

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Απόστολος Σιαπέρας-Εισηγητής, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.2.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 265/26.2.2019, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΕΘΝΙΚΗΣ ΑΜΥΝΑΣ, (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «παρεμβαίνουσα») που εδρεύει όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό Φ.800/131/9467/Σ.2407/11-02-2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής (εφεξής «προσβαλλόμενη») κατά το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύσσει αυτή προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Απόστολο Σιαπέρα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 439/2019

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.175 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 261022878959 0422 0050, την από 20.2.2019 πληρωμή στην Τράπεζα και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 235.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμό 2/2018 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, με αντικείμενο την Αναβάθμιση Δέκα (10) Αδειών Μηχανογραφικού Συστήματος Κωδικοποίησης κατά NATO και Προμήθεια Πέντε (5) Νέων Αδειών και Συντήρηση Συνολικά Δεκαπέντε (15) για κάλυψη Αναγκών του ΥΠΕΘΑ. Το αντικείμενο της σύμβασης κατατάσσεται στους εξής κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων : CPV 48900000-7 (Διάφορα πακέτα λογισμικού και συστήματα ηλεκτρονικών υπολογιστών) και 72267100-0 (συντήρηση λογισμικού τεχνολογίας των πληροφοριών). Η εκτιμώμενη αξία (προϋπολογισμός) της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 291.400 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.. Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο του αντικειμένου της σύμβασης και για το σύνολο των ειδών. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) συνολικά.

3.Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης απεστάλη στην ΕΕΕΕ προς δημοσίευση στις 20.6.2018 (2018S 117-266047), καταχωρήθηκε στις 20.6.2018 στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με ΑΔΑΜ 18PROC003290660 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 60877,1.

4.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αρ. 13 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ρητά

Αριθμός απόφασης: 439/2019

προβλέπεται ότι δεν θα πρέπει να εμποδίζονται οι αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν να εφαρμόζουν την οδηγία 2014/24/ΕΕ αντί της οδηγίας 2009/81/ΕΚ, ως ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο, σε ορισμένες μεικτές συμβάσεις. Ειδικότερα, το αντικείμενο της σύμβασης, σύμφωνα και με το από Φ.800/531/23124/Σ.5881/4.4.2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, δεν συνιστά εξοπλισμό κατά την έννοια των παρ. 1 και 2 του άρθρου 16 του ν.3978/2011, ωστόσο το μηχανογραφικό σύστημα κωδικοποίησης κατά ΝΑΤΟ είναι σχεδιασμένο για τη μέγιστη αποτελεσματικότητα της λογιστικής υποστήριξης όλων των υλικών, ήτοι τόσο του αμυντικού εξοπλισμού όσο και των υλικών εμπορίου (μη αμυντικού εξοπλισμού). Κατά το μέρος που η εν λόγω σύμβαση αφορά το μηχανογραφικό σύστημα για τη λογιστική υποστήριξη του αμυντικού εξοπλισμού εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 16 παρ. 1γ του ν. 3978/2011, ωστόσο δεν εμπίπτει στην εξαίρεση αυτή κατά το μέρος που αφορά στην υποστήριξη υλικών εμπορίου. Συνεπώς, αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η σύναψη μεικτής σύμβαση το αντικείμενο της οποίας για τεχνικούς λόγους δεν μπορεί να χωρισθεί αντικειμενικά, καθώς το εν λόγω μηχανογραφικό σύστημα είναι κοινό για την λογιστική υποστήριξη αμφοτέρων των εξοπλισμών. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη να εφαρμόσει, καίτοι αυστηρότερο, το νομικό πλαίσιο του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016, όπως και έπραξε εν προκειμένω, για την ανάθεση ενιαίας σύμβασης (βλ. Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο*, τόμ. 1, εκδ. Σάκκουλας, 2018, σελ. 135, υποσημείωση 6).

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21.2.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 11.2.2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου

Αριθμός απόφασης: 439/2019

362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή η προσφεύγουσα, ως μία από τις δύο προσφέρουσες του εν θέματι διαγωνισμού, της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς συνυποψήφιας εταιρείας και ήδη παρεμβαίνουσας και την ανάδειξη της σε προσωρινή ανάδοχο, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

7.Επειδή την 25.2.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή με την με αριθμό 310/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 1.3.2019, ήτοι εμπροθέσμως, απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες εμπεριέχονται στο με αριθμό Φ.800/316/14260/Σ.3551/28.2.2019 έγγραφο της.

10. Επειδή η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 7.3.2019 με αρ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 194/2019, δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 1.3.2019 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017. Η παρεμβαίνουσα με προφανές, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον ασκεί την παρέμβασή της ως μία εκ των δύο συμμετεχόντων της οποίας η προσφορά

κρίθηκε αποδεκτή και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος ως μειοδότη. Ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς της και την ανάδειξή της σε προσωρινή ανάδοχο.

11.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12.Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα υποβάλλοντας τις με αριθμό συστήματος 104856 και 109243 προσφορές τους αντίστοιχα.

Με το υπ' αριθμό 1/13-9-2018 Πρακτικό περί της αποσφράγισης και αξιολόγησης του φακέλου «δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά», η Επιτροπή του Διαγωνισμού κατά την εξέταση των δικαιολογητικών συμμετοχής, μεταξύ άλλων, αιτήθηκε διευκρινίσεις σχετικά με το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας και ειδικότερα όπως αναφέρεται αυτολεξεί στο εν λόγω Πρακτικό: «6. *Επιπλέον απαιτείται η αποσαφήνιση από την εταιρεία «.....» της δηλωθείσας πληροφορίας στο ΕΕΕΣ, μέρος III (λόγοι αποκλεισμού), Γ (λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα – Πρόωρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις), καθώς και των λαμβανόμενων από αυτή μέτρων αυτοκάθαρσης, σε αντίθετη περίπτωση θα πρέπει να αναφερθούν ρητά όλες οι σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας (ν. 4412/2016, άρθρο 21 - άρθρο 30, παράγραφος 2 στ της παρούσας διακήρυξης)».*

Ειδικότερα η παρεμβαίνουσα στο υποβαλλόμενο με την προσφορά της ΕΕΕΣ απάντησε καταφατικά στο μέρος III.Γ (Πρόωρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έχουν επιβληθεί στον οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις;), καθώς επίσης δήλωσε: «*Η δεν μπορεί να αποκλείσει ότι δεν είχε «βιώσει ότι μια προηγούμενη δημόσια σύμβαση, μια προηγούμενη σύμβαση με έναν αναθέτοντα φορέα ή μια προηγούμενη σύμβαση*

Αριθμός απόφασης: 439/2019

παραχώρησης να είχε λήξει νωρίτερα ή ότι επιβλήθηκαν ζημίες ή άλλες συγκρίσιμες κυρώσεις σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση». Δεν μπορούμε να παράσχουμε περισσότερες πληροφορίες επειδή θα ήταν εμπιστευτικές πληροφορίες». Επίσης στο αμέσως επόμενο ερώτημα περί του εάν: «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»)» απάντησε καταφατικά και δήλωσε: «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε. Όλα τα απαραίτητα μέτρα ελήφθησαν και η διατηρεί την αξιοπιστία της διεθνώς».

Η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε στην παρεμβαίνουσα το με αριθμό Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφο με θέμα «Αποσαφήνιση Πληροφοριών» με το οποίο, μεταξύ άλλων, ζητούσε: «2. [...] γ. Μέρος III περίπτωση Γ: 1) Το λόγο που σε προηγούμενη σύμβαση σας επιβλήθηκαν πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. 2) Το είδος των κυρώσεων που σας επιβλήθηκαν. 3) Αναλυτικά τα μέτρα που έχετε λάβει για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»). 3. Η απάντησή σας να τηλεφορτωθεί («ανέβει») στην ηλεκτρονική πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», έως τις 15 Νοέμβρη 2018, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, σε μορφή αρχείου pdf και δεόντως ψηφιακά υπογεγραμμένη. 4. Επιπρόσθετα, σας γνωρίζουμε ότι η ύπαρξη απορρήτου αφορά μόνο τη δέσμευση της Αναθέτουσα Αρχής να μην αποκαλύπτει πληροφορίες που έχουν χαρακτηριστεί από τον οικονομικό φορέα ως εμπιστευτικές και θα πρέπει να επιβεβαιώνεται από τον οικονομικό φορέα με τη ρητή αναφορά σε όλες τις σχετικές διατάξεις του νόμου ή τις διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Επομένως, αν η απάντησή σας εμπίπτει στις πληροφορίες εμπιστευτικού χαρακτήρα, σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 4412/16, να παραθέσετε και τη σχετική νομοθεσία που επιβάλλει την εμπιστευτικότητα».

Η παρεμβαίνουσα παρείχε τις αιτούμενες διευκρινίσεις με το από 14.11.2018 έγγραφό της, το οποίο απεστάλη στην αναθέτουσα αρχή μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού στις 15.11.2018, στο οποίο, μεταξύ άλλων, αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: «Ερωτήματα Παραγράφου 2. γ. Μέρος III περίπτωση Γ : 1), 2), 3) του (α) σχετικού:

Αριθμός απόφασης: 439/2019

Η συνάπτει εκατοντάδες συμβάσεις που εκτελούνται παράλληλα και σε ελάχιστες - μεμονωμένες περιπτώσεις μπορεί να έχει συμβεί πρόωρη λήξη αυτών. Γνωρίζουμε τον πρόωρο τερματισμό δύο έργων στο παρελθόν ως απόρροια αιτήματος του πελάτη, καθώς οι υπηρεσίες μας δεν ήταν πλέον απαραίτητες. Σε αυτές τις περιπτώσεις πρόωρης λύσης της σύμβασης, δεν επιβλήθηκαν κυρώσεις, καθόσον αυτή (πρόωρη λύση της σύμβασης) έλαβε χώρα κατόπιν αιτήματος του αντισυμβαλλομένου και άνευ υπαιτιότητάς της

Η αρχικά επέλεξε να απαντήσει ΝΑΙ αντί για ΟΧΙ, λόγω της αβεβαιότητας που περιβάλλει το ερώτημα του ΕΕΕΣ σε συνάρτηση με την 60 χρόνων ιστορία της εταιρίας.

Μπορούμε, ωστόσο, να επιβεβαιώσουμε ότι, όσον αφορά το χρονικό διάστημα των τελευταίων 20 ετών που τα προϊόντα N-CORE και N-CORE NG είναι διαθέσιμα, κανένα έργο δεν έχει τερματιστεί νωρίτερα ή έχουν επιβληθεί κυρώσεις στην εταιρία.

Ερώτημα Παραγράφου 4. του (α) σχετικού:

Η αναφορά σε εμπορικές συμβάσεις με άλλους πελάτες καθώς και οι τεχνικές πληροφορίες που έχουν υποβληθεί αποτελούν αυστηρά εμπιστευτικές πληροφορίες σύμφωνα με το άρθρο 21 της Οδηγίας 2014/24 της ΕΕ».

Στη συνέχεια η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το υπ' αριθμό 3/4-12-2018 Πρακτικό της αξιολογώντας αυτολεξεί ότι: «3. Οι ανωτέρω αποσαφηνίσεις κρίθηκαν επαρκείς από την Επιτροπή σύμφωνα με την παράγραφο 102 του νόμου 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147)» εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών της παρεμβαίνουσας και της προσφεύγουσας. Επίσης, με το υπ' αριθμό 4/20-12-2018 εισηγήθηκε την αποδοχή αμφότερων των οικονομικών προσφορών και την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου καθώς είχε προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή.

Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία εγκρίθηκαν τα ανωτέρω πρακτικά, κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής, καθώς και οι τεχνικές και οικονομικές προσφορές

της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και η τελευταία ως μειοδότηρια αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

13. Επειδή με την προδικαστική της προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης για τους εξής λόγους:

«1ος λόγος: Μη νόμιμη η αποδοχή της προσφοράς λόγω μη κατάθεσης εγγράφων μετά από αίτημα διευκρινίσεων επί λόγου απόρριψης επί ποινή αποκλεισμού με την επίκληση λόγων εμπιστευτικότητας:

1. Κατά τη συμπλήρωση του εντύπου ΕΕΕΣ από την εταιρεία και ειδικά στο Μέρος III, Γ: «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» και στο ειδικό ερώτημα (σελ. 15): «Πρόωρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έχουν επιβληθεί στον οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις;», η εταιρεία απαντά: *Ναι*.

Στη συνέχεια του ίδιου ερωτήματος: «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε», απαντά τα εξής:

«Η δεν μπορεί να αποκλείσει ότι δεν είχε «βιώσει ότι μια προηγούμενη δημόσια σύμβαση, μια προηγούμενη σύμβαση με έναν αναθέτοντα φορέα ή μια προηγούμενη σύμβαση παραχώρησης να είχε λήξει νωρίτερα ή ότι επιβλήθηκαν ζημίες ή άλλες συγκρίσιμες κυρώσεις σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση». Δεν μπορούμε να παράσχουμε περισσότερες πληροφορίες επειδή θα ήταν εμπιστευτικές πληροφορίες».

Στη συνέχεια του ερωτήματος: «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»), η εταιρεία απαντά «Ναι».

Τέλος, στην απαίτηση του ίδιου ερωτήματος: «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε», η εταιρεία απαντά «Όλα τα απαραίτητα μέτρα ελήφθησαν και η ESG διατηρεί την αξιοπιστία της διεθνώς».

2. Η αναθέτουσα αρχή με τον με αριθ. Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφό της ζήτησε διευκρινίσεις από την εταιρεία όσον αφορά τις απαντήσεις της στο ανωτέρω ερώτημα ως εξής:

«2. γ. Μέρος III περίπτωση Γ:

Αριθμός απόφασης: 439/2019

1) Το λόγο που σε προηγούμενη σύμβαση σας επιβλήθηκαν πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.

2) Το είδος των κυρώσεων που σας επιβλήθηκαν.

3) Αναλυτικά τα μέτρα που έχετε λάβει για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση »).

4. Επιπρόσθετα, σας γνωρίζουμε ότι η ύπαρξη απορρήτου αφορά μόνο τη δέσμευση της Αναθέτουσας Αρχής να μην αποκαλύπτει πληροφορίες που έχουν χαρακτηριστεί από τον οικονομικό φορέα ως εμπιστευτικές και θα πρέπει να επιβεβαιώνεται από τον οικονομικό φορέα με τη ρητή αναφορά σε όλες τις σχετικές διατάξεις του νόμου ή τις διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Επομένως, αν η απάντησή σας εμπίπτει στις πληροφορίες εμπιστευτικού χαρακτήρα, σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 4412/2016, να παραθέσετε και τη σχετική νομοθεσία που επιβάλλει την εμπιστευτικότητα».

3. Με την από 14/11/2018 απάντησή της, η εταιρεία αναφέρει τα εξής:

«Ερωτήματα Παραγράφου 2.γ. Μέρους III περίπτωση Γ: 1), 2), 3) του (α) σχετικού (εν. το ανωτέρω αριθ. Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφο της αναθέτουσας):

Η συνάπτει εκατοντάδες συμβάσεις που εκτελούνται παράλληλα και σε ελάχιστες - μεμονωμένες περιπτώσεις μπορεί να έχει συμβεί πρόωρη λήξη αυτών. Γνωρίζουμε τον πρόωρο τερματισμό δύο έργων στο παρελθόν ως απόρροια αιτήματος του πελάτη, καθώς οι υπηρεσίες μας δεν ήταν πλέον απαραίτητες. Σε αυτές τις περιπτώσεις πρόωρης λύσης της σύμβασης, δεν επιβλήθηκαν κυρώσεις, καθόσον αυτή (πρόωρη λύση της σύμβασης) έλαβε χώρα κατόπιν αιτήματος του αντισυμβαλλομένου και άνευ υπαιτιότητας της

Η αρχικά επέλεξε να απαντήσει ΝΑΙ αντί για ΟΧΙ, λόγω της αβεβαιότητας που περιβάλλει το ερώτημα του ΕΕΕΣ σε συνάρτηση με την 60χρόνων ιστορία της εταιρίας.

Αριθμός απόφασης: 439/2019

Μπορούμε, ωστόσο, να επιβεβαιώσουμε ότι, όσον αφορά το χρονικό διάστημα των τελευταίων 20 ετών που τα προϊόντα N-CORE και N-CORE NG είναι διαθέσιμα, κανένα έργο δεν έχει τερματιστεί νωρίτερα ή έχουν επιβληθεί κυρώσεις στην εταιρία.

Ερώτημα Παραγράφου 4. του (α) σχετικού:

Η αναφορά σε εμπορικές συμβάσεις με άλλους πελάτες καθώς και οι τεχνικές πληροφορίες που έχουν υποβληθεί αποτελούν αυστηρά εμπιστευτικές πληροφορίες σύμφωνα με το άρθρο 21 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

4. Η αρμόδια επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης προσφοράς στα υπ' αριθμ. 3 και 4 συμπροσβαλλόμενα πρακτικά εισηγήθηκε την αποδοχή των ως άνω διευκρινίσεων της εταιρείας και του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής και με την προσβαλλόμενη απόφαση οι εν λόγω εισηγήσεις έγιναν δεκτές.

5. Όμως μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση έκανε δεκτές τις διευκρινίσεις της αποδεχόμενη την μη προσκόμιση ζητηθέντων από την αναθέτουσα στοιχείων με την αιτιολογία της επίκλησης από τον εν λόγω οικονομικό φορέα όρων εμπιστευτικότητας.

Στη διακήρυξη και στην ισχύουσα νομοθεσία (ν. 4412/2016 και Οδηγία 2014/24/ΕΕ) δεν προβλέπεται λόγος μη προσκόμισης στοιχείων από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα για λόγους εμπιστευτικότητας, αλλά δυνατότητα του οικονομικού φορέα να χαρακτηρίσει στοιχεία της προσφοράς του ως εμπιστευτικά, της αναθέτουσας αρχής δεσμευόμενης για τη τήρηση της εμπιστευτικότητας ή έχουσας την ευχέρεια (κατά περίπτωση) για τον αποχαρακτηρισμό της εμπιστευτικότητας.

Αυτό εξάλλου αναφέρεται και στο άρθρο 21 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, δηλαδή ότι προβλέπεται η δυνατότητα του προσφέροντος να χαρακτηρίσει στοιχεία της προσφοράς του ως εμπιστευτικά, αλλά όχι δυνατότητα να μην καταθέσει τα στοιχεία αυτά.

Άλλωστε η εταιρεία δεν έχει αμφισβητήσει τους όρους της διακήρυξης και του νομοθετικού της πλαισίου στο επίκαιρο στάδιο και κατά συνέπεια τους έχει αποδεχθεί. Συνεπώς μη νόμιμα δεν καταθέτει τα στοιχεία που έχει ζητήσει η αναθέτουσα επικαλούμενη λόγους εμπιστευτικότητας.

Αριθμός απόφασης: 439/2019

Κατά τούτο και η υποχρέωση του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 του οικονομικού φορέα να παραθέσει τη σχετική νομοθεσία που επιβάλλει την εμπιστευτικότητα αφορά έγγραφα που έχουν κατατεθεί με την προσφορά, ενώ δεν ασκεί επιρροή και η επίκληση από την εταιρεία με το έγγραφό της των διευκρινίσεων του άρθρου 21 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, διότι και η διάταξη αυτή αφορά τις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας επικαλείται την εμπιστευτικότητα για έγγραφα που έχει καταθέσει με την προσφορά του.

6. Όπως γίνεται δεκτό (ΑΕΠΠ 231/2017) οι προσφέροντες δια της επιλογής τους να χαρακτηρίσουν ως εμπιστευτικό κάποιο έγγραφο, εν τοις πράγμασι απλώς προτείνουν και αιτούνται στην αναθέτουσα τον χαρακτηρισμό αυτό, δεδομένου ότι αυτή έχει οποτεδήποτε τη δυνατότητα και αρμοδιότητα να τον άρει ή να τον διατηρήσει.

7. Σημειώνεται ότι από τις εξηγήσεις που έδωσε η εταιρεία προκύπτουν ερωτήματα σε σχέση με την αντίστοιχη απάντησή της στο ΕΕΕΣ, ενώ ισχυρίζεται ότι εκ παραδρομής έχει απαντήσει ΝΑΙ στο σχετικό ερώτημα περί κυρώσεων, διότι τελικά η μη ολοκλήρωση δύο συμβάσεων και η πρόωρη λήξη αυτών οφείλεται σε αίτημα του πελάτη επειδή οι υπηρεσίες της εταιρείας δεν ήταν απαραίτητες και όχι στην επιβολή κάποιας κύρωσης.

Θα πρέπει όμως να τονίσουμε ότι στο σχετικό ερώτημα στο ΕΕΕΣ η εν λόγω εταιρεία αναφέρει ότι: «Η δεν μπορεί να αποκλείσει ότι δεν είχε «βιώσει ότι μία προηγούμενη δημόσια σύμβαση, μια προηγούμενη σύμβαση με έναν αναθέτοντα φορέα ή μια προηγούμενη σύμβαση παραχώρησης να είχε λήξει νωρίτερα ή ότι επιβλήθηκαν ζημίες ή άλλες συγκρίσιμες κυρώσεις σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση». Δεν μπορούμε να παράσχουμε περισσότερες πληροφορίες επειδή θα ήταν εμπιστευτικές πληροφορίες».

Αναφέρει επίσης ότι έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και ότι: «Όλα τα απαραίτητα μέτρα ελήφθησαν και η διατηρεί την αξιοπιστία της διεθνώς».

8. Κατά συνέπεια, εάν θεωρήσουμε ότι με την ανωτέρω απάντηση στο ΕΕΕΣ της η αναθέτουσα αρχή δεν όφειλε να απορρίψει την προσφορά της (κατωτέρω 3ος λόγος ακύρωσης), η κλήση της για την παροχή διευκρινίσεων και κατάθεση διευκρινιστικών στοιχείων που ζητούνται αποτελεί μέρος της διακήρυξης και η όφειλε να συμμορφωθεί.

Η μη κατάθεση όμως των στοιχείων που αναφέρει η εταιρεία στο έγγραφο των διευκρινίσεών της και συγκεκριμένα των συμβάσεων που σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της έχουν λυθεί πρόωρα μετά από αίτημα του αντισυμβαλλόμενου φορέα, με την επίκληση λόγων εμπιστευτικότητας, δημιουργεί αδυναμία στην αναθέτουσα αρχή να ελέγξει τόσο την πληροφόρηση που παρείχε η στο ΕΕΕΣ, όσο και στις διευκρινίσεις της.

Οι απαντήσεις της εταιρείας στο εν λόγω ερώτημα του ΕΕΕΣ αποτελούν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού κατά την περ. στ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, και η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εξετάσει εάν προκύπτουν στοιχεία που παραπέμπουν σε πιθανότητας συνδρομής τους (σχετ. ΑΕΠΠ 231/2017, σελ. 65).

Υποχρέωση ελέγχου προφανώς και υπάρχει λαμβάνοντας υπόψη και την αντίφαση μεταξύ της θετικής απάντησης στο ΕΕΕΣ της στο συγκεκριμένο ερώτημα του δυνητικού λόγου αποκλεισμού και των διευκρινίσεων στις οποίες ισχυρίζεται ότι δεν υφίσταται πρόωρη λύση συμβάσεων που να είχε επισύρει κυρώσεις.

Προφανώς και η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να αρκестεί στην απαντητική επιστολή της στην οποία και ρητά αναφέρει ότι δεν καταθέτει τις επικαλούμενες συμβάσεις για λόγους εμπιστευτικότητας, αλλά όφειλε να διερευνήσει τα στοιχεία και να ζητήσει και την κατάθεση των εν λόγω συμβάσεων από την εν λόγω εταιρεία και σε κάθε περίπτωση να αιτιολογήσει την απόφασή της (προσβαλλόμενη).

Διαφορετικά η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται της ειδικής και σαφούς (νόμιμης) αιτιολογίας.

Η δε εταιρεία όφειλε να καταθέσει τα στοιχεία αυτά που αφορούν τις συμβάσεις που έχουν πρόωρη λήξη έστω χαρακτηρίζοντας αυτές ως εμπιστευτικές με συγκεκριμένη αναφορά στη νομοθεσία που επιβάλλει την εμπιστευτικότητα, ώστε η αναθέτουσα αρχή στη συνέχεια να αξιολογήσει αυτές έχοντας και την ευχέρεια να τις αποχαρακτηρίσει.

Χωρίς τα στοιχεία αυτά η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να εξετάσει εάν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού που η ίδια η εταιρεία επικαλείται στο ΕΕΕΣ και στη συνέχεια ισχυρίζεται ότι δεν συντρέχουν επειδή συγκεκριμένες συμβάσεις έχουν λυθεί πρόωρα χωρίς δική της ευθύνη.

Με τον τρόπο αυτό όμως προσβάλλεται και η αρχή της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης αφού στη συγκεκριμένη περίπτωση η αξιολόγηση της προσφοράς γίνεται με τρόπο που δεν προβλέπεται στη διακήρυξη, ενώ επί (δυνητικού) λόγου απόρριψης γίνεται δεκτή προσφορά χωρίς κατάθεση των επίμαχων στοιχείων με την επίκληση λόγων εμπιστευτικότητας και χωρίς να προβλέπεται από τη διακήρυξη η δυνατότητα των συμμετεχόντων να μην καταθέτουν στοιχεία της προσφοράς τους επικαλούμενοι την εμπιστευτικότητα.

Έτσι όμως η διαγωνιστική διαδικασία εξελίσσεται με την περάτωση ενός σταδίου (των δικαιολογητικών συμμετοχής) χωρίς η αναθέτουσα αρχή να έχει σαφή και πλήρη γνώση επί των προσφορών που έχουν κατατεθεί και μάλιστα για λόγους απόρριψης των προσφορών, ενώ και η εταιρεία μας στερείται του δικαιώματος να λάβει γνώση των στοιχείων αυτών και να ασκήσει το δικαίωμα της δικαστικής προστασίας.

9. Η μη κατάθεση των εγγράφων αυτών με την επίκληση της εμπιστευτικότητας δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη και κατά συνέπεια η αποδοχή των διευκρινίσεων από την αναθέτουσα με την προσβαλλόμενη απόφαση και η αποδοχή της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας δεν είναι νόμιμη.

2ος λόγος: Μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση για την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας κατά το μέρος που ζητείται και γίνεται αποδεκτή διευκρίνιση επί λόγου αποκλεισμού χωρίς υπεύθυνη δήλωση.

1. Με την προσβαλλόμενη απόφαση γίνονται δεκτά τα συμπροσβαλλόμενα πρακτικά και κρίνεται ότι νομίμως η αναθέτουσα ζήτησε

Αριθμός απόφασης: 439/2019

με το Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφό της διευκρινίσεις επί λόγου που αφορά στη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κρίνονται αποδεκτές οι διευκρινίσεις.

2. Όπως και ανωτέρω αναφέραμε [...]

3. Όπως προβλέπεται στο άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση.

Οι δε λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, στους οποίους περιλαμβάνεται και η περίπτωση στ) που αφορά και τις πληροφορίες που έδωσε η εταιρεία στο συγκεκριμένο ερώτημα αποτελούν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, και η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει την πλήρωσή τους (σχετ. ΑΕΠΠ 231/2017, σελ. 65).

4. Λαμβάνοντας υπόψη ότι το ΕΕΕΣ έχει ισχύ υπεύθυνης δήλωσης, τυχόν ζητηθείσες επί αυτού πληροφορίες από τους οικονομικούς φορείς θα πρέπει να ζητηθούν με τη μορφή υπεύθυνης δήλωσης επίσης.

Αυτό άλλωστε πράττει η αναθέτουσα αρχή στο ίδιο έγγραφο Φ.800/1699/79695/Σ. 19090/30- 10-2018 για πληροφορίες του ΕΕΕΣ που αφορούν τεκμηρίωση στοιχείων εκπροσώπου και φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, όπου και ρητά έχει ζητήσει την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης από την

Παραδόξως όμως για τις πληροφορίες που αφορούν το ανωτέρω ερώτημα, δηλαδή στο Μέρος ΙΙΙ, Γ: «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» και στο ειδικό ερώτημα της σελ. 15, του ΕΕΕΣ της εταιρείας, η αναθέτουσα έχει ζητήσει από την εταιρεία να παρασχεθούν πληροφορίες όχι με τη μορφή της υπεύθυνης δήλωσης.

Με τον τρόπο αυτό όμως παρέχεται η δυνατότητα της διευκρίνισης του ΕΕΕΣ (υπεύθυνης δήλωσης) με δήλωση απλή και όχι υπεύθυνη και με τον τρόπο αυτό παραβιάζεται η ίση μεταχείριση διότι καθίσταται η θέση και η ευθύνη της συμμετέχουσας εταιρείας ευκολότερη και ελαφρύτερη σε σχέση με αυτήν της εταιρείας μας (σχετ. ΑΕΠΠ 231/2017, σελ. 26).

Αριθμός απόφασης: 439/2019

5. Συνεπώς και για τον ανωτέρω λόγο η προσβαλλόμενη απόφαση δεν είναι νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί.

3ος λόγος: Απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας (παράβαση όρους διακήρυξης επί ποινή απόρριψης - Μη νόμιμη η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ):

1. Όπως και ανωτέρω αναφέραμε [...]

2. Οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, στους οποίους περιλαμβάνεται και η περίπτωση στ) που αφορά και τις πληροφορίες που έδωσε η εταιρεία στο συγκεκριμένο ερώτημα αποτελούν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, και η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει την πλήρωσή τους (σχετ. ΑΕΠΠ 231/2017, σελ. 65).

3. Όπως γίνεται δεκτό (ΑΕΠΠ 231/2017, σελ. 66 - 67):

Η σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ περί συνδρομής στο πρόσωπό του κάποιας περίπτωσης αποκλεισμού (όπως και αυτών του άρθρου 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016), μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρθρου 73 παρ. 7 επ. (ν. 4412/2016), η δε αναθέτουσα αρχή δεν δύναται ούτως ή άλλως να εξετάσει τη συνδρομή των σχετικών όρων απαλλαγής του από τον αποκλεισμό, αν ο οικονομικός φορέας δεν επικαλείται ούτε τέτοια μέτρα, ήτοι μέτρα που έχουν την κατά νόμο έννοια του «επανορθωτικού» ούτε επεξηγεί σε τί συνίστατο ακριβώς το οικείο παράπτωμα, ώστε η αναθέτουσα αρχή να ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια πρώτον αν το παράπτωμα ήταν όντως σοβαρό και δεύτερον εάν επαρκώς έχει επανορθωθεί με τα επικαλούμενα ληφθέντα μέτρα (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 118/2017).

Ο οικονομικός φορέας έχει τη δυνατότητα να επικαλεστεί σχετικά επανορθωτικά μέτρα, επεξηγώντας τα και επιχειρηματολογώντας για την επάρκειά τους, ακόμη και με την συμπερίληψη στα οικεία σημεία του ΕΕΕΣ του οιονεί υπομνήματος με επιχειρηματολογία του και με συνυποβολή μετά της προσφοράς του των όποιων οικείων αποδεικτικών μέσων επικαλείται. Όμως,

μόνη η αόριστη επίκληση της συνδρομής παραπτώματος ή παράβασης υποχρεώσεων κλπ δεν συγκροτούν ούτε στοιχειοθετημένη και δυνάμενη την αποτροπή του αποκλεισμού άρνηση της εκ μέρους του πλήρωσης των λόγων αυτών αποκλεισμού, προσκρούοντας εξάλλου στο τεκμήριο της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, ούτε προφανώς επίκληση επανορθωτικού μέτρου. Σημειωτέον δε ότι η έννοια του επανορθωτικού μέτρου ορίζεται με σαφήνεια στο άρθρο 73 παρ. 7 ν. 4412/2016, χωρίς να καταλείπεται διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα ή την επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8-9 ή την Α.Ε.Π.Π. περί οριοθέτησης της ίδιας της έννοιας αυτής, παρά μόνο στην αξιολόγηση των επικαλουμένων προς απόδειξη στοιχείων, τα οποία είναι και αυτά που τίθενται ενδεικτικά, ως και την κρίση περί του εάν μπορούν να υπαχθούν ανά περίπτωση σε αυτήν.

Τα παραπάνω προϋποθέτουν αναγκαία και αυτονόητα την το πρώτον δήλωση του φορέα περί της περιγραφής, ταυτότητας και προσδιοριστικών στοιχείων του παραπτώματος, εντός του ως άνω οικείου σημείου του ΕΕΕΣ του.

Σε περίπτωση, που όχι απλά η καταρχήν συνδρομή αυτής της περίπτωσης, αλλά και η περιγραφή της, δεν αναφερθεί στο ΕΕΕΣ, τότε όχι μόνο ο οικονομικός φορέας χάνει τη δυνατότητα επίκλησης λόγων ανατροπής του ως άνω τεκμηρίου, το οποίο ούτως το καθιστά ο ίδιος, λόγω της ίδιας της παραλείψεώς του, αμάχητο, χωρίς μάλιστα πλέον η αναθέτουσα να έχει ούτε καν διακριτική ευχέρεια να τον καλέσει για εξηγήσεις ή για το πρώτον δήλωση των όποιων τυχόν επανορθωτικών μέτρων έλαβε, αφού κάτι τέτοιο θα προσέβαλε την αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας των διαγωνιζομένων.

Αλλά επιπλέον, υποπίπτει σε παράβαση και παράλειψη επί ουσιώδους τυπικής προϋπόθεσης συμμετοχής του σε διαγωνισμό, δηλαδή της εκ μέρους του αληθούς, σαφούς, ακριβούς και πλήρους συμπληρώσεώς του ΕΕΕΣ του (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 89, 96, 118 και 119/2017), παράβαση η οποία και αυτοτελώς επάγεται επαρκή λόγο αποκλεισμού του, άνευ χρείας και ανεξαρτήτως της στοιχειοθέτησης ειδικότερης παραβάσεως ή ελλείψεως προσόντος του ή πλήρωσης λόγου αποκλεισμού, η οποία προκύπτει από το

συγκεκριμένο ανά περίπτωση πραγματικό που σχετίζεται με το επιμέρους τμήμα του ΕΕΕΣ που συμπληρώθηκε ελλιπώς, ανακριβώς ή εσφαλμένα και από τα συγκεκριμένα ανά περίπτωση στοιχεία που αποδεικνύουν έλλειψη ειδικότερου κριτηρίου επιλογής ή συνδρομή ειδικότερου λόγου αποκλεισμού, έλλειψη και συνδρομή αντίστοιχα που τυχόν απεκρύφθη ή αποσιωπήθηκε δια του σφάλματος, ανακρίβειας ή έλλειψης στη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ.

4. Η εταιρεία, κατά τη συμπλήρωση του εντύπου ΕΕΕΣ και ειδικά στο Μέρος III, Γ: «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» και στο ειδικό ερώτημα (σελ. 15): «Πρώρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έχουν επιβληθεί στον οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις;», η εταιρεία απαντά: Ναι.

Στη συνέχεια του ίδιου ερωτήματος: «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε», απαντά τα εξής:

«Η δεν μπορεί να αποκλείσει ότι δεν είχε «βιώσει ότι μια προηγούμενη δημόσια σύμβαση, μια προηγούμενη σύμβαση με έναν αναθέτοντα φορέα ή μια προηγούμενη σύμβαση παραχώρησης να είχε λήξει νωρίτερα ή ότι επιβλήθηκαν ζημίες ή άλλες συγκρίσιμες κυρώσεις σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση». Δεν μπορούμε να παράσχουμε περισσότερες πληροφορίες επειδή θα ήταν εμπιστευτικές πληροφορίες».

Στη συνέχεια του ερωτήματος: «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»), η εταιρεία απαντά «Ναι».

Τέλος, στην απαίτηση του ίδιου ερωτήματος: «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε», η εταιρεία απαντά «Όλα τα απαραίτητα μέτρα ελήφθησαν και η ESG διατηρεί την αξιοπιστία της διεθνώς».

5. Οι ως άνω πληροφορίες είναι γενικές, δεν είναι ειδικές και δεν αναφέρονται αναλυτικά σε στοιχεία που στοιχειοθετούν την συγκεκριμένα απάντηση περί πρόωρης λήξης ή επιβολής ζημιών ή άλλων κυρώσεων από προηγούμενες συμβάσεις. Δεν έχουν αναφερθεί οι συγκεκριμένες συμβάσεις με αναλυτικά στοιχεία ούτε και ποια είναι τα μέτρα αυτοκάθαρσης.

Αριθμός απόφασης: 439/2019

Για το λόγο αυτό και σύμφωνα με τα ανωτέρω η προσφορά της εταιρείας ESG θα έπρεπε να απορριφθεί, η δε κλήση της προσφέρουσας εταιρείας από την αναθέτουσα για διευκρινίσεις επί του εν λόγω ζητήματος δεν είναι νόμιμη.

6. Ομοίως και για το ίδιο ζήτημα της απάντησης της εταιρείας στο εν λόγω ερώτημα του ΕΕΕΣ, θα έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας λόγω της μη αληθούς, σαφούς, ακριβούς και πλήρους συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 89, 96, 118 και 119/2017), παράβαση η οποία και αυτοτελώς επάγεται επαρκή λόγο αποκλεισμού του, άνευ χρείας και ανεξαρτήτως της στοιχειοθέτησης ειδικότερης παραβάσεως ή ελλείψεως προσόντος του ή πλήρωσης λόγου αποκλεισμού.

7. Κατά τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη δεν είναι νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί.

4ος λόγος: Απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας λόγω μη κατάθεσης υπεύθυνης δήλωσης με την υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου.

Με το με αριθ. Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφο διευκρινίσεων που απέστειλε η αναθέτουσας προς την ζήτησε μεταξύ άλλων και τα εξής:

«2. α. 3)

Εάν ο επίσημος κατάλογος των εγκεκριμένων οικονομικών φορέων που αναφέρετε δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 83 του νόμου 4412/2016, να τηλεφορτώσετε («ανεβάσετε») στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ Υπεύθυνη Δήλωση, σε μορφή αρχείου pdf ψηφιακά υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο, που να αναφέρει ότι θα είστε σε θέση να προσκομίσετε βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχετε πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην Αναθέτουσα Αρχή να τη λάβει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν».

Με το με αριθ. Φ.800/12/11192/Σ.2833/15-02-2019 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή μας κοινοποίησε μεταξύ άλλων και το από 14/11/2018

έγγραφο διευκρινίσεων που κατέθεσε η εταιρεία σε απάντηση του με αριθ. Φ.800/1699/79695/Σ. 19090/30-10-2018 εγγράφου. Στο έγγραφο αυτό επισυνάπτεται και η κατά τα ανωτέρω υπεύθυνη δήλωση που ζητήθηκε, η οποία όμως είναι ανυπόγραφη.

Κατά συνέπεια, η υποβολή ανυπόγραφης υπεύθυνης δήλωσης αποτελεί μη συμμόρφωση με την απαίτηση των διευκρινίσεων και αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις τις αναφέρει αυτολεξεί τα εξής:

«1. Ως προς τον πρώτο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί [...]

Οι παρεχόμενες διευκρινίσεις που δόθηκαν από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» μετά από σχετικό έγγραφο της Υπηρεσίας μας, κρίθηκαν επαρκής τόσο από την επιτροπή διενέργειας όσο και από την Αναθέτουσα Αρχή, και ως τούτου δεν απαιτήθηκε η προσκόμιση επιπλέον στοιχείων, καθόσον δεν υφίστανται κυρώσεις, εκλείπει πλέον ο λόγος παροχής τους.

2. Ως προς τον δεύτερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί [...]

Οι παρεχόμενες διευκρινίσεις αφορούν στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, συνεπώς και οι διευκρινίσεις δεσμεύουν τον οικονομικό φορέα κατά τον ίδιο τρόπο δεδομένου ότι αυτές φέρουν ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του φορέα. Επιπλέον δεν προκύπτει η υποχρέωση επί των διευκρινίσεων από τον οικονομικό φορέα να υλοποιείται με την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης σύμφωνα με την διακήρυξη [...].

3. Ως προς τον τρίτο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί [...]

Η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» είναι νόμιμη καθόσον τηρήθηκαν οι προβλέψεις της σχετικής διακήρυξης του ν. 4412/2016. Η δε κλήση της από την Υπηρεσίας μας, ως Αναθέτουσα Αρχή, για παροχή διευκρινίσεων επί του ΕΕΕΣ είναι σύμφωνη με το άρθρο 102 του ν.4412/16 και συνεπώς νόμιμη. Επιπλέον, δεν μπορούν να υπάρχουν μέτρα αυτοκάθαρσης ή παράθεση περαιτέρω εξηγήσεων και αναλύσεών τους διότι δεν υφίστανται κυρώσεις.

4. Ως προς τον τέταρτο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί [...]

Η κατατεθείσα υπεύθυνη δήλωση φέρει ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του φορέα».

15. Επειδή η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της ισχυρίζεται αυτολεξεί τα εξής:

«1. Μη κατάθεση εγγράφων μετά από αίτημα παροχής διευκρινίσεων επί λόγου απόρριψης επί ποινή αποκλεισμού.

Κατ' αρχήν παραθέτουμε το νομικό πλαίσιο που αφορά στους προβαλλόμενους λόγους της προσφυγής:

Σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 1. της Διακήρυξης 2/2018,

«[...]»

Οι ως άνω διατάξεις της Διακήρυξης συνιστούν ουσιαστικά αντιγραφή της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Επομένως ερμηνεύονται όπως η διάταξη αυτή, δηλαδή, οι λόγοι αποκλεισμού αναφέρονται περιοριστικά και άρα δεν περιλαμβάνουν άλλους όρους. Περαιτέρω με την παρ. 7 του ως άνω άρθρου δίνεται η δυνατότητα στον φορέα να αποδείξει ότι παρά τη συνδρομή αυτών των λόγων έχει λάβει μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του (βλ. Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Δ Ράικος σελ. 698).

Ως προς την ερμηνεία της διάταξης αναφερόμαστε στην Κατευθυντήρια Οδηγία 20 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, Εθνική Δ/ση Δημοσίων Συμβάσεων, Δ/ση Νομικών Υπηρεσιών, Τμήμα Μελετών, σελ. 18, δέχεται τα εξής:

«Ο υπό κρίση λόγος αποκλεισμού συνδέεται με προβλήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή μπορεί να οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε "επαναλαμβανόμενες" είτε "σοβαρές" διότι, λ.χ., λαμβάνουν χώρα εκ προθέσεως ενέχουν δόλια συμπεριφορά ή εξαιτίας των επιπτώσεών τους

Τονίζεται, πάντως, ότι η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια θα πρέπει να είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της εν λόγω προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, γεγονός το οποίο φαίνεται να περιορίζει σημαντικά το πεδίο εφαρμογής των

Αριθμός απόφασης: 439/2019

περιπτώσεων στις οποίες μπορεί να επιβληθεί ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού. Η εν λόγω διαπίστωση κρίνεται σημαντική, λαμβάνοντας υπόψη ότι, πολύ συχνά, πρακτικές δυσκολίες, όπως το κόστος διεξαγωγής δικών ή η διαδικασία για την καταγγελία των συμβάσεων μπορεί να αποτρέπει τις αναθέτουσες αρχές από το να λάβουν συγκεκριμένα μέτρα ή να επιβάλλουν τέτοιου είδους κυρώσεις, σε περίπτωση πλημμελούς εκτέλεσης συμβάσεων.

Επίσης, σημειώνεται ότι η δυνατότητα αποκλεισμού αφορά στις περιπτώσεις που η προηγούμενως διαπιστωθείσα πλημμέλεια αφορά στην εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων (του κλασικού τομέα, ήτοι του Βιβλίου I του ν. 4412/2016) και συμβάσεων με αναθέτοντα φορέα (πρώην εξαιρούμενων τομέων, ήτοι του Βιβλίου II του ν. 4412/2016), ήτοι σε όλες τις συμβάσεις του ν. 4412/2016 ανεξαρτήτως αξίας, καθώς στην εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης (του ν. 4412/2016), και όχι λ.χ. συμβάσεων μεταξύ ιδιωτών....»

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 32 της Διακήρυξης, με τίτλο «Λόγοι Απόρριψης Προσφορών»:

Η Αναθέτουσα Αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει σε κάθε περίπτωση προσφορά:

β. Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016.

γ. Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016»

Υπό το προαναφερόμενο πλαίσιο της Διακήρυξης και του νόμου, η συνδρομή περίπτωσης του άρθρου 22 παρ. 1.ε συνιστά λόγο αποκλεισμού. Κατά τη στιγμή που το σχετικό πεδίο στην δήλωση ΕΕΕΣ κρίθηκε ασαφές, ζητήθηκαν διευκρινίσεις από την Αναθέτουσα Αρχή με το υπό στοιχεία Φ.800/1699/79695/Σ. 19090/30.10.2018 έγγραφό της.

Ειδικότερα, στην δήλωση του εντύπου ΕΕΕΣ Μέρος III περίπτωση Ε, «Πρόωρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» εξ αρχής

Αριθμός απόφασης: 439/2019

δηλώσαμε μεν «Ναι», διότι δεν μπορούσαμε να απαντήσουμε μονολεκτικά, γενικά και ανεπιφύλακτα σε μια εκ της φύσεώς της γενική ερώτηση, λαμβάνοντας υπόψη την μακρόχρονη ιστορία της εταιρίας και τη συμμετοχής της και εκτέλεση εκατοντάδων συμβάσεων. Στο αμέσως επόμενο πεδίο «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε», επεξηγούμε ώστε να καταστεί σαφές γιατί δόθηκε αυτή η απάντηση. Τονίζεται ότι αν οι συντάξαντες το έντυπο ακολουθούσαν την Κατευθυντήρια Οδηγία 20 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, θα έπρεπε μάλλον να δήλωναν «Όχι» στο συγκεκριμένο πεδίο, όπως προφανώς έπραξαν οι λοιποί συμμετέχοντες, καθώς ουδείς είναι σε θέση να γνωρίζει τι πράττουν σε άλλες αναθέσεις από μη δημόσιους φορείς.

Ακόλουθα, ορθά πράττοντας η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα και με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23, ως ήταν υποχρεωμένη, ζήτησε διευκρινίσεις με το προαναφερόμενο έγγραφο, οπότε και έλαβε την ακόλουθη επεξηγηματική απάντηση ως προς το θέμα με την από 15.11.2018 επιστολή μας:

«Η συνάπτει εκατοντάδες συμβάσεις που εκτελούνται παράλληλα και σε ελάχιστες - μεμονωμένες περιπτώσεις μπορεί να έχει συμβεί πρόωρη λήξη αυτών. Γνωρίζουμε τον πρόωρο τερματισμό δύο έργων στο παρελθόν ως απόρροια αιτήματος του πελάτη, καθώς οι υπηρεσίες μας δεν ήταν πλέον απαραίτητες. Σε αυτές τις περιπτώσεις πρόωρης λύσης της σύμβασης, δεν επιβλήθηκαν κυρώσεις, καθόσον αυτή (πρόωρη λύση της σύμβασης) έλαβε χώρα κατόπιν αιτήματος του αντισυμβαλλομένου και άνευ υπαιτιότητας της

Η αρχικά επέλεξε να απαντήσει ΝΑΙ αντί για ΟΧΙ, λόγω της αβεβαιότητας που περιβάλλει το ερώτημα του ΕΕΕΣ σε συνάρτηση με την 60 χρόνων ιστορία της εταιρίας.

Μπορούμε, ωστόσο, να επιβεβαιώσουμε ότι, όσον αφορά το χρονικό διάστημα των τελευταίων 20 ετών που τα προϊόντα N-CORE και N-CORE NG είναι διαθέσιμα, κανένα έργο δεν έχει τερματιστεί νωρίτερα ή έχουν επιβληθεί κυρώσεις στην εταιρία.»

Αναφερόμαστε και πάλι στα κριτήρια του παραδεκτού της συμπλήρωσης της δήλωσης ΕΕΕΣ, όπως παρατέθηκαν στην Απόφασή σας

231/2017 (σκέψη 13 σελ 25), από τα οποία φαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να χρησιμοποιεί τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας για να ασκεί το δικαίωμα πρόσκλησης σε παροχή εξηγήσεων. Επίσης είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι ιδιαίτερα ελάσσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα.

Επίσης με την αρ. 231/2017 Απόφασή Σας, διαλαμβάνονται τα ακόλουθα στην σκέψη 25 ως προς τους λόγους αποκλεισμού:

«...Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή και της παρ. 4 του άρθ. 73 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα η κρίση επί της τυχόν συνδρομής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού και ειδικότερα του τρόπου με τον οποίο οι τιθέμενες εξ αυτών αόριστες και καταλείπουσες εκτιμητική ευχέρεια στην αναθέτουσα, έννοιες θα ερμηνευθούν ώστε να λάβει χώρα η υπαγωγή του προκείμενου πραγματικού, δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν τον ανταγωνισμό υπό την έννοια αποκλεισμού οικονομικού φορέα και ως εκ τούτου μείωσης των υποψηφίων προς ανάληψη της σύμβασης, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα και στην ειδική περίπτωση των λόγων αποκλεισμού. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων ότι οι όποιοι λόγοι δυνητικού αποκλεισμού, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτοί και η τυχόν εξέταση πλήρωσής τους υποχρεωτική για την αναθέτουσα αν προκύπτουν στοιχεία που παραπέμπουν σε πιθανότητα συνδρομής τους, δεν θα πρέπει να εφαρμόζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι είναι κατά τα λοιπά ικανοί για την εκτέλεση της σύμβασης και υπό άλλη, κρίση, όσον αφορά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού, θα μετείχαν ως το πέρας της διαδικασίας ανάθεσης, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Συνέπεια των ανωτέρω, δεν είναι θεμιτή μια ιδιαίτερα ευρεία

εφαρμογή των ως άνω δυνητικών λόγων αποκλεισμού, η οποία καταλήγει στην αναγωγή οιασδήποτε παράβασης και οιασδήποτε επαγγελματικού παραπτώματος, ανεξαρτήτως βαθμού, είδους, χρόνου τέλεσης και ιδίως συσχέτισης με την ικανότητα εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, ενός οικονομικού φορέα σε άνευ ετέρου αιτία αποκλεισμού του, τόσο γιατί υπερβαίνει τον κυρωτικό, γενικό προληπτικό και ειδικό προληπτικό σκοπό που η εν γίνεται διάταξη του άρ. 73 παρ. 4, επιφυλάσσει για ορισμένες συμπεριφορές, όσο και γιατί υπερακοντίζει τον σκοπό της προστασίας της αναθέτουσας, ο οποίος κατά τα παραπάνω προέχει όσον αφορά την ως άνω διάταξη.»

Ήταν προφανές ότι κατά τη συμπλήρωση του εντύπου ΕΕΕΣ η εταιρία μας ήταν σε προφανή «αμηχανία» για να δώσει μια ακριβή απάντηση αφού ναι μεν υπήρχαν περιστάσεις πρόωρης λήξης, άρα εξ ορισμού δεν μπορούσαν να αποκρυφθούν αλλά δεν αποτελούσαν περιπτώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο της διακήρυξης και του νόμου.

Η εταιρία μας, με την προαναφερόμενη απάντησή της από 15.11.2018, διευκρινίζει και αίρει κάθε αμφιβολία περί της ύπαρξης ή μη λόγου αποκλεισμού κατά το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ή 22 της Διακήρυξης. Ειδικότερα αναφέρεται εκ περισσού, αφού δεν αποτελούσαν περίπτωση από αυτές του άρθρου 73 παρ. 4, σε δύο περιπτώσεις πρόωρης λύσης, οι οποίες έγιναν κατόπιν αιτήματος του αντισυμβαλλόμενου και περαιτέρω πανηγυρικά επιβεβαιώνει ότι κατά την τελευταία εικοσαετία δεν υπήρξε οποιοδήποτε πρόβλημα με τα υπό προμήθεια προϊόντα. Ως απόρροια δε αυτής της επεξήγησης καθίσταται περιττή η οποιαδήποτε περαιτέρω επεξήγηση ή περιγραφή λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης αφού είναι προφανές ότι βρισκόμαστε εκτός του πεδίου εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 22 παρ. 1.ε.(5) αλλά και του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

Είναι σαφές ότι τόσο από την αρχική απάντηση στο ΕΕΕΣ, όσο και στη συνέχεια με τη διευκρίνιση που δόθηκε, δεν προκύπτει λόγος αποκλεισμού μας. Η διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4, όπως προαναφέρθηκε αναφέρεται με σαφήνεια σε περιπτώσεις επίδειξης σοβαρής και επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη λήξη της σύμβασης ή την

καταβολή αποζημίωσης ή την επιβολή άλλων κυρώσεων και μάλιστα σε διαγωνισμούς υπό συγκεκριμένο νομικό πλαίσιο. Καμία τέτοια περίπτωση δεν δηλώθηκε. Η αναθέτουσα αρχή με την απάντηση - διευκρίνιση που έλαβε από την εταιρία μας δεν είχε ουδεμία υποχρέωση ή (πολύ περισσότερο) δικαίωμα, να ζητήσει και να διερευνήσει περαιτέρω στοιχεία, αφού από τις απαντήσεις μας δεν προέκυψε καμία περίπτωση συνδρομής περιπτώσεων της προαναφερόμενης διάταξης.

Εφόσον λοιπόν ουδεμία περίπτωση εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 συνέτρεχε, η μη υποβολή οποιοδήποτε στοιχείου ήταν εύλογη, νόμιμη και σύμφωνη με το υφιστάμενο πλαίσιο και αυτό ανεξάρτητα από την αιτιολογία της μη υποβολής (αν δηλ. ήταν εμπιστευτική η μη η σχετική πληροφόρηση).

Αλυσιτελώς επομένως «βάλλει» η προσφεύγουσα κατά εμπιστευτικού χαρακτήρα η μη, πληροφοριών που, σε κάθε περίπτωση, δεν ήμασταν υποχρεωμένοι να προσκομίσουμε.

2. Ζητείται και γίνεται αποδεκτή διευκρίνιση επί λόγου αποκλεισμού χωρίς υπεύθυνη δήλωση

Ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα αφικνούμενη από τον τύπο του ΕΕΕΣ με ισχύ υπεύθυνης δήλωσης άγεται στο εν πολλοίς αυθαίρετο συμπέρασμα ότι θα έπρεπε και οι διευκρινίσεις να δοθούν με τη μορφή της υπεύθυνης δήλωσης.

Το συμπέρασμα αυτό είναι αυθαίρετο διότι η δυνατότητα συμπλήρωσης - αποσαφήνισης πληροφοριών του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 δεν περιλαμβάνει καμία τέτοια προϋπόθεση. Αντίθετα, πέραν των περιορισμών ως προς το τι δύναται να συμπληρωθεί δεν επιβάλλει κανένα τύπο και επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία και ελέγχεται ως προς τη νομιμότητα και την τήρηση των ακραίων ορίων αυτής (Αποφάσεις Σας 231/2017 σελ. 24 και 187/2017).

Η δε απαίτηση υποβολής εκ νέου υπεύθυνης δήλωσης για την παροχή των αιτηθέντων διευκρινίσεων, τη στιγμή που η υπό εξέταση διακήρυξη στο άρθρο 29 προβλέπει και κατά την σύναψη της σύμβασης (παρ. 1) την εκ νέου υποβολή δικαιολογητικών και υπεύθυνων δηλώσεων για όλα τα θέματα του

άρθρου 22, μεταξύ των οποίων είναι και η περίπτωση της παρ. 1.ε.5 (αναφέρεται στην παρ. 1 εδαφ. 7 του άρθρου 29 της Διακήρυξης), είναι προφανώς μη αναγκαία, καθώς τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής διασφαλίζονται επαρκώς και χωρίς αυτή, από τους άλλους όρους της διακήρυξης και αλυσιτελής καθώς η μόνη αυτοτελής συνέπεια της υποβολής της θα ήταν η πιθανότητα ποινικής δίωξης του υπογράφοντος αυτή (βλ. σκ. 14 της Απόφασής Σας 231/2017).

Σε καμία περίπτωση δεν καθίσταται ευκολότερη ή ελαφρύτερη η θέση της εταιρία μας, αφού έχει ήδη υποβάλλει το ΕΕΕΣ και το έχει συμπληρώσει σε όλα τα πεδία του, όπως και οι λοιποί συμμετέχοντες. Αντίθετα θα επιβάρυνε περαιτέρω την εταιρία μας έναντι των λοιπών υποψηφίων για μια κατά άλλα νόμιμη διαδικασία διευκρίνισης του εντύπου.

3. Μη νόμιμη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ

Ως προς τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και τη νομιμότητα των πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής αναφερθήκαμε στον 1° λόγο και αναφερόμαστε εκ νέου.

Η εταιρία μας, με την προαναφερόμενη απάντησή της από 15.11.2018, διευκρινίζει και αίρει κάθε αμφιβολία περί της ύπαρξης ή μη λόγου αποκλεισμού κατά το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ή 22 της Διακήρυξης. Ειδικότερα αναφέρεται εκ περισσού, (αφού τα περιστατικά δεν αποτελούσαν περίπτωση από αυτές του άρθρου 73 παρ. 4), σε δύο περιπτώσεις πρόωρης λύσης, οι οποίες έγιναν κατόπιν αιτήματος του αντισυμβαλλόμενου και περαιτέρω πανηγυρικά επιβεβαιώνει ότι κατά την τελευταία εικοσαετία δεν υπήρξε οποιοδήποτε πρόβλημα με τα υπό προμήθεια προϊόντα. Ως απόρροια δε αυτής της επεξήγησης, κατέστη περιττή η οποιαδήποτε περαιτέρω επεξήγηση ή περιγραφή λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης αφού είναι προφανές ότι βρισκόμαστε εκτός του πεδίου εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 22 παρ. 1.ε.(5) αλλά και του άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

Ως προς το τυπικό της μέρος, η δήλωση ΕΕΕΣ που υποβάλλαμε ήταν και αληθής και σαφής υπό την έννοια ότι δεν υποβάλλαμε μια ψευδή δήλωση ή μια δήλωσε με σκοπό την απόκρυψη περιστατικών στην αποκάλυψη των οποίων αποσκοπούσε το συγκεκριμένο πεδίο της δήλωσης ΕΕΕΣ. Ήταν επίσης πλήρης, καθώς όλα τα πεδία συμπληρώθηκαν.

Η προσφεύγουσα με το λόγο αυτό ανάγει την, κατά την άποψή της, ορθή συμπλήρωση του εντύπου ως λόγο αποκλεισμού χωρίς να διαλαμβάνει καμία από τις αρχές που διέπουν του διαγωνισμούς, ως και αυτοσκοπός είναι η συμπλήρωση αυτού ανεξαρτήτου της ύπαρξης ουσιαστικού λόγου αποκλεισμού. Επί της ουσίας δε, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ως προς την εταιρία μας αλλά

Τυχόν αποδοχή του λόγου αυτού και της κρινόμενης προσφυγής θα παραβίαζε τις αρχές του ανταγωνισμού και της ισότητας των διαγωνιζομένων και εν τέλει θα απέβαινε σε βάρος της αναθέτουσας αρχής λαμβάνοντας ιδίως υπόψη την διαφορά των προσφερόμενων τιμών μεταξύ της εταιρίας μας και της προσφεύγουσας.

4. Μη υπογραφή της υπεύθυνης δήλωσης

Είναι αναληθές ότι η υπεύθυνη δήλωση δεν φέρει υπογραφή - προσκομίζεται σχετικό αντίγραφο. (Σχετικό 1)

Επομένως ορθά και νόμιμα ενήργησε στο σύνολό της η Αναθέτουσα Αρχή και η προσβαλλόμενη απόφαση είναι καθ' όλα νόμιμη».

16. Επειδή στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου ([άρθρα 3 έως 221](#)) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 4412/2016:

«1. Εκτός αν προβλέπεται άλλως στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) ή σε άλλες διατάξεις, ιδίως στο άρθρο 1 του π.δ. 28/2015 (Α' 34) και στο άρθρο 24 του ν. 2121/1993 (Α' 25), και με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων σχετικά με τη δημοσιοποίηση των συναπτόμενων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 64 και 70, η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών.

2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις στους οικονομικούς φορείς, με σκοπό την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τις οποίες παρέχουν οι αναθέτουσες αρχές καθ' όλη τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων. Μπορούν επίσης να απαιτήσουν από τους οικονομικούς φορείς να διασφαλίζουν την τήρηση των απαιτήσεων αυτών από το προσωπικό τους, τους υπεργολάβους τους και κάθε άλλο τρίτο πρόσωπο που χρησιμοποιούν κατά την ανάθεση ή εκτέλεση της σύμβασης.

3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας.

4. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της.

5. Το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων ασκείται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015 (Α' 34)».

18.Επειδή, στο άρθρο 53 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «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 σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :[...] ιβ) τους

όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,».

19. Επειδή στο άρθρο 73 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: « [...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, [...] 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης

Αριθμός απόφασης: 439/2019

παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση».

20. Επειδή στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...] 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας...».

21. Επειδή στο άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της

πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. [...]

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016: «Άρθρο 91
Λόγοι απόρριψης προσφορών

1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.

β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102.

γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.[...].».

23.Επειδή το άρθρο 102 με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» ορίζει τα εξής :

«1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.

2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των

υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσνονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.

5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.».

Αριθμός απόφασης: 439/2019

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

25.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. 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».

26.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ39/2017): «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης».

27. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1, υποπαρ.1.2 περ. β) του άρθρου 15 της απόφασης 56902/215/2-6-17 (ΦΕΚ 1924/Β' /2 Ιουνίου 17) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και Διαδικασίες Λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ» προβλέπεται ότι : «[...] Τα στοιχεία της προσφοράς που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του ν. 4412/2016, υποβάλλονται στον οικείο (υπο)φάκελο ως ξεχωριστό αρχείο και σημαίνονται από τον οικονομικό φορέα με χρήση του σχετικού πεδίου του Συστήματος. Στην περίπτωση αυτή,

Αριθμός απόφασης: 439/2019

ο οικονομικός φορέας υποβάλλει στον οικείο (υπο)φάκελο σχετική αιτιολόγηση, αναφέροντας ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 [...]».

28. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης:

«Άρθρο 15ο

Έγγραφα της Σύμβασης

Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας σύναψης σύμβασης είναι τα ακόλουθα:

α. Η Προκήρυξη της Σύμβασης, όπως αυτή έχει δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

β. Η παρούσα Διακήρυξη με τα Παραρτήματα της, τα οποία αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής, ήτοι:

(1) Παράρτημα «Α»: Τεχνικές Προδιαγραφές (Ειδικό Όροι).

(2) Παράρτημα «Β»: Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) το οποίο έχει αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ υπό μορφή αρχείων XML και PDF.

(3) Παράρτημα «Γ»: Υποδείγματα Εγγυητικών Επιστολών.

(4) Παράρτημα «Δ»: Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς.

(5) Παράρτημα «Ε»: Σχέδιο Σύμβασης

γ. Οι συμπληρωματικές πληροφορίες που τυχόν παρέχονται στο πλαίσιο της διαδικασίας, ιδίως σχετικά με τις προδιαγραφές και τα σχετικά δικαιολογητικά.

δ. Η απόφαση διενέργειας του διαγωνισμού (εντολή διενέργειας). [...]

Άρθρο 22ο

Λόγοι Αποκλεισμού

1. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε

ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: [...]

ε. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...]

(5) Εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. [...]

Σημείωση 3: Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (1) έως (8) της παρ. 1 ε του παρόντος άρθρου η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.

1. Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεών του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις.

2. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παρ. 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να

κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση. [...]

6. Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 του Ν.4412/16 κι ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 7 του άρθρου 73 του Ν.4412/16 μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα. [...]

Άρθρο 28ο

Προκαταρκτική Απόδειξη κατά την Υποβολή Προσφορών

1. Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 και πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των άρθρων 23 έως 27 της παρούσας διακήρυξης, 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), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986 (Α' 75).

2. Οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν και υποβάλουν, σύμφωνα με τη διαδικασία που ορίζεται στην παρ. 3 β του άρθρου 30 της παρούσας, το σχετικό ΕΕΕΣ που έχει αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ (ως συνημμένο αρχείο του διαγωνισμού) το οποίο και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, ως Παράρτημα «Β».

3. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 (5ης Ιανουαρίου 2016) και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1 αυτού. [...]

Άρθρο 29ο

Αποδεικτικά Μέσα

1. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις σχετικές παραγράφους της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρόντος άρθρου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του Ν.4412/2016. [...]

Άρθρο 30ο

Κατάρτιση και Περιεχόμενο Προσφορών [...]

ε. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

(1) Έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. [...]

στ. Από τον προσφέροντα σημαίνονται με χρήση του σχετικού πεδίου του συστήματος τα στοιχεία εκείνα της προσφοράς του που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του Ν.4412/2016. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. [...]

3. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά»:

α. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

(1) Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του Ν.4412/2016. [...]

β. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ που έχει αναρτηθεί, ως συνημμένο αρχείο του διαγωνισμού σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του

ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, ως Παράρτημα «B». Ειδικότερα, ο οικονομικός φορέας ακολουθεί τα παρακάτω βήματα:

(1) Πρέπει να «κατεβάσει» το ΕΕΕΣ του παρόντος διαγωνισμού που έχει αναρτηθεί σε μορφή αρχείου XML από το ΕΣΗΔΗΣ, να το αποθηκεύσει στον Η/Υ του και εν συνεχεία να μεταβεί στην ιστοσελίδα: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=el>.

(2) Στην ιστοσελίδα αυτή, πρέπει να επιλέξει «Εισαγωγή ΕΕΕΣ» και να τηλεφορτώσει («ανεβάσει») το αρχείο του συγκεκριμένου ΕΕΕΣ του διαγωνισμού που «κατέβασε» από το ΕΣΗΔΗΣ.

(3) Στην ανωτέρω ιστοσελίδα, συμπληρώνει και επιλέγει ηλεκτρονικά, τα κατάλληλα πεδία που έχουν καθοριστεί από την Αναθέτουσα Αρχή, καθώς και τα πεδία με την ημερομηνία και τον τόπο σύνταξης. Αν είναι δυνατό, υπογράφει ψηφιακά στο κατάλληλο σημείο.

(4) Επιλέγει «Εκτύπωση». Το αρχείο εμφανίζεται σε εκτυπώσιμη μορφή και είναι πλέον δυνατή η εκτύπωση του με χρήση κάποιου προγράμματος εκτυπωτή σε μορφή .pdf. Σε περιβάλλον Microsoft Windows, το eΕΕΕΣ μπορεί να εκτυπωθεί ως αρχείο PDF μέσω του Chrome (έχει ήδη ενσωματωμένη λειτουργία εκτύπωσης PDF). Διαφορετικά, μπορεί να χρησιμοποιήσει οποιοδήποτε πρόγραμμα δημιουργίας αρχείων PDF που διατίθεται δωρεάν στο διαδίκτυο. Σε περιβάλλον Mac OSX ή Linux, το eΕΕΕΣ μπορεί να εκτυπωθεί από κάθε φυλλομετρητή.

(5) Υπογράφει ψηφιακά το αρχείο .pdf που εκτύπωσε (ακόμη και αν το έχει υπογράψει ψηφιακά στην ιστοσελίδα).

(6) Υποβάλλει και το αυτό αρχείο του ΕΕΕΣ τόσο σε μορφή .xml όσο και σε .pdf στο φάκελο της προσφοράς του με τα δικαιολογητικά συμμετοχής. [...]

Άρθρο 32ο

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 στα άρθρα 30 (Κατάρτιση και Περιεχόμενο

Προσφορών), 31 (Χρόνος ισχύος προσφορών), 33 (Αποσφράγιση και Αξιολόγηση Προσφορών), 34 (Πρόσκληση Υποβολής Δικαιολογητικών Κατακύρωσης - Δικαιολογητικά Κατακύρωσης) της 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016.

γ. Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016. [...]

Άρθρο 33ο

Αποσφράγιση και Αξιολόγηση Προσφορών [...]

2. Αξιολόγηση προσφορών: [...]

δ. Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016».

29.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η - διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις

Αριθμός απόφασης: 439/2019

και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

30.Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

31.Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

32.Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51,

Αριθμός απόφασης: 439/2019

της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, 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).

33.Επειδή περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις [βλ., συναφώς, στο πλαίσιο διαδικασιών προκήρυξης κλειστού διαγωνισμού εμπιππουσών στην οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού

Αριθμός απόφασης: 439/2019

Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114), αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 35 έως 45, όσον αφορά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψεις 30 έως 39, όσον αφορά το στάδιο προεπιλογής των προσφερόντων]. Επιπλέον, η αίτηση διευκρίνησης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις 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). Τέλος, και 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 διευκρίνησης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37). Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνησης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

34. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς

εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

35. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επίσης, μια άλλη πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΑΕΠΠ 117/2017).

36. Επειδή η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού διέπει την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων η οποία διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό), οικονομικών φορέων. Περαιτέρω, η εξασφάλιση του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού προκειμένου περί δημοσίων διαγωνισμών εξυπηρετεί το συμφέρον της Ένωσης στον τομέα της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης

παροχής υπηρεσιών (βλ., επ' αυτού, απόφαση CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37). Εντούτοις, κάποιου βαθμού περιορισμός μπορεί να δικαιολογείται, στο μέτρο κατά το οποίο επιδιώκει θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος και εφόσον είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας, δηλαδή είναι κατάλληλος για την επίτευξη του σκοπού αυτού και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού (βλ., επ' αυτού, απόφαση Serrantoni και Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 44).

37. Επειδή, στις αιτιολογικές σκέψεις 101-102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι *«(101) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία*

παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάσσονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του. (102) Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας.....».

38. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και

οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

39. Επειδή σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, ο νομοθέτης αφήνει στη διακριτική ευχέρεια κάθε αναθέτουσας αρχής να περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης (προκήρυξη, διακήρυξη) τις περιπτώσεις της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 με την οποία εισάγεται μία σειρά προαιρετικών λόγων αποκλεισμού. Ωστόσο, εφόσον η αναθέτουσα αρχή συμπεριλάβει κάποια από τις περιπτώσεις της παρ. 4 του άρθρου 73 ως λόγο αποκλεισμού στη Διακήρυξη, τότε οφείλει να αποκλείσει κατά δέσμια αρμοδιότητα τον οικονομικό φορέα αν διαπιστώσει ότι συντρέχει κάποια από αυτές δυνάμει της ρητής πρόβλεψης της Διακήρυξης, η οποία δεσμεύει και την ίδια και δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα.

