

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 27<sup>η</sup> Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18/3/2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 587/19.3.2021, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...»–Υποκατάστημα Ελλάδας (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο «...» «...», οδός «...», αρ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενης και

Της Παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην «...» «...», οδός «...», αρ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αρ. 446/2021 (θέμα 34<sup>ο</sup>) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της και η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της παρεμβαίνουσας.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο (κατώτερο) e-παραβόλο, ύψους ευρώ 15.000,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί,

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό «...» με αποδεικτικό της Εθνικής Τράπεζας της 18/3/2021 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διεθνής διαγωνισμός για την «...», προϋπολογισμού 4.03.500,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Προκήρυξη της υπό ανάθεση σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 18.10.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. αρ. 1.6. διακήρυξης). Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 23-9-2020 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν καταρχήν τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα με την α/α συστήματος «...» προσφορά της και η παρεμβαίνουσα με την α/α συστήματος «...» προσφορά αντίστοιχα.

3. Επειδή, σε συνέχεια αποσφράγισης κι ελέγχου των υποβληθεισών προσφορών, κοινοποιήθηκε στις 8.03.2021 προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) η υπ'αρ. 446/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκε κατά πλειοψηφία το 3<sup>ο</sup> Πρακτικό «...» και αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότης του διαγωνισμού η παρεμβαίνουσα εταιρεία. Με το, δε, πρακτικό της ως προς το φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας η αρμόδια Επιτροπή εισηγήθηκε ως εξής «Α. Έχουν υποβληθεί ξενόγλωσσα ιδιωτικά έγγραφα (στα αγγλικά και στα γερμανικά), χωρίς να συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη, είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας, είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Συγκεκριμένα, το έγγραφο με ονομασία αρχείου «Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο signed» είναι στα γερμανικά και στα αγγλικά. Τα ISO 9001 14001-2015 και OHSAS\_RA\_2018 είναι στα αγγλικά, ενώ και οι ισολογισμοί της μητρικής εταιρείας είναι στα αγγλικά. Σύμφωνα με το άρθρο 2.1.4. της παρούσας Διακήρυξης «Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α΄188). Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα -εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα [αγγλική], χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική». Επομένως, η έλλειψη νομίμως επικυρωμένης μετάφρασης των συγκεκριμένων δικαιολογητικών δεν δύναται να συμπληρωθεί κατά το άρθρο 102 παρ. 2 του ν. 4412/2016, καθώς πρόκειται για μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά και αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...». Β. Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρθρο 2.2.6.), η εταιρεία «...» έχει υποβάλλει ιδιωτικό μεταξύ αυτού και της εταιρείας την «...». Το μέλος της Επιτροπής «...» υποστηρίζει ότι ο μειοδότης δανείζεται εμπειρία από την ατομική επιχείρηση «...», καθώς από το υποβληθέν ιδιωτικό συμφωνητικό προκύπτει ότι η εταιρεία δεν το μισθώνει υδροφόρο όχημα από την «...», ώστε να αποδεικνύεται κατοχή του οχήματος, αλλά η κατοχή του οχήματος παραμένει στην «...», η οποία και θα παρέχει τις υπηρεσίες της στην «...». Έτσι, η «...» είναι δανείζουσα εμπειρία ως προς τον απαιτούμενο εξοπλισμό και παράλληλα υπεργολάβος της εταιρείας, αφού θα εκτελεί εργασίες.

Όφειλε, επομένως, η εταιρεία «...» να έχει καταθέσει ξεχωριστό ΕΕΕΣ για τον τρίτο φορέα «...». Επίσης, όφειλε στην ερώτηση του ΕΕΕΣ, εάν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων να έχει απαντήσει «ΝΑΙ». Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 περ. γ της Διακήρυξης, «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: (...), γ) να διαθέτει τον τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό για την εύλογη εκτέλεση των εργασιών, όπως (...) ένα (1) υδροφόρο όχημα χωρητικότητας τουλάχιστον 10 τόνων». Στη συνέχεια, στο άρθρο 2.2.9.2.Β.4. της Διακήρυξης «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας

της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν (...) γ) Υπεύθυνη δήλωση υπογεγραμμένη ψηφιακά από τον νόμιμο εκπρόσωπο του διαγωνιζομένου ότι θα εξασφαλίσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τον απαιτούμενο εξοπλισμό του άρθρου 2.2.6.γ, καθώς και άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης που θα καλύπτει τη διάρκεια της σύμβασης (...), καθώς και για το υδροφόρο όχημα χωρητικότητας τουλάχιστον 10 tn». Στο άρθρ. 2.2.8 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς». Επομένως, από τον έλεγχο των δικαιολογητικών προκύπτει αφενός εσφαλμένη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της εταιρείας «...», αφετέρου παράλειψη υποβολής ΕΕΕΣ της «...». Άρα, η προσφορά πρέπει να απορριφθεί. Η πρόεδρος της Επιτροπής «...» το θεωρεί παράλειψη και λόγο απόρριψης της προσφοράς. Το μέλος της Επιτροπής «...», διαφωνεί με την ανωτέρω τοποθέτηση, κρίνοντας ότι η μεταφορά του νερού με (μισθωμένο) υδροφόρο όχημα δεν αποτελεί «σχετική επαγγελματική εμπειρία» σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016, και κάνει αποδεκτό το προσκομισθέν ιδιωτικό συμφωνητικό. Γ. Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρθρο 2.2.6.), η εταιρεία «...» έχει υποβάλλει πρόταση για πώληση καλαθοφόρου οχήματος από την εταιρεία «...» και αποδοχή αυτής από το νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας, καθώς και ΥΔ του μειοδότη. Το μέλος της Επιτροπής «...» υποστηρίζει ότι θα έπρεπε ο μειοδότης να έχει προσκομίσει άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης για το ζητούμενο καλαθοφόρο όχημα. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 περ. γ της Διακήρυξης, «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: (...), γ) να διαθέτει τον τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό για την εύλογη εκτέλεση των εργασιών, όπως (...) ένα (1) καλαθοφόρο όχημα με ανυψωτική ικανότητα καλαθιού κατ' ελάχιστο 4 μέτρα και με πλάτος κατάληψης οδοστρώματος το πολύ 3 μέτρων όταν το καλάθι βρίσκεται στο ύψος αυτό». Στη συνέχεια, στο άρθρο 2.2.9.2.Β.4. της Διακήρυξης «Για την απόδειξη της

τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν (...) γ) Υπεύθυνη δήλωση υπογεγραμμένη ψηφιακά από τον νόμιμο εκπρόσωπο του διαγωνιζομένου ότι θα εξασφαλίσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τον απαιτούμενο εξοπλισμό του άρθρου 2.2.6.γ, καθώς και άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης που θα καλύπτει τη διάρκεια της σύμβασης για το καλαθοφόρο όχημα με ανυψωτική ικανότητα καλαθιού κατ' ελάχιστο 4 μέτρα και με πλάτος κατάληψης οδοστρώματος το πολύ 3 μέτρων όταν το καλάθι βρίσκεται στο ύψος αυτό (...)). Η εταιρεία «...» έχει αναρτήσει αρχείο με θέμα «Αποδοχή προσφοράς ανυψωτικού.pdf», με πρόταση για πώληση καλαθοφόρου οχήματος από την εταιρεία «...» και αποδοχή αυτής από το νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας. Αυτό δεν είναι ούτε άδεια κατοχής, ούτε συμφωνητικό μίσθωσης, επομένως δεν μπορεί να γίνει δεκτό ως αποδεκτή απόδειξη της ζητούμενης τεχνικής ικανότητας. Η πρόεδρος της Επιτροπής «...» υποστηρίζει ότι η περίπτωση αγορά νέου μηχανήματος πρέπει να γίνει αποδεκτή και δεν υπάρχει λόγος απόρριψης. Το μέλος της Επιτροπής «...», υποστηρίζει ότι δεν θα πρέπει να αποκλειστεί η περίπτωση αγοράς νέου μηχανήματος εφόσον πληροί (το μηχάνημα) τις ζητούμενες προδιαγραφές σύμφωνα με τα ζητούμενα στη διακήρυξη. Ο συμμετέχων έχει υποβάλλει εξάλλου υπεύθυνη δήλωση με την οποία δηλώνεται ότι «[...] θα εξασφαλίσω καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τον απαιτούμενο εξοπλισμό όπως αναφέρεται στο άρθρο 2.2.6.γ της διακήρυξης για την εκτέλεση των εργασιών», έγγραφο που πρέπει να γίνει αποδεκτό. Δ. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 περ. α της Διακήρυξης «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (ήτοι 06/2017 έως 06/2020) να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με ιδιωτικούς ή δημόσιους φορείς και αφορούσαν παρόμοιες εργασίες καθαρισμού επιφανειών από συνθήματα, αφίσες και "tags" συνολικού προϋπολογισμού 300.000,00 €». Στη συνέχεια, στο άρθρο 2.2.9.2.B.4. της Διακήρυξης «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν α) (...) Ο διαγωνιζόμενος οφείλει να προσκομίσει αναλυτικό κατάλογο των συμβάσεων (περαιωμένων και μη) με συνημμένα απλά φωτοαντίγραφα

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

αυτών (...)). Στα δικαιολογητικά της εταιρείας «...» δεν υπάρχει καμία σύμβαση των έργων του καταλόγου, επομένως δεν αποδεικνύεται, κατά τον τρόπο που προβλέπεται στη διακήρυξη, η τεχνική ικανότητα της εταιρείας. Επίσης, για το έργο του Δήμου «...» η εταιρεία προσκόμισε πιστοποιητικό εμπειρίας στο οποίο αναφέρεται ότι το έργο περατώθηκε την 4.8.2020. Άρα, δεν αποδεικνύεται σε τι ποσοστό είχε εκτελεσθεί το έργο έως τον 6ο του 2020 (που είναι η καταληκτική ημερομηνία, η οποία απορρέει από το άρθρο 2.2.6.α. Της διακήρυξης), ώστε να αποδεικνύεται εάν πληρούται η απαίτηση για εκτελεσμένο έργο συνολικού προϋπολογισμού 300.000,00 €. Για τους ανωτέρω λόγους, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγείται στην Οικονομική Επιτροπή: α) την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...».

4. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 18.03.2021 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 18.03.2021 έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Ειδικότερα, με το άρθρο 8 της ΥΑ Αριθμ. 56902/215/2017 (1924/Β) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)», εφαρμοστέο εν προκειμένω, επελέγη, παρότι η επίμαχη προθεσμία αφορά σε προθεσμία τασσόμενη εκ του νόμου (άρθρο 361 ν. 4412/2016), να οριστεί ρητά ότι « Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη», χωρίς ουδώς να περιλάβει ο νομοθέτης σχετικό ωρολογιακό όριο βάσει της από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α΄ 299). Ειδικότερα, τούτο από πλευράς τελεολογικής ερμηνείας είναι εύλογο καθόσον το ΕΣΗΔΗΣ στο οποίο και κατατίθενται αποκλειστικά οι προσφυγές κατά αποφάσεων που εκδίδονται στο πλαίσιο ηλεκτρονικά διενεργούμενων διαγωνισμών, ως εν προκειμένω, λειτουργεί 24 ώρες το 24 ωρο- 7 ημέρες την εβδομάδα, όπου, δε, ήθελε ο κανονιστικός νομοθέτης να διαφοροποιηθεί, ήτοι ως προς τη μη προσμέτρηση των αργιών

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

παρότι το ΕΣΗΔΗΣ λειτουργεί αδιάλειπτα, το έπραξε ρητά (βλ. ΑΕΠΠ 701/2021, σελ. 9-10). Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Μ. Οικονόμου η Προδικαστική Προσφυγή του Ν. 4412/2016 υποβάλλεται ηλεκτρονικά μέσω του πληροφοριακού συστήματος του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., χωρίς να προβλέπεται στις διατάξεις περί ηλεκτρονικής υποβολής Προσφυγών σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ούτε, σε κάθε περίπτωση, στην επίμαχη Διακήρυξη, το ακριβές χρονικό σημείο λήξης εντός της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας υποβολής των εν λόγω Προδικαστικών Προσφυγών, συνεπώς εφαρμοστέα, δυνάμει της διατάξεως της παραγράφου 7 του άρθρου 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας είναι η διάταξη του άρθρου 242 του Αστικού Κώδικα (Διοικ. Εφ. Πατρών 39/2017). Η διάταξη, όμως, αυτή, έχει τροποποιηθεί με το άρθρο 1 παράγραφος 12 της, κυρωθείσας με το άρθρο πρώτο του Ν. 1157/1981, από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία όρισε, ειδικώς ως προς τις προθεσμίες που τάσσονται από τον νόμο ή τα Δικαστήρια, ότι αυτές λήγουν την 7η μ.μ, ώρα της τελευταίας ημέρας, και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (Ε.Α 67/2014, 1130/2010, 808/2008, 598/2008, 896/2010 κλπ). Συνεπώς, η 10ήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, της Προδικαστικής Προσφυγής λήγει με τη συμπλήρωση της 7ης μ.μ. της τελευταίας ημέρας και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (Ε.Α. 27/2017, 598/2008, 808/2008, 1339/2009, 896/2010 κλπ. καθώς και 403/2018 ΑΕΠΠ). Αναλυτικότερα, δεδομένης της παρέκτασης της προθεσμίας για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής την επόμενη εργάσιμη ημέρα. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, η προσφεύγουσα εταιρία εστην εξεταζόμενη περίπτωση άσκησε την προσφυγή μετά τις 7.00 μ.μ. (ΑΕΠΠ 808/2021). Συνεπώς με βάση τα προλεχθέντα, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε εκπροθέσμως στον ηλεκτρονικό τόπο (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) του υπόψη δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού και συνεπώς, απαραδέκτως εισάγεται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προς κρίση, δεδομένου ότι υπεγράφη ηλεκτρονικώς και εν συνεχεία αναρτήθηκε εκπρόθεσμα στο

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

σύστημα σε κάθε περίπτωση πέραν της 7η μ.μ, ώρα της τελευταίας ημέρας προθεσμίας και κατά συνέπεια κρίνεται απορριπτέα ως απαράδεκτη. Τούτα ωσαύτως διελήφθησαν στην από την πλέον πρόσφατη στην εσωτερική έννομη τάξη απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών 2339/2020 (ΙΓ' Τμήμα, Ακυρωτικό σκέψη 8<sup>η</sup>), η οποία εξάλλου επανέλαβε αυτολεξεί τα ήδη κριθέντα με την απόφαση ΔΕφΑθ ΙΒ' 77/2019, και σύμφωνα με την οποία «...8. Επειδή, ούτε στις διατάξεις του ν. 4412/2016 ούτε στις διατάξεις περί ηλεκτρονικής υποβολής προδικαστικών προσφυγών σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, ούτε στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, ούτε, σε κάθε περίπτωση, στην ένδικη διακήρυξη ορίζεται το ακριβές χρονικό σημείο λήξης εντός της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας υποβολής των εν λόγω προδικαστικών προσφυγών. Η σχετική δε με τον υπολογισμό των προθεσμιών ρύθμιση του άρθρου 8 παρ.2 της 56902/215/02.06.2017 υπουργικής απόφασης, κατά την οποία «οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη», όπως προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου αυτού σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 19 της ίδιας υπουργικής απόφασης, που παρατίθενται σε προηγούμενη σκέψη, δεν αφορά την προθεσμία της υποβολής των προδικαστικών αυτών προσφυγών αλλά την προθεσμία της υποβολής των εγγράφων της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ενόψει αυτών, εφαρμοστέα, δυνάμει της διάταξης της παρ. 7 του άρθρου 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, είναι η διάταξη του άρθρου 242 του Αστικού Κώδικα, όπως έχει τροποποιηθεί από το άρθρο 1 παρ.12 της από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 1157/1981, με την οποία ορίστηκε, ειδικώς ως προς τις προθεσμίες που τάσσονται από το νόμο ή τα δικαστήρια, ότι αυτές λήγουν την 7η μ.μ. ώρα της τελευταίας ημέρας, και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας.». Συνεπώς, η ΑΕΠΠ δεσμευόμενη σύμφωνα με την ως άνω προδιαληφθείσα συνταγματική επιταγή συμμόρφωσης με τα πορίσματα της νομολογίας, πολλώ δε μάλλον όταν αυτά διατυπώνονται σε απόφαση οριστικής δικαστικής προστασίας ως εν προκειμένω συμβαίνει, δεν δύναται να



## Αριθμός απόφασης:916 /2021

αποστεί από τα κριθέντα στην εν λόγω δικαστική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία ως η πλέον πρόσφατη την δεσμεύει ως προς τα όμοια με τα νυν εξεταζόμενα κριθέντα ζητήματα, υποχρεούμενη κατά τούτο, να μεταβάλλει την μέχρι σήμερα πάγια πρακτική της ως προς την αντιμετώπιση του εν λόγω ζητήματος.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά εννόμου συμφέροντος από τον προσωρινό ανάδοχο του οποίου η προσφορά απερρίφθη με την προσβαλλόμενη απόφαση σε συνέχεια ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, 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, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 18.3.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε όλους τους συμμετέχοντες, οι οποίοι δυνητικά θίγονται από την αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβουν γνώση. Στις 22.3.2021 και με τον αυτό τρόπο κοινοποιήθηκε προς όλους τους συμμετέχοντες η με αρ. πρωτ. 637/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συνέχεια της επανυποβολής ως ορθής επανάληψης του Πρακτικού 2 της αρμόδιας Επιτροπής, με την οποία αποφασίστηκε η τροποποίηση της υπ' αριθμ. 2497/17-11-2020 (ΑΔΑ: «...») απόφασης της αναθέτουσας αρχής, διορθώνοντας εν τοις πράγμασι το ποσοστό έκπτωσης 26,68 της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Αντιστοίχως, στις 8.4.2021 κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ η με αρ. 749/2021 σε συνέχεια της επανυποβολής ως ορθής επανάληψης του Πρακτικού 2 της αρμόδιας Επιτροπής, με την οποία αποφασίστηκε η τροποποίηση της προσβαλλόμενης ως προς το αυτό ως άνω ποσοστό έκπτωσης.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 29.3.2021 τις από 29.3.2021 απόψεις της επί της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

«επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν με τον αυτό τρόπο σε όλους τους συμμετέχοντες.

9. Επειδή, στις 29.3.2021 (ημέρα Δευτέρα) η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

10. Επειδή, η παρέμβαση έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες την 18<sup>η</sup>. 03.2021, είναι νομίμως υπογεγραμμένη, έχει ασκηθεί από οικονομικό φορέα με πρόδηλο έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης με την οποία αναδεικνύεται προσωρινός ανάδοχος.

11. Επειδή, επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και επί της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 21.4. 2021, νομίμως κι εμπροθέσμως το αυθημερόν υπόμνημα (Δ.Εφ. Πατρών Α170/2020 σκ. 7, Διοικ. Εφετ. Κομοτηνής Ν29/2019 σκ. 9, Διοικ. Εφετ. Πειραιώς Ν179/2019 σκ.9, πρβλ ΣτΕ 780/2019).

12. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «...[...]

*1ος λόγος (αναφορικά με τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα)*

*[6] Όπως ήδη σημειώθηκε, η πρώτη πλημμέλεια της προσφοράς μας, εντοπίζεται στο γεγονός ότι έχουν υποβληθεί ξενόγλωσσα ιδιωτικά έγγραφα (συνταγμένα στην αγγλική και γερμανική γλώσσα) χωρίς να συνοδεύονται από μετάφρασή τους επικυρωμένη, είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία είχε συνταχθεί το έγγραφο.*

*Συγκεκριμένα, το έγγραφο με ονομασία αρχείου «Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο signed» είναι στα γερμανικά και στα αγγλικά. Τα ISO 9001 14001-2015 και OHSAS\_RA\_2018 είναι στα αγγλικά ενώ και οι ισολογισμοί της μητρικής εταιρίας είναι στα αγγλικά.*

*[6] Επί του ζητήματος αν η αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο της εξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης (όπως η διαδικασία αυτή ρυθμίζεται στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016), είναι υποχρεωμένη ή διαθέτει διακριτική ευχέρεια να απορρίψει την προσφορά του προσωρινού αναδόχου,*

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

εφόσον διαπιστώσει ελλείψεις στα δικαιολογητικά που προσκομίζονται (στο στάδιο της κατακύρωσης) εκ μέρους του τελευταίου, σημειώνουμε τα εξής.

[α] Σύμφωνα με την Α4/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών (ακυρωτικής διαδικασίας), που εκδόθηκε στο πλαίσιο αιτήσεως ακυρώσεως κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, έγιναν δεκτά τα εξής: «Επειδή, κατά την έννοια της επίμαχης διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 του ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 παρ, 12β' του ν. 4605/2019, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει πλέον Υποχρέωση, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χορηγώντας του παράταση προθεσμίας. παρά μόνον όταν πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει η νέα διάταξη. Επαφίεται, όμως στη διακριτική της ευχέρεια, να ασκήσει, οίκοθεν, τη σχετική της αρμοδιότητα, διότι τούτο δεν έχει απαγορευθεί από την νέα διάταξη, δεδομένου ότι η δυνατότητα της να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο για διευκρινήσεις ή συμπληρώσεις των υποβληθέντων δικαιολογητικών δεν θα μπορούσε να περιορισθεί, διότι ο προσωρινός ανάδοχος, σε πολλές περιπτώσεις, είναι δυνατόν δικαιολογημένα να μην τελεί σε γνώση των τυχόν ελλείψεων των δικαιολογητικών που υπέβαλε, είτε λόγω ασαφειών της διακήρυξης ή άλλων αστάθμητων παραγόντων. Η δε επιτροπή διαγωνισμού ως ειδικώς επιφορτισμένη με τον έλεγχο αυτό, είναι, εκ των πραγμάτων, η μόνη σε θέση να διαγνώσει τις ελλείψεις των δικαιολογητικών και να ζητήσει στις περιπτώσεις που αυτό δικαιολογείται, τη διευκρίνιση ή τη συμπλήρωση τους, ενεργώντας στα πλαίσια του σκοπού των διατάξεων του άρθρου 73 παρ.2 του ν. 4412/2016. ως προς την ουσιαστική κρίση περί της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. κατά τρόπο που να εξυπηρετείται περισσότερο το δημόσιο συμφέρον. το οποίο κατ' αρχάς επιβάλλει την ανάθεση του έργου στον φορέα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα προσφορά» (σκέψη 11 της ανωτέρω απόφασης. προσκομιζόμενη).

[β] Σύμφωνα με τις αποφάσεις τις ΑΕΠΠ 49/2020 (8ο Κλιμάκιο. σκέψη 16) και 117/2020 (8ο Κλιμάκιο, σκέψη 16), έγιναν δεκτά τα εξής: «[Είναι σαφές ότι η εφαρμογή των νέων διατάξεων του άρθρου 103, το οποίο πράγματι υπέστη διαρκείς τροποποιήσεις με τους κατά σειρά Ν. 4441/2016 ΦΕΚ Α' 227, Ν.4497/2017 ΦΕΚ Α' 171 και Ν. 4605/2019 ΦΕΚ Α' 52, και συγκεκριμένα

της επίμαχης παρ. 2. ναι μεν έχει υπόψη της τη διαγωνιστική υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει κατά το κατακυρωτικό στάδιο τα αναγκαία δικαιολογητικά με ενδεχόμενη υποβολή αντίστοιχου αιτήματος κατά τας άνω, δεν απαγορεύει όμως την προηγούμενη ειδοποίηση του προσωρινού αναδόχου από τη διεξάγουσα την επίμαχη διαδικασία ανάθεσης Επιτροπή πως “έχει διαπιστώσει τη μη προσκόμιση συγκεκριμένου εκ των απαιτούμενων από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης” (ή “κάποια έλλειψη σε ήδη υποβληθέν αντίστοιχο δικαιολογητικό”), έτσι ώστε να ακολουθήσει -όπως κυριαρχικά αποφάσισε ο ως άνω νομοθέτης- η ενεργοποίηση “του δικαιώματος του προσωρινού αναδόχου να υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παρ. 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο (αίτημα) συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών”, δικαίωμα που εφόσον αποφασίσει πως θα ασκήσει αυτός τότε η αναθέτουσα αρχή οφείλει “να παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών” μάλιστα “για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές”. (...) Λαμβανομένου υπόψη όλων όσων εκτέθηκαν στην παρούσα σκέψη περί επικράτησης, κατά τη νομοθετική διαμόρφωση της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, τόσο αρχικά όσο και υπό την τωρινή μορφή της, σταθμίσεων επιείκειας από το νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων οι οποίες συνεπάγονται κάμψη της αρχής της τυπικότητας, συνάγεται, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να καλέσει, τον προσωρινό ανάδοχο -ο οποίος επιβεβαιώνεται από το κρίνον Κλιμάκιο, ότι είχε δηλώσει στο(περιλαμβανόμενο εντός του κατατεθέντος (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Προσφοράς») ΤΕΥΔ (..) ότι “δε βρίσκεται σε αναστολή επιχειρηματικών δραστηριοτήτων”- να “καλύψει” τη διαπιστωθείσα έλλειψη, όπως προκύπτει συνδυαστικά και από τα άρθρα 106 παρ. 3 και 104 παρ. 1Ν. 4412/2016. Ωστε κατόπιν ηλεκτρονικής ενημέρωσης του τελευταίου να του παρασχεθεί η δυνατότητα ενεργοποίησης του δικαιώματός του “να υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παρ. 1 [του άρθρου 103] αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής”, αντιθέτως δε εάν αποφασίσει τη μη ενεργοποίηση του δικαιώματός αυτού ή δεν καταφέρει να εξασφαλίσει τα απαραίτητα

δικαιολογητικά μέσα στο χρονικό διάστημα της χορηγηθείσας παράτασης, τότε και μόνο εφαρμόζονται οι συνέπειες της παρ. 4 του ίδιου άρθρου.

[γ] Από το περιεχόμενο της διάταξης του άρθρου 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία είναι υπερνομοθετικής ισχύος και ως εκ τούτου κατισχύει της εθνικής νομοθεσίας, ήτοι του ν. 4412/2016, ο οποίος άλλωστε θεσπίστηκε κατ' εφαρμογή της ανωτέρω Οδηγίας, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να καλέσει τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα (υποψήφιο ανάδοχο) να συμπληρώσει, αποσαφηνίσει ή να ολοκληρώσει τη σχετική πληροφορία ή τεκμηρίωση που σχετίζεται με την προσφορά του και όχι, αντιθέτως, δέσμια αρμοδιότητα (υποχρέωση) να απορρίψει την προσφορά αυτού.

Πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζονται τα εξής: «Όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν -εφόσον δεν ορίζεται άλλως από την εθνική νομοθεσία με την οποία εφαρμόζεται η παρούσα οδηγία- να ζητούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός εύλογης προθεσμίας υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά αιτήματα υποβάλλονται τηρουμένων απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.»

[8] Ενόψει των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι η αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο της εξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως αυτή ρυθμίζεται στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 και ειδικότερα της παρ. 2 του εν λόγω άρθρου, διαθέτει διακριτική ευχέρεια να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο να συμπληρώσει ελλείψεις των δικαιολογητικών της προσφοράς του.

[9] Περαιτέρω, αναφορικά με τα κατ' ιδίαν δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν σε ξενόγλωσσο κείμενο πρέπει να σημειωθούν τα εξής.

[10] Σχετικά με τα προσκομισθέντα ISO 9001 14001-2015 και OHSAS\_RA\_2018, τα οποία είναι συντεταγμένα στην αγγλική γλώσσα, είναι απολύτως σαφείς η πληροφορίες που βεβαιώνουν σχετικά με τηναντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης (άρθρο 2.2.7), αφού ευχερώς προκύπτει ότι πράγματι πρόκειται για τα συγκεκριμένα ISO που αναφέρονται στη διακήρυξη

## **Αριθμός απόφασης:916 /2021**

(ISO 9001: σύστημα διαχείρισης ποιότητας και OHSAS 2018: σύστημα διαχείρισης της υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία), ακολουθούν τυποποιημένη μορφή εγγράφου (όπως δέχεται και η άποψη της μειοψηφίας στην προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής), ενώ παράλληλα, οι ημερομηνίες ισχύος αυτών είναι απολύτως ευανάγνωστες, σε έντονη γραμματοσειρά, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται καμία ασάφεια σχετικά με την ισχύ τους ή την αξιοπιστία τους.

Το πλέον ουσιώδες βέβαια, αναφορικά με τα εν λόγω έγγραφα (ISO και OHSAS), είναι ότι σύμφωνα με την υποσημείωση που έχει τεθεί στο οικείο άρθρο της διακήρυξης (2.2.7, σελ. 18, υποσημείωση 72), «τα[ως άνω] πρότυπα είναι προαιρετικά, ήτοι τίθενται στην παρούσα διακήρυξη, κατά την κρίση και τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής». Επομένως, τα σχετικά πιστοποιητικά δεν απαιτείτο υποχρεωτικά να προσκομισθούν, κάτι το οποίο άλλωστε ούτε αναφέρεται ρητά ούτε πολύ περισσότερο συνάγεται αναμφισβήτητα από το περιεχόμενο της διακήρυξης, αλλά απλώς η προσκομιδή τους ήταν προαιρετική, όπως ήδη προαναφέρθηκε.

Εξ αντιδιαστολής άλλωστε, αναφορικά με τα υπόλοιπα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων αναδόχων, για τα οποία προβλεπόταν υποχρεωτικά (και όχι προαιρετικά) η υποβολή τους, γίνεται σχετικά ρητή αναφορά ότι οι οικονομικοί φορείς: α) απαιτείται να ασκούν δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης και ειδικότερα να πληρούν συγκεκριμένες προϋποθέσεις, όπως λ.χ. να είναι εγγεγραμμένοι στα οικεία επαγγελματικά μητρώα (βλ. άρθρο 2.2.4 σχετικά με την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας), β) απαιτείται να διαθέτουν/παρέχουν: ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικού κινδύνου και μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών συγκεκριμένου ποσοστού (20%) επί του προϋπολογισμού του έργου (βλ. άρθρο 2.2.5 σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) και γ) απαιτείται να πληρούν τις τιθέμενες στη διακήρυξη προϋποθέσεις, σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (βλ. άρθρο 2.2.6).

Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται ότι η προσφορά της εταιρίας μας απορρίφθηκε, μεταξύ άλλων, και για έγγραφα τα οποία πιστοποιούν πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, η τήρηση των οποίων είναι προαιρετική, δηλαδή δεν

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

είναι υποχρεωτική σύμφωνα με τη διακήρυξη. Με άλλες λέξεις, η υποβολή των σχετικών εγγράφων δεν προβλέπεται επί ποινή αποκλεισμού σε κανένα σημείο της διακήρυξης. Συνεπώς, ανεξαρτήτως της πλήρους σαφήνειας των προαναφερόμενων εγγράφων, τυχόν ελλείψεις σε αυτά (quod non) δεν συνεπάγονται την απόρριψη της προσφοράς μας -και πολλώ μάλλον αυτόματα και αυτοδικαίως, όπως αντίθετα έκρινε εσφαλμένα η προσβαλλόμενη πράξη, η οποία, ειδικώς για τα συγκεκριμένα αλλοδαπά έγγραφα (ISO και OHSAS) πρέπει να ακυρωθεί εξ αυτού μόνο του λόγου.

[11] Σχετικά με το προσκομισθέν ασφαλιστήριο συμβόλαιο, το οποίο είναι συντεταγμένο ταυτόχρονα στην αγγλική και γερμανική γλώσσα, επισημαίνεται κατ' αρχάς ότι το έγγραφο αυτό προσκομίσθηκε προκειμένου να αποδειχθεί ότι η εταιρία μας πληροί την απαίτηση της διακήρυξης (προβλεπόμενης στο άρθρο 2.2.5, σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) περί «ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικού κινδύνου τουλάχιστον 2.000.000 ευρώ».

Το έγγραφο αυτό απαρτίζεται από μία μόνο σελίδα, από την οποία προκύπτει ότι η ασφαλιστική κάλυψη ανέρχεται έως το ποσό των 25.000.000 ευρώ, η δε διάρκεια του ασφαλιστηρίου είναι από 1.1.2020 έως 1.1.2021 (με αυτόματη παράταση ενός έτους). Συνεπώς, η πληροφορία που βεβαιώνεται στο σχετικό έγγραφο, αναφορικά με την αντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης είναι απολύτως σαφής, καθώς τίθεται σε αριθμούς, χωρίς να απαιτείται καν η γνώση της αγγλικής γλώσσας.

[12] [α] Σχετικά με τους ισολογισμούς της εταιρίας ετών 2017, 2018 και 2019, που είναι συντεταγμένοι στην αγγλική γλώσσα, σημειώνεται ότι προσκομίστηκαν προκειμένου να αποδειχθεί ότι η εταιρία μας πληροί την απαίτηση της διακήρυξης (προβλεπόμενης στο άρθρο 2.2.5, σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) περί μέσου ετησίου κύκλου εργασιών ποσοστού (20%) επί του προϋπολογισμού του έργου (άνευ ΦΠΑ), ήτοι 800.000 ευρώ.

Οι ισολογισμοί είναι συντεταγμένοι σύμφωνα με τα διεθνή λογιστικά πρότυπα, στο πλαίσιο των οποίων συντάσσονται με τον ίδιο τρόπο και οι ισολογισμοί των ελληνικών εταιριών, ενώ η πληροφορία που βεβαιώνεται εν προκειμένω από τα προαναφερόμενα προσκομισθέντα έγγραφα (ήτοι ο

κύκλος εργασιών της εταιρίας και το ύψος αυτού, που υπερβαίνει σε μεγάλο βαθμό το όριο της χρηματοοικονομικής απαίτησης της διακήρυξης), αναφορικά με την αντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης είναι απολύτως σαφής, καθώς τίθεται σε αριθμούς και σε αντίστοιχους πίνακες με τους ισολογισμούς των ελληνικών εταιριών, χωρίς να απαιτείται καν η γνώση της αγγλικής γλώσσας.

[β] Ειδικώς μάλιστα, ως προς τους ισολογισμούς εταιριών ως δικαιολογητικών που απαιτούνται από τη διακήρυξη ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), με την απόφαση της 10ης.10.2013 (C-336/12, υπόθεση: *Manona A/S*) επιλήφθηκε ζητήματος απολύτως συναφούς με την υπόκριση υπόθεση, δηλαδή της δυνατότητας παροχής διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας σε σχέση με τα εν λόγω έγγραφα.

Στην εν λόγω υπόθεση, η διακήρυξη προέβλεπε ότι ο υποψήφιος έπρεπε να προσκομίσει κατά το πρώτο στάδιο προεπιλογής του διαγωνισμού τον τελευταίο ισολογισμό του (βάσει του οποίου θα αποδείκνυε την χρηματοοικονομική του ικανότητα) (βλ. σκ. 13 της ανωτέρω απόφασης), έγγραφο το οποίο, σύμφωνα με το ιστορικό της υπόθεσης, δεν επισυνάφθηκε στο φάκελο που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο διαγωνιζόμενο(σκ. 23). Πρέπει στο σημείο αυτό να επισημάνουμε, ότι το αντίστοιχο στάδιο στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία είναι το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (κατά το οποίο εκδόθηκε και η προσβαλλόμενη πράξη), δεδομένου ότι, σύμφωνα με τη διακήρυξη, πριν το στάδιο αυτό δεν προβλέπεται η προσκομιδή εγγράφων ή άλλων δικαιολογητικών, παρά μόνο η υποβολή του ΕΕΕΣ, ούτε άλλωστε ζητήθηκαν τέτοιου είδους ή άλλα έγγραφα σε προηγούμενο σημείο του διαγωνισμού από την Επιτροπή Διαγωνισμού.

Περαιτέρω, παρότι το δικαστήριο (ΔΕΕ) διευκρίνισε, ότι τα πράγματα θα ήταν διαφορετικά αν τα έγγραφα της σύμβασης επιβάλλουν επί ποινή αποκλεισμού από τη διαδικασία την προσκομιδή του εγγράφου ή της πληροφορίας που λείπει (βλ. σκ. 40), εντούτοις δέχθηκε ότι το ως άνω έγγραφο (τελευταίος ισολογισμός), παρότι απαιτείτο από τη διακήρυξη, δεν αναφερόταν ότι έπρεπε να προσκομιστεί ρητώς επί ποινή αποκλεισμού του υποψηφίου (βλ. διατακτικό της απόφασης), λόγος για τον οποίο κρίθηκε ότι η



υποβολή του δεν οδηγούσε αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τους υποψηφίους.

Επίσης, το δικαστήριο διευκρίνισε «ότι το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 [σημ.: η Οδηγία 2004/18/ΕΚ που συνιστούσε το προϊσχύον δίκαιο καταργήθηκε με το αρ. 91 της Οδηγίας 2014/18/ΕΕ], δεν αντιτίθεται στη διόρθωση ή τη συμπλήρωση, σε επιμέρους σημεία, των δεδομένων που αφορούν την προσφορά, ιδίως όταν χρήζουν προφανώς μιας απλής διευκρινίσεως, ή για να απαλειφθούν πρόδηλα εκ παραδρομής σφάλματα (βλ. απόφαση SAGELV Solensko κ.λπ., σκέψη 40)» (σκ. 32).

Επιπρόσθετα, με την αναφερόμενη απόφασή του, το ΔΕΕ διατύπωσε την παγιωμένη νομολογιακά θέση του, ότι «γενικά, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει, όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρινίσεως να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει αδικαιολόγητα περιαγάγει σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αιτήσεως αυτής (προαναφερθείσα απόφαση SAGELV Solensko κ.λπ., σκέψη 41)» (σκ. 37). Με βάση τα ανωτέρω δεδομένα, το ΔΕΕ έκρινε περαιτέρω, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία, τα δεδομένα που περιλαμβάνονται σε έναν φάκελο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αρκεί να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, -όπως π.χ. ο δημοσιευμένος τελευταίος ισολογισμός διαγωνιζόμενου, που αφορούσε η υπόθεση επί της οποίας το δικαστήριο επιλήφθηκε-, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας, σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή των σχετικών δικαιολογητικών (βλ. σκ. 39), όπως στην προκείμενη διαδικασία είναι το στάδιο της κατακύρωσης.

Η ευχέρεια αυτή της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει έγγραφα από υποψήφιο, μετά τη λήξη της ταχθείσας προθεσμίας για την υποβολή των σχετικών εγγράφων (όπως εν προκειμένω μετά την πάροδο της προθεσμίας του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016), τα οποία περιγράφουν την

κατάσταση του υποψηφίου αυτού και των οποίων (εγγράφων) η ύπαρξη πριν από τη λήξη της προθεσμίας που είχε ταχθεί από τη διακήρυξη είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμη, δεν αντιτίθεται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (βλ. σκ. 42).

[γ] Επομένως, σύμφωνα με το πραγματικό της υπόθεσης που έκρινε το ΔΕΕ, το έγγραφο που απαιτείτο από τη διακήρυξη (τελευταίος ισολογισμός) δεν προσκομίστηκε καν κατά το στάδιο υποβολής των απαιτούμενων δικαιολογητικών, δεδομένο, το οποίο σαφώς διαφοροποιεί κατά ευμενέστερο τρόπο την περίπτωση μας, αφού οι ισολογισμοί της εταιρίας μας κατά την τελευταία τριετία πράγματι προσκομίστηκαν, πλην όμως δεν συνοδεύονταν από ελληνική μετάφραση. Επιπρόσθετα, δεδομένου ότι τα οικονομικά στοιχεία και δεδομένα που αποτυπώνονται στον ισολογισμό της εταιρίας μας είναι αντικειμενικά εξακριβώσαμε, η δε προγενέστερη ύπαρξη αυτών είναι αυτονόητη και ουδόλως άλλωστε αμφισβητείται, θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ, ενεργώντας στο πλαίσιο της διακριτικής της ευχέρειας, να μας καλέσει σε διευκρινίσεις και σε κάθε περίπτωση να μας επισημάνει ότι έπρεπε να μεταφράσουμε τα σχετικά έγγραφα.

[13] Ενόψει όσων προαναφέρθηκαν, τα ιδιωτικά αλλοδαπά έγγραφα που υποβλήθηκαν εκ μέρους της εταιρίας μας, είχαν σαφές περιεχόμενο και δεν κατέλειπαν καμία απολύτως αμφιβολία ή ασάφεια ως προς την τήρηση εκ μέρους μας, ως προσωρινού αναδόχου, των σχετικών απαιτήσεων της διακήρυξης, ενόψει μάλιστα του ότι οι πληροφορίες και η τεκμηρίωση που παρείχαν σχετικά με τις αντίστοιχες απαιτήσεις, προέκυπταν προεχόντως από την αριθμητική αναγραφή στα εν λόγω έγγραφα των ουσιωδών δεδομένων και στοιχείων (αριθμός ISO, ύψος και διάρκεια ασφαλιστικής κάλυψης, ύψος κύκλου εργασιών τελευταίας τριετίας), τη συνδρομή των οποίων ευχερώς είχε τη δυνατότητα (ευχέρεια) να ελέγξει και διακριβώσει η Επιτροπή Διαγωνισμού.

Εξάλλου, πρέπει να τονιστεί για μία ακόμη φορά, ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν χρειαζόταν να ελέγξει το λεκτικό ή φραστικό περιεχόμενο των εν λόγω εγγράφων, ώστε να μπορεί δήθεν να υποστηριχθεί το επιχείρημα ότι κατ' αυτόν τον τρόπο παραβιάστηκε η απαίτηση της διακήρυξης για σύνταξη των προσκομισθέντων εγγράφων στην ελληνική γλώσσα (πέραν

βέβαια του ότι δεν προβλέπεται στη διακήρυξη ότι η μη τήρηση της σχετικής υποχρέωσης τάσσεται επί ποινή αποκλεισμού). Αντίθετα, η Επιτροπή Διαγωνισμού απλώς όφειλε να ελέγξει μόνο αριθμούς και αριθμητικά στοιχεία, για τα οποία προφανώς δεν απαιτείτο μετάφραση.

Υπό την εκδοχή αυτή μάλιστα, η προσβαλλόμενη πράξη έρχεται σε αντίθεση και με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία συνιστά συνταγματική αρχή, αρχή του ενωσιακού δικαίου και αρχή που καθιερώνεται από τις διατάξεις του άρθρου 52 παρ. 3 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ και του άρθρου 6 παρ. 3 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση. Ειδικότερα, η παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας συνίσταται στο ότι η (φερόμενη) παραβίαση των όρων της διακήρυξης, λόγω της έλλειψης μετάφρασης των επίμαχων εγγράφων, δεν τελεί σε εύλογη σχέση και αναλογία συγκριτικά με την απολύτως δυσμενή κύρωση της απόρριψης της προσφοράς μας, που αποτελεί και το έσχατο μέτρο που μπορεί να ληφθεί σε βάρος του υποψηφίου αναδόχου, ενόψει άλλωστε του ότι θα μπορούσαν να ζητηθούν διευκρινίσεις, άρα να ληφθούν ηπιότερα μέτρα από τη διοίκηση, κάτι το οποίο θα εξυπηρετούσε πρωταρχικά και το δημόσιο συμφέρον, δεδομένης της υψηλότερης έκπτωσης που υποβάλλαμε σε σχέση με τους υπολοίπους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό.

Να σημειωθεί δε επίσης, ότι η ΑΕΠΠ υιοθετεί σταθερά το διαχωρισμό μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης, και συναφώς μεταξύ ουσιώδους και τυπικού σφάλματος, βάσει δε του διαχωρισμού αυτού δέχεται ότι, ότι όταν από την ίδια τη φύση του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι μη ουσιώδες, έλασσον και ευχερές κατά τα διδάγματα κοινής πείρας και λογικής, είναι επιτρεπτή η συμπλήρωση και η διόρθωσή του (ΑΕΠΠ 1495/2020, σκ. 23, ΑΕΠΠ 1056/2019, σκ. 29).

Επομένως, στο πλαίσιο της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, μέσω του αρμοδίου οργάνου της, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού, να ζητήσει απλές διευκρινίσεις και μάλιστα προκειμένου να απαλειφθούν πρόδηλες επουσιώδεις ελλείψεις (εφόσον θεώρησε ότι υφίσταντο) και συγκεκριμένα να καλέσει την εταιρία μας να προσκομίσει μεταφράσεις των εν λόγω εγγράφων, κάτι το οποίο, πέραν του ότι ευχερώς θα είχαμε κάνει άμεσα, το έχουμε ήδη πράξει, όπως προκύπτει και

από τις επικυρωμένες μεταφράσεις των εν λόγω εγγράφων που προσκομίζονται ενώπιον της Αρχής Σας. Μην πράττοντας όμως κατ' αυτό τον τρόπο η αναθέτουσα αρχή, αλλά αντίθετα προβαίνοντας στον αποκλεισμό μας από το διαγωνισμό, υπερέβη τα ακραία όρια της διακριτικής της ευχέρειας και γι' αυτό πρέπει η προσβαλλόμενη, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής μας, να ακυρωθεί.

2ος λόγος (αναφορικά με το υδροφόρο όχημα)

[14] Ο δεύτερος λόγος απόρριψης της προσφοράς μας, εντοπίζεται στο γεγονός ότι, σύμφωνα με την Επιτροπή Διαγωνισμού, θα έπρεπε να συνταχθεί χωριστό ΕΕΕΣ για την εταιρία «...», που είναι η εκμισθώτρια του υδροφόρου οχήματος, το οποίο δηλώσαμε, σύμφωνα με την προσφορά μας, ότι πρόκειται να χρησιμοποιήσουμε ως μέρος του τεχνικού και μηχανικού εξοπλισμού μας, όπως απαιτείται στο άρθρο 2.2.6 περ. γ της διακήρυξης. Ειδικότερα, κατά την κρίση της πλειοψηφίας της Επιτροπής Διαγωνισμού (σημειώνεται ότι ένα μέλος αυτής μειοψήφησε θεωρώντας ότι το συγκεκριμένο ζήτημα δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς μας), η εκμίσθωση του οχήματος συνιστά δάνεια εμπειρία και ως εκ τούτου για την εταιρία «...», ως προσφέρουσα δάνεια εμπειρία (δανείζουσας εταιρίας) σχετικά με τον απαιτούμενο εξοπλισμό, έπρεπε να συνταχθεί χωριστό ΕΕΕΣ, κάτι το οποίο δεν έγινε, με αποτέλεσμα η προσφορά μας να καθίσταται απορριπτή.

[15] Το Ελεγκτικό Συνέδριο έχει κρίνει, ότι η προσκόμιση από εταιρία που συμμετέχει στο διαγωνισμό, ιδιωτικού συμφωνητικού της ίδιας με άλλη εταιρία, περί μίσθωσης απορριμματοφόρων οχημάτων (στο πλαίσιο διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης αποκομιδής δημοτικών απορριμμάτων), αποτελεί σύμβαση με προεξέχοντα χαρακτήρα τη μίσθωση των οχημάτων και όχι σύμβαση έργου, με περαιτέρω συνέπεια να μην υπέχει η συμμετέχουσα εταιρία υποχρέωση δήλωσης περί στήριξης στις ικανότητες άλλου φορέα για την εκτέλεση της σύμβασης, ούτε κατάθεσης χωριστού ΕΕΕΣ και για τον τρίτο φορέα (εκμισθώτρια εταιρία) [ad hoc ΕΛΣ (Ζ Κλιμάκιο) 160/2017, σελ. 10-11, προσκομιζόμενη].

[16] Περαιτέρω, όπως έγινε δεκτό με την υπ' αριθμ. 193/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ (σελ. 70), που έκρινε επί του συγκεκριμένου διαγωνισμού, κατόπιν προδικαστικής προσφυγής που ασκήθηκε στο

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

προηγούμενο στάδιο της κρινόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας (ελέγχου οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, που όπως σημειώθηκε ανακηρύχθηκε η εταιρία μας, καθώς προσέφερε την υψηλότερη προσφορά), ο απαιτούμενος, σύμφωνα με τη διακήρυξη, τεχνικός και μηχανικός εξοπλισμός, ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας, δεν είναι επιβληθέν επί ποινή αποκλεισμού να ανήκει κατά κυριότητα στον οικονομικό φορέα, αλλά αρκεί ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας να «διαθέτει» κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, τον εν λόγω εξοπλισμό.

Όπως δε έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 971/2018), η μίσθωση πράγματος συνιστά κατά τον Αστικό Κώδικα και τις πάγιες αρχές του δικαίου νόμιμη και επαρκή αιτία κατοχής του πράγματος και συνεπώς αν δεν ορίζει ρητά αντίθετα η διακήρυξη, τα μέσα και τα πράγματα που ο προσφέρων και μετέπειτα ανάδοχος, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, μισθώνει από τρίτους (εκμισθωτές) συνιστούν αντικείμενα αυτής καθαυτής της δικής του κατοχής και συνεπώς πράγματα τα οποία ο ίδιος μόνος του δύναται να διαθέσει και να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης και επομένως θεωρούνται ίδια μέσα του προσφέροντος, χωρίς ο εκμισθωτής να καθίσταται ούτως «δανείζων εμπειρία/προσόν/ικανότητα».

Το δε υδροφόρο όχημα είναι δυνατόν να οδηγεί προσωπικό είτε της δικής μας εταιρίας είτε και της επιχείρησης του εκμισθωτή επιχειρηματία «...» χωρίς βεβαίως η ικανότητα οδήγησης ενός οχήματος να μπορεί, με βάση την λογική και την κοινή πείρα, να θεωρηθεί τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα, ώστε η επιχείρηση «...» να θεωρηθεί ότι λειτουργεί ως «δανείζουσα εμπειρία» στην εταιρεία μας.

Σε κάθε περίπτωση, η κρίση της αναθέτουσας αρχής στην προκείμενη περίπτωση είναι προδήλως παράνομη, αφού η προσβαλλόμενη πράξη έρχεται σε πλήρη αντίθεση με όσα έγιναν δεκτά με την 193/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, το περιεχόμενο της οποίας, καθότι αφορά στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεσμεύει πλήρως την αναθέτουσα αρχή.

Ακόμη, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η εταιρία μας έχει συνυποβάλει κατά την κατάθεση της προσφοράς της, πλήρη λίστα του μηχανολογικού εξοπλισμού που διαθέτει με αναλυτική περιγραφή του κατασκευαστή, της χρονολογίας κατασκευής, της τελευταίας συντήρησης κτλ, εξοπλισμός ο

οποίος έχει υπέρτερες τεχνικές ικανότητες από τον ζητούμενο και θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί εναλλακτικά για την εκτέλεση των ως άνω εργασιών.

Τέλος, η εταιρία μας συνυπέβαλε και κατάλογο του στόλου των ιδιόκτητων ειδικών οχημάτων που διαθέτει.

[17] Ενόψει των ανωτέρω, κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτό ότι εσφαλμένα απορρίφθηκε η προσφορά μας, με βάση την παραδοχή ότι έπρεπε να συνταχθεί χωριστό ΕΕΕΣ για την εκμισθώτρια εταιρία και να δηλωθεί ότι στηριζόμαστε στις ικανότητες αυτής ως τρίτης.

3ος λόγος (αναφορικά με το καλαθοφόρο όχημα)

[18] Κατ' αρχάς ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα, όπως ήδη εκτέθηκε προεισαγωγικά στην παρούσα προσφυγή, η πλειοψηφία της Επιτροπής Διαγωνισμού θεωρεί ότι δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς μας, συνεπώς, ενόψει του ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αποδέχθηκε πλήρως το σχετικό Πρακτικό (υπ' αριθμ. 3) της Επιτροπής Διαγωνισμού, παρέπεται ότι για το λόγο αυτό δεν στοιχειοθετείται λόγος απόρριψης.

[19] Σε κάθε περίπτωση, αξίζει ακροθιγώς να επισημάνουμε ότι η πρόταση (εκ μέρους της εταιρίας μας) για αγορά του απαιτούμενου καλαθοφόρου οχήματος και η αντίστοιχη αποδοχή της πρότασής μας από την πωλήτρια εταιρία, συνιστά κατάρτιση σύμβασης πώλησης, με συνέπεια να εκπληρώνεται η σχετική απαίτηση της διακήρυξης, δεδομένου ότι αποδεικνύεται ότι η εταιρία μας έχει την κυριότητα και όχι απλώς την κατοχή καλαθοφόρου οχήματος, με τα χαρακτηριστικά που απαιτούνται στη διακήρυξη.

Ειδικότερα, η εταιρεία μας πράγματι ανάρτησε στο ΕΣΗΣΗΣ πρόταση για αγορά καλαθοφόρου οχήματος από την εταιρεία «...», την οποία αποδέχτηκε η ως άνω εταιρεία δια του νομίμου εκπροσώπου της. Πρόκειται δηλαδή για μία καταρτισμένη σύμβαση πώλησης με την εταιρεία «...» για την οποία δεν προβλέπεται ιδιαίτερος τύπος από το νόμο. Κατά συνέπεια, έχει τηρηθεί πλήρως ο όρος 2.2.6περ. γ' της Διακήρυξης που απαιτεί «άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης», ενώ παράλληλα προσκομίζουμε

υπεύθυνη δήλωση ότι θα εξασφαλίσουμε καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τον απαιτούμενο εξοπλισμό, όπως αυτός αναφέρεται στο άρθρο 2.2.6.γ'.

[20] Ενόψει των ανωτέρω, αν καθ' υπόθεση θεωρηθεί ότι η προσφορά μας έχει απορριφθεί για το συγκεκριμένο λόγο, κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσφορά μας είναι καθ' όλα νόμιμη και ανταποκρίνεται στο σχετικό όρο της διακήρυξης, καθώς σύμφωνα με τα προαναφερόμενα προσκομισθέντα έγγραφα, η εταιρία μας έχει στην κατοχή και στηνκυριότητά της το καλαθοφόρο όχημα.

4ος λόγος (αναφορικά με την απόδειξη εμπειρίας)

[21] Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 3 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, η εταιρία μας δεν αποδεικνύει νομότυπα την τεχνική της ικανότητα σύμφωνα με τους όρους 2.2.6. περ. α' και 2.2.9.2.B.4. της Διακήρυξης. Και σε αυτήν την περίπτωση, θα πρέπει να τονιστεί ότι η εταιρεία μας προσκομίζει όχι απλά κατάλογο των συμβάσεων «περαιωμένων και μη» που έχει αναλάβει, αλλά βεβαιώσεις προσήκουσας εκτέλεσης των συμβάσεων που επικαλείται από τους Δήμους «...» και «...», γεγονός που υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις της προκήρυξης.

Επιπλέον, τα ποσά που αναφέρονται στις ως άνω βεβαιώσεις και αντανakλούν το οικονομικό αντικείμενο των συμβάσεων που εκτελέσαμε υπερκεράζουν κατά πολύ το οικονομικό όριο των 300.000ευρώ έτσι ώστε με ευκολία να γίνεται αντιληπτό ότι στον ένα μήνα που μεσολαβεί από το χρονικό όριο της Διακήρυξης (30.6.2020) μέχρι τον χρόνο τυπικής αποπεράτωσης του έργου μας στο Δήμο «...» στις (4.8.2020) δεν μπορεί παρά να εκτελέστηκε ένα πολύ μικρό τμήμα του έργου με ελάχιστη οικονομική αξία αναλογικά.

Αυτό άλλωστε προκύπτει από το υπ' αριθμ. πρωτ 6434/22.02.2021 έγγραφο του Δήμου «...», σύμφωνα με το οποίο οι συμβατικές ενέργειες του έργου ολοκληρωθήκαν την 11η.04.2019, με συνολικό ποσό εκτέλεσης με βάση την τελική επιμέτρηση 318.629 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ.

[22] Σε κάθε περίπτωση, ισχύουν και για το λόγο αυτό, όσα αναλυτικά έχουμε αναπτύξει, σχετικά με τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να μας καλέσει σε διευκρινίσεις, ως προς τη διασαφήνιση του συγκεκριμένου ζητήματος, ενώ και στο σημείο αυτό, οφείλουμε να επισημάνουμε τη νομολογία

του ΔΕΕ, σχετικά το γεγονός ότι πρόκειται για αντικειμενικά εξακριβώσιμα στοιχεία, τα οποία προϋπήρχαν της ημερομηνίας υποβολής του σχετικού εγγράφου απόδειξης της εμπειρίας μας.

[23] Ενόψει των ανωτέρω, κατ' αποδοχή του τετάρτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτό ότι εσφαλμένα απορρίφθηκε η προσφορά μας, με βάση την παραδοχή ότι δεν αποδείχθηκε εάν πληρούται η απαίτηση εμπειρίας, για εκτελεσμένο έργο συνολικού προϋπολογισμού 300.000 ευρώ.

5ος λόγος (παραβίαση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης και της αρχής της χρηστής διοίκησης)

[24] Όπως είναι γνωστό, η Οικονομική Επιτροπή, ως αποφασίζον όργανο του διαγωνισμού, δεν δεσμεύεται από την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, την οποία έχει το δικαίωμα να μην αποδεχθεί και εντεύθεν να διαφοροποιηθεί από αυτή. Εξάλλου, σύμφωνα με την ανάλυση που προηγήθηκε, η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο προκειμένου να παράσχει διευκρινίσεις, σε περίπτωση που κριθεί ότι τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται στο στάδιο της κατακύρωσης επιδέχονται συμπλήρωσης. Αυτό άλλωστε υιοθετεί και η θέση δύο μειοψηφούντων μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού. Η ευχέρεια δε αυτή, περί κλήσης του ενδιαφερόμενου για παροχή διευκρινίσεων, διατρέχει όλα τα στάδια του διαγωνισμού και αφορά όλα τα όργανα της αναθέτουσας αρχής, πολλώ δε μάλλον την Οικονομική Επιτροπή, η οποία αποτελεί και το αποφασίζον όργανο.

Εκ των ανωτέρω συνάγεται, ότι, λαμβάνοντας ως δεδομένο ότι η Οικονομική Επιτροπή δεν ενεργεί με δέσμια αρμοδιότητα, δηλαδή, όπως προαναφέρθηκε, δεν είναι υποχρεωμένη να αποδεχθεί την Εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, η πρώτη (Οικονομική Επιτροπή) όφειλε να μας καλέσει να εκθέσουμε τις απόψεις μας επί της υποβληθείσας εισήγησης (ήτοι του Πρακτικού 3) της Επιτροπής Διαγωνισμού, ενόψει άλλωστε του ότι αφενός υποβλήθηκε συναφές αίτημα στις 3.2.2021 από την εταιρία μας -το οποίο βέβαια ουδόλως απαντήθηκε- και αφετέρου ήταν αυτονόητο και προφανές το έννομο συμφέρον μας να εκθέσουμε τις απόψεις μας, δεδομένου ότι επίκειτο η απόρριψη της προσφοράς μας.



[25] Εξάλλου, η άσκηση του δικαιώματος ακρόασής μας ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής, δεν ταυτίζεται εννοιολογικά ούτε καλύπτεται πλήρως μέσω της κλήσης του προσωρινού αναδόχου για παροχή διευκρινίσεων, σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (η οποία βέβαια, εν προκειμένω δεν έλαβε χώρα, καθώς δεν κληθήκαμε για παροχή διευκρινίσεων). Συνεπώς, ασχέτως της (σιωπηρά διατυπωθείσας) κρίσης της Επιτροπής Διαγωνισμού, ότι δεν απαιτείτο η κλήση μας για παροχή διευκρινίσεων σχετικά με (υποτιθέμενες) ελλείψεις ή ασάφειες των δικαιολογητικών κατακύρωσης, είχαμε δικαίωμα να εκθέσουμε τις απόψεις μας ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής, που είναι το όργανο που επιλαμβάνεται στη συνέχεια της διαδικασίας και έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, προκειμένου να υποστηρίξουμε ότι η υπόθεση θα έπρεπε να αναπεμφθεί στην Επιτροπή Διαγωνισμού προκειμένου να μας καλέσει σε διευκρινίσεις, όπως εξάλλου γίνεται δεκτό από την μειοψηφούσα άποψη της υπ' αριθμ.446/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (προσβαλλόμενης).

Είναι δηλαδή σαφές, ότι η υποχρέωση της Οικονομικής Επιτροπής να μας καλέσει να εκθέσουμε τις απόψεις μας κατ' ενάσκηση του δικαιώματός μας για προηγούμενη ακρόαση, έχει αφενός μεγαλύτερο εύρος και αφετέρου, σε κάθε περίπτωση, αφορά σε χρονικά επόμενο σημείο της διαδικασίας, σε σχέση με την κλήση μας για παροχή διευκρινίσεων στο πλαίσιο του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

[26] Επομένως, θα έπρεπε να κληθούμε να παράσχουμε τις απόψεις μας κατά τη συνεδρίαση της 23ης.2.2021 της Οικονομικής Επιτροπής, οπότε και λήφθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, όπου και θα αναπτύσσαμε τις θέσεις μας λυσιτελώς, δεδομένου ότι η Οικονομική Επιτροπή, πέραν του ότι δεν ήταν υποχρεωμένη να αποδεχθεί την εισηγήση της Επιτροπής Διαγωνισμού, σε καμία περίπτωση δεν ήταν βέβαιο ότι θα την αποδεχόταν εφόσον είχε προηγουμένως λάβει υπόψη τις θέσεις της εταιρίας μας. Σε αυτό συνηγορεί εξάλλου, το γεγονός ότι η προσφορά της εταιρίας μας δεν απορρίφθηκε για κάποιο ουσιώδη λόγο, αλλά για επουσιώδεις τυπικές παρατυπίες (τις οποίες βέβαια ουδόλως αποδεχόμαστε ότι υφίστανται).

Προς επίρρωση των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι το Πρακτικό 3 της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο η τελευταία εισηγήθηκε την απόρριψη

της προσφοράς μας, δεν τέθηκε ποτέ εις γνώση μας (παρά μόνο προ ολίγων ημερών από την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής μας), ώστε να μπορεί τουλάχιστον να υποστηριχθεί ότι γνωρίζαμε τις δυσμενείς έννομες συνέπειες που επρόκειτο να επέλθουν (δηλ. την απόρριψη της προσφοράς μας) και ως εκ τούτου, εφόσον επιθυμούσαμε να εκθέσουμε τις απόψεις μας, θα μπορούσαμε να το είχαμε πράξει έστω και χωρίς προηγούμενη κλήση ή ενημέρωση.

Είναι δηλαδή σαφές, ότι καμία απολύτως ενημέρωση δεν είχαμε, περί της έκβασης της προσφοράς μας, καίτοι η εταιρία μας είχε αναδειχθεί προσωρινώς ανάδοχος, αλλά εντελώς αιφνιδιαστικά, χωρίς ενημέρωση, κλήση ή έστω καν ένδειξη, μας κοινοποιήθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία σημειωτέον, δεν είχε καμία αιτιολογία σχετικά με τους λόγους απόρριψης της προσφοράς μας. Το πλέον καθοριστικό στοιχείο βέβαια που στοιχειοθετεί την καταφανή παραβίαση του δικαιώματος ακρόασής μας, είναι ότι πληροφορηθήκαμε τους λόγους αποκλεισμού μας εντελώς ετεροχρονισμένα, προ ολίγων ημερών, -δηλαδή προφανώς μετά την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης-, και συγκεκριμένα στις 12.3.2021, όπου και λάβαμε ατύπως για πρώτη φορά το περιεχόμενο του Πρακτικού 3 της Επιτροπής Διαγωνισμού, στο οποίο διαλαμβάνονται οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς μας.

Παρέπεται δε, ότι εξ αυτού του λόγου η παραβίαση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης καταλαμβάνει και την ενδικοφανή διαδικασία ενώπιον της Αρχής Σας, αφού παρότι είχε εκκινήσει η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής από την κοινοποίηση στην εταιρία μας της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, εντούτοις αδυνατούσαμε να προσβάλλουμε αποτελεσματικά την απόφαση αυτή, αφού δεν γνωρίζαμε τους λόγους απόρριψης της προσφοράς μας.

[27] Περαιτέρω, ως προς τη συνάρτηση της εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 20 παρ.2 Σ (με την οποία καθιερώνεται το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης), με την προβολή ισχυρισμών, που είναι ουσιώδεις, δηλαδή λυσιτελείς, αξίζει στο σημείο αυτό, να γίνει ειδική μνεία, στη συγκλίνουσα γνώμη της πλειοψηφίας της ΟλομστΕ 4447/2012 (ΤΝΠ-ΝΟΜΟΣ), κατά την οποία, η ανωτέρω συνταγματική διάταξη «αφορά στο

δικαίωμα προβολής ισχυρισμών και υποβολής στη διοίκηση, στην εξουσία της οποίας ανήκει, κατά το άρθρο 26 του Συντάγματος, η ουσιαστική αξιολόγηση αυτών, πριν από “κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο” εις βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του διοικουμένου. Κατά τις ανωτέρω, λοιπόν, διατάξεις, στην ουσιαστική εκτίμηση ισχυρισμών και στοιχείων, που αποτελούν αντικείμενο του δικαιώματος «προηγούμενης» ακροάσεως, δεν δύναται να προβεί το πρώτον (όταν, δηλαδή, δεν έχει παρασχεθεί στον διοικούμενο η δυνατότητα προβολής των ενώπιον της διοικήσεως) ο δικαστής, κατ’ εξοχήν δε ο ακυρωτικός δικαστής, η λυσιτέλεια, συνεπώς, και, εντεύθεν, η δυνατότητα εξετάσεως λόγου ακυρώσεως περί παραβάσεως του δικαιώματος ακροάσεως δεν δύναται να συναρτάται με την παράλληλη αναφορά και των ισχυρισμών τους οποίους “θα προέβαλλε” ο αιτών, ως διοικούμενος, ενώπιον της διοικήσεως».

Σύμφωνα μάλιστα με τη νομολογία του ΔΕΕ, δεν μπορεί να επιβληθεί στον ενδιαφερόμενο η υποχρέωση να αποδείξει ότι η απόφαση του διοικητικού οργάνου θα ήταν διαφορετική εάν είχε τηρηθεί ο τύπος της προηγούμενης ακρόασης, αλλά μόνον ότι η διαφορετική εξέλιξη δεν αποκλείεται απολύτως σε μία τέτοια περίπτωση, διότι ο ενδιαφερόμενος θα μπορούσε να οργανώσει καλύτερα την άμυνά του, αν δεν υπήρχε η σχετική διαδικαστική παρατυπία [adhoc ΔΕΕ C-141/08P FoshanShundeYongjianHousewares&Hardware (σκ. 94), ΔΕΚ C-194/99P ThyssenStahl (σκ. 31)].

Στην ίδια κατεύθυνση με τη νομολογία του ΔΕΕ, έχει γίνει δεκτό με την ΣτΕ 2180/2013 [7μ., (σκ. 6), ΤΝΠ-ΝΟΜΟΣ], ότι ως λυσιτελείς, θεωρούνται οι ισχυρισμοί, οι οποίοι, δεν μπορεί να αποκλεισθεί ότι θα οδηγούσαν τα αρμόδια όργανα σε διαφορετική κρίση σχετικά με την επιβολή των διοικητικών πράξεων, θέση, την οποία, έχει υιοθετήσει και το ΕΛΣ (1432/2018 Ι Τμήμα, σελ. 34), δεχόμενο ως λυσιτελείς, τους ισχυρισμούς που θα μπορούσαν δυνητικώς να ασκήσουν επιρροή επί των πορισμάτων της διοίκησης.

[28] Σύμφωνα με όσα προηγήθηκαν, η προσφεύγουσα εταιρία μας δεν φέρει το βάρος να αποδείξει ότι η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής θα ήταν διαφορετική, εφόσον η εταιρία μας καλείτο να εκθέσει τις απόψεις της, αλλά αρκεί, αναφορικά με το λυσιτελές της προβολής του σχετικού λόγου ακυρώσεως, να επικαλεστούμε ότι δεν αποκλείεται -και μάλιστα απολύτως,

όπως θέτει ως προϋπόθεση το ΔΕΕ- η Οικονομική Επιτροπή να κατέληγε σε διαφορετική κρίση εάν είχε λάβει υπόψη τις απόψεις και τους ισχυρισμούς μας, ήτοι, με άλλες λέξεις, ότι οι απόψεις μας αυτές δυνητικά θα μπορούσαν να ασκήσουν επιρροή επί της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, όπως για παράδειγμα να αναπέμψει την υπόθεση στην Επιτροπή Διαγωνισμού προκειμένου να μας καλέσει για διευκρινίσεις. Αυτό ενισχύεται ακόμη περισσότερο από το γεγονός ότι δύο (2) μέλη της Οικονομικής Επιτροπής, χωρίς να έχουν καν ακούσει τις θέσεις και τους ισχυρισμούς μας, μειοψήφησαν, αναφέροντας ρητά ότι δεν υφίστατο λόγος απόρριψης της προσφοράς μας, σημειώνοντας επιπρόσθετα, ότι σε κάθε περίπτωση η Επιτροπή Διαγωνισμού θα έπρεπε να μας καλέσει για παροχή διευκρινίσεων.

Συμπερασματικά, η μη κλήση της εταιρίας μας να παράσχει τις απόψεις της ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής, πριν η τελευταία αποφασίσει να αποδεχθεί την εισήγηση (Πρακτικό 3) της Επιτροπής Διαγωνισμού και να απορρίψει την προσφοράς μας, στοιχειοθετεί παράβαση της αρχής της προηγούμενης ακρόασης, λόγος για τον οποίο επιπροσθέτως πρέπει η προσβαλλόμενη πράξη να ακυρωθεί.

[29] *Ακόμη, στον ίδιο κύκλο επιχειρημάτων, σκόπιμο είναι να επισημανθούν και τα ακόλουθα. Το Ελεγκτικό Συνέδριο νομολόγησε ότι όταν επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντος, δικαιολογείται η εφαρμογή του άρθρου 102 παρ. 5 του ν. 4412/2016 εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, η οποία μπορεί να ζητεί τη διόρθωση ή τη συμπλήρωση, ως προς συγκεκριμένα σημεία των στοιχείων που περιλαμβάνει ορισμένη προσφορά όταν τέτοιες διορθώσεις ή συμπληρώσεις αφορούν στοιχεία, τα οποία μπορεί αντικειμενικά να εξακριβωθούν και από την ίδια την αναθέτουσα αρχή και από άλλα έγγραφα που έχουν τεθεί στη διάθεση της αναθέτουσας αρχής από τον υποψήφιο. Η δε παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να εφαρμόσει την ανωτέρω δυνατότητα και κατ' αποτέλεσμα ο αποκλεισμός ενός υποψηφίου για τον λόγο αυτό αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας και επιπλέον, αποβαίνει σε βάρος του δημοσίου συμφέροντος (ΕΣ Ε' Κλιμ 618/2018, 647/2018). Είναι δε απολύτως σαφές, ότι για την ταυτότητα του νομικού λόγου, οι ίδιες αρχές και ρυθμίσεις θα πρέπει να εφαρμόζονται τόσο κατά την αποσαφήνιση της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όσο και κατά την*

αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, προκειμένου να αποφευχθεί ο αποκλεισμός κάποιου προσφέροντα από τη διαγωνιστική διαδικασία. Υπό το φως αυτών των παρατηρήσεων, όφειλε η αναθέτουσα αρχή να μας καλέσει να υποβάλλουμε τις ελλείπουσες μεταφράσεις εφόσον έκρινε ότι τα συγκεκριμένα έγγραφα δεν είχαν τεχνικό χαρακτήρα, δεδομένου ότι αυτό δεν συνιστούσε ούτε τροποποίηση της προσφοράς μας ούτε υποβολή νέας προσφοράς.

Σε κάθε περίπτωση είχε την υποχρέωση με βάση την αρχή της χρηστής Διοίκησης, να μας ενημερώσει πριν από την απόρριψη της προσφοράς μας, ώστε να παράσχουμε τις απαιτούμενες διευκρινίσεις και να άρουμε τις όποιες αμφιβολίες για τα δικαιολογητικά που προσκομίσαμε ενόψει της επικείμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής. Πραγματικά, έχει κριθεί με σωρεία αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας, ότι ενόψει και των αρχών της προστατευόμενης εμπιστοσύνης και της χρηστής διοίκησης, δεν αποκλείεται να γίνονται δεκτά ακόμη και τα καθ' υπέρβαση της οριζόμενης προθεσμίας υποβαλλόμενα δικαιολογητικά στην περίπτωση κατά την οποία ο υποψήφιος έχει, πάντως, συνυποβάλει εμπροθέσμως και καλοπίστως με την αίτησή του δικαιολογητικά, τα οποία παρουσιάζουν ελλείψεις, σφάλματα ή πλημμέλειες που δεν οφείλονται σε ππαίσμα του (ΣΤΕ 4344/2014, 372/2013, ΣΤΕ 4837/2013, 411/2012, κ.α. ).

[30] Αξίζει μάλιστα να σημειωθεί ότι η αρχή της χρηστής Διοίκησης προβλέπεται πλέον και στο άρθρο 41 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής ΧΘΔΕΕ), ο οποίος με βάση το άρθρο 28 Σ έχει υπερνομοθετική ισχύ, κατισχύει δηλαδή κάθε αντίθετης διάταξης νόμου. Μάλιστα, καθόσον το δικαίωμα χρηστής Διοίκησης και οι επιμέρους εγγυήσεις του βρίσκουν έρεισμα, πέρα από το άρθρο 41 ΧΘΔΕΕ, και σε γενικές αρχές του δικαίου της Ένωσης, η αποκεντρωμένη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου από τις εθνικές αρχές, όπως εν προκειμένω η εφαρμογή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων από την «...», εξακολουθεί να υπακούει στις αντίστοιχες διαδικαστικές δεσμεύσεις. Σε αυτό το πνεύμα, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) υπενθύμισε ότι το «δικαίωμα χρηστής διοίκησης, κατά το μέτρο που αντανακλά γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης, εμπεριέχει απαιτήσεις τις οποίες τα κράτη μέλη οφείλουν να τηρούν όταν εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης (ΔΕΕ, C46/16, LSCustomsServices, ECLI: EU:C:2017, 839, σκ. 39).

Στις απαιτήσεις αυτές συγκαταλέγεται η υποχρέωση αιτιολόγησης των αποφάσεων των εθνικών αρχών ΔΕΕ, C46/16, LSCustomsServices, ECLI:EU:C:2017, 839, σκ. 40) καθώς και το δικαίωμα κάθε προσώπου στην αμερόληπτη και εντός ευλόγου προθεσμίας εξέταση των υποθέσεων του (ΔΕΕ, C-604/12, H.N.,ECLI:EU:C:2014:302, σκ.50). Εξάλλου, ο σεβασμός των δικαιωμάτων άμυνας, αναπόσπαστο μέρος των οποίων είναι το δικαίωμα ακρόασης σε κάθε διαδικασία συνιστά θεμελιώδη αρχή του δικαίου της Ένωσης που δεσμεύει τις αρχές των Κρατών μελών όταν εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης και μάλιστα το ενωσιακό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΕ C-166/13 Mukarubega, ECLI:EU:C:2014:2336, σκ. 42,C-249/13, Boudjlida, ECLI:EU:C:2014:2431, σκ.30 επ., C-419/14, WebMindLicenses,ECLI:EU:C:2015:832, σκ.83 και 84).

[31] Επιπλέον, η αδιάσπικτη υποχρέωση της Διοίκησης να μας καλέσει πριν απορρίψει την προσφορά μας προκύπτει με τρόπο εμβληματικό και αναμφίλεκτο και από το άρθρο 20 παρ.2 του Συντάγματος που κατοχυρώνει το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης των διοικουμένων. Πράγματι, στο άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου ισχύει και για κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του», ενώ το δικαίωμα αυτό κατοχυρώνεται και με το άρθρο 6 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο εξειδικεύει το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος.

Σύμφωνα με την ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων, πριν την έκδοση δυσμενούς διοικητικής πράξης, δηλαδή πράξης, η οποία πλήττει τα συμφέροντα του διοικουμένου, επιβάλλοντάς του δυσμενή μέτρα ή υποχρεώσεις ή ανακαλώντας ευνοϊκές γι' αυτόν ρυθμίσεις, η διοίκηση είναι υποχρεωμένη να καλεί τον διοικούμενο να εκφράσει τις απόψεις του. Ο διοικούμενος έχει, βάσει της εν λόγω διάταξης (τόσο της συνταγματικής όσο και της νομοθετικής) τέσσερεις αξιώσεις έναντι της διοίκησης: α) την αξίωση για έγγραφη κλήση ώστε να ακουσθεί από τη διοίκηση πριν τη λήψη του μέτρου, με τις προϋποθέσεις του άρθρ. 6 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, β) την αξίωση για ενημέρωση, ήτοι για πρόσβαση στον φάκελο βάσει του οποίου η διοίκηση θα προχωρήσει ή θα απέχει από την έκδοση της

δυσμενούς διοικητικής πράξης, γ) την αξίωση για λυσιτελή διατύπωση των απόψεών του και δ) την αξίωση για λήψη υπόψη από την πλευρά της διοίκησης των ουσιωδών ισχυρισμών του. Μάλιστα το άρθρο 6 παρ.2 εδ. δ' του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας προβλέπει ότι η τήρηση της προαναφερόμενης διαδικασίας καθώς και η λήψη υπόψη των απόψεων του ενδιαφερομένου πρέπει να προκύπτουν από την αιτιολογία της ίδιας της πράξης. Σε περίπτωση που δεν εκπληρωθεί μία από αυτές τις αξιώσεις, θεωρείται ότι δεν ικανοποιήθηκε το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, πράγμα που καθιστά την εκδοθείσα πράξη παράνομη και άκυρη. Κατά συνέπεια, είναι αυτονόητο ότι αν ο διοικούμενος δεν κληθεί καθόλου από τη διοίκηση να εκθέσει τις απόψεις του και δεν έχει την παραμικρή εικόνα και αιτιολογία για τη δυσμενή μεταχείρισή του από τη Διοίκηση, όπως ακριβώς συμβαίνει στην περίπτωση μας, παραβιάζεται ο ουσιώδης τύπος της προηγούμενης ακρόασης.

[32] Υπό το φως των ανωτέρω παρατηρήσεων, έχει καταστεί απολύτως σαφές ότι η αναθέτουσα αρχή δεσμευόταν τόσο από το εθνικό μας Σύνταγμα όσο και από τους υπερνομοθετικής ισχύος κανόνες του ενωσιακού δικαίου να καλέσει τον διοικούμενο και μάλιστα τον αναδειχθέντα μειοδότη του επίμαχου διαγωνισμού, σε συμπλήρωση τυχόν ελλείψεων κατά την υποβολή του ηλεκτρονικού φακέλου. Άλλωστε και στην ίδια την Διακήρυξη του ως άνω Διαγωνισμού και μάλιστα στον όρο 3.1.1 αυτής προβλέπεται ρητά ότι: «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα και δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Η όμοια υποχρέωση προκύπτει και από το άρθρο 79 παρ.5 του ν. 4412/2016. Στα πλαίσια αυτά υποβάλαμε στην αναθέτουσα αρχή μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ την από 3.2.2021 επιστολή σύμφωνα με την οποία αιτηθήκαμε να ενημερωθούμε αν πρέπει να υποβάλλουμε κάποιο συμπληρωματικό έγγραφο κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής. Πιο συγκεκριμένα, αιτηθήκαμε: «Με τη παρούσα επιστολή και σε συνέχεια της υπ' αριθμ 193/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ, έχοντας υποβάλει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 01/12/2020 και προκειμένου να

επισπευσθεί η διαδικασία για την υπογραφή της σύμβασης, θα θέλαμε να ρωτήσουμε εάν χρειάζεστε τυχόν συμπληρωματικά έγγραφα ή διευκρινήσεις σχετικά με τα υποβληθέντα έγγραφα, όπως έχετε την δυνατότητα να ζητήσετε σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της διακήρυξης και το άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016. ”.

[33] Συνακόλουθα, η μη κλήση της εταιρίας μας να παράσχει τις απόψεις της ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής, πριν η τελευταία αποφασίσει να απορρίψει την προσφοράς μας, στοιχειοθετεί παράβαση της αρχής της προηγούμενης ακρόασης, λόγος για τον οποίο επιπροσθέτως πρέπει η προσβαλλόμενη πράξη να ακυρωθεί.

6ος λόγος (αναφορικά με το άνοιγμα του φακέλου των δικαιολογητικών)

[34] Τέλος, θα πρέπει να παρατηρηθεί ότι είναι απολύτως παράνομο σύμφωνα με τα άρθρα 100 επ. του ν. 4412/2016 το γεγονός ότι ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής μας αποσφραγίστηκε στις 8.12.2020, χωρίς να συνταχθεί αντίστοιχο Πρακτικό, το οποίο μάλιστα θα έπρεπε να μονογράφεται από όλους όσους ήταν παρόντες, με συνέπεια να στοιχειοθετείται και εξ αυτού λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής.

[35] Ειδικότερα η προσβαλλόμενη απόφαση ενέκρινε το υπ’ αριθμ. 3 πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών για τον υπό κρίση διαγωνισμό μετά τον έλεγχο του (υπο)φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συγκεκριμένα, στην ως άνω υπ’ αριθμ. 446/2021 προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της «...» αναφέρονται τα εξής: «Στις 17.2.2021 υποβλήθηκε από την «...» το 3ο πρακτικό του διαγωνισμού, μετά τον έλεγχο του «(υπό)φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης», σύμφωνα με το οποίο: Για τους λόγους που αναφέρονται στο συνημμένο πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγείται στην Οικονομική Επιτροπή: α) την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...» β) την ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη της εταιρείας « «...» ...». Ωστόσο, το ως άνω 3ο πρακτικό της «...» δεν μας κοινοποιήθηκε ποτέ, αλλά αντίθετα τους λόγους της απόρριψης της προσφοράς μας τους πληροφορηθήκαμε κατόπιν προφορικών συνεννοήσεων με την αναθέτουσα αρχή που έλαβαν χώρα με δική μας πρωτοβουλία. Η μη κοινοποίηση του υπ’αριθμ.3 πρακτικού της «...»



εκτός του ότι μας στερεί τη δυνατότητά μας να πληροφορηθούμε τους λόγους της απόρριψης της προσφοράς μας ενέχει και κατάφωρη παραβίαση του όρου 3.1.2 της Διακήρυξης στο προτελευταίο εδάφιο του οποίου ορίζεται ότι: «Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μία απόφαση με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων ("Δικαιολογητικά συμμετοχής", "Τεχνική Προσφορά" και "Οικονομική Προσφορά" η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνίας" του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, μαζί με αντίγραφο των αντίστοιχων πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών των ως άνω σταδίων».

[36] Το υπ' αριθμ. 3 πρακτικό της «...» δεν μας κοινοποιήθηκε επίσημα ποτέ (παρά μόνον λάβαμε γνώση αυτού ατύπως, πολύ ετεροχρονισμένα και συγκεκριμένα στις 12.3.2021), γεγονός το οποίο συνεπάγεται την ακυρότητα της διαδικασίας και ταυτόχρονα φαλκιδεύει το δικαίωμα άμυνας μας ενώπιον των διοικητικών αρχών, το οποίο προστατεύεται συνταγματικά στο άρθρο 10 του Συντάγματος.

[37] Επιπλέον, και το ίδιο το υπ' αριθμ. 3 Πρακτικό έχει συνταχθεί παράτυπα και θα έπρεπε να μην τύχει έγκρισης από την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 446/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της «...». Συγκεκριμένα, στο ίδιο το σώμα της ως άνω απόφασης αναφέρεται πως «...Η αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης πραγματοποιήθηκε στις 8.12.2020 προκειμένου η Υπηρεσία να στοιχειοθετήσει τις απόψεις της για την προδικαστική προσφυγή στην Α.Ε.Π.Π. Σημειώνεται ότι η «...» δεν συνέταξε πρακτικό αναμένοντας την απόφαση της ΑΕΠΠ. Με την υπ' αριθμ. 193/2021 απόφαση το 5<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, απέρριψε την ανωτέρω προσφυγή. Στις 12.2.2021 σε νέα συνεδρίασή της, η «...» πρόεβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη». Ωστόσο, οι παραδοχές αυτές καθιστούν παράνομο τόσο το ίδιο το υπ' αριθμ. 3 πρακτικό όσο και την ίδια την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 446/2021 απόφαση που το ενέκρινε. Πιο συγκεκριμένα, η προδικαστική προσφυγή της ένωσης Εταιρειών «...» στρεφόταν κατά της υπ' αριθμ. 2497/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της «...» με την οποία μας ανέδειξε ως προσωρινό μειοδότη στην ως άνω διακήρυξη. Στην προδικαστική αυτή προσφυγή η ένωση Εταιρειών

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

«...» απευθύνει αιτιάσεις μόνο κατά όσων δηλώσαμε στο ΕΕΕΣ και κατά συνέπεια, δεν υπήρχε αναγκαιότητα να ανοίξει ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής μας προκειμένου να στοιχειοθετήσει τις απόψεις της η Υπηρεσία. Άλλωστε, αυτό έρχεται σε αντίθεση και με το άρθρο 364 του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο «Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368», πολύ δε περισσότερο που η ένωση Εταιρειών «...» είχε υποβάλει και κατάφερε να γίνει δεκτό αίτημα αναστολής, ώστε να απέχει η αναθέτουσα αρχή από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου είναι απολύτως παράνομο να ανοιχτούν τα δικαιολογητικά συμμετοχής στις 8.12.2020, χωρίς να συνταχθεί πρακτικό το οποίο υπογράφεται από τα μέλη της επιτροπής αξιολόγησης προσφορών κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 100 του ν. 4412/2016.

7ος λόγος (αναφορικά με την εσφαλμένη αναγραφή της προσφοράς και έκπτωσης του επόμενου μειοδότη)

[38] Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 446/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της «...» αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας μας και η ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη της εταιρείας «...», η οποία προσέφερε την επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (2.595.135,00€ πλέον ΦΠΑ, που αντιστοιχεί σε ποσοστό έκπτωσης 35,61%). Εσφαλμένως όμως αναγράφεται ότι τόσο η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» όσο και η προσφερόμενη έκπτωση, δεδομένου ότι η αρχική προσφορά του επόμενου μειοδότη ανέρχεται στο ποσό των 2.955.135,00€ πλέον ΦΠΑ και ως εκ τούτου η έκπτωση σε ποσοστό 26,68%.....[...]. Με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα, προβάλλει αιτιάσεις περί του εμπροθέσμου της άσκησης της προσφυγής της, επικαλείται την πανδημία του COVID – 19 ως προς την μη δυνατότητα έγκυρης παραλαβής και μετάφρασης των επίμαχων εγγράφων ενώ επικαλείται ότι η με αρ. 749/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής συνιστά συμπροσβαλλόμενη απόφαση.

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της εμμένει στα ήδη κριθέντα και ουδένα ισχυρισμό ή στοιχείο προσθέτει προς αντίκρουση ad hoc

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

των προβαλλόμενων με την προσφυγή ισχυρισμών. Ειδικότερα αναφέρει αυτολεξεί: «1. ΑΠΟΨΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΑ ΑΛΛΟΔΑΠΑ ΙΔΙΩΤΙΚΑ ΈΓΓΡΑΦΑ

Σύμφωνα με το άρθρο 2.1.4. της Διακήρυξης «Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν.1497/1984 (Α'188). Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα -εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα [αγγλική], χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική».

Επομένως, όπως αναφέρθηκε και στο 3ο Πρακτικό της «...», η έλλειψη νομίμως επικυρωμένης μετάφρασης των συγκεκριμένων δικαιολογητικών δεν δύναται να συμπληρωθεί κατά το άρθρο 102 παρ.2 του ν. 4412/2016, καθώς πρόκειται για μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά και η παράλειψη ορθής κατάθεσης αυτών αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...».

## 2. ΑΠΟΨΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΥΔΡΟΦΟΡΟ ΌΧΗΜΑ

Από το συνταχθέν 3ο Πρακτικό προκύπτει διαφωνία μεταξύ των μελών της για το συγκεκριμένο λόγο απόρριψης. Η Αναθέτουσα Αρχή λαμβάνοντας υπόψη:

Α. το άρθρο 2.2.6 περ. γ της Διακήρυξης, «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: (...), γ) να διαθέτει τον τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό για την εύλογη εκτέλεση των εργασιών, όπως(...) ένα (1)υδροφόρο όχημα χωρητικότητας τουλάχιστον 10 τόννων». Στη συνέχεια, στο άρθρο 2.2.9.2.Β.4. της Διακήρυξης «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν (...) γ) Υπεύθυνη δήλωση υπογεγραμμένη ψηφιακά από τον νόμιμο εκπρόσωπο του

διαγωνιζομένου ότι θα εξασφαλίσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τον απαιτούμενο εξοπλισμό του άρθρου 2.2.6. γ, καθώς και άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης που θα καλύπτει τη διάρκεια της σύμβασης (...), καθώς και για το υδροφόρο όχημα χωρητικότητας τουλάχιστον 10 tn»

και

Β. το άρθρο 2.2.8 της Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο ορίζεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5 και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς»,

θεωρεί αφενός εσφαλμένη τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της εταιρείας «...» και αφετέρου παράλειψη τη μη υποβολή ΕΕΕΣ από την «...». Άρα, η προσφορά πρέπει να απορριφθεί.

### 3. ΑΠΟΨΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΚΑΛΑΘΟΦΩΡΟ ΟΧΗΜΑ.

Ομοίως, από το συνταχθέν 3ο Πρακτικό προκύπτει και εδώ διαφωνία μεταξύ των μελών της για το συγκεκριμένο λόγο απόρριψης. Η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε υπόψη τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.6 περ. γ της Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο: «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: (...), γ) να διαθέτει τον τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό για την εύλογη εκτέλεση των εργασιών, όπως (...) ένα (1) καλαθοφόρο όχημα με ανυψωτική ικανότητα καλαθιού κατ' ελάχιστο 4 μέτρα και με πλάτος κατάληψης οδοστρώματος το πολύ 3 μέτρων όταν το καλάθι βρίσκεται στο ύψος αυτό». Στη συνέχεια, στο άρθρο 2.2.9.2.Β.4. της Διακήρυξης «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν (...) γ) Υπεύθυνη δήλωση υπογεγραμμένη ψηφιακά από τον νόμιμο εκπρόσωπο του διαγωνιζομένου ότι θα εξασφαλίσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης τον απαιτούμενο εξοπλισμό του άρθρου 2.2.6.γ, καθώς και άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης που θα καλύπτει τη διάρκεια της σύμβασης για το καλαθοφόρο όχημα με ανυψωτική ικανότητα καλαθιού κατ'

ελάχιστο 4 μέτρα και με πλάτος κατάληψης οδοστρώματος το πολύ 3 μέτρων όταν το καλάθι βρίσκεται στο ύψος αυτό (...)).».

Η εταιρεία «...» έχει αναρτήσει αρχείο με θέμα «Αποδοχή προσφοράς ανυψωτικού.pdf», με πρόταση για πώληση καλαθοφόρου οχήματος από την εταιρεία «...» και αποδοχή αυτής από το νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας. Αυτό δεν είναι ούτε άδεια κατοχής, ούτε συμφωνητικό μίσθωσης, επομένως δεν μπορεί να γίνει δεκτό ως αποδεκτή απόδειξη της ζητούμενης τεχνικής ικανότητας.

#### **4. ΑΠΟΨΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ**

Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 περ. α της Διακήρυξης «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (ήτοι 06/2017 έως 06/2020) να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με ιδιωτικούς ή δημόσιους φορείς και αφορούσαν παρόμοιες εργασίες καθαρισμού επιφανειών από συνθήματα, αφίσες και" συνολικού προϋπολογισμού 300.000,00 €». Στη συνέχεια, στο άρθρο 2.2.9.2.B.4. της Διακήρυξης «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν α) (...) Ο διαγωνιζόμενος οφείλει να προσκομίσει αναλυτικό κατάλογο των συμβάσεων (περαιωμένων και μη) με συνημμένα απλά φωτοαντίγραφα αυτών (...)».

Στα δικαιολογητικά της εταιρείας «...» δεν υπάρχει καμία σύμβαση των έργων του καταλόγου, επομένως δεν αποδεικνύεται, κατά τον τρόπο που προβλέπεται στη διακήρυξη, η τεχνική ικανότητα της εταιρείας.

Επίσης, για το έργο του Δήμου «...» η εταιρεία προσκόμισε πιστοποιητικό εμπειρίας στο οποίο αναφέρεται ότι το έργο περατώθηκε την 4.8.2020. Άρα, δεν αποδεικνύεται σε τι ποσοστό είχε εκτελεσθεί το έργο έως τον 6ο του 2020 (που είναι η καταληκτική ημερομηνία, η οποία απορρέει από το άρθρο 2.2.6.α. της διακήρυξης), ώστε να αποδεικνύεται εάν πληρείται η απαίτηση για εκτελεσμένο έργο συνολικού προϋπολογισμού 300.000,00 €. Άρα, η προσφορά πρέπει να απορριφθεί.

**5. ΑΠΟΨΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΈΤΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΠΑΡΑΒΪΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗΣ ΑΚΡΟΑΣΗΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΧΡΗΣΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ**

Η Αναθέτουσα Αρχή τήρησε τη διαδικασία που τηρεί σε όλους τους διαγωνισμούς της, χωρίς καμία διαφοροποίηση ή παρέκκλιση για τη συγκεκριμένη περίπτωση.

**6. ΑΠΟΨΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΈΤΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΑΝΟΙΓΜΑ ΤΟΥ ΦΑΚΈΛΟΥ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ**

Όπως προκύπτει από τη λειτουργικότητα της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού περιβάλλοντος του διαγωνισμού η κοινοποίηση της υπ' αριθμ. 446/2021 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής με συνημμένο το 3ο Πρακτικό, έγινε προς όλους τους συμμετέχοντες του διαγωνισμού στις 08.03.2021 και ώρα 20:15:04.

**7. ΑΠΟΨΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΈΤΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΕΣΦΑΛΜΈΝΗ ΑΝΑΓΡΑΦΉ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΚΑΙ ΈΚΠΤΩΣΗΣ ΤΟΥ ΕΠΟΜΕΝΟΥ ΜΕΙΟΔΌΤΗ**

Η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αριθμ. 637/2021 (ΑΔΑ: «...») Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής «...», τροποποίησε την υπ' αριθμ. 2497/2020 Απόφασή της ως προς το σκεπτικό και συγκεκριμένα τροποποιήθηκε το εδάφιο 5 αυτής στο σημείο «και επειδή» και εγκρίθηκε το 1ο πρακτικό και η από 24.02.2021 ορθή επανάληψη του 2ου πρακτικού της «...» για το διαγωνισμό του θέματος.

Επίσης η «...» απέστειλε εισήγηση τροποποίησης της υπ' αριθμ. 446/23-02-2020 (ΑΔΑ: «...») Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής «...», που αφορά την παροχή υπηρεσιών του θέματος και με την οποία ζητά:

1. Την έγκριση της ορθής επανάληψης του από 24.02.2021 3ου Πρακτικού της «...» του ανοικτού, άνω των ορίων, ηλεκτρονικού διαγωνισμού παροχής υπηρεσιών: «...», προϋπολογισμού 4.997.820,00€ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

2. Την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού, με οικονομική άποψη προσφορά, ποσού 2.955.135,00,00€ πλέον ΦΠΑ, που αντιστοιχεί σε ποσοστό έκπτωσης 26,68%.

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

Τα θέματα έχει ενταχθεί στην 16η συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής με α/α 42, και η συζήτηση αυτής θα πραγματοποιηθεί την Τρίτη 30-03-2021 και ώρα 11:00 π.μ., με τη διαδικασία της τηλεδιάσκεψης».

14. Επειδή, η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της αναφέρει αυτολεξεί τα εξής «1. Εκπρόθεσμη άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Στο άρθρ. 12 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α 63/4.5.2017) προβλέπεται ότι «(γ)ια τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει». Περαιτέρω, στο άρθρ. 10 παρ. 7 του ΚΔΔιαδ. ορίζεται ότι «(γ)ια τον υπολογισμό των προθεσμιών αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα», στη δε διάταξη του άρθρ. 242 του Α.Κ. ορίζεται ότι «η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία μέρα και εάν είναι εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη μέρα». Εξάλλου, με το άρθρο Ι παρ. 12 της από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α'299), η οποία κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 1157/1981 (Α' 126), ορίσθηκε ότι «Η διαδρομή των υπό του νόμου ή των δικαστηρίων τεταγμένων προθεσμιών άρχεται από της επιούσης της ημέρας της επιδόσεως ή της ημέρας κατά την οποίαν συνέβη το αποτελούν την αφετηρίαν της προθεσμίας γεγονός και λήγει την 7ην μ.μ. ώραν της τελευταίας ημέρας, εάν δε αυτή είναι κατά νόμον εξαιρετέα ή Σάββατον, την αυτήν ώραν της επομένης εργασίμου ημέρας...». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρ. 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, «σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία (...)). Ενόψει των ανωτέρω, η δεκαήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, της προδικαστικής προσφυγής λήγει με την συμπλήρωση της 7ης μ.μ. της τελευταίας ημέρας και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 27/2017, Ε.Α. ΣΤΕ 598/2008, 808/2008, 1339/2009, 896/2010, ΑΕΠΠ Α16/2017, 175/2017). Στην προκειμένη περίπτωση, τόσο η προσβαλλόμενη

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, όσο και το 3ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο αποτελεί και την αιτιολογία της επίμαχης απόφασης, κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, και στην προσφεύγουσα, μέσω του συστήματος του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την 8.3.2021. Επομένως, η προθεσμία για την άσκηση της παρούσας προσφυγής άρχισε την 9.3.2021 και εξέπνευσε την 18.3.2021 και ώρα 19.00 μ.μ. Άρα, η άσκηση της υπόψη προδικαστικής προσφυγής μέσω ανάρτησής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, την 18.3.2021 και ώρα 19.19 μ.μ. είναι εκπρόθεσμη. Σημειώνουμε δε ότι όσα αναφέρει η προσφεύγουσα εταιρεία στην παρ. 36 της προσφυγής της περί μη κοινοποίησης σε αυτήν του 3ου Πρακτικού του διαγωνισμού είναι αναληθή, καθώς η σχετική κοινοποίηση προκύπτει από το ίδιο το σύστημα του διαγωνισμού και έγινε την 8.3.2021, όπως προκύπτει και από το υπ' αριθμ. πρωτ. 241956/29.3.2021 έγγραφο της Αναθέτουσας Αρχής.

2. Προδήλως «βάσιμος και μη νόμιμος ο προβαλλόμενος με την προδικαστική προσφυγή λόγος περί παράνομης απόρριψης της προσφοράς της σε σχέση με τα υποβληθέντα ξενόγλωσσα ιδιωτικά έγγραφα.

2.1. Η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι τα προσκομισθέντα στην αγγλική γλώσσα ISO9001 14001-2015 και OHSAS\_RA\_2018 έπρεπε να γίνουν δεκτά, ως υπεβλήθησαν, διότι οι πληροφορίες που βεβαιώνουν σχετικά με την αντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης (άρθρο 2.2.7) είναι απολύτως σαφείς, αφού ευχερώς προκύπτει ότι πρόκειται για τα συγκεκριμένα ISO που αναφέρει η Διακήρυξη, ενώ και οι ημερομηνίες ισχύος αυτών είναι, κατά την προσφεύγουσα, απολύτως ευανάγνωστες. Τα ως άνω υποστηριζόμενα είναι αβάσιμα και απορριπτέα, διότι: Σύμφωνα με το άρθρ. 80 παρ. 10 του ν. 4412/2016, το οποίο επαναλαμβάνεται στο άρθρ. 2.1.4. της παρούσας Διακήρυξης «Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α' 188). Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα



έντυπα -εταιρικά ή μη-με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα [αγγλική], χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική». Όπως έχει κριθεί από την Αρχή Σας, η ανωτέρω διάταξη, από τη διατύπωση και την τελολογία της, ήθελε προφανώς να εξαιρέσει από την υποχρέωση μετάφρασης έντυπα με αμιγώς τεχνικά χαρακτηριστικά, π.χ. αριθμούς, αποδόσεις σε διεθνείς μονάδες, μαθηματικούς τύπους, σχέδια κ.λπ. που είναι δυνατόν να «διαβαστούν» σε κάθε γλώσσα και δεν είναι απαραίτητη η σχετική μετάφρασή τους (βλ. ΑΕΠΠ 2/2019, 116/2019, Α15/2018). Σε πλήρη αρμονία με τα ανωτέρω, έχει επανειλημμένως κριθεί, ότι πιστοποιητικά που αφορούν στα αποδεικτικά πιστοποίησης ποιότητας, όπως είναι τα ISO, αποτελούν αποδεικτικά έγγραφα και όχι ενημερωτικά φυλλάδια και για το λόγο τούτο, σε περίπτωση που είναι ξενόγλωσσα, πρέπει να προσκομίζεται η μετάφρασή τους επικυρωμένη, είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας, είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο (βλ. ΑΕΠΠ 168/2021, 58/2020, 18/2017, ΕΑ ΣΤΕ 291/2019, 42/2020, 4505/2006, 587/2005, ΣΤΕ 519/2010, 485/2010). Εξάλλου, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, από τα προσκομισθέντα στην αγγλική γλώσσα ISO, να μην προκύπτει το είδος τους, ωστόσο, ουδόλως μπορεί να διαπιστωθεί εάν σχετίζονται ή όχι με το αντικείμενο της υπόψη σύμβασης, εάν, δηλαδή καταλαμβάνουν στο πεδίο εφαρμογής τους, το συμβατικό αντικείμενο. Ενόψει των ανωτέρω, η μη προσκόμιση επικυρωμένης μετάφρασης των ως άνω εγγράφων αποτελεί λόγο αποκλεισμού, καθώς συνιστά μη ορθή υποβολή προσφοράς, ο οποίος, μάλιστα, δεν μπορεί να αρθεί με παροχή διευκρινίσεων (ΑΕΠΠ 2/2019, 116/2019, Α15/2018).

2.2. Η προσφεύγουσα ένωση υποστηρίζει, στη συνέχεια, ότι τα εν λόγω ISO είναι τάχα προαιρετικά και ότι δεν απαιτείτο υποχρεωτικά να προσκομισθούν. Την άποψή της αυτή στηρίζει στην υποσημείωση 72 της Διακήρυξης (σελ.18), σύμφωνα με την οποία «τα ως άνω πρότυπα είναι προαιρετικά, ήτοι τίθενται στην παρούσα διακήρυξη, κατά την κρίση και τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής». Επ' αυτού, επισημαίνουμε τα ακόλουθα: Σύμφωνα με το άρθρ. 82 του ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από

ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς (...). Στο πρότυπο τεύχος Διακήρυξης της ΕΑΑΔΗΣΥ για Σύμβαση Γενικών Υπηρεσιών άνω των ορίων, το οποίο είναι προφανές ότι χρησιμοποίησε η αναθέτουσα αρχή κατά τη σύνταξη των όρων της υπόψη σύμβασης, αναφέρεται στο άρθρ. 2.2.7 (σελ. 25) «2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης 113 [τίθεται από την Α.Α. μόνο εάν απαιτεί πρότυπα] (...). Στην υποσημείωση 113 αναφέρεται ότι «Επισημαίνεται ότι τα πρότυπα είναι προαιρετικά, ήτοι τίθενται στην παρούσα διακήρυξη, κατά την κρίση και τη διακριτική ευχέρεια της Α.Α. και πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης (Πρβλ. άρθρο 82 του ν. 4412/2016)». Από τα ανωτέρω προκύπτει σαφώς και είναι, εξάλλου, ευρέως γνωστό στους κύκλους των ενασχολούμενων με τις δημόσιες συμβάσεις, ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει από τους οικονομικούς Φορείς την προσκόμιση σχετικών προτύπων διασφάλισης ποιότητας, τα οποία, όμως, εάν τα ζητήσει, καθίστανται υποχρεωτικά κριτήρια επιλογής (ΑΕΠΠ 731/2018). Είναι, επομένως, τελείως άστοχος και εσφαλμένος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσκόμιση των ζητούμενων από τη Διακήρυξη ISO είναι προαιρετική, καθώς αυτά ετέθησαν στη Διακήρυξη ως υποχρεωτικά κριτήρια επιλογής, η δε αναφορά της προσφεύγουσας στην υποσημείωση της Διακήρυξης, η οποία προέρχεται από το πρότυπο τεύχος και επεξηγεί τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προβλέψει, εάν επιθυμεί, πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, είναι παντελώς άστοχη.

2.3. Υποστηρίζει, στη συνέχεια, η προσφεύγουσα, ότι και το προσκομισθέν, στην αγγλική και γερμανική γλώσσα, ασφαλιστήριο συμβόλαιο, έπρεπε να γίνει δεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή, καθώς από αυτό προκύπτει αφενός ότι η ασφαλιστική κάλυψη ανέρχεται έως το ποσό των 25.000.000,00 €, αφετέρου ότι η διάρκειά του είναι από 1.1.2020 έως 1.1.2021. Παραλείπει, όμως, η προσφεύγουσα να μας ενημερώσει εάν από το ξενόγλωσσο κείμενο

μπορεί να καταστεί κατανοητό, άνευ ιδιαίτερης γνώσης της αγγλικής και γερμανικής γλώσσας, το αντικείμενο της ασφαλιστικής κάλυψης, εάν, δηλαδή, περιλαμβάνει, το ζητούμενο από τη διακήρυξη επαγγελματικό κίνδυνο. Είναι σαφές ότι κάτι τέτοιο δεν μπορεί να συμβεί, καθώς δεν πρόκειται για έντυπο με αμιγώς τεχνικά χαρακτηριστικά, π.χ. αριθμούς, αποδόσεις σε διεθνείς μονάδες, μαθηματικούς τύπους, σχέδια κ.λπ. και δεν είναι δυνατόν να «διαβαστεί» σε κάθε γλώσσα άνευ σχετικής μετάφρασής του. Επομένως, νομίμως η Αναθέτουσα Αρχή δεν έκανε δεκτό το ξενόγλωσσο ασφαλιστήριο συμβόλαιο. Σε κάθε περίπτωση, και επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία προσπαθεί να δημιουργήσει εσφαλμένες εντυπώσεις σε σχέση με το περιεχόμενο του συγκεκριμένου ασφαλιστηρίου, αξίζει να σημειωθεί ότι δεν πρόκειται για ασφαλιστήριο συμβόλαιο έναντι επαγγελματικού κινδύνου, αλλά για ασφαλιστήριο έναντι γενικής ευθύνης, το οποίο, ούτως ή άλλως, δεν καλύπτει την απαίτηση του άρθρ. 2.2.5 της διακήρυξης. Μάλιστα, ούτε το προσκομισθέν, το πρώτον με την προδικαστική προσφυγή, ασφαλιστήριο στην ελληνική γλώσσα, της Εθνικής ΑΕΕΕΓΑ αποτελεί ασφαλιστήριο έναντι επαγγελματικού κινδύνου, αλλά αστικής ευθύνης, το οποίο, μάλιστα, σε κάθε περίπτωση δεν καλύπτει την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού. Ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτέα και για το σχετικό με το ασφαλιστήριο συμβόλαιο προβαλλόμενο λόγο.

2.4. Ομοίως, ούτε οι προσκομισθέντες στην αγγλική γλώσσα, ισολογισμοί, μπορεί να γίνει δεκτό ότι αφορούν τεχνικά έγγραφα, τα οποία δεν χρήζουν μετάφρασης στην ελληνική γλώσσα. Είναι σαφές ότι πρόκειται για αποδεικτικά έγγραφα, τα οποία, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να προσκομίσουν με τον τρόπο που απαιτεί η διακήρυξη, ήτοι είτε στην ελληνική γλώσσα, είτε μεταφρασμένα στην ελληνική και νομίμως επικυρωμένα. Επομένως, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού και κατόπιν η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψαν την προσφορά της προσφεύγουσας και για το λόγο της μη προσκόμισης μεταφρασμένων στην ελληνική ισολογισμών.

2.5. Υποστηρίζει, τέλος, η προσφεύγουσα, ότι η Αναθέτουσα Αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, μη καλώντας την, να προσκομίσει νομίμως επικυρωμένες μεταφράσεις των ξενόγλωσσων δικαιολογητικών της. Προς υποστήριξη του ισχυρισμού της αυτού, προσκομίζει

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

και επικαλείται την υπ' αριθμ. Α4/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών (Ακυρωτική Διαδικασία), η οποία, όμως, όπως καταδεικνύουμε, στη συνέχεια, όχι μόνον αφορά σε τελείως διαφορετικό ζήτημα, αλλά κυρίως καταλήγει στην ερμηνεία ότι υφίσταται μεν διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής και κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όμως η διακριτική αυτή ευχέρεια αφορά σε διευκρίνιση ή συμπλήρωση ήδη κατατεθειμένων δικαιολογητικών, άρα όχι σε κατάθεση το πρώτον δικαιολογητικών, όπως εν προκειμένω, οι μεταφράσεις των ξενόγλωσσων εγγράφων. Ειδικότερα: Η ως άνω απόφαση προσέδωσε, όπως προείπαμε, στο άρθρ. 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 τηνερμηνεία ότι «κατά την έννοια της επίμαχης διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 παρ. 12 β', η αναθέτουσα αρχή δεν έχει πλέον υποχρέωση, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χορηγώντας του παράταση προθεσμίας, παρά μόνον όταν πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει η νέα διάταξη. Επαφίεται, όμως, στη διακριτική της ευχέρεια, να ασκήσει, οίκοθεν, τη σχετική της αρμοδιότητα, διότι τούτο δεν έχει απαγορευθεί από τη νέα διάταξη, δεδομένου ότι η δυνατότητά της καλεί τον προσωρινό ανάδοχο για διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των υποβληθέντων δικαιολογητικών δεν θα μπορούσε να περιορισθεί (...)». Στην εκεί εξεταζόμενη περίπτωση, ο προσωρινός μειοδότης δεν προσκόμισε επικαιροποιημένη φορολογική ενημερότητα, πλην, όμως, όπως έκρινε το Διοικητικό Εφετείο, επρόκειτο για έγγραφο που μπορούσε να αναζητηθεί από την ίδια την αναθέτουσα αρχή μέσω της ΑΑΔΕ, επιπλέον δε, ο προσωρινός ανάδοχος είχε εντός της αρχικής προθεσμίας αιτηθεί παράταση. Στη δική μας περίπτωση, τίποτα από τα ανωτέρω δεν ισχύει. Ούτε οι μεταφράσεις αποτελούν έγγραφα στα οποία μπορεί να έχει πρόσβαση η αναθέτουσα αρχή, ούτε ζήτησε καμία παράταση προθεσμίας ο προσωρινός ανάδοχος.

Τέλος, ως γνωστό, διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει

υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π.Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139). Ο δε έλεγχος των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε.ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).Εν προκειμένω, ενόψει της αρχής της τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, αλλά και της επιταγής για ίση μεταχείριση, δίχως διακρίσεις, όλων των οικονομικών φορέων, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να κάνει ακριβώς τούτο, να συμμορφώνεται πλήρως με τους όρους της Διακήρυξης, να ενεργεί, δηλαδή με δέσμια αρμοδιότητα, εκτός από τις περιπτώσεις που η ίδια η Διακήρυξη ή το διέπον το διαγωνισμό νομοθετικό πλαίσιο καταλείπει περιθώρια διακριτικής ευχέρειας. Τέτοιο περιθώριο καταλείπεται, παραδείγματος χάριν, στην περίπτωση διευκρίνισης ή συμπλήρωσης ήδη κατατεθειμένου δικαιολογητικού, όπως δέχθηκε και η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα Α4/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών. Όμως, στην περίπτωση, όπως η προκειμένη, παντελούς έλλειψης υποβολής δικαιολογητικού και συγκεκριμένα νομίμως επικυρωμένων μεταφράσεων ξενόγλωσσων δικαιολογητικών, συντρέχει δέσμια αρμοδιότητα απόρριψης της σχετικής προσφοράς κι ουχί διακριτική ευχέρεια πρόσκλησης

σε συμπλήρωση αυτών. Αβάσιμος, επομένως, και απορριπτέος, είναι ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής.

3. Προδήλως αβάσιμος και μη νόμιμος ο προβαλλόμενος με την προδικαστική προσφυγή λόγος περί παράνομης απόρριψης της προσφοράς της λόγω μη υποβολής ΕΕΕΣ της εταιρείας «...».

3.1. Σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.6 περ. γ' της Διακήρυξης, «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: (...), γ) να διαθέτει τον τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό για την εύλογη εκτέλεση των εργασιών, όπως (...) ένα (1) υδροφόρο όχημα χωρητικότητας τουλάχιστον 10 τόνων». Η ανωτέρω τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, σε σχέση με το ζητούμενο υδροφόρο όχημα, αποδεικνύεται, σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.9.2.B4.γ της Διακήρυξης, εκτός από τη γενική Υπεύθυνη Δήλωση που προβλέπεται στο άρθρο αυτό, και με άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης που θα καλύπτει τη διάρκεια της σύμβασης. Εναλλακτικά, η συγκεκριμένη ικανότητα μπορεί, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης, να καλύπτεται και με δάνεια εμπειρία τρίτου φορέα, ο οποίος μπορεί να είναι και υπεργολάβος τμήματος της προς ανάθεση σύμβασης. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο τρίτος υποχρεούται να υποβάλει ξεχωριστό ΕΕΕΣ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΙ 111 96, 208, 231,246/2017 και 30, 426/2018).Όπως προέκυψε από τον έλεγχο των δικαιολογητικών της «...», για την απόδειξη της επίμαχης τεχνικής ικανότητας, εκτός της γενικής Υπεύθυνης Δήλωσης, η προσωρινή ανάδοχος είχε αναρτήσει αρχείο με τίτλο «Συμφωνητικό ενοικίασης υδροφόρου οχήματος.pdf», το οποίο, όμως, όπως προκύπτει από το περιεχόμενό του δεν είναι μισθωτήριο συμβόλαιο, αλλά συμφωνητικό δάνειας εμπειρίας /υπεργολαβίας. Συγκεκριμένα, με το συμφωνητικό αυτό η εταιρεία «...» δεν εκμισθώνει το όχημα στην «...», ώστε η τελευταία να το χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση του έργου. Αντιθέτως, οι εργασίες θα εκτελούνται από την «...», η οποία και θα αμείβεται με το αντίστοιχο τίμημα, σύμφωνα με την ποσότητα του νερού που θα χρησιμοποιείται κάθε φορά. Δηλαδή, η «...» θα είναι υπεργολάβος της «...», δεδομένου ότι θα εκτελεί τις αντίστοιχες εργασίες, δανείζει δε και την τεχνική ικανότητα, συγκεκριμένα το υδροφόρο φορηγό,

ώστε μέσω αυτής, η εταιρεία «...» καλύπτει το συγκεκριμένο κριτήριο. Ως εκ τούτου, η εταιρεία «...» έπρεπε να έχει καταθέσει ξεχωριστό ΕΕΕΣ για την εταιρεία «...», η οποία, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο του συμφωνητικού, αφενός θα είναι υπεργολάβος του προσωρινού αναδόχου, αφετέρου δανείζει σε αυτόν τεχνική ικανότητα.

3.2. Με την προδικαστική της προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι το προσκομισθέν συμφωνητικό είναι συμφωνητικό μίσθωσης απαιτούμενου εξοπλισμού, ήτοι του υδροφόρου οχήματος και ως τέτοιο έπρεπε να γίνει δεκτό ως απόδειξη του σχετικού κριτηρίου. Επίσης, ότι δεν έπρεπε να υποβληθεί ΕΕΕΣ της «...», καθώς η τελευταία ήταν απλώς εκμισθώτρια του εξοπλισμού και όχι δανείζουσα εμπειρία. Ωστόσο, από μία απλή ανάγνωση του «συμφωνητικού συνεργασίας» που έχει προσκομίσει η προσωρινή ανάδοχος προκύπτουν, άνευ αμφιβολίας, τα ακόλουθα:

- Το υδροφόρο όχημα δεν περιέρχεται στην κατοχή της προσφεύγουσας, ώστε η τελευταία να μπορεί μόνη της να το διαθέσει και να το χρησιμοποιήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

- Το υδροφόρο όχημα παραμένει στην κατοχή της «...», η οποία και θα παρέχει, με το προσωπικό της, την υπηρεσία της μεταφοράς του νερού και τροφοδοσίας των πλυστικών μηχανημάτων της προσφεύγουσας, όποτε αυτό ζητείται από την προσφεύγουσα.

Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ουδόλως απέδειξε την πλήρωση του κριτηρίου περί τεχνικής ικανότητας και συγκεκριμένα περί διάθεσης του απαραίτητου τεχνικού εξοπλισμού, συνακολούθως, νομίμως απερρίφθη η προσφορά της από την Αναθέτουσα Αρχή.

4. Προδήλως «βάσιμος και μη νόμιμος ο προβαλλόμενος με την προδικαστική προσφυγή λόγος 3ος λόγος αναφορικά με το καλαθοφόρο όχημα. Σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.6 περ. γ' της Διακήρυξης, «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: (...),γ) να διαθέτει τον τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό για την εύλογη εκτέλεση των εργασιών, όπως (...) ένα (1) καλαθοφόρο όχημα με ανυψωτική ικανότητα καλαθιού κατ' ελάχιστο 4 μέτρα και με πλάτος κατάληψης οδοστρώματος το πολύ 3 μέτρων όταν το καλάθι βρίσκεται στο ύψος αυτό». Η ανωτέρω τεχνική και επαγγελματική ικανότητα σε

σχέση με το ζητούμενο καλαθοφόρο όχημα αποδεικνύεται, σύμφωνα με το άρθρ. 2.2.9.2.B4.γ της Διακήρυξης, εκτός από τη γενική Υπεύθυνη Δήλωση που προβλέπεται στο άρθρο αυτό, και με άδεια κατοχής ή συμφωνητικό μίσθωσης που θα καλύπτει τη διάρκεια της σύμβασης. Εναλλακτικά, η συγκεκριμένη ικανότητα μπορεί, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.8, να καλύπτεται και με δάνεια εμπειρία τρίτου φορέα, ο οποίος μπορεί να είναι και υπεργολάβος τμήματος της προς ανάθεση σύμβασης. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο τρίτος υποχρεούται να υποβάλει ξεχωριστό ΕΕΕΣ. Όπως προέκυψε από τον έλεγχο των δικαιολογητικών της προσφεύγουσας, για την απόδειξη της επίμαχης τεχνικής ικανότητας, εκτός της γενικής Υπεύθυνης Δήλωσης, έχει αναρτήσει αρχείο με τίτλο «Αποδοχή προσφοράς ανυψωτικού.pdf», το οποίο περιλαμβάνει πρόταση για πώληση καλαθοφόρου οχήματος από την εταιρεία «...» και αποδοχή αυτής από το νόμιμο εκπρόσωπο του προσωρινού αναδόχου. Όμως, ούτε από τη συγκεκριμένη πρόταση και αποδοχή αυτής, αλλ' ούτε από κάποιο άλλο προσκομισθέν στοιχείο (πχ άδεια κυκλοφορίας), προκύπτει μεταβίβαση του οχήματος στην «...», ούτε κατοχή αυτού από την τελευταία. Επομένως, ουδόλως αποδείχθηκε η απαιτούμενη τεχνική ικανότητα. Όσα δε υποστηρίζει η προσφεύγουσα περί καταρτισμένης σύμβασης πώλησης είναι αδιάφορα, καθώς ακόμη κι αν ήθελε γίνει δεκτό ότι πράγματι ολοκληρώθηκε η αγοραπωλησία και το όχημα μεταβιβάσθηκε στην προσφεύγουσα, η τελευταία δεν προσκόμισε το σχετικό αποδεικτικό μέσο, ήτοι την άδεια κυκλοφορίας του. Επομένως, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και ως προς το σημείο αυτό.

5. Αβάσιμα είναι και όσα προβάλλει η προσφεύγουσα με τον 4ο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής σε σχέση με την απόδειξη εμπειρίας σε παρόμοιες υπηρεσίες. Όπως ορθώς έκρινε η «...» και στη συνέχεια η Αναθέτουσα Αρχή, η προσφεύγουσα δεν απέδειξε νομότυπα την τεχνική της ικανότητα. Συγκεκριμένα, στα δικαιολογητικά της, δεν υπήρχε καμία σύμβαση των έργων που είχε επικαλεσθεί. Επίσης, για το έργο του Δήμου «...», είχε προσκομίσει πιστοποιητικό εμπειρίας στο οποίο αναφερόταν ότι το έργο είχε περατωθεί την 4.8.2020, με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύει σε τι ποσοστό είχε εκτελεσθεί το έργο έως τον 6ο του 2020 (κρίσιμη ημερομηνία) κι αν πληρούται η απαίτηση για εκτελεσμένο έργο, συνολικού προϋπολογισμού



## Αριθμός απόφασης:916 /2021

300.000,00 €. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προδικαστική προσφυγή ότι απέδειξε την επίμαχη απαίτηση, καθώς από τον 6ο του 2020 έως 4.8.2020 δεν μπορεί παρά να είχε εκτελεσθεί ένα μικρό τμήμα του έργου, αναφέρεται δε και σε έγγραφο με αριθμ. πρωτ. 6434/22.2.2021 του ανωτέρω Δήμου, σύμφωνα με το οποίο οι εργασίες ολοκληρώθηκαν στις 11.4.2019! Υπογραμμίζουμε ότι το έγγραφο αυτό ουδέποτε προσκομίσθηκε με τα δικαιολογητικά της προσφεύγουσας, σε κάθε δε περίπτωση έρχεται σε πλήρη αντίθεση με το μοναδικό επίσημο έγγραφο που η ίδια έχει προσκομίσει, ήτοι το Πιστοποιητικό Εμπειρίας, στο οποίο αναφέρεται ότι το υπόψη έργο ολοκληρώθηκε στις 4.8.2020!! Ενόψει των ανωτέρω, και ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

6. Σε σχέση με όσα αναπτύσσει η προσφεύγουσα για το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης και την δήθεν παραβίασή του από την Οικονομική Επιτροπή κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, λεκτέα είναι τα ακόλουθα; Πρώτον, κατά τη συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατά την οποία ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση, παρέστη και ανέπτυξε τους ισχυρισμούς του σε σχέση με τους λόγους απόρριψης της εταιρείας, εκπρόσωπος της εταιρείας, όπως πληροφορηθήκαμε. Επομένως, αναληθώς αναφέρεται στην προδικαστική προσφυγή ότι δεν έγινε τάχα δεκτό αίτημα της εταιρείας να παραστεί στη συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής. Δεύτερον, η προσφεύγουσα μάλλον συγχέει την έννοια της διακριτικής ευχέρειας του διοικητικού οργάνου με τη διαδικασία έκδοσης διοικητικής πράξης από το αποφασίζον όργανο, κατόπιν απλής γνώμης γνωμοδοτικού οργάνου. Στην πρώτη περίπτωση, το διοικητικό όργανο (αποφασίζον και γνωμοδοτικό) έχει περιθώριο δράσης και επιλογών, στη δε δεύτερη περίπτωση, το αποφασίζον όργανο μπορεί να απέχει από τη γνώμη του γνωμοδοτικού οργάνου, εάν υιοθετήσει πλήρη και ειδική αιτιολογία ως προς την απόκλισή του. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, δεν μπορεί να γίνει λόγος για διακριτική ευχέρεια του αποφασίζοντος οργάνου σε σχέση με την υιοθέτηση ή όχι της γνωμοδότησης του γνωμοδοτικού οργάνου, ώστε να εγκαθιδρύεται στάδιο προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου. Τρίτον, στην προκειμένη περίπτωση, όπου η Αναθέτουσα Αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας, καθώς οι συγκεκριμένες ελλείψεις δεν

μπορούσαν ούτε να διευκρινισθούν, ούτε να συμπληρωθούν, δεν τίθεται ζήτημα δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης (βλ. και ΑΕΠΠ 238/2021).

7. Τέλος, σε σχέση με τη διαδικασία που ακολουθήθηκε, αναφέρουμε τα εξής: Πρώτον, η διαδικασία που ακολούθησε η Ε.Α.Π περιγράφεται αναλυτικά στο άρθρ. 3.2. της Διακήρυξης, το οποίο αναφέρεται στο στάδιο των Δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Η διαδικασία που περιγράφεται στο επικαλούμενο από την προσφεύγουσα άρθρ. 100 του ν.4412/2016 αφορά στο προηγούμενο στάδιο, δηλαδή αυτό του ανοίγματος των προσφορών, το οποίο έχει ολοκληρωθεί. Επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της είναι αβάσιμοι. Δεύτερον, όπως προκύπτει από το 3ο Πρακτικό της «...», η τελευταία ακολούθησε επακριβώς όσα αναφέρονται στη Διακήρυξη. Συγκεκριμένα, μετά την προσκόμιση των δικαιολογητικών της προσφεύγουσας, έλαβαν γνώση αυτών όσοι δεν είχαν αποκλεισθεί οριστικά από τη διαδικασία. Το δε Πρακτικό συντάχθηκε μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου τους, όπως ακριβώς ορίζεται στο άρθρ. 3.2. της Διακήρυξης. Είναι, επομένως, ακατανόητα όσα αναφέρει στο συγκεκριμένο λόγο της η προσφεύγουσα και έρχονται σε αντίθεση με την προβλεπόμενη στη Διακήρυξη διαδικασία, την οποία τήρησε απρέγκλιτα τόσο η «...», όσο και η Αναθέτουσα Αρχή».

15. Επειδή το άρθρο 18 με τίτλο « Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει : «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...[..]». Το, δε, άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 και 2 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.  
2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως:

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

α) την επωνυμία της αναθέτουσας αρχής, [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους, ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης,[...] ιγ) τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 59,[...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), κα) τον κατάλογο και τη σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης, κβ) όλες τις αναγκαίες πληροφορίες σχετικά με τον τρόπο διάθεσης των εγγράφων της σύμβασης, κγ) τη διαδικασία πρόσβασης των υποψηφίων και προσφερόντων στα δικαιολογητικά, στις τεχνικές και οικονομικές προσφορές, υπό την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 70 και στην κείμενη νομοθεσία,[...]». Περαιτέρω, το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 12 του Ν.4605/2019 (Φ.Ε.Κ. Α' 52/01.04.2019) αναφέρει αυτολεξεί τα εξής «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα:1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η

κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.

6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο ,στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2,

και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης [είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου] είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105.

7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.

16. Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης προβλέπουν τα κάτωθι:  
«2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (ήτοι 06/2017 έως 06/2020) να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με ιδιωτικούς ή δημόσιους φορείς και αφορούσαν παρόμοιες εργασίες καθαρισμού επιφανειών από συνθήματα, αφίσες και "tags" συνολικού προϋπολογισμού 300.000,00€. Σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης οι εργασίες θα πρέπει να έχουν παρασχεθεί κατά την τελευταία τριετία είτε από μεμονωμένο διαγωνιζόμενο είτε αθροιστικά από το σύνολο των μελών. β) να διαθέτουν έμπειρο και επαρκές από πλευράς αριθμού ατόμων διευθυντικό και επιστημονικό προσωπικό, το οποίο θα είναι υπεύθυνο για τον συντονισμό του τεχνικού προσωπικού για την εκτέλεση των εργασιών και τον έλεγχο και την εξασφάλιση της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών, ώστε αυτές να παρασχεθούν έντεχνα και εμπρόθεσμα, χωρίς να δημιουργηθούν προβλήματα στη ομαλή κυκλοφορία πεζών και οχημάτων. Ειδικότερα και ανεξαρτήτως του είδους της επέμβασης (καθαρισμός στηθαίων, καθαρισμός υπόγειας διάβασης πεζών ή οχημάτων) το τμήμα του δικτύου στο οποίο λαμβάνουν χώρα οι εργασίες ανακαίνισης, θα παραδίδεται μετά το πέρας των εργασιών στην προτέρα κατάσταση λειτουργικότητας. Στο προσωπικό αυτό θα περιλαμβάνονται κατ' ελάχιστο: Ένας (1) Διπλωματούχος ή Πτυχιούχος Μηχανικός, με χρόνο από κτήσεως πτυχίου τουλάχιστον δέκα (10) έτη και αποδεδειγμένη εμπειρία, ως Διευθυντής Έργου ή Εργοταξίαρχης εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων έργων ή παροχής υπηρεσιών του δημοσίου ή/και ιδιωτικών φορέων για τουλάχιστον 3 έτη, ο οποίος θα απασχολείται επιτελικά με όλα τα θέματα που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης και θα αναλάβει για λογαριασμό του Παρόχου την ενημέρωση και τις επαφές με την Υπηρεσία κατά τη διάρκεια της παροχής των υπηρεσιών, αλλά και κατά το χρόνο εγγύησης. Ένας (1) Διπλωματούχος ή Πτυχιούχος Μηχανικός, ο οποίος θα απασχολείται καθημερινά επιτόπου, με χρόνο από κτήσεως πτυχίου

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

τουλάχιστον τρία (3) έτη, ο οποίος θα έχει 12μηνη ή και πλέον εμπειρία σε ανάλογη θέση (εργοταξίαρχη, βοηθού εργοταξίαρχη η/και επικεφαλής συνεργείων) σε σύμβαση/εις έργου/ων ή παροχής υπηρεσιών του δημοσίου ή/και ιδιωτικών φορέων καθώς και 12μηνη ή και πλέον εμπειρία, σε εργασίες οιοσδήποτε φύσεως οι οποίες εκτελούνται επί οδικού δικτύου (οδοποιίας, υπογείων διαβάσεων, ηλεκτροφωτισμού, φωτεινής σηματοδότησης κ.λπ.)

