκρούει σε επί ποινή απόρριψης της προσφοράς όρο της διακήρυξης, οδηγεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, ως και η ίδια συνομολογεί με τις απόψεις της, σε απόρριψη της οικείας προσφοράς. Συνακόλουθα, ο συγκεκριμένος λόγος κρίνεται βάσιμος.

37. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση εν συνόλω.

Αριθμός απόφασης:681/2021

38. Επειδή η κρινόμενη προσφυγή της πρέπει να γίνει δεκτή.

39. 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.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Μαρτίου 2021 κι εκδόθηκε 13 Απριλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπέλιας