

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 21 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 13.06.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **896/14.06.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (στο εξής: η παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αρ. ... και ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... με αριθμό 60/2023, στην οποία ενσωματώθηκε η απόφαση με αριθμό 46/2023 του ίδιου οργάνου, στο μέτρο που αποφασίσθηκε ο αποκλεισμός της από το διαγωνισμό και έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...».

Αριθμός Απόφασης : 1173/2023

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.246,21 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 862/27-1-2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με τίτλο «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 249.241,89 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 10^η.03.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 30.01.2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, την επόμενη εργάσιμη μετά την πάροδο της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας, καθόσον κατατέθηκε στις 19.06.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.06.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1090/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 28.06.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 6453/28.06.2023, με τις οποίες αναφέρεται στα διαλαμβανόμενα στην Απόφαση με αριθμό 60/2023, στην οποία ενσωματώνεται η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με αριθμό 46/2023.

Αριθμός Απόφασης : 1173/2023

5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα την παρέμβασή της για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας στις 21.06.2023 και η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά το Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας στις 29.06.2023.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

7. 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 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.).

8. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παράνομα κρίθηκε απορριπτέα από την αναθέτουσα αρχή με την αιτιολογία ότι *«δεν υπέβαλε στην τεχνική προσφορά του βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο, όπως ορίζει το άρθρο 3 (Δικαιολογητικά συμμετοχής/Περιεχόμενα Τεχνικής Προσφοράς) της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, η οποία βεβαίωση αποτελεί, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο αυτό, στοιχείο και δικαιολογητικό για τη συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία».* Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι από την επισκόπηση των όρων 2.4.3.1, 2.4.3.2, 2.2.9.2.B.2 και το άρθρο 3 της ΕΣΥ δεν προκύπτει με την δέουσα σαφήνεια ότι η βεβαίωση εγγραφής στο Επιμελητήριο αποτελεί δικαιολογητικό, το

Αριθμός Απόφασης : 1173/2023

οποίο προσκομίζεται με την υποβολή της προσφοράς ενός διαγωνιζόμενου. Επίσης, κατά τα προβαλλόμενα, με τα άρθρα 2.4.3.1 και 2.2.9.2.B.2 της Διακήρυξης, που στοιχούν με τον κανόνα της προαπόδειξης που διέπει τον τρόπο υποβολής προσφορών στους δημόσιους διαγωνισμούς, η εγγραφή σε κατάλληλο Επιμελητήριο προαποδεικνύεται με το ΕΕΕΣ κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς και αποδεικνύεται με την προσκόμιση αντίστοιχης βεβαίωσης εγγραφής σε Επιμελητήριο μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο.

9. Ο παραπάνω λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος, καθώς η προσφεύγουσα προβάλλει ανεπίκαιρα, και ως εκ τούτου απαράδεκτα, ζητήματα ασάφειας της Διακήρυξης, τους όρους της οποίας έχει αποδεχτεί με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον επίμαχο Διαγωνισμό (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 275/2018, 173/2017, 270/2014 5μ., 279/2016 Ολ., 48/2017 σκ.14 κ.α.). Και πάντως, εάν η προσφεύγουσα είχε οποιαδήποτε αμφιβολία σχετικά με το χρόνο προσκόμισης της βεβαίωσης εγγραφής σε Επιμελητήριο, θα μπορούσε να διατυπώσει διευκρινιστικό ερώτημα προς την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τη δυνατότητα που της παρέχει ο όρος 2.1.3 της Διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, ο κρινόμενος ισχυρισμός προβάλλεται και αβάσιμα, διότι η διατύπωση του άρθρου 3 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων με τίτλο «Δικαιολογητικά συμμετοχής/Περιεχόμενα Τεχνικής Προσφοράς», αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 2.1.1 της Διακήρυξης και σύμφωνα με την οποία *«Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) Το ΕΕΕΣ, όπως προβλέπεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με τον 4712/2021, β) Την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και στην παρούσα διακήρυξη, γ) Τη Δήλωση χώρας προέλευσης των προϊόντων (δεν απαιτείται για προϊόντα προέλευσης Ευρωπαϊκής Ένωσης), δ) Τα Έγγραφα νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του διαγωνιζομένου), ε) Τη Βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο»* δεν καταλείπει αμφιβολία περί του ότι η παραπάνω υπό «ε» βεβαίωση υποβάλλεται κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής.

10. Με το δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της κατά την οποία *«δεν υπέβαλε την απαιτούμενη Δήλωση χώρας προέλευσης των προϊόντων για τα προερχόμενα εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως ορίζει το άρθρο 3 (Δικαιολογητικά συμμετοχής/ Περιεχόμενα Τεχνικής Προσφοράς) της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, η οποία Δήλωση αποτελεί, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο αυτό, στοιχείο και δικαιολογητικό για τη συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία»* δεν είναι νόμιμη. Ειδικότερα, προβάλλει ότι σύμφωνα με το άρθρο 3 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων ως μέρος της τεχνικής προσφοράς και προς απόδειξη της καταλληλότητας των προσφερόμενων ειδών θα πρέπει να προσκομίζεται Δήλωση της χώρας προέλευσης των προϊόντων, η οποία ωστόσο κατά τη ρητή διατύπωση του ίδιου άρθρου δεν απαιτείται για προϊόντα προέλευσης από την Ευρωπαϊκή Ένωση και ως εκ τούτου και η ίδια δεν ήταν υποχρεωμένη για την προσκόμιση αυτής, καθώς τα προσφερόμενα εκ μέρους της είδη προέρχονται από χώρα εντός ΕΕ. Συγκεκριμένα, κατά τα προβαλλόμενα, η προσβαλλόμενη έκρινε ότι αυτό δεν ισχύει, χωρίς όμως να προσδιορίζει τα συγκεκριμένα προϊόντα της εταιρείας μας, για τα οποία έκρινε ότι απαιτείται δήλωση προέλευσης και συνεπώς η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμα αιτιολογημένη. Σε κάθε περίπτωση, ισχυρίζεται ότι, αν ως τέτοια προϊόντα νοούνται αυτά της εταιρείας «...», με την οποία συνεργάζεται, και μάλιστα το πρισματικό οπισθοανακλαστικό φύλλο υψηλής έντασης, η μητρική εταιρεία έχει μεν έδρα στις ..., ωστόσο στον όμιλό της ανήκει η θυγατρική εταιρεία «...», με αποκλειστική αρμοδιότητα στην αγορά της ΕΕ, η οποία εδρεύει στην ... (..., ...). Τέλος, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παραπάνω έλλειψη θα μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο διευκρινίσεων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Επί του παραπάνω λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής:

11. Στο ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΔΗΛΩΣΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΑΝΤΑΝΑΚΛΑΣΤΙΚΗΣ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣpdf», το οποίο κατέθεσε η προσφεύγουσα στο ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της σχετικά με το είδος «Πρισματικό οπισθοανακλαστικό φύλλο υψηλής έντασης» αναφέρεται ότι *«Κατασκευάζεται από: ..., ...»* και παρατίθενται δύο διευθύνσεις ως έδρα της

εταιρείας, αφενός η «..., ..., ...», εντός ΕΕ, και αφετέρου η «..., ...», στις ΗΠΑ. Κατά συνέπεια, πράγματι από το παραπάνω έγγραφο προκύπτει αμφισβήτηση σχετικά με τη χώρα προέλευσης του συγκεκριμένου είδους, η οποία αν είναι εντός ΕΕ, απαλλάσσει την προσφεύγουσα από την υποχρέωση υποβολής της επίμαχης βεβαίωσης, ενώ αν είναι στις ΗΠΑ, καθιστά την υποβολή της βεβαίωσης υποχρεωτική.

Επομένως, με τον κρινόμενο ισχυρισμό προβάλλεται βάσιμα ότι η παραπάνω ασάφεια στην προσφορά της προσφεύγουσας ήταν δεκτική διευκρίνισης με βάση τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι από τα στοιχεία που τέθηκαν υπόψη της Επιτροπής του Διαγωνισμού δεν ήταν ευκρινές το γεγονός ότι το επίμαχο είδος κατασκευάζεται στις ΗΠΑ, ενώ σε κάθε περίπτωση, κατά τον επίσης βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν αιτιολογείται επαρκώς, για ποιο ακριβώς είδος απαιτείτο και δεν υποβλήθηκε η απαιτούμενη Δήλωση σχετικά με τη χώρα προέλευσής του. Μετά τα παραπάνω ο υπό κρίση ισχυρισμός γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

12. Με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι παράνομα κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, καθώς παρέλειψε να προαποδείξει στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε με την προσφορά της την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής σχετικά με την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα των συμμετεχόντων. Ειδικότερα, κατά τα προβαλλόμενα, η παρεμβαίνουσα σε κανένα σημείο του ΕΕΕΣ που υπέβαλε δεν αναφέρει την κάλυψη της απαίτησης του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης περί επιτυχούς ολοκλήρωσης δύο αντίστοιχων συμβάσεων την τελευταία τριετία και μάλιστα στο ΕΕΕΣ της δεν περιλαμβάνονται καν τα ερωτήματα του Κεφαλαίου Γ του Μέρους IV, ενώ δεν έχει υποβληθεί ούτε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, από την οποία να προκύπτει η προαπόδειξη της πλήρωσης του συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι την παραπάνω έλλειψη του ΕΕΕΣ δεν αναπληρώνει η προσκόμιση του καταλόγου έργων (ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «3.ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΕΚΤΕΛ.ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ_signed»), καθώς το έγγραφο αυτό αποτελεί δικαιολογητικό κατακύρωσης του άρθρου 2.2.9.2.B.4 της Διακήρυξης και επιπλέον ότι η παραπάνω έλλειψη δεν είναι δεκτική διευκρίνισης σύμφωνα με τα όσα προβλέπονται στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Από τη μελέτη του ηλεκτρονικού

φακέλου της υπόθεσης και μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας και της διαμορφωθείσας σχετικής νομολογίας, επί του παραπάνω λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

13. Στον όρο 2.2.6 με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζεται ότι *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν συνάψει επιτυχώς τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις αντίστοιχης προμήθειας την τελευταία τριετία και οι οποίες πρέπει να έχουν ολοκληρωθεί».*

14. Περαιτέρω, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος, τόσο για τις αναθέτουσες αρχές, όσο και για τους οικονομικούς φορείς. Σχετικά, ο όρος 2.2.9.1 της Διακήρυξης με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» ορίζεται ότι *«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 σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II, το οποίο ισοδυναμεί με 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».* Με βάση τα παραπάνω καθιερώνεται υποχρέωση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να συμπληρώνουν με επαρκή και ακριβή στοιχεία τα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ παρέχοντας τις κατάλληλες πληροφορίες, ώστε να είναι δυνατόν

Αριθμός Απόφασης : 1173/2023

να ελεγχθεί η πλήρωση των επίμαχων κριτηρίων επιλογής και να είναι δυνατή -σε επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας- η εξακρίβωση της ακρίβειας των δηλώσεων αυτών (βλ. ΔΕφ Αθ Α1601/2022).

15. Περαιτέρω, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, ορίζει ότι : «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης». Όπως δε αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 «Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της

διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

16. Στην προκειμένη περίπτωση η παρεμβαίνουσα κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της κατέθεσε στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «1.espd-response-v1_signed.pdf», το οποίο αποτελεί το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Στο παραπάνω ΕΕΕΣ, όπως ορθά εντοπίζει η προσφεύγουσα, δεν περιλαμβάνεται στο Μέρος IV το πεδίο Γ' «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» και κατ' επέκταση η παρεμβαίνουσα έχει παραλείψει πλήρως να απαντήσει στα ερωτήματα αυτά. Συνεπώς, πράγματι κατά το στάδιο της υποβολής της προσφοράς της λόγω της παραπάνω παράλειψης, η παρεμβαίνουσα δεν προαπέδειξε την πλήρωση των Κριτηρίων Επιλογής της Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας, όπως απαιτεί ο όρος 2.2.9.1 της Διακήρυξης.

17. Σχετικά με την παραπάνω παράλειψη η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ με απόλυτη ακρίβεια όλα τα αιτούμενα πεδία και η τυχόν μη συμπλήρωση κάποιου πεδίου οφείλεται στο ότι η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε «ανοίξει» το σχετικό πεδίο για να συμπληρωθεί από τους διαγωνιζόμενους. Επίσης, από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αναρτήσει στο πεδίο «Σημειώσεις και Συνημμένα» το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «espd-request-1.pdf» στο οποίο δεν περιλαμβάνεται στο

