

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου-Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24/05/2019 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον Διακριτικό Τίτλο «...», που εδρεύει στην οδό, ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ... (...)/ ... (...) (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η με ημερομηνία 15-05-2019 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου του ... (...) /... (...) με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αρ. 343/8-05-2019 πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης Υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής -Τεχνική Προσφορά» προσφορών του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού (κάτω των ορίων) για την ανάθεση της σύμβασης με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος γεωθερμικής αντλίας θερμότητας ανοικτού κυκλώματος για την κάλυψη θερμικών και ψυκτικών αναγκών στο Κλειστό Προθερμαντήρα του Σταδίου (Γήπεδο "...") του Δήμου ...» με εκτιμώμενη αξία εβδομήντα δυο χιλιάδες πεντακόσια ογδόντα ευρώ και εξήντα πέντε λεπτά (72.580,65 €) χωρίς Φ.Π.Α. (ενενήντα χιλιάδες ευρώ (90.000,00 € συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας και κάνει αποδεκτή την προσφορά και τη συνέχιση στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας τον έτερο διαγωνιζόμενο κο ..., καθώς και να της επιστραφεί το παράβολο που κατατέθηκε.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη .../2019, προκηρύχτηκε δημόσια σύμβαση, αντικείμενο της οποίας είναι η «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος γεωθερμικής αντλίας θερμότητας ανοικτού κυκλώματος για την κάλυψη θερμικών και ψυκτικών αναγκών στο Κλειστό Προθερμαντήριο του Σταδίου (Γήπεδο "...) του Δήμου ...». Στα πλαίσια του έργου ... («...» που συγχρηματοδοτείται από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης και από εθνικούς πόρους, μέσω του Προγράμματος Συνεργασίας ...-...-... 2014-2020", με κωδικό έργου ...) προβλέπεται η εγκατάσταση πιλοτικής μονάδας και συγκεκριμένα γεωθερμικής αντλίας θερμότητας θαλασσινού νερού σε Δημόσιο Κτίριο. Το προς προμήθεια είδος κατατάσσεται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 90.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 72.580,65 €, ΦΠΑ: 17.419,35 €). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε πέντε (5) μήνες για την προμήθεια και εγκατάσταση του εξοπλισμού και έως τις 31.01.2025 για την δωρεάν συντήρηση μετά την οριστική παραλαβή του εξοπλισμού. Η σύμβαση θα ανατεθεί με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Ως ημερομηνία προκήρυξης λογίζεται η 28-02-2019 ήτοι η ημερομηνία ανάρτησης στο ΚΗΜΔΗΣ. Φέρει Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... και ΑΔΑΜ ... 2019-02-28.

2. Επειδή, ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 1^η-04-2019 και κατόπιν ολοκλήρωσης του σταδίου ηλεκτρονικής αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφοράς», συντάχθηκε το με αρ. .../8-05-2019 πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφοράς» της Επιτροπής Διενέργειας του άνω διαγωνισμού. Σύμφωνα με το ως άνω πρακτικό αξιολόγησης κατέθεσαν προσφορά, μέχρι την ημέρα και ώρα λήξεως της σχετικής προθεσμίας (26-03-2019, ώρα 13:00 μ.μ.), οι κάτωθι οικονομικοί

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

φορείς : 1. ... 2. ..., ήτοι η προσφεύγουσα εταιρεία. Η Επιτροπή, του διαγωνισμού μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση, έκρινε ότι ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» της υποψήφιας επιχείρησης «...» περιείχε όλα τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής που απαιτούνταν σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.1 της Διακήρυξης και ακολούθησε ο έλεγχος του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» με τα έντυπα Δικαιολογητικά Συμμετοχής που προσκομίστηκαν από την υποψήφια επιχείρηση εντός της ορισθείσας προθεσμίας. Η Επιτροπή του διαγωνισμού κατόπιν ελέγχου, διαπίστωσε ότι ο υποφάκελος ήταν πλήρης και περιείχε όλα τα απαιτούμενα Δικαιολογητικά Συμμετοχής που έπρεπε να προσκομιστούν σε έντυπη μορφή. Εν συνεχεία, η επιτροπή του διαγωνισμού προέβη σε αξιολόγηση του ηλεκτρονικού υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» της υποψήφιας εταιρείας μας «...» και συγκεκριμένα του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), το οποίο υποβλήθηκε ηλεκτρονικά, και διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα: «Στο Μέρος IV (Κριτήρια Επιλογής) στο πεδίο Β (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) δεν είχαν συμπληρωθεί τα πεδία του «γενικού» ετήσιου κύκλου εργασιών καθώς και του μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό οικονομικών ετών που απαιτούνται στη διακήρυξη. Σύμφωνα με δήλωσή του, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας στηρίζεται στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της εταιρίας «...», για την οποία υποβλήθηκε ξεχωριστό ΤΕΥΔ και σχετική δέσμευση του τρίτου φορέα. Επίσης, κατά τον έλεγχο του ΤΕΥΔ της τρίτης εταιρίας «...», διαπιστώθηκε ότι ομοίως δεν συμπληρώθηκαν τα αντίστοιχα πεδία, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να επιβεβαιωθεί ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών, ο οποίος ανέρχεται στο ποσό των 373.203,78 ευρώ, κατά δήλωση της (τρίτης) εταιρείας. Στο σημείο αυτό η Επιτροπή διέκοψε τη συνεδρίασή της προκειμένου να ζητηθεί η σχετική διευκρίνιση από την υποψήφια εταιρεία «...», κατά τα ανωτέρω και σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη. Απεστάλη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στην υποψήφια εταιρεία «...» σχετικό αίτημα διευκρινίσεων στις 15/04/2019. Η υποψήφια εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα, στις 19/04/2019, μέσω της πλατφόρμας του

ΕΣΗΔΗΣ, απάντηση στο αίτημα διευκρινίσεων της Επιτροπής με τα αναγκαία συμπληρωματικά στοιχεία. Η Επιτροπή συνεδρίασε εκ νέου στις 22-04-2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ., στα γραφεία του ... (...), προκειμένου να ολοκληρώσει τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων. Η Επιτροπή άνοιξε το ηλεκτρονικό μήνυμα της υποψήφιας εταιρείας και, αφού εξέτασε την υποβληθείσα απάντηση της υποψήφιας εταιρείας «...» την έκρινε ικανοποιητική και διαπίστωσε ότι η προσφορά της υποψήφιας εταιρείας «...» πληροί την απαίτηση της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του υποψήφιου οικονομικού φορέα. Στη συνέχεια, η Επιτροπή συνέχισε τον έλεγχο του ηλεκτρονικού υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» της υποψήφιας εταιρείας «...» και συγκεκριμένα του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και διαπίστωσε ότι στο Μέρος IV (Κριτήρια Επιλογής), στο πεδίο Γ (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) του ΤΕΥΔ, η υποψήφια εταιρεία «...» παρουσιάζει μεν συμβάσεις της τελευταίας τριετίας, αντίστοιχου φυσικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση, πλην όμως καμία εξ αυτών δεν είναι αντίστοιχου οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση (ήτοι ποσού τουλάχιστον 72.580,65 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), όπως απαιτείται από την παρ. 2.2.6 περ. α της Διακήρυξης. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 2.2.6 (περ. α) της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: *«α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση»*, και, επειδή σύμφωνα με την παρ. 2.2.4 της Διακήρυξης: *«Ειδικότερα, οι Προσφέροντες θα πρέπει να πληρούν και να τεκμηριώνουν επαρκώς, τις κατωτέρω ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής»* και επειδή σύμφωνα με την παρ. 2,2.8.1 της Διακήρυξης: *«Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις των Λόγων Αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, και 2.2.6 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους cue δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο*

Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016},...» και επειδή από το υποβληθέν Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) της υποψήφιας εταιρείας «...» και τον κατάλογο συμβάσεων που παραθέτει στο υποβληθέν ΤΕΥΔ δεν προκύπτει ότι έχει εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών αντίστοιχου οικονομικού αντικειμένου με την προς σύναψη σύμβαση, η υποψήφια εταιρεία δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής ως προς την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα, σύμφωνα με τα ανωτέρω και η προσφορά της καθίσταται απορριπτέα. Συνεπώς, η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε ότι παρέλκει η περαιτέρω εξέταση και αξιολόγηση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά» της υποψήφιας εταιρείας. Εν συνεχεία, η Επιτροπή προχώρησε στον έλεγχο του ηλεκτρονικού υποφακέλου της τεχνικής προσφοράς της υποψήφιας επιχείρησης «...» και διαπίστωσε ότι περιείχε όλα τα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς που απαιτούνταν σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης, τα οποία ήταν πλήρη και σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. Ακολούθως η Επιτροπή προέβη στον έλεγχο του υποφακέλου της τεχνικής προσφοράς με τα έγγραφα που προσκομίστηκαν από την υποψήφια επιχείρηση σε έντυπη μορφή εντός της ορισθείσας προθεσμίας. Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι ο υποφάκελος ήταν πλήρης και περιείχε όλα τα απαιτούμενα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς που έπρεπε να προσκομιστούν σε έντυπη μορφή, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. Κατόπιν τούτων, η Επιτροπή προέβη στην τεχνική αξιολόγηση - βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς της υποψήφιας επιχείρησης «...» η οποία κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή, σύμφωνα με τα κριτήρια τεχνικής αξιολόγησης που αναφέρονται στον Πίνακα 1 των Κριτηρίων Αξιολόγησης της Διακήρυξης. Ακολούθως, συνέταξε τον Πίνακα 1 που ενσωματώνεται στο ως άνω πρακτικό σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, στον οποίο πίνακα υπολογίζεται η βαθμολογία της τεχνικής προσφοράς σε κάθε ένα από τα κριτήρια και ο τελικός βαθμός (B) της τεχνικής προσφοράς της ως άνω υποψήφιας επιχείρησης ανήλθε σε 106 μονάδες. Δυνάμει του ανωτέρω πρακτικού και για τους λόγους που αναγράφονται εν αυτώ, η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού, μετά την ολοκλήρωση της τεχνικής αξιολόγησης, εισηγήθηκε : Την αποδοχή της προσφοράς της υποψήφιας επιχείρησης «...», η οποία συνεχίζει στο επόμενο

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

στάδιο του διαγωνισμού, δηλαδή στην ηλεκτρονική αποσφράγιση, έλεγχο και αξιολόγηση του υποφακέλου της οικονομικής προσφοράς της, την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας «...», για τους λόγους που αναφέρονται παραπάνω και τον αποκλεισμό της από την περαιτέρω συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Την 08/05/2019 συνήλθε σε συνεδρίαση το διοικητικό συμβούλιο του ... (...)/... (...), και προέβη σε έγκριση του ως άνω πρακτικού Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης του Υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού (κάτω των ορίων) με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος γεωθερμικής αντλίας θερμότητας ανοικτού κυκλώματος για την κάλυψη θερμικών και ψυκτικών αναγκών στο Κλειστό Προθερμαντήριο του Σταδίου (γήπεδο "...") του Δήμου ..., (Αριθμ. Πρωτ. Διακήρυξης .../2019), Η ως άνω με ημερομηνία 15-05-2019 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου του ... (...)/... (...) έγκρισης του υπ' αρ. .../8-5-2019 πρακτικού αξιολόγησης, κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα την 15-5-2019.

3. Επειδή, κατά της τελευταίας αυτής πράξης, η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή με την οποία αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης. Η προδικαστική ασκήθηκε εμπρόθεσμα, δια καταθέσεως μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 24.05.2019, κοινοποιήθηκε, δε, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ αυθημερόν. Επειδή η προσφεύγουσα ως προσφέρουσα, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης,

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 (βλ. σκέψη 9) σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους της προσφεύγουσας και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Ωστόσο, σχετικά με τους ισχυρισμούς της περί απόρριψης της προσφοράς έτερων προσφερόντων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται – λαμβάνοντας υπόψη και τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα - από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230).

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

4. Επειδή συνεπώς η προσφεύγουσα μετ' εννόμου συμφέροντος επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατ' αρχήν κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της).

5. Επειδή, η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 28/05/2019 σε κάθε ενδιαφερόμενο μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, πλην όμως ουδεμία παρέμβαση κατετέθη.

6. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, πληρωθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., ποσού ευρώ εξακοσίων (600 €), και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σελίδας της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις από 03/06/2019 απόψεις της, σταλείσες αυθημερόν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, «υπεραμύνεται» της νομιμότητας της προσβαλλόμενης. Οι ως άνω απόψεις κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 04.06.2019.

8. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».*

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των*

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

10. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

11. Επειδή, ο ν. 4412/2016 που είναι εφαρμοστέος στον επίδικο διαγωνισμό, ορίζει στο Άρθρο 79 «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕ - ΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (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) [...] β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 [...]. 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 4. [...] 5. [...] 6. [...] 7. [...]». Άρθρο 93: «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: α) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 και την εγγύηση συμμετοχής [...]». Εξάλλου, ο ίδιος νόμος, με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα

222 - 338), με τις οποίες μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο η εφαρμοστέα εν προκειμένω οδηγία 2014/25/ΕΕ, ορίζει στο άρθρο 305 «1. [...] 2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό [...]», στο άρθρο 307 ότι «1. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του που τον συνδέουν με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους καθ' όλη την περίοδο ισχύος του συστήματος προεπιλογής, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό. Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.[...] 2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί

απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό. Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης[...], στο άρθρο 308 «1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80 και 81. 2. [...] 3. [...]», στο άρθρο 310 (Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών) ότι: «[...] 4. Ο αναθέτων φορέας 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 πρόκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσοнос σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που ο αναθέτων φορέας 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 της συγκεκριμένης προσφοράς 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 τον αναθέτοντα φορέα, εάν επίκειται αποκλεισμός του

προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

12. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις της Διακήρυξης και δη τον 2.2.6 όρο της διακήρυξης «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ορίζεται ότι : «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση,[...]». Σύμφωνα, δε, με την παράγραφο 2.2.8 (Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής) - (παρ.1. Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών) της διακήρυξης: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις των Λόγων Αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, και 2.2.6 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα IV το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986...». Επίσης, σύμφωνα με την παρ. 2.2.8.2 (Αποδεικτικά μέσα) περ. Β.1 και Β.4. της διακήρυξης:«Β.1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν στο στάδιο πριν την κατακύρωση, τα παρακάτω δικαιολογητικά:...» «Β.4. α) Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 περ. α οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων προμηθειών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη, για είδη που σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης. Οι παραδόσεις αποδεικνύονται, εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του εντολέα ή, εφόσον τούτο δεν είναι δυνατόν, με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα.».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...].

14. Επειδή, το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

15. Επειδή, το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» προβλέπει ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης. ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην

περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) Προσφορά υπό αίρεση.[...].

16. Επειδή, το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι «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 ήσσονος 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».

17. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί τον διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους, επιβάλλεται δε να προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Επομένως, δεν είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου λόγω της μη προσκόμισης διαφορετικών από τα προβλεπόμενα ή και επί πλέον δικαιολογητικών συμμετοχής που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο (ΣτΕ 1328/2008, ΕπΑνΣτΕ 382/2015, 79/2010).

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

19. Επειδή, από το παρατιθέμενο στη ως άνω οικεία σκέψη το περιεχόμενο της Διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού προκύπτει ότι οι προσφορές και τα απαιτούμενα δικαιολογητικά υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στην Διακήρυξη. Η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική, 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, όπερ συνάγεται ότι σε περίπτωση απόκλισης της προσφοράς διαγωνιζομένου από απαράβατους όρους της διακηρύξεως έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές.

20. Επειδή, συνεπώς η Διακήρυξη του διαγωνισμού 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 VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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 κ.λπ.). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. 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 (ΔΕΕ C-19/00, SiacConstructionLtd, Απόφαση της 18.10.2001, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση της 25.04.1996, σκέψη 54 κ.λ.π.). Εξάλλου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 171/2018), ισχυρισμοί που αφορούν τη νομιμότητα, αναγκαιότητα, καταλληλότητα και σκοπιμότητα όρων διακήρυξης που δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως, δεν δύνανται να τύχουν παραδεκτής επίκλησης το πρώτον κατά

το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών, αφού, δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακηρύξεως ως και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι μετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οιοδήποτε έννομο συμφέρον για τη μεταγενέστερη προβολή τους, λόγω και της αρχής της αυτοτέλειας των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Αυτή έχει ως συνέπεια της την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, άρα και του παρεμπόπτοντος ελέγχου των όρων της διακήρυξης κατά την εξέταση προσφυγής που αφορά το στάδιο της αξιολόγησης και μάλιστα, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Τα ως άνω θεμελιώνονται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 99/2018, 346/2017, 184/2017).

21. 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).

22. Επειδή, οι διαγωνιζόμενοι φέρουν την ευθύνη για τη νόμιμη σύνταξη της προσφοράς τους, το περιεχόμενο της οποίας δεσμεύει τον προσφέροντα (Α.Ε.Π.Π. 102/2018).

23. Επειδή, ως προαναφέρθηκε, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους, και για το λόγο ακριβώς αυτό επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σ' αυτή τα προσόντα που απαιτούνται για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της αίτησης συμμετοχής, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Με βάση την αρχή της τυπικότητας της

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

διαγωνιστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους (τύπους) με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο (ΣΤΕ 1971. 1970, 1969/2013, ΕΑ ΣΤΕ 689/2011, ΕΣ Τμημ. VI 2495/2009, 1949/2009 κ.α.). Ο αποκλεισμός του υποψηφίου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Επομένως, δεν μπορούν να προβληθούν βάσιμα λόγοι ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου από τον διαγωνισμό στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας ή ότι έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και κατά κατάχρηση εξουσίας των οργάνων του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2889/2011). Η παράλειψη υποβολής ή η μη προσήκουσα υποβολή ενός και μόνον δικαιολογητικού ή εγγράφου δικαιολογεί τον αποκλεισμό από τη διαγωνιστική διαδικασία. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού πρέπει να ερευνά τον φάκελο ενός εκάστου των διαγωνιζομένων και, αν από τον σχετικό έλεγχο διαπιστώσει ότι ελλείπει παντελώς δικαιολογητικό, που προβλέπεται από το νόμο ή από τους όρους της διακήρυξης, οφείλει να προβεί, άνευ ετέρου, στον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου. Έχει συναφώς κριθεί ότι οι υποψήφιοι δεν μπορούν να προσάπτουν στην αναθέτουσα αρχή την έλλειψη τήρησης κάποιας υποχρέωσης, δεδομένου ότι η ασάφεια της προσφοράς οφείλεται σε δική τους παράλειψη να επιδείξουν τη δέουσα επιμέλεια κατά τη σύνταξη του σχετικού φακέλου, επιμέλεια η οποία άλλωστε απαιτείται από όλους τους υποψηφίους (ΔΕΚ C-599/2010 ΔΕΚ, σκ. 38), ενώ η υποχρέωση αποκλεισμού υποψηφίου υφίσταται και στην περίπτωση που η ελλιπής υποβολή της προσφοράς οφείλεται σε παραδρομή του υποψηφίου (ΣΤΕ ΕΑ 696/2009, ΔΕφΠειρ (Ασφ) 56/2013).

24. 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

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

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,

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

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 393/2019).

25. Επειδή, η διαγραφόμενη με τις διατάξεις του άρθρου 102 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).

26. Επειδή, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, οι διαγωνιζόμενοι δεσμεύονται από τα δηλωθέντα με την προσφορά τους, την ευθύνη της ορθής σύνταξης της οποίας φέρουν και η οποία δεν μπορεί να τροποποιηθεί μετά την υποβολή της. Εξάλλου, το ΕΕΕΣ δεν είναι δυνατό να τροποποιηθεί μετά την υποβολή του (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 184/2017 σκ.9, ΕΑ ΣτΕ 867/2009, 422/2009, 1211/2008, 1319/2007). Τούτο, δε, ακόμη κι αν η τυχόν εσφαλμένη συμπλήρωση έγινε εκ παραδρομής [βλ. ΣτΕ ΕΑ 696/2009, ΔΕφΠειρ (Ασφ) 56/2013].

27. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι *«Σύμφωνα με τον υπό στοιχείο 2.2.6 όρο της διακήρυξης «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ορίζεται ότι : «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικειμένου με την προς σύναψη σύμβαση.[...]» Για την πλήρωση της ως άνω απαίτησης η εταιρεία μας, στο υποβληθέν ΤΕΥΔ, και στο οικείο πεδίο αυτού, όπου έπρεπε να παρατεθεί κατάλογος εργασιών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικειμένου προμήθειας, όπως απαιτείται από τη διακήρυξη υπέβαλε τον οικείο κατάλογο με τις συναφείς συμβάσεις που έχει εκτελέσει. Επιπλέον προς απόδειξη των αναγραφόμενων, έχει υποβάλλει*

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

αντίστοιχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των εν λόγω συμβάσεων που τις χορηγήθηκαν, καθώς επίσης και ξεχωριστό κατάλογο παραδοτέων. Διευκρινίζεται ωστόσο, ότι τα ποσά του οικονομικού αντικείμενου των συμβάσεων που εκτελέστηκαν, τα οποία αναφέρονται τόσο στο ΤΕΥΔ όσο και στον κατάλογο παραδοτέων, αφορούν αποκλειστικά και μόνο στην προμήθεια των συστημάτων γεωθερμίας που εκτελέσαμε. Επιλέξαμε ωστόσο τις συγκεκριμένες, όπως ζητήθηκαν από τη Διακήρυξη, προς απόδειξη της εμπειρίας μας σε αντίστοιχες προμήθειες. Η εγκατάσταση των συστημάτων, όπως περιγράφονται στις αναφερόμενες συμβάσεις, αποφέρει επιπλέον κόστος το οποίο δεν κρίναμε σκόπιμο να αναγράψουμε. Είναι συνεπώς σαφές με βάση τα παραπάνω, ότι πληρούμε τις προδιαγραφές της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ το οικονομικό αντικείμενο της προμήθειας του απαιτούμενου εξοπλισμού, στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού, υπερκαλύπτεται από τις συμβάσεις που έχουμε εκτελέσει στο παρελθόν και επικαλεστήκαμε. Συμπληρωματικά με τα ανωτέρω, αναφέρουμε ότι η απαίτηση αφορά «τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών». Στην περίπτωση μας έχουμε εκτελέσει πλήθος συμβάσεων, εκ των οποίων προκύπτει αθροιστικά το οικονομικό αντικείμενο, και μάλιστα υπερδιπλάσιο του συνόλου του οικονομικού αντικείμενου του παρόντος διαγωνισμού. Επισημαίνουμε ότι ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης δεν θα πρέπει να παρερμηνευθεί ώστε να μην επιτρέπει την άθροιση των οικονομικών αξιών των συμβάσεων που έχουν εκτελεστεί κατά την τελευταία τριετία από τους συμμετέχοντες».

28. Επειδή, ως προς τον συγκεκριμένο λόγο, από τα έγγραφα του φακέλου, προκύπτει ότι κατά τα δηλωθέντα από την ίδια στο επίμαχο πεδίο του υποβληθέντος εκ μέρους της ΕΕΕΣ και τα στοιχεία που έχουν προσκομισθεί προς απόδειξη δεν πληροί την απαίτηση της Διακήρυξης που αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα σύμφωνα με την οποία απαιτείται: κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχει εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση. Κατά τη σαφή, δε, απαίτηση της Διακήρυξης, ο συγκεκριμένος όρος αναφέρεται σε μία (1) τουλάχιστον μεμονωμένη σύμβαση και όχι σε περισσότερες συμβάσεις που αθροιστικά μπορεί να αντιστοιχούν στο

οικονομικό αντικείμενο της. Εκ του προβαλλόμενου, δε, λόγου, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι οι δηλωθείσες εκ μέρους της συμβάσεις δεν πληρούν η καθεμία την απαίτηση της Διακήρυξης ως προς το οικονομικό αντικείμενο. Για το λόγο δε αυτό η προσφεύγουσα ερμηνεύει τον επίμαχο όρο ως απαιτούντα περισσότερες συμβάσεις που αθροιστικά μπορεί να αντιστοιχούν στο οικονομικό αντικείμενο της προς σύναψη σύμβασης. Πλην, όμως, κατά τα ανωτέρω ο σχετικός ισχυρισμός προβάλλεται αβασίμως, δεδομένης της κατά τα ως άνω σαφήνειας της απαίτησης του επίμαχου όρου.

29. Επειδή, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν και να αποκλείουν εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, οι οποίοι δεν πληρούν κριτήρια φερεγγυότητας και εντιμότητας ή δεν διαθέτουν τα επαγγελματικά προσόντα, την "καταλληλότητα", για την εκτέλεση της σύμβασης. Το στάδιο αυτό, που προηγείται εκείνο της ανάθεσης, αποτελεί το στάδιο της ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων. Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι ο ορισμός ελάχιστου επιπέδου κριτηρίου τεχνικών ή επαγγελματικών ικανοτήτων ενισχύει την ασφάλεια δικαίου στις υπό σύναψη συμβάσεις και περιορίζει τους κινδύνους κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Με το στάδιο λοιπόν της ποιοτικής επιλογής η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να ελέγχει και να αποκλείει εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, χωρίς να διαθέτουν μεταξύ άλλων τα ελάχιστα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα και την καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Στο πλαίσιο αυτό, ελέγχεται η κάλυψη των τιθέμενων στη Διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική επαγγελματική ικανότητα, προσδιορίζοντας τα ανάλογα μέσα απόδειξης από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016. Άλλωστε, η ερμηνεία που η προσφεύγουσα επιχειρεί, ώστε να

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

καλύψει την έλλειψη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας ως προς το κριτήριο της παρ. 2.2.6 περ. α της διακήρυξης, της έλλειψης εκτέλεσης δηλαδή τουλάχιστον μίας (1) σύμβασης αντίστοιχου οικονομικού αντικειμένου με την προς σύναψη σύμβαση (σύμφωνα με τα δηλωθέντα από την ίδια μέσω του υποβληθέντος Τ.Ε.Υ.Δ. της στοιχεία), θα παραβίαζε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στον παρόντα διαγωνισμό. Επιπρόσθετα, η ορθή συμπλήρωση του Τ.Ε.Υ.Δ. από την προσφεύγουσα και η δήλωση στο οικείο πεδίο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμβάσεων αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικειμένου που έχει εκτελέσει κατά την τελευταία τριετία αποτελεί αποκλειστικά δική της ευθύνη. Εξάλλου, και τα προσκομισθέντα προς απόδειξη έγγραφα δεν διαφοροποιούν το περιεχόμενο των δηλωθέντων με το επίμαχο ΤΕΥΔ. Στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις των Λόγων Αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 και ότι β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στη διακήρυξη Παράρτημα IV, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα εταιρεία είχε συμπληρώσει τα σχετικά πεδία ως προς την επικαλούμενη τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα. Οι δηλωθείσες συμβάσεις από την προσφεύγουσα εταιρεία ως αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικειμένου με την προς σύναψη σύμβαση, αφορούν σύμφωνα με τα όσα αναφέρει στην προσφυγή της, συμβάσεις προμήθειας γεωθερμικής αντλίας. Και το πρώτον τώρα, με την υπό κρίση προσφυγή της, αφού ήδη έχει υποβάλει τα δικαιολογητικά συμμετοχής, επιχειρεί να διασώσει την προσφορά της, διευκρινίζοντας ότι τα ποσά των συμβάσεων που έχει δηλώσει αφορούν μόνο την προμήθεια και ότι η εγκατάσταση των συστημάτων, όπως περιγράφονται στις αναφερόμενες συμβάσεις της, αποφέρει επιπλέον κόστος το οποίο δεν

έκρινε σκόπιμο να αναγράψει. Εκτός του ότι ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας έτσι όπως διατυπώνεται (*«Η εγκατάσταση των συστημάτων, όπως περιγράφονται στις αναφερόμενες συμβάσεις, αποφέρει επιπλέον κόστος το οποίο δεν κρίναμε σκόπιμο να αναγράψουμε»*) είναι παντελώς αόριστος, προβάλλεται και αβασίμως καθώς εκ της διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού, όπως παρατίθενται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης προκύπτει σαφώς ότι περιλαμβάνει και εργασίες εγκατάστασης, αφού και ο τίτλος του διαγωνισμού αναφέρεται και σε εγκατάσταση, όχι μόνο σε προμήθεια εξοπλισμού. Τούτο όμως δεν μπορεί να συμβεί με την προσφυγή της και δεν δύναται να προστεθούν σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 εκ των υστέρων πληροφορίες που θέλει να προσθέσει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας στην προσφορά του, δεδομένου ότι δεν πληρούται από τα υποβληθέντα υποχρεωτικός όρος της διακήρυξης.

30. Επειδή, επομένως, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτέος.

31. Επειδή, επικουρικά, σε κάθε περίπτωση, ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως βάλλει κατά όρου της διακήρυξης αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του οικονομικού φορέα που τίθεται ως κριτήριο επιλογής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, η απαίτηση που τέθηκε σχετικά με το εν λόγω κριτήριο επιλογής *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση, [...]»* είναι όρος σαφής, συγκεκριμένος και δεν επιδέχεται αμφίσημη ερμηνείας. Όταν από τη διακήρυξη ορίζεται ως ελάχιστη απαίτηση η εκτέλεση μιας (1) τουλάχιστον σύμβασης προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση, είναι, όπως προαναφέρθηκε, προφανές ότι ο συγκεκριμένος όρος αναφέρεται σε μία (1) τουλάχιστον μεμονωμένη σύμβαση και όχι σε περισσότερες συμβάσεις που αθροιστικά μπορεί να αντιστοιχούν στο οικονομικό αντικείμενο της προς σύναψη σύμβασης. Περαιτέρω, απαραδέκτως και ανεπικαίρως η

προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά του ως άνω όρου της διακήρυξης με την ευκαιρία προβολής του συγκεκριμένου ισχυρισμού, λαμβάνοντας υπόψη ότι με τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό αποδέχθηκε τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης ανεπιφύλαχτα, ουδέποτε αμφισβήτησε κάποιον εξ αυτών μέσω της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης και ουδέποτε ζήτησε οποιαδήποτε διευκρίνιση ως προς τον συγκεκριμένο επίμαχο όρο της διακήρυξης.

32. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» υποστηρίζοντας ότι έχει εμφιλοχωρήσει άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων και επιβάλλεται η απόρριψη της προσφοράς του ως άνω έτερου διαγωνιζόμενου στα πλαίσια της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης.

33. Επειδή, στοιχειοθετείται εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης, εφόσον προβάλλει παραδεκώς η προσφεύγουσα ότι προσφορά έτερου συμμετέχοντος έγινε δεκτή παρόλο που παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την προσφορά της ίδιας: για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξ αιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική της τεχνική προσφορά (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν χώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 311, 1132/2009, Φίλης Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3386/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 100).

34. Επειδή, σχετικά με το σκέλος Α του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προσφυγής, με τον οποίο η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης, προβάλλεται ότι *«Κατόπιν ενδεδειγμένου ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς του έτερου συμμετέχοντα «...», διαπιστώσαμε ότι η προσφορά του πάσχει από σωρεία πλημμελειών, οι οποίες επισύρουν την ποινή του αποκλεισμού του από την συνέχεια του διαγωνισμού, και ειδικότερα: Σύμφωνα με τον υπό στοιχείο 2.2.6 όρο της*

διακήρυξης «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ορίζεται ότι : «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση,...] Για την εν λόγω απαίτηση του και ο διαγωνιζόμενος «...» αναφέρει στο υποβληθέν εκ μέρους του ΤΕΥΔ, στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, και επικαλείται δύο συμβάσεις, οι οποίες όπως περιγράφονται αφορούν: Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος γεωθερμικής αντλίας, αξίας 41.788,00€ στο ΚΑΠΕ- Γεωθερμική αντλία θερμότητας στο, αξίας 131.184,57€ στο Δήμο Για τις εν λόγω συμβάσεις δεν έχει κατατεθεί κάποιο αποδεικτικό έγγραφο από όπου να προκύπτει σαφώς το φυσικό και το αντίστοιχο οικονομικό αντικείμενο αυτών. Ωστόσο, προβήκαμε σε ενδελεχή αναζήτηση των συμβάσεων που επικαλείται ο κ. Όπως διαπιστώσαμε η σύμβαση αξίας 131.184,57€ που εκτελέστηκε με αναθέτουσα αρχή τον Δήμο ... αφορά την εκτέλεση έργου και όχι προμήθειας, όπως απαιτείται από τη διακήρυξη, καθώς επίσης και ότι τόσο το οικονομικό όσο και το φυσικό αντικείμενο αυτής, ουδεμία σχέση προκύπτει να έχει με τα αντίστοιχα αντικείμενα του παρόντος διαγωνισμού....Στην περίπτωση του παρόντος διαγωνισμού πρόκειται για σύμβαση προμήθειας με κωδικό CPV Είναι, λοιπόν, σαφές ότι το φυσικό αντικείμενο μίας σύμβασης έργου είναι τελείως διαφορετικό από το φυσικό αντικείμενο μιας σύμβασης προμήθειας. Επιπλέον ο χαρακτηριστικός κωδικός αντικείμενου CPV του παρόντος διαγωνισμού είναι τελείως διαφορετικός από τον αντίστοιχο της Σύμβασης που εκτέλεσε ο ..., στα πλαίσια της επικαλούμενης σύμβαση με αναθέτουσα αρχή τον Δήμο ..., γεγονός το οποίο υποδηλώνει καταφανώς ότι πρόκειται για δύο διαφορετικά αντικείμενα εργασιών. Επιπλέον, ως προς το περιεχόμενο της εν λόγω σύμβασης έργου επισημαίνουμε ότι, το σύνολο του οικονομικού αντικείμενου αυτής δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να είναι συγκρίσιμο με το οικονομικό αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού καθώς εμπεριέχει και εργολαβικό όφελος, απρόβλεπτα και εργασίες που ουδεμία σχέση έχουν με το φυσικό αντικείμενο του εν θέματι διαγωνισμού. Ακολούθως και από μία

εκτενέστερη ανάλυση του προϋπολογισμού της σύμβασης που επικαλείται ο διαγωνιζόμενος «...» με το Δήμο ... μπορούμε να διακρίνουμε τα εξής: Στο φυσικό αντικείμενο αυτής εμπεριέχεται: • Γεωθερμική αντλία θερμότητας νερού θερμικής ισχύος 160 IM κόστους μετά την έκπτωση 16.826,21€. • Γεωθερμικός εναλλάκτης κατακόρυφος 39.417,00€. Με βάση τα ανωτέρω γίνεται άμεσα αντιληπτό ότι η αναλογία του κόστους μεταξύ του εναλλάκτη και της αντλίας είναι τελείως διαφορετική με εκείνη του παρόντος διαγωνισμού γεγονός το οποίο υποδηλώνει ότι πρόκειται για διαφορετικό εξοπλισμό με άλλη τεχνολογία. Επομένως σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η σύμβαση έχει παρόμοιο φυσικό αντικείμενο και ακόμη περισσότερο σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι το οικονομικό αντικείμενο αυτής αφορά σε προμήθεια αντίστοιχου φυσικού αντικείμενου με τον διαγωνισμό. Επίσης όπως διακρίνουμε την μελέτη και τον προϋπολογισμό του συγκεκριμένου έργου την υπογράφει ο κος Μαργαρίτης Νικόλαος ο οποίος αποτελεί και μέλος της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού. Γίνεται αντιληπτό ότι γνώριζε ότι η σύμβαση που επικαλείται ο κος ... αφορά σύμβαση έργου και θα έπρεπε να αξιολογηθεί αρνητικά η τεχνική του προσφορά. Λαμβάνοντας, συνεπώς, υπόψη τα ανωτέρω, δεν προκύπτει από τα έγγραφα της προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» ότι πληρούται ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης περί εκτελέσεως τουλάχιστον μιας (1) σύμβασης προμηθειών αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση και επομένως δεν πληροί τις απαιτήσεις της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που ορίζει η διακήρυξη. Η μη πλήρωση της εν λόγω επί ποινή απόρριψης απαίτησης της Διακήρυξης, αποτελεί παράβαση ουσιώδους όρου του διαγωνισμού και για τον λόγο αυτό αιτούμαστε να απορριφθεί η προσφορά του διαγωνιζόμενου «...» και να αποκλειστεί από την συνέχεια του διαγωνισμού».

35. Επειδή, ως προς το ως άνω σκέλος Α του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι: Από την συνδυαστική ερμηνεία των όρων της Διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στις αντίστοιχες ρυθμίσεις του Ν. 4412/2016, και, κυρίως με τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 79 αυτού, έχουν την έννοια ότι ο (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

προσφορά» δεν απαιτείται να περιλαμβάνουν και την υποβολή των αφορώντων την πλήρωση του κατά την παρ. 2.2.6 περ. α της Διακήρυξης κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αποδεικτικών , όπως πιστοποιητικά ή υπεύθυνες δηλώσεις περί των δηλωθεισών συμβάσεων προμηθειών. Τούτο δε διότι η Διακήρυξη στο στάδιο αυτό δεν διαλαμβάνει ρητώς υποχρέωση περί υποβολής των αποδεικτικών του εν λόγω κριτηρίου, αλλ' αρκείται καταρχήν προς πιστοποίηση των κατά την παρ. 2.2.6 αυτής κριτηρίων ποιοτικής επιλογής στην προσκόμιση του Τ.Ε.Υ.Δ., το οποίο αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των αναλυτικώς αναφερομένων στη Διακήρυξη πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και υποβάλλεται σε έντυπο μορφοποιημένο από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το τυποποιημένο έντυπο. Ενόψει δε της τυποποίησης του συγκεκριμένου εγγράφου, της σαφούς πρόβλεψης της Διακήρυξης περί υποχρέωσης του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει τα απαραίτητα δικαιολογητικά πριν από την έκδοση της πράξης κατακύρωσης, της κατά το άρθρο 79 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 δυνατότητας της Αναθέτουσας Αρχής να ζητεί την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά πάσα στάση του διαγωνισμού, αλλά και της επιβολής κυρώσεων (κατάπτωση εγγυητικής επιστολής σύμφωνα με το άρθρο της 5.1δ της Διακήρυξης, ποινικές κυρώσεις σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ.6 ν.1599/86) σε περίπτωση ψευδούς ή ανακριβούς δήλωσης στο Τ.Ε.Υ.Δ., δεν απαιτείτο η προσκόμιση των επίμαχων πιστοποιητικών κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών, η δε μη προσκόμιση αυτών δεν αποτελεί νόμιμο λόγο αποκλεισμού του διαγωνιζομένου, καθώς στο στάδιο της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου ήτοι στην κατακύρωση του διαγωνισμού προβλέπεται ρητά η ύπαρξη των αποδεικτικών εγγράφων της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παρ. 2.2.6 περ. α της διακήρυξης κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στο άρθρο περ. Β4 αυτής (Βλ. ΜονΔιοικΕφΘεσ/νικης Ν62/2018). Σημειωτέον η ύπαρξη σχετικού αποδεικτικού εγγράφου για το αντικείμενο των συμβάσεων που επικαλείται ο υποψήφιος κ. ... κατά την τελευταία τριετία δεν ήταν προαπαιτούμενο κατά τη διακήρυξη καθώς βάσει των ανωτέρω και από την διακήρυξη τους όρους της οποίας όφειλε ρητά να γνωρίζει ο κάθε υποψήφιος, στο στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης των

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

κριτηρίων επιλογής αρκούν τα δηλωθέντα στο Τ.Ε.Υ.Δ., λαμβάνοντας υπόψη των όσων ανωτέρω αναλύθηκαν. Περαιτέρω υποβολή αποδεικτικών στοιχείων για την πλήρωση του συγκεκριμένου κριτηρίου λαμβάνει χώρα κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε πρόσθετα κάποια αποδεικτικά έγγραφα δεν δύναται να λειτουργήσει σε βάρος του άλλου διαγωνιζόμενου που απλώς συμμορφώθηκε με τους όρους της διακήρυξης. Ενόψει λοιπόν των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζόμενου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008). Στο στάδιο αυτό η Επιτροπή διαγωνισμού αρκέστηκε στη δήλωση της εκτελεσθείσας και επικαλούμενης από τον κ. ... σύμβασης στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού για την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα. Η σύμβαση αυτή έχει τίτλο «Γεωθερμική αντλία θερμότητας στο ... - ... στην κοινότητα ...» και είναι ύψους 131.275,94 ευρώ, ήτοι καταρχήν αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προς σύναψη σύμβαση. Συνεπώς σύμφωνα με τα όσα αναλύθηκαν ανωτέρω, νομίμως έκρινε η Επιτροπή ότι ο ... πληροί το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παρ. 2.2.6 περ. α της διακήρυξης και έκρινε αποδεκτή την συμμετοχή του στον εν λόγω διαγωνισμό. Περαιτέρω, κατά την προμήθεια προϊόντων είναι δυνατή και συχνά αναγκαία η συμπερίληψη στο συμβατικό αντικείμενο κάποιων απαραίτητων για την ορθή λειτουργία και εξυπηρέτηση του συμβατικού σκοπού εκ του προμηθευόμενου προϊόντος, συνοδευτικών εργασιών και υπηρεσιών, όπως η εγκατάσταση ή/και η αποξήλωση προηγούμενου εγκατεστημένου προϊόντος μαζί με απομάκρυνση τυχόν γαιών και υλικών που το περιβάλλουν και το συνδέουν με μη σταθερό τρόπο με το έδαφος ή ακίνητο. Σε αυτή δε την περίπτωση μάλιστα, δεν πρόκειται για μεικτή σύμβαση προμήθειας υπηρεσίας, αλλά κατ' ακριβολογία

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

για αμιγή προμήθεια, σύμφωνα με την περ. 8 του άρθρου 2 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Προϋπόθεση όμως προς τούτο είναι ότι οι παραπάνω εργασίες λαμβάνουν χώρα συμπληρωματικά και επικουρικά στην ίδια τη λειτουργία του προϊόντος, με αποτέλεσμα αυτές να μην να είναι κρίσιμες για την τελευταία, αλλά ουδόλως να προσδιορίζουν και να συμβάλουν στα τελικά χαρακτηριστικά και τη διαμόρφωση του τεχνικοοικονομικού προσδιορισμού του αποτελέσματος υλοποίησης του συμβατικού αντικειμένου, η οποία εξαρτάται αποκλειστικώς από τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος (οι δε εργασίες τοποθέτησης, εγκατάστασης κλπ αποτελούν απλώς όρο για την ανάδειξη και απόδοση σε πραγματικές συνθήκες των τελευταίων). Εξάλλου, έχει κριθεί ότι ακόμη και οι επιμέρους εργασίες εκσκαφών, καθαιρέσεις μεμονωμένων στοιχείων από σκυρόδεμα (ΕλΣυν Τμ VII Πρ. 226/2011), επιμέρους χωματοουργικές εργασίες (ΕλΣυν Τμ VII Πρ. 331/2010, 326/2009, 104/2012), οι καθαιρέσεις κτισμάτων και αποξηλώσεις υλικών (ΕλΣυν Τμ VII Πρ. 316/2010), οι φορτοεκφορτώσεις προϊόντων γαιωδών και ημιβραχωδών εδαφών, άμμου θαλάσσης και αμμοχάλικων προς μεταφορά και απόρριψη (ΕλΣυν Τμ VII Πρ. 125/2010) δεν συνιστούν δημόσιο έργο, αλλά εργασίες εμπίπτουσες στην έννοια της υπηρεσίας και συνεπώς, είτε μεμονωμένες είτε, πολύ περισσότερο, στο πλαίσιο εγκατάστασης προμηθευόμενου προϊόντος ή παροχής μιας έτερης υπηρεσίας, δεν δύνανται να αποκτήσουν τον χαρακτήρα μέρους της σύμβασης που αποτελεί στοιχείο έργου και ούτως μια τέτοια σύμβαση δεν είναι ούτε καν μεικτή σύμβαση έργου και προμήθειας ή έργου και υπηρεσίας αλλά αμιγής προμήθεια ή αμιγής υπηρεσία (ΑΕΠΠ 590/2018). Επιπρόσθετα, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι λυσιτελώς προβάλλεται ως άνω ισχυρισμός εκ μέρους της προσφεύγουσας εταιρείας, το κρίσιμο στοιχείο, βάσει των όσων αναλύθηκαν δεν είναι ο χαρακτηρισμός της σύμβασης, αλλά το είδος του εξοπλισμού που εγκαταστάθηκε και των εργασιών που εκτελέσθηκαν, ώστε να κριθεί αν ο υποψήφιος οικονομικός φορέας διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Στην εν λόγω περίπτωση, προκύπτει σαφώς ότι η προηγούμενη σύμβαση που επικαλείται ο κ. ... με αναθέτουσα αρχή το Δήμο ..., ανεξαρτήτως του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου υποβλήθηκε, αφορά σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης εξοπλισμού

(γεωθερμικής αντλίας). Ουδεμία έννομη επιρροή ασκεί ο χαρακτηρισμός της σύμβασης από τα συμβαλλόμενα μέρη καθώς κρίσιμο είναι το αντικείμενο που αφορά αυτή. Τυγχάνουν λοιπόν απορριπτέα τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα εταιρεία ως νόμω και ουσία αβάσιμα .

36. Επειδή, με τα σκέλη Β και Γ του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προσφυγής προβάλλεται ότι: «*Β. Σύμφωνα με το άρθρο 92 παράγραφος 4 του Ν. 4412/2016 περί Δημοσίων Συμβάσεων, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παράγραφος 8 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α 52/1-4-2019), ισχύουν τα εξής: «Οι προσφορές και οι αιτήσεις συμμετοχής και τα περιλαμβανόμενα σε αυτές στοιχεία συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα....Ωστόσο, ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος εν προκειμένω προσκόμισε τα απαραίτητα δικαιολογητικά προς τεκμηρίωση της πλήρωσης του όρου 2.4.3.2 της διακήρυξης, για τον τρόπο σύνταξης της τεχνικής προσφοράς, που προβλέπει την υποβολή πιστοποιητικών ποιότητας και συμμόρφωσης των κυριότερων μηχανημάτων (υποβρύχιας αντλίας, ΓΑΘ, εναλλάκτη και αντλιών κυκλοφορίας) σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, ήτοι πιστοποιητικά ISO και πιστοποιητικό/δήλωση συμμόρφωσης CE-όπως αυτά προβλέπονται στον ως άνω όρο της υπ' Διακήρυξης-σε απλά φωτοτυπικά αντίγραφα μη μεταφρασμένα, όχι πρωτότυπα, και χωρίς επικύρωση από δικηγόρο όπως προβλέπεται στο άρθρο 1 του Ν. 4250/2014. Επιπροσθέτως, προσκομίστηκαν στην αγγλική γλώσσα και όχι σε επίσημη ελληνική μετάφραση, προϋπόθεση η οποία ορίζεται στο άρθρο 92 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό ίσχυε τόσο πριν, όσο και μετά την τροποποίηση του με το Ν. 4605/2019. Επομένως, τα πιστοποιητικά που ο ανωτέρω διαγωνιζόμενος προσκόμισε προς απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων ποιοτικής επιλογής του διαγωνισμού δεν πληρούν τις νόμιμες προϋποθέσεις επικύρωσης και μετάφρασης αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων παραβιάζοντας το άρθρο 2.4.1. της σχετικής Διακήρυξης - αντίστοιχα το άρθρο 92 του Ν. 4412/2016 περί Δημοσίων Συμβάσεων- και το άρθρο 1 παράγραφος 2 α' και β' του Ν. 4250/2014. Γ. Σύμφωνα με το υπ'. Αρ .../8-5-2019 Πρακτικό Αξιολόγησης, συντάχθηκε για τη διαγωνιζόμενη επιχείρηση ο παρακάτω*