γ) να διαθέτει τον τεχνικό και μηχανικό εξοπλισμό για την εύλογη εκτέλεση των εργασιών, όπως:

- δύο (2) αυτοδύναμες επαγγελματικές πλυστικές μονάδες κρύου και ζεστού νερού πίεσεως λειτουργίας 30-180bar (μέγιστης πίεσης 270 bar, εγκατεστημένης ισχύος τουλάχιστον 8kW, παροχής τουλάχιστον 750 l/hr νερού

- δύο (2) αναρροφητικές ηλεκτρικές σκούπες υγρών & στερεών, ονομαστικής ισχύος εισόδου τουλάχιστον 1500W, ελάχιστης χωρητικότητας κάδου 20lit, δυνατότητας αναρροφήσεως τουλάχιστον 220mbar,

- δύο (2) επαγγελματικούς ατμοκαθαριστές ρυθμιζόμενης πίεσεως ατμού τουλάχιστον 4bar

- ένα (1) καλαθοφόρο όχημα με ανυψωτική ικανότητα καλαθιού κατ' ελάχιστο 4 μέτρα και με πλάτος κατάληψης οδοστρώματος το πολύ 3 μέτρων όταν το καλάθι βρίσκεται στο ύψος αυτό

- ένα (1) υδροφόρο όχημα χωρητικότητας τουλάχιστον 10 τόνων

### 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί

φορείς, μπορούν 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 οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τωνσυμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων .

#### 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

##### 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς:

α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4,2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. Το ΕΕΕΣ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Σε όλες τις περιπτώσεις, όπου περισσότερα από ένα φυσικά πρόσωπα είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, υποβάλλεται ένα Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο είναι δυνατό να φέρει μόνο την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα ως προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.1 της παρούσας για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία



εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης.

#### 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα

Τα ζητούμενα παρακάτω δικαιολογητικά θα υποβληθούν στην φάση της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό μειοδότη.

Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.5 και 2.2.8).

#### 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

παρούσας, 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης, 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 την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, που δεν επιτρέπεται στον παρόντα διαγωνισμό. ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ.γ της παρούσας (περ. γ' της παρ.4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων, ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.».

17. 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

## **Αριθμός απόφασης:916 /2021**

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 υποχρεώσεών 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 διαγωνιζόμενου, εφόσον η

Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

18. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση 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).

19. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

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).

20. Επειδή το άρθρο 103 με τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» διαμορφώθηκε ως κατωτέρω με το άρθρο 43 Ν.4782/2021 : *«Πέραν των οριζόμενων στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, και στο άρθρο 93, περί περιεχομένου φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής», ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α` 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ.*

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια

του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1.

Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.

Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων

κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οφигενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, η διαδικασία ματαιώνεται.

6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών σύμφωνα με όσα ορίζονται στην παρ. 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παρ. 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105.

7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, σύμφωνα με όσα ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.» Επισημαίνεται ότι με βάση το άρθρο 142 παρ. 3 του αυτού Νόμου ως έναρξη ισχύος του συγκεκριμένου άρθρου ορίζεται η 1.6.2021.

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, κρίσιμος χρόνος για την αποκρυστάλλωση του οικείου θεσμικού πλαισίου διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η ημερομηνία δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης (βλ. και σκέψη 14) κατά την πάγια νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων (πρβλ. ενδεικτικά ΔεφΑθ 329/2019, ΣτΕ 111/2003 ΕΑ ΣτΕ 800/2008 και σχετικές σκέψεις και δη ως προς συμπληρωματικές συμβάσεις σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική, Επιμέλεια : Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος ΕλΣυν, Ηλίας Μάζος, Σύμβουλος Επικρατείας, Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019 «Ζητήματα Διαχρονικού δικαίου στον Ν. 4412/2016», Νικόλαος Νικολάκης, σελ 57- 62). Εν προκειμένω, ως ημερομηνία δημοσίευσης τεκμαίρεται η ημερομηνία ανάρτησης στο ΚΗΜΔΗΣ (βλ. σκ 2). Ακόμη, ωστόσο, και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η εφαρμογή διαδικαστικών διατάξεων καταλαμβάνει στα πλαίσια του διαχρονικού δικαίου και τις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες (βλ. ΣτΕ 133/2019), εν προκειμένω, ο νομοθέτης ρητώς επέλεξε να εκκινήσει η εφαρμογή της συγκεκριμένης διάταξης την 1η .6.2021.

23. 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).

24. 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).

25. Επειδή, όπως έχει κριθεί σχετικά αντίκειται στο ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, ο συλλήβδην αποκλεισμός της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτων για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, εφόσον αυτό δεν δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και δεν τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό (βλ. ΑΕΠΠ 416/2018 σκ. 23-25 και ΑΕΠΠ 672/2019). Συγκεκριμένα, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (ΕΑ ΣτΕ 284/2013 και 409/2013). Ταυτόχρονα, όσον αφορά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχεία γ' και η', της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ ρητώς προβλέπει τη δυνατότητα του παρέχοντος υπηρεσίες να δικαιολογήσει την τεχνική

## Αριθμός απόφασης:916 /2021

του ικανότητα παραθέτοντας κατάλογο του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών είτε ανήκουν άμεσα είτε όχι στον συγκεκριμένο παρέχοντα υπηρεσίες, που έχει στη διάθεσή του για την παροχή της υπηρεσίας, ή προσδιορίζοντας το τμήμα του αντικειμένου της συμβάσεως που προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους, καταλήγοντας ότι ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες. Εξ' αυτού συνεπάγεται ότι είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί ο ίδιος τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως (σκέψη 43). Το ΔΕΕ με την προαναφερθείσα απόφασή του επανέλαβε τα πορίσματα της Απόφασης της 2ας Δεκεμβρίου 1999, υπόθεση *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψεις 24-31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607, όπου τόνισε ότι εναπόκειται στον παρέχοντα τις υπηρεσίες, ο οποίος προτίθεται να προσφύγει στις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τους οποίους συνδέεται αμέσως ή εμμέσως, προκειμένου να του επιτραπεί η συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού, να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως. Πράγματι, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησής αυτών των ικανοτήτων (σκέψη 46). Επιπλέον, το ΔΕΕ στην Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2016, υπόθεση C-292/15, *Hörmann Reisen GmbH κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg*, EU:C:2016:817, έκρινε ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να ορίσει ότι ο φορέας στον οποίο έχει

## **Αριθμός απόφασης:916 /2021**

ανατεθεί η διαχείριση και η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών, πρέπει να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70% (βλ.σκέψεις 49-57). Συνεπώς, το ΔΕΕ επιτρέπει τη θέση περιορισμών εκ μέρους των αναθετουσών αρχών κατά τη διατύπωση των όρων μιας διακήρυξης για την προσφυγή στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτων φορέων (είτε πρόκειται για υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης είτε, όπως εν προκειμένω για στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα κατά την έννοια του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016), εφόσον αυτό δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό.

26. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της επί τη βάση της μη αναφοράς ως δανείζοντος εμπειρία του οικονομικού φορέα «...» που θα παράσχει το υδροφόρο όχημα, που περιλαμβάνεται στο άρθρο 2.2.6. ως μέρος της επαγγελματικής ικανότητας και μη προσκόμισης ξεχωριστού ΕΕΕΣ. Εδράζει, δε, τους ισχυρισμούς της η προσφεύγουσα στην επίκληση του χαρακτηρισμού της συμβατικής σχέσης που την συνδέει με τον ως άνω αναφερόμενο οικονομικό φορέα, ως σύμβαση μίσθωσης επικαλούμενη μεταξύ άλλων και την απόφαση της ΑΕΠΠ 193/2021.

27. Επειδή, με βάση το άρθρο 104 του Ν. 4412/2016 που αφορά τον χρόνο συνδρομής των όρων συμμετοχής, προβλέπεται ρητά ότι αυτοί κρίνονται καταρχήν τόσο κατά την υποβολή της προσφοράς όσο και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά τα προβλεπόμενα περι αποδεικτικών μέσων στο άρθρο 80 του Ν. 4412/2016. Επί αυτής της βάσης σε συνδυασμό με τον ρόλο του ΕΕΕΣ ως μέσο προκαταρκτικής απόδειξης η ΑΕΠΠ στην με αρ. 193/2021 απόφασή της αναφέρει ότι κατά την ερμηνεία του σχετικού όρου της διακήρυξης ότι δεν απαιτείται per se ο υποψήφιος να έχει στην κυριότητά του τον επίμαχο εξοπλισμό αλλά αρκεί «να τον διαθέτει», κι επομένως, να τον έχει στην κατοχή του ακόμη και με βάση μισθωτήριο συμβόλαιο, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του.

28. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης το από 25.11.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό της με την επιχείρηση «...» με τίτλο «...» το οποίο – καθ' ερμηνείαν – τελεί υπό την αίρεση ανάληψης της σύμβασης κι επομένως, δεν αναφέρεται στην μεταβίβαση της νομής και κατοχής του μηχανήματος σε χρόνο προγενέστερο της υποβολής της προσφοράς, ενώ ασχέτως τυχόν χαρακτηρισμού του από την προσφεύγουσα αφορά την παροχή υπηρεσιών τροφοδοσίας με νερό των πλυστικών της μηχανημάτων στις περιοχές εκτέλεσης των εργασιών της σύμβασης. Εξ αυτού του λόγου, άλλωστε, η προσφεύγουσα εγγυάται την προσβασιμότητα του υδροφόρου οχήματος της «...» στους χώρους εργασίας ενώ η τελευταία δεσμεύεται να παράσχει την υπηρεσία που αναλαμβάνει με ασφάλεια και με σεβασμό στην προστασία του περιβάλλοντος χώρου και της απρόσκοπτης κυκλοφορίας των οχημάτων και των πεζών. Επομένως, ουδόλως υποστηρίζεται η έννοια της απλής σύμβασης μίσθωσης και μάλιστα ήδη ενεργής, ήτοι σύμβασης που να συνεπάγεται την κατοχή του υδροφόρου οχήματος κατά την υποβολή της προσφοράς αλλά και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την προσφεύγουσα (βλ. a contrario ΕΛΣυν (Ζ Κλιμάκιο) 160/2017). Περαιτέρω, ουδόλως υποστηρίζεται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το υδροφόρο όχημα είναι δυνατόν να το οδηγεί είτε προσωπικό της ίδιας είτε και της επιχείρησης «...», αναφέροντας έτι περαιτέρω, ότι η ικανότητα οδήγησης ενός οχήματος δεν μπορεί να θεωρηθεί τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Εξάλλου, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας η οδήγηση του συγκεκριμένου οχήματος απαιτεί κατοχή ειδικής άδειας (τουλάχιστον γ' κατηγορίας σύμφωνα με τον ΚΟΚ αρ. 94) από άτομο που προφανώς ασκεί την συγκεκριμένη δραστηριότητα κατ' επάγγελμα.

29. Επειδή, επομένως, προκύπτει ότι το συμφωνητικό συνεργασίας περιγράφει την υπεργολαβική παροχή υπηρεσιών υδροδότησης με χρήση του επίμαχου υδροφόρου οχήματος από την επιχείρηση «...» και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν «διαθέτει» κατά τα κρίσιμα χρονικά ορόσημα τον επίμαχο εξοπλισμό παρίσταται βάσιμος ο χαρακτηρισμός από την αναθέτουσα αρχή της ως άνω επιχείρησης ως δανείζουσας εμπειρία στην προσφεύγουσα με άμεση συνέπεια την σοβαρή και μη δυνάμενη να ιαθεί πλημμέλεια της οικείας προσφοράς, ήτοι την παράλειψη σχετικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ της

προσφεύγουσας και ταυτόχρονη παράλειψη υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ στο πρόσωπο της επιχείρησης «...».

30. Επειδή, ακόμη και εάν ήθελε ερμηνευθεί ο όρος 2.2.6. γ ως θεσπίζων απαίτηση προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης περί μελλοντικής μίσθωσης και απόκτησης άδειας κατοχής του εξοπλισμού (quod non), σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να παρορά – στα πλαίσια της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων - το γεγονός ότι η προσφεύγουσα έχει συμφωνήσει με την επιχείρηση «...» την παροχή υπεργολαβικών υπηρεσιών υδροδότησης με χρήση του επίμαχου υδροφόρου οχήματος.

31. Επειδή, όπως γίνεται παγίως δεκτό, η διοικητική πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της δεν θίγεται (ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988, ΔΠρΘεσ 71/2000,βλ. Μ. Πικραμένος, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα, 2012, σελ. 344 επόμ.). Επομένως, σε κάθε περίπτωση, το διατακτικό της προσβαλλόμενης είναι ορθό.

32. Επειδή, δεδομένης της απόρριψης του δεύτερου λόγου της προσφυγής, παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων που αφορούν την προσφορά της προσφεύγουσας, καθώς η τυχόν ευδοκίμηση των λοιπών λόγων ουδόλως δύναται να μεταβάλει τις έννομες συνέπειες της απόρριψης του ως άνω εξετασθέντος (βλ. ΣΤΕ 308/2020).

33. Επειδή, περαιτέρω, όσον αφορά τον τρίτο λόγο προσφυγής, ο οποίος αν και έχει τύχει αντικείμενο επίκλησης ουδόλως αποτέλεσε αντικείμενο καταφατικής κρίσης κι επομένως αιτιολογία της προσβαλλόμενης, αλυσιτελώς προβάλλει τους σχετικούς ισχυρισμούς της η προσφεύγουσα, οι οποίοι δεν δύναται να τύχουν κρίσης.

34. Επειδή, όσον αφορά τον λόγο της προσφυγής που ερείδεται επί της παράβασης του δικαιώματος ακρόασης κατά παράβαση του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος και αρ. 41 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης δέον ειπείν τα εξής. Έχει κριθεί, ότι το δικαίωμα της προηγουμένης ακρόασης «αργεί» όταν το διοικητικό μέτρο σε βάρος του διοικούμενου δεν συνδέεται, κατά το ουσιαστικό δίκαιο, με την υποκειμενική συμπεριφορά αυτού, αλλά λαμβάνεται βάσει «αντικειμενικών δεδομένων» (ΣΤΕ 1685/2013, 1505/2010, 44/2010, 4254/2009). Άλλως, στις περιπτώσεις

που ο διοικούμενος δεν μπορεί να επηρεάσει την έκβαση της διοικητικής διαδικασίας με την προβολή ισχυρισμών σχετικών με την υποκειμενική του συμπεριφορά, οι οποίοι θα μπορούσαν να ανατρέψουν το αποτέλεσμα της, η διοίκηση δεν είναι υποχρεωμένη να τον ακούσει πριν την έκδοση της δυσμενούς διοικητικής πράξεως, αφού το περιεχόμενο της «υπαγορεύεται» κατ' ουσίαν από τον νόμο (ΔεΦΠειρ594, 595, 596/2019). Πρόκειται, κατ' ουσίαν, για περιπτώσεις αντίστοιχες με την έκδοση πράξεως κατά δέσμια αρμοδιότητα από τη διοίκηση, στις οποίες μπορεί να ελεγχθεί μόνον η συνδρομή των νόμιμων, αντικειμενικών προϋποθέσεων που θέτει η οικεία διάταξη και όχι το περιθώριο εκτιμήσεως εκ μέρους της διοικήσεως, με αποτέλεσμα να περιορίζεται (ή ακριβέστερα να εκλείπει) και σε αυτές η υποχρέωση της διοικήσεως να ακούσει τον διοικούμενο πριν την έκδοση της, δυσμενούς γι' αυτόν, πράξεως (βλ. ΣτΕ 715/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο ως άνω ισχυρισμός προβάλλεται αλυσιτελώς στο βαθμό που δεν αναφέρει ποιο κρίσιμο στοιχείο θα εισέφερε η προσφεύγουσα κατ' ενάσκηση του δικαιώματος ακρόασης το οποίο θα ήταν ικανό να αποτρέψει την απόρριψη της προσφοράς της, ενώ ταυτόχρονα δεδομένης της άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής, δεν προκύπτει η παρεμπόδιση στην παροχή έννομης προστασίας της προσφεύγουσας.

35. Επειδή, όσον αφορά τον έκτο λόγο προσφυγής που αφορά την αποσφράγιση του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης, ουδόλως θεμελιώνει η προσφεύγουσα τη βλάβη της σε σχέση με την επικαλούμενη πλημμέλεια στη διαδικασία, ήτοι ούτε σε σχέση με την τυχόν μη τήρηση της αναστολής συνέχισης της διαδικασίας είτε σε σχέση με την μη έκδοση πρακτικού αποσφράγισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο, ωστόσο, κοινοποιήθηκε προσηκόντως ως μέρος της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης μετά της τελευταίας. Σε κάθε περίπτωση, έχει παγίως κριθεί ότι όταν η απόφαση είναι νόμιμη κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, αλυσιτελώς προβάλλονται αιτιάσεις που αφορούν την νομιμότητα της διαδικασίας (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 68/2021, ΔεφΠειρ51/2021).

36. Επειδή, όσον αφορά τον τελευταίο λόγο με τον οποίο πλήττεται η προσβαλλόμενη λόγω λανθασμένης αναγραφής του ποσοστού έκπτωσης, αλυσιτελώς προβάλλεται καθόσον διορθώθηκε με την με αρ. 749/2021

## **Αριθμός απόφασης:916 /2021**

απόφαση, η οποία συνιστά συμπροσβαλλόμενη, καθόσον εκδόθηκε σε χρόνο μεταγενέστερο της άσκησης της προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλεται από την προσφεύγουσα η ύπαρξη μειοψηφίας ως στοιχείο που πλήττει την νομιμότητα της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης ή/και της της μεταγενέστερης συμπροσβαλλόμενης αυτής.

37. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η παρέμβαση να γίνει δεκτή.

38. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ύψους 15.000 ευρώ με κωδικό «...», που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27<sup>η</sup> Απριλίου 2021 και εκδόθηκε την 17 Μαΐου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μιχαήλ Οικονόμου**

**Ηλίας Στρεπέλιος**