

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 9 Μαΐου 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 31.03.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 453/03.04.2023 της εταιρείας με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

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

-Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 05.04.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής: «ο παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη ... επί της οδού ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... με αριθμό 38/2023 και να απορριφθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

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 2.600,81 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 ... προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

κατασκευή του έργου «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 520.161,29 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 4η.10.2022. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 24.08.2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 31.03.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.03.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 611/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 13.04.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 7373/2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

6. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 05.04.2023 την παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία ζητώντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, ενώ η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 17.04.2023 το υπόμνημά της για την αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

7. 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».*

8. 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.).

9. Με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και συγκεκριμένα προβάλλει πλημμέλειες του ΕΕΕΣ με ημερομηνία 30.09.2022, που αρχικά κατέθεσε η τελευταία. Επίσης, προβάλλει ότι η Επιτροπή του Διαγωνισμού μη νόμιμα κάλεσε την παρεμβαίνουσα σε συμπλήρωση της προσφοράς της σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρου 102 του ν. 4412/2016, καθώς τα συμπληρωματικά έγγραφα που κατέθεσε συνιστούν επί της ουσίας υποβολή νέας προσφοράς. Από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης επί του παραπάνω λόγου προκύπτουν τα εξής:

10. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε με την υποβολή της προσφοράς της το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό με ημερομηνία 30.09.2022 (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία: «espd-response-v2_signed-3.pdf»). Στο Μέρος II του παραπάνω ΕΕΕΣ και ειδικότερα στα σημεία Γ' και Δ' αυτού, στα ερωτήματα *«Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων - Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων - Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που*

καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» και «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας - Δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων - Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» η παρεμβαίνουσα έδωσε **αρνητικές απαντήσεις**. Στο Μέρος όμως IV Γ' και στο ερώτημα «Μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης - Ο οικονομικός φορέας θα μπορεί να εφαρμόζει τα ακόλουθα μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση της σύμβασης - Παρακαλώ περιγράψτε» η παρεμβαίνουσα απάντησε τα εξής «Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία **θα συναφθεί σύμβαση με διαχειριστή ΑΕΚΚ και συγκεκριμένα τη ... με ταυτόχρονη ανάθεση σε συλλέκτη - μεταφορέα ... με αρ. μητρώου καταχώρισης στο ΗΜΑ ... - Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο στο οποίο αναγράφεται ότι η ασφαλιστική κάλυψη αφορά τρίτους και την επαναφορά του Περιβάλλοντος στην πρότερη κατάσταση σε περίπτωση ζημιάς**».

11. Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας η Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε ελλείψεις σε αυτά και απέστειλε στην τελευταία έγγραφο με θέμα «ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ -ΑΠΟΣΑΦΗΝΙΣΗ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΩΝ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΣΤΟ ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ» και αριθμό πρωτοκ. 19830/15.11.2022 (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΕΕΣpdf»), στο οποίο αναφέρονται τα εξής: «1. Δεν κατατέθηκε όπως ζητείται στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης το ΕΕΕΣ του φορέα ή των φορέων στους οποίους θα στηριχθεί ο προσφέρων οικονομικός φορέας «...» για την Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του (άρθρο 22.Δ). Σύμφωνα με το άρθρο 23.1 της διακήρυξης «Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται». Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ.γ «για την Πραγματοποίηση της Δραστηριότητας Συλλογής και Μεταφοράς Μη Επικινδύνων Αποβλήτων ισχύει το άρθρο 85 παραγρ. Ι του Ν.4685/2020 (ΦΕΚ Α 92 - 07.05.2020). Ητοι, ο οικονομικός φορέας, θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει -Εγγραφή και καταχώρηση στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Αποβλήτων (ΗΜΑ) του άρθρου 42 του Νόμου 4042/2012, όπως ισχύει, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην Κοινή Υπουργική Απόφαση υπ' αριθμ. 43942/4026/2016 (Β'2992), όπως ισχύει, -

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο στο οποίο θα πρέπει να αναγράφεται ότι η ασφαλιστική κάλυψη αφορά τρίτους και την επαναφορά του Περιβάλλοντος στην πρότερη κατάσταση σε περίπτωση ζημιάς, ύψους κατ' ελάχιστο εκατό χιλιάδων (100.000) ευρώ ετησίως.» 2. Δεν αναφέρεται στο ΕΕΕΣ όπως ζητείται στο άρθρο 23.10 της διακήρυξης ότι ο προσφέρων ικανότητες άλλου φορέα για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που πρέπει να διαθέτει σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ.γ της Διακήρυξης, έχει στην διάθεσή του το σχετικό συμφωνητικό προς απόδειξη της δάνειας εμπειρίας (άρθρο 22.ΣΤ). Αντιθέτως στο ΕΕΕΣ και συγκεκριμένα στο Μέρος IV Γ. Μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης αναφέρονται τα εξής: «Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία Θα συναφθεί σύμβαση με διαχειριστή ΑΕΚΚ και συγκεκριμένα τη ... με ταυτόχρονη ανάθεση σε συλλέκτη - μεταφορέα ... με αρ. μητρώου καταχώρησης στο ΗΜΑ ... - Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο στο οποίο αναγράφεται ότι η ασφαλιστική κάλυψη αφορά τρίτους και την επαναφορά του Περιβάλλοντος στην πρότερη κατάσταση σε περίπτωση ζημιάς». Επίσης στο Μέρος II.Γ. Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων και συγκεκριμένα στο ερώτημα για το αν «ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω» έχει σημειωθεί αρνητική απάντηση από τον οικονομικό φορέα «...». Τα πεδία αυτά του ΕΕΕΣ πρέπει να διορθωθούν και να υποβληθούν τα σχετικά συμφωνητικά».

12. Μετά τις παραπάνω διαπιστώσεις της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά τις οποίες εντοπίσθηκε αφενός, αναντιστοιχία μεταξύ των δηλώσεων της παρεμβαίνουσας στο ΕΕΕΣ περί μη στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα ή σύναψη υπεργολαβίας και στη δήλωση περί της σύναψης σύμβασης με διαχειριστή ΑΕΚΚ και συγκεκριμένα τη ... και ταυτόχρονη ανάθεση υπηρεσιών στο συλλέκτη - μεταφορέα «...» και αφετέρου, η μη υποβολή ΕΕΕΣ και των απαιτούμενων συμφωνητικών με τους τρίτους, η παρεμβαίνουσα επανήλθε υποβάλλοντας στις 01.12.2022, τα παρακάτω έγγραφα:

α. Νέο, όπως και η ίδια συνομολογεί με την παρέμβασή της, ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «esprd-response-v2 ..._signed.pdf»), στο Μέρος II Γ' του οποίου και στο ερώτημα «Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων - Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» έδωσε **θετική απάντηση**, αλλάζοντας την αρνητική δήλωση που αρχικά είχε υποβάλλει με το πρώτο ΕΕΕΣ που κατέθεσε, και δήλωσε το όνομα της οντότητας «...» ως δανείζοντα φορέα,

β. ΕΕΕΣ του δανείζοντα τρίτου και συγκεκριμένα της εταιρείας «...» (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΕΕΕΣ-ΤΕΥΔ ΥΠΟΓ.pdf») στο Μέρος II του οποίου δηλώνεται ότι «Η «...» θα στηρίξει τον ... Μηχανικό ΕΔΕ με τη συλλογή, μεταφορά και επεξεργασία των μη επικίνδυνων αποβλήτων του έργου»,

γ. Ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της ίδιας και της παραπάνω εταιρείας (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ_signed.pdf»),

δ. Την έγγραφη καταχώριση της «...» στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Αποβλήτων (ΗΜΑ) (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΗΜΑ-ΣΥΛΛΟΓΗΣ ΚΑΙ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ.pdf») και

ε. Το ασφαλιστήριο συμβόλαιο της «...» (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «....pdf»)

13. Το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» ορίζει μεταξύ άλλων ότι «Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς» και αντίστοιχα ο όρος 23.1 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται».

14. Επίσης, στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, ορίζεται 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

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

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». Σύμφωνα επίσης με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, «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' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

Οι παραπάνω διατάξεις, όπως έχει κριθεί, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, δεν έχουν την έννοια ότι επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να δέχεται τη διόρθωση οποιωνδήποτε παραλείψεων, συμπεριλαμβανομένων και των παραλείψεων που, κατά τις ρητές διατάξεις της Διακηρύξεως, συνεπάγονται υποχρεωτικά τον αποκλεισμό του προσφέροντος. Εξάλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο να διευκρινίσει την προσφορά του δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο ούτε τη θεραπεία με τον τρόπο αυτό της παράλειψης προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από τη Διακήρυξη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ. ΣΤΕ 147/22, όπου και παραπομπές στη νομολογία του ΔΕΕ και ΔΕΦ ΑΘ 2080/2022).

15. Με βάση τα παραπάνω, εσφαλμένα και σε αντίθεση με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή ζήτησε την συμπλήρωση των παραπάνω στοιχείων και εγγράφων από την παρεμβαίνουσα και στη συνέχεια έκανε δεκτή την προσφορά της, παρά το γεγονός ότι αυτά υποβλήθηκαν για πρώτη φορά ενώπιόν της με τη διαδικασία του αρ. 102 ν. 4412/2016 και όχι με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της. Και αυτό γιατί η παρεμβαίνουσα όφειλε να υποβάλει το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίχτηκε, με τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Η δε συμπλήρωση του ελλείποντος αυτού στοιχείου δεν είναι δυνατή εκ των υστέρων σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016, γιατί, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 102 ν. 4412/2016, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν από τα αρμόδια Δικαστήρια και μετά την τροποποίησή τους με τις διατάξεις του άρθρου 42 ν.4782/2022 (βλ. ΣΤΕ 1894/2022, 1553/2022, 725/2022), είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

δικαιολογητικών. Δεν μπορεί, δηλαδή, να θεραπεύεται, κατόπιν πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016, η παράλειψη υποβολής δικαιολογητικών απαιτούμενων από τη Διακήρυξη, επί ποινή αποκλεισμού, καθώς αυτό συνιστά μη επιτρεπτή μεταγενέστερη τροποποίηση της προσφοράς, ιδίως δε όταν πρόκειται για παντελή παράλειψη υποβολής ΕΕΕΣ για τον τρίτο, στου οποίου τις ικανότητες βασίζεται η συμμετέχουσα εταιρεία, όπως συμβαίνει στην προκειμένη περίπτωση (Βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 68/2023, 338/2022).

16. Τέλος, στις παραπάνω πλημμέλειες της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προστίθεται και το γεγονός ότι η παρεμβαίνουσα παράνομα αντικατέστησε πλήρως το ΕΕΕΣ που αρχικά υπέβαλε στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της, υποβάλλοντας νέο έγγραφο με μεταγενέστερη ημερομηνία (01.12.2022) κατόπιν της κλήσης της για παροχή διευκρινίσεων, στο οποίο μάλιστα διαφοροποίησε την αρχική της αρνητική δήλωση στο Μέρος II Γ' περί της μη στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, με νέα θετική απάντηση και τη δήλωση της οντότητας «...» ως δανείζοντα φορέα. Όμως, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 είναι επιτρεπτή μόνο η συμπλήρωση πληροφοριών που περιλαμβάνονται στο ΕΕΕΣ και όχι η ολική αντικατάσταση αυτού και μάλιστα η υποβολή διαφορετικών δηλώσεων από τις αρχικές.

17. Με το δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, καθώς δεν δήλωσε ορθά στο ΕΕΕΣ της την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του αρ. 22 Δγ' της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο «για την Πραγματοποίηση της Δραστηριότητας Συλλογής και Μεταφοράς Μη Επικινδύνων Αποβλήτων ισχύει το άρθρο 85 παραγρ.1 του Ν.4685/2020 (ΦΕΚ Α 92 – 07.05.2020). Ήτοι, ο οικονομικός φορέας, θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει - Εγγραφή και καταχώρηση στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Αποβλήτων (ΗΜΑ) του άρθρου 42 του Νόμου 4042/2012, όπως ισχύει, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην Κοινή Υπουργική Απόφαση υπ'αριθμ. 43942/4026/2016 (Β'2992), όπως ισχύει, - Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο στο οποίο θα πρέπει να αναγράφεται ότι η ασφαλιστική κάλυψη αφορά τρίτους και την επαναφορά του Περιβάλλοντος στην πρότερη κατάσταση σε περίπτωση ζημιάς, ύψους κατ' ελάχιστο εκατό χιλιάδων (100.000) ευρώ ετησίως».

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η δήλωση στο αρχικά υποβληθέν ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας με ημερομηνία 30.09.2022, κατά την οποία «Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία θα συναφθεί σύμβαση με διαχειριστή ΑΕΚΚ και συγκεκριμένα τη ... με ταυτόχρονη ανάθεση σε συλλέκτη - μεταφορέα ... με αρ. μητρώου καταχώρησης στο ΗΜΑ ... - Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο στο οποίο αναγράφεται ότι η ασφαλιστική κάλυψη αφορά τρίτους και την επαναφορά του Περιβάλλοντος στην πρότερη κατάσταση σε περίπτωση ζημιάς» δεν είναι ορθή, καθώς η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε ότι έχει ενεργό σύμβαση, αλλά ότι θα συνάψει μελλοντικά σύμβαση με διαχειριστή ΑΕΚΚ και κατά συνέπεια δεν διέθετε κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ την επί ποινή αποκλεισμού εγγραφή και καταχώριση στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Αποβλήτων και το Ασφαλιστήριο συμβόλαιο. Επίσης, η προσφεύγουσα επισημαίνει την αλλαγή του φορέα, στου οποίου τις ικανότητες θα στηριχθεί η παρεμβαίνουσα για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής 22 Δγ', καθώς στο ΕΕΕΣ που αρχικά κατέθεσε με ημερομηνία 30.9.2022, η παρεμβαίνουσα δήλωσε τους τρίτους οικονομικούς φορείς «...» (διαχειριστής ΑΕΚΚ) και «...», ωστόσο, στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε με τη διαδικασία του αρ. 102 ν. 4412/2016 και ημερομηνία 01.12.2022 δήλωσε ότι θα στηριχθεί στον οικονομικό φορέα «...».

18. Μετά τα όσα έγιναν δεκτά κατά την εξέταση του πρώτου λόγου προσφυγής, είναι άνευ αντικειμένου η κρίση επί του παραπάνω ισχυρισμού, με τον οποίο προβάλλεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ που αρχικά υπέβαλε ότι διαθέτει ενεργό σύμβαση για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του όρου 22 Δγ', αλλά ότι θα συνάψει μελλοντικά τη σύμβαση αυτή. Και αυτό γιατί, όπως ήδη εκτέθηκε, το αρχικά υποβληθέν ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας με ημερομηνία 30.09.2022 αντικαταστάθηκε μεταγενέστερα με το ΕΕΕΣ με ημερομηνία 01.12.2022, στο οποίο περιλαμβάνονται διαφορετικές δηλώσεις ως προς το πρόσωπο του δανείζοντος, αντικατάσταση η οποία κρίθηκε ήδη παράνομη.

19. Πέραν αυτών, η προσφορά της παρεμβαίνουσας έχει κριθεί απορριπτέα μετά την αποδοχή του πρώτου λόγου προσφυγής ως προς την παράνομη εκ των υστέρων υποβολή ΕΕΕΣ για τον τρίτο – δανείζοντα εμπειρία, επομένως σε κάθε περίπτωση παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του προκειμένου λόγου, δεδομένου ότι η παραπάνω πλημμέλεια της προσφοράς της, παρέχει αυτοτελές

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

νόμιμο έρεισμα για την απόρριψή της (βλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

20. Με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως προς το χρόνο ισχύος της εγγυητικής επιστολής που κατέθεσε. Επί του παραπάνω ισχυρισμού λεκτέα τα εξής: Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε με την προσφορά της εγγυητική επιστολή του Ταμείου Μηχανικών Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «signed_egg_....pdf») με ημερομηνία έκδοσης 29.09.2022, επί της οποίας αναγράφεται ότι «*Η παρούσα εγγυητική επιστολή ισχύει 182 ημέρες από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού*». Σύμφωνα με το αρ.18 της Διακήρυξης, «*ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίζεται η 7/10/2022, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00*», επομένως η εγγυητική επιστολή της παρεμβαίνουσας ίσχυε έως τις 07.04.2023. Περαιτέρω, ο όρος 15.3 της Διακήρυξης ορίζει ότι «*Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 3/4/2023, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τους προσφέροντες να παρατείνουν, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής*» και ο όρος 19 ορίζει ότι «*19.1 Κάθε υποβαλλόμενη προσφορά δεσμεύει τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό κατά τη διάταξη του άρθρου 97 του ν. 4412/2016, για διάστημα δέκα (10) μηνών, από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών*». Επομένως, όπως ορθά καταρχήν υπολογίζει η προσφεύγουσα, η εγγυητική επιστολή των διαγωνιζομένων θα πρέπει να ισχύει έως τις 03.09.2023 (ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών σύμφωνα με τον όρο 18 της Διακήρυξης: 4.10.2022 + 10 μήνες = 4.8.2023 + 30 ημέρες = 3.9.2023).

21. Στην προκειμένη περίπτωση συντρέχει ασάφεια της διακήρυξης, καθώς από τους αριθμητικούς υπολογισμούς με βάση το λεκτικό του όρου 15.3 προκύπτει ότι οι εγγυητικές επιστολές των διαγωνιζομένων θα πρέπει να ισχύουν έως τις 03.09.2023, πλην όμως κατά τη ρητή διατύπωση του ίδιου άρθρου «*Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει (...) μέχρι 3/4/2023*». Δεδομένου ότι η εγγυητική

Αριθμός Απόφασης : 789/2023

επιστολή της παρεμβαίνουσας ισχύει έως τις 07.04.2023 και εφόσον έχει κριθεί ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει τη σαφήνεια των όρων αυτής, καθώς παράβαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένων, αν δεν ευθύνονται οι ίδιοι για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών τους (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.), αλλά θα πρέπει να παρέχεται σε αυτούς η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (Α.Ε. ΣτΕ 423/2011, 424/2011), ο υπό κρίση λόγος προσφυγής προβάλλεται αβάσιμα και πάντως η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν θα μπορούσε να κριθεί απορριπτέα πριν την κλήση της για τυχόν διευκρίνιση αυτής σύμφωνα με το αρ. 102 ν. 4412/2016.

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

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη.
- 3.** Απορρίπτει την Παρέμβαση.
- 4.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 29 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