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

Πίνακας 1, για τη Βαθμολογία Τεχνικής Προσφοράς της υποψήφιας επιχείρησης «...», ήτοι :

A/A	Κριτήρια ανάθεσης	Συντελεστής Βαρύτητας	Βαθμολογία 1 (Pi)	Σταθμισμένη Βαθμολογία {σί χ βί) χ βί)
K1	Συμφωνία προσφοράς με τις ελάχιστες απαιτούμενες Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης	40%	100	40
K2	Πληρότητα, Λειτουργικότητα και Αποδοτικότητα προσφερόμενου εξοπλισμού με βάση τις απαιτήσεις της Διακήρυξης	20%	100	20
K3	Εγκατάσταση - Τεχνική υποστήριξη - Συντήρηση μετά την παράδοση	20%	120	24
K4	Εγγύηση καλής λειτουργίας	10%	100	10
K5	Χρόνος παράδοσης	10%	120	12
Βαθμός τεχνικής προσφοράς (B)		100%		106
Μέγιστος βαθμός τεχνικής αξιολόγησης (Bmax)				106
Τελικός βαθμός τεχνικής προσφοράς (ΙΤΠ)				1

Σχετικά με το Κριτήριο K4, Η εγγύηση καλής λειτουργίας του προσφερόμενου εξοπλισμού συμφωνεί πλήρως με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Ωστόσο, επισημαίνεται ότι ο εν λόγω διαγωνιζόμενος ουδέποτε υπέβαλε με τα έγγραφα της προσφοράς του σχετική δήλωση την οποία θα εγγυάται την καλή λειτουργία των υπό προμήθεια ειδών. Παρόλα αυτά από τον ανωτέρω πίνακα γίνεται εμφανές ότι και λήφθηκε υπόψη ένα μη υποβληθέν έγγραφο αλλά «Η Τεχνική Προσφορά πρέπει να περιέχει κατ' ελάχιστο τα ακόλουθα: • [...] Υπεύθυνη δήλωση των κατασκευαστών των κυριότερων μηχανημάτων (υποβρύχιας αντλίας, ΓΑΘ, εναλλάκτη και αντλιών κυκλοφορίας) περί παροχής ανταλλακτικών έως τις 31.01.2025.» Ωστόσο, κατά παράβαση του ανωτέρω

σαφούς όρου της διακήρυξης, ο διαγωνιζόμενος υπέβαλε μεν σχετικές δηλώσεις, οι οποίες όμως δεν προέρχονται από τους κατασκευαστές των μηχανημάτων αλλά από τον προμηθευτή αυτού (Έγγραφο Βεβαίωση ανταλλακτικών ..., το οποίο το υπογράφεται από τον Νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρίας ... που είναι προμηθευτής του πλακοειδή ενναλάκτη ..., Πρόκειται συνεπώς για ουσιώδεις παραλείψεις του έτερου συμμετέχοντα και πλημμέλειες, από τις οποίες πάσχουν τα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής αλλά και τα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς του, ενώ η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αποκλείσει τη συμμετοχή του από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού λόγω της σχετικής παραλείψεως».

37. Επειδή, με τους ως άνω ισχυρισμούς, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» υποστηρίζοντας την μη πλήρωση έτερων τεχνικών προδιαγραφών και απαιτήσεων της διακήρυξης.

38. Επειδή, εν προκειμένω, ως προελέχθη, οι επικαλούμενες ως άνω πλημμέλειες της προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» αφορούν σε διαφορετικούς όρους της διακήρυξης από τον όρο – τεχνική προδιαγραφή που οδήγησε στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας (βλ. σκ. 33). Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Συνιστά, δε, έτερο ζήτημα η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, βάσει της αρχής της νομιμότητας, να ανακαλέσει – εφόσον κρίνει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις – τυχόν παράνομη ατομική διοικητή πράξη (βλ. ΣτΕ 4026/2008).

39. Επειδή, όλως επικουρικός, ακόμη και εάν ήθελε εκτιμηθεί η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, σε ένα σχετικά πρώιμο στάδιο (αξιολόγηση τεχνικών προσφορών), με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας {βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 «Fastweb SpA» και C-689/13 «Puligienica Facility Esco SpA» (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής

Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 [απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, «Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik»], έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» [άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ´. στις δύο Οδηγίες] είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα} καταρχήν η εν λόγω προσφεύγουσα ουδέν σχετικό αναφέρει προς απόπειρα θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός της ως προς τις αιτιάσεις της κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δεδομένου ότι ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον ακόμη και στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως 'μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού' και εγγυητής της διαφάνειας αυτού όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2018). Επομένως, στερείται, εν πάση περιπτώσει, εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα να στραφεί κατά της προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...». Περαιτέρω, ακόμη και εάν είχε στραφεί κατά της εν λόγω προσφοράς επί τη βάσει της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού στο παρόν στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, έννομο συμφέρον προς ματαίωση του διαγωνισμού από συμμετέχοντα θα μπορούσε να νοηθεί μόνο υπό την έννοια της επιδίωξης επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με τους αυτούς ακριβώς όρους, επί τω τέλει ανάδειξης αυτού ως αναδόχου.

40. Επειδή, ωστόσο, μετά τα προεκτεθέντα, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας που αφορούν την αποδοχή της προσφοράς του έτερου διαγωνιζόμενου «...» προβάλλονται αλυσιτελώς, δεδομένου ότι, λαμβάνοντας υπόψη ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται την ύπαρξη μίας μεμονωμένης σύμβασης που να πληροί την τιθέμενη απαίτηση αλλά επιμένει στην αθροιστική πλήρωση αυτής, υφ' οιανδήποτε εκδοχή, δεν θα ήταν δυνατή η ανάθεση της προμήθειας, ως έχει, στην προσφεύγουσα (βλ. Δ.Εφ. Χανίων 13/2019 σκ. 14, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, Δ.Εφ.Θεσ. 67/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019,

Αριθμός Απόφασης : 732/2019

242/2019, 36/2019, Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣΤΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249).

41. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

42. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στις 10 Ιουλίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Ασπασία Χατζηπασχάλη