Μέρος IV το πεδίο Γ' «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα». Ωστόσο, όπως έχει πρόσφατα κριθεί, το υπόδειγμα ΕΕΕΣ της αναθέτουσας αρχής, στο οποίο πράγματι έχουν παραλειφθεί από την αναθέτουσα αρχή συγκεκριμένες ενότητες για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής δεν συνιστά έγγραφο της σύμβασης, ούτε είχε τεθεί ως υποχρεωτικό υπόδειγμα και συνεπώς, δεν δεσμεύει τους διαγωνιζόμενους κατά την υποβολή της προσφοράς τους, οι οποίοι όφειλαν να δηλώσουν προαποδεικτικά την πλήρωση όλων ανεξαιρέτως των προϋποθέσεων συμμετοχής. Συναφώς, έχει κριθεί ότι ο εύλογα ενημερωμένος και κανονικά επιμελής υποψήφιος που επιθυμεί να διεκδικήσει την ανάληψη μιας δημόσιας σύμβασης, μπορούσε να κατανοήσει την παραπάνω «πλημμέλεια» της Διακήρυξης. Και τούτο διότι η Διακήρυξη ρητά και με σαφήνεια παραπέμπει στον Κανονισμό 2016/7 περί ΕΕΕΣ και επιπλέον το ΕΕΕΣ αποτελεί παράρτημα Κανονισμού εφαρμοζόμενου υποχρεωτικά σε όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες αναθετουσών αρχών άνω των ορίων με δεσμευτική ισχύ ενώ επίσης αποτελεί το μόνο έγγραφο που υποχρεούνται να καταθέσουν οι προσφέροντες για την προαπόδειξη ουσιωδών απαιτήσεων της εκάστοτε Διακήρυξης (ΔΕφΘεσ 383/2022, ΔΕφΚομ 168/2022, ΕΑΔΗΣΥ 420/2023). Επομένως, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας η προσφορά της παρεμβαίνουσας θα έπρεπε να κριθεί πλημμελής και απορριπτέα, λόγω της παραπάνω μη προαπόδειξης των Κριτηρίων Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας με σχετική ως προς αυτό δήλωσή της στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε. Επισημαίνεται επίσης, ότι εκτός από το παραπάνω υπόδειγμα ΕΕΕΣ, που αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, το οποίο σε κάθε περίπτωση έχει κριθεί ότι δεν δεσμεύει τους συμμετέχοντες, στο σώμα της Διακήρυξης περιλαμβάνεται στο Παράρτημα III υπόδειγμα του ΕΕΕΣ, στο οποίο υπάρχει το πεδίο Γ' με τα ερωτήματα σχετικά με την προαπόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

18. Επιπλέον, η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή και αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, δεν μπορούσε να θεραπευθεί ύστερα από κλήση της παρεμβαίνουσας κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Και αυτό γιατί, όπως έχει κριθεί, μια προσφορά δεν μπορεί να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV

Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Συνεπώς, οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νόμιμα υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της αρμοδιότητας αυτής η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά στο αίτημα παροχής διευκρινίσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε η αίτηση διευκρίνισης να μη μπορεί, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει καταστήσει αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή τη θέση του υποψήφιου ή των υποψηφίων που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, όπως στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρά αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorghna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

19. Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός, στο μέτρο που με αυτόν προβάλλεται ότι η πλήρης παράλειψη συμπλήρωσης του Μέρους IV Γ' του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας συνιστά πλημμέλεια της προσφοράς

Αριθμός Απόφασης : 1173/2023

της και μάλιστα μη δεκτική διευκρίνισης μετά από τυχόν κλήση προς συμπλήρωση αυτής κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Επίσης, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, κατά τον οποίο λόγω του γεγονότος ότι δεν μπορούσε να συμπληρώσει το οικείο πεδίο στο ΕΕΕΣ, προσκόμισε «ΚΑΤΑΛΟΓΟ ΕΚΤΕΛΕΣΜΕΝΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», καθώς σε κάθε περίπτωση όφειλε να όφειλε να συμπληρώσει και το διακριτό Μέρος IV Γ' του ΕΕΕΣ, που προορίζεται για την προαπόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας.

20. Μετά τα παραπάνω, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των υπόλοιπων λόγων που προβάλλονται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθώς η πιο πάνω πλημμέλεια της προσφοράς της, παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψή της (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

21. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με πλημμελή αιτιολογία και κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας.
3. Απορρίπτει την παρέμβαση.
4. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης : 1173/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 7 Αυγούστου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

α/α ΚΑΛΗ ΧΑΤΖΗΓΙΑΝΝΑΚΗ