40. Επειδή, το ΕΕΕΣ αποτελεί πρότυπο τεύχος με δεσμευτική ισχύ, το οποίο χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του Ν.4412/2016 άνω των ορίων, προκειμένου οι συμμετέχοντες στις ως άνω διαγωνιστικές διαδικασίες, κατά το χρόνο υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ή των προσφορών τους να δηλώνουν υπεύθυνα ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν εμπίπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού, όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό (βλ. Α.Ε.Π.Π 136/2017).

41. Επειδή το ΕΕΕΣ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως επί τον σκοπό της διευκόλυνσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη μείωση του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς. Ενέχει δε προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού

δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται και δη με επίκληση συγκεκριμένο περί του αντιθέτου λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο δια προδικαστικής προσφυγής αυτού. (ΑΕΠΠ 96/2017).

42. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του νέου Ν 4412/2016 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων (βλ. Α. Σπυριδωνος, «Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις», *ΘΠΔ*, 6/2017, σελ. 537 επόμε.). Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών*, Εκδόσεις Σάκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89) η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιος κατά τα ως άνω περίπτωσης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ.(βλ. ΑΕΠΠ 118/2017).

43. Επειδή, κατά την έννοια των λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, στην περίπτωση κατά την οποία υποβάλλεται

ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ΕΕΕΣ με το οποίο ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι συντρέχει τέτοιος λόγος, να μεν αυτός δεν αποκλείεται αυτόματα, όπως θα συνέβαινε εάν ενέπιπτε στην παρ. 1 του άρθρου 73 του εν λόγω νόμου, είναι, όμως, δυνατόν να αποκλεισθεί εφόσον η αναθέτουσα αρχή κρίνει αιτιολογημένα ότι το παράπτωμα επηρεάζει τη φερεγγυότητα ή την επαγγελματική αξιοπιστία του (ΑΕΠΠ 856/2018).

44.Επειδή, σύμφωνα με το δυνητικό λόγο αποκλεισμού της παρ. 4 περ. στ. του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις. Τέτοιες περιπτώσεις είναι η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης της σύμβασης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα (Βλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Προϋπόθεση εφαρμογής της διάταξης αποτελεί ο οικονομικός φορέας να έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους, και όχι οποιοσδήποτε, απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης. Επιπλέον, οι παρατυπίες ή πλημμέλειες αυτές πρέπει να οδήγησαν στην πρόωρη καταγγελία της δημόσιας σύμβασης ή στην επιδίκαση αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων. Επομένως, απαιτείται η συνδρομή αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της πρόωρης καταγγελίας της προηγούμενης σύμβασης ή επιβολής αποζημίωσης ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής με την σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια του οικονομικού φορέα κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή εκτιμά την συνδρομή των παραπάνω προϋποθέσεων με βάση τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται ο φορέας που κατήγγειλε την εν λόγω σύμβαση, προκειμένου να αξιολογήσει την συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα. Στο πλαίσιο αυτό

κρίθηκε, ότι δεν υφίσταται σχετικός λόγος αποκλεισμού, καθόσον δεν προέκυψε, από τα στοιχεία φακέλου της σύμβασης που καταγγέλθηκε, ούτε το είδος της πλημμέλειας, ούτε η σοβαρότητα αυτής, ούτε η ζημία της αναθέτουσας αρχής από την επιδειχθείσα πλημμέλεια (βλ. ΕΣ Κλιμάκιο VI, Πράξη 170/2017, Αποφάσεις ΑΕΠΠ 181 /2017, σκ. 15, ΑΕΠΠ 156/2017, σκ. 31, ΔΕΦΚομ Ν3/2018).

45. Επειδή σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 3/24-01-2018 με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)») προβλέπεται ότι: «[...] 2.1 Υποβολή Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. 2.2 Προσαρμογή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ από τις αναθέτουσες αρχές Οι αναθέτουσες αρχές προσαρμόζουν το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ στην εκάστοτε διαδικασία σύναψης σύμβασης, διαμορφώνοντάς το, σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους (λόγους αποκλεισμού και κριτήρια επιλογής), που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης [...] 2.3 Συμπλήρωση ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ από τους οικονομικούς φορείς: Η συμπλήρωση του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ από τους οικονομικούς φορείς διενεργείται στο, ήδη προσαρμοσμένο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, το οποίο παρέχεται κατάλληλα διαμορφωμένο από αυτήν. Ως προς το ΤΕΥΔ οι οικονομικοί φορείς δύνανται: συμπληρώνουν το ήδη διαμορφωμένο και αναρτημένο (σε επεξεργάσιμη μορφή) από την αναθέτουσα αρχή, αρχείο που είναι αναρτημένο στην ιστοσελίδα της Αρχής σε επεξεργάσιμη μορφή, συμπληρώνοντας τα απαιτούμενα για τη συγκεκριμένη διαδικασία πεδία.[...] 2.3.1 Τα πεδία του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ είναι

δεκτικά διευκρινίσεων ή/ και συμπληρώσεων, Επισημαίνεται ότι, στις περιπτώσεις μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να τους καλούν προκειμένου να παράσχουν σχετικές διευκρινίσεις ή να τα συμπληρώσουν, όπως οποιοδήποτε άλλο υποβληθέν, με την προσφορά τους, έγγραφο ή δικαιολογητικό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται ανεξάρτητα από τον τρόπο επεξεργασίας και συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τον οποίον έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με την ανωτέρω παράγραφο 2.3.1.

Ωστόσο, στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, για λόγους ασάφειας των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, και, κατά συνέπεια, και του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως τέτοιου, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ζητούν διευκρινίσεις από τους οικονομικούς φορείς, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 5 του ως άνω άρθρου. Σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς δεν παράσχουν τις απαιτούμενες διευκρινίσεις ή οι εν λόγω διευκρινίσεις κριθούν μη ικανοποιητικές από τις αναθέτουσες αρχές, απορρίπτεται η προσφορά ή η αίτηση συμμετοχής τους και οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται από τη συγκεκριμένη διαδικασία.[...] 2.3.3 Το ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη, αίτηση συμμετοχής κλπ) της εκάστοτε διαδικασίας. Ως εκ τούτου, οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να αποκλείουν οικονομικούς φορείς λόγω μη συμπλήρωσης ή εσφαλμένης συμπλήρωσης από τους τελευταίους πεδίων του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τα οποία αφορούν σε στοιχεία που δεν συνδέονται με όρους της διακήρυξης/ αίτησης συμμετοχής, ακόμη και αν τα εν λόγω πεδία, εκ παραδρομής, έχουν παραμείνει στο διαμορφωθέν από τις αναθέτουσες αρχές ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ».

46. Επειδή με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποδέχθηκε την υπεύθυνη δήλωση της παρεμβαίνουσας, η οποία ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή να υποβληθεί από αυτήν ψηφιακά υπογεγραμμένη

με τις διευκρινίσεις της, καθώς αυτή είναι ανυπόγραφη. Η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα αντικρούουν τους ανωτέρω ισχυρισμούς αναφέροντας ότι αυτή φέρει νόμιμη ψηφιακή υπογραφή.

47. Επειδή, από την εξέταση του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο αξιολόγησης του φακέλου «δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά» αιτήθηκε από την παρεμβαίνουσα με το υπ' αριθμό Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφο της, μεταξύ άλλων, το εξής: «2. α. 3) *Εάν ο επίσημος κατάλογος των εγκεκριμένων οικονομικών φορέων που αναφέρετε δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 83 του νόμου 4412/2016, να τηλεφορτώσετε («ανεβάσετε») στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ Υπεύθυνη Δήλωση, σε μορφή αρχείου pdf ψηφιακά υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο, που να αναφέρει ότι θα είστε σε θέση να προσκομίσετε βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχετε πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην Αναθέτουσα Αρχή να τη λάβει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν». Η παρεμβαίνουσα σε απάντηση του ανωτέρω παρείχε τις αιτούμενες διευκρινίσεις με το από 14.11.2018 έγγραφο της, το οποίο κοινοποιήθηκε στην αναθέτουσα αρχή μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού στις 15.11.2018, στο οποίο επισύναψε της ως άνω αιτούμενη από 15.11.2018 υπεύθυνη δήλωση.*

48. Επειδή, από την εξέταση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, όπως βάσιμα ισχυρίζεται τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, προκύπτει ότι αυτή φέρει νόμιμη ψηφιακή υπογραφή και, συνεπώς, ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

49. Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά της προσφεύγουσας και συγκεκριμένα το υποβαλλόμενο εκ μέρους της ΕΕΕΣ, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, καθώς αυτό ήταν μη νομίμως συμπληρωμένο ως προς το Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού) Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) και ειδικότερα ως προς το

ερώτημα: «*Πρόωρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έχουν επιβληθεί στον οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις;*», διότι οι πληροφορίες που δόθηκαν δεν ήταν σαφείς, ακριβείς και δεν θα μπορούσαν να συμπληρωθούν νομίμως με διευκρινίσεις κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Η αναθέτουσα αρχή, δε, αναφέρει ότι σύμφωνα με το νόμο αιτήθηκε διευκρινίσεις σχετικά με το επίμαχο ερώτημα και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι σε κάθε περίπτωση η δήλωσή της στο ΕΕΕΣ ήταν πλήρης και αληθής.

50. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 22 παρ. 1ε της διακήρυξης αποκλείεται από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οικονομικός φορέας, ο οποίος έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Ο λόγος δε αυτός αποκλεισμού αποτελεί τον αναφερόμενο στην παρ. 4 περ. στ. του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 λόγο. Περαιτέρω, στην περίπτωση που συντρέχει ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού, δεν επέρχεται αυτόματα ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα, αλλά με τον αυτό ανωτέρω όρο της διακήρυξης (ο οποίος επαναλαμβάνει τις προβλέψεις της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) προβλέπεται ότι ο τελευταίος μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του (μέτρα αυτοκάθαρσης), παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για την προαπόδειξη της μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, στο ΕΕΕΣ και συγκεκριμένα στο Μέρος III.Γ. οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να απαντήσουν το εξής ερώτημα: «*Πρόωρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έχουν επιβληθεί στον οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα*

αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις;» και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης να δηλώσουν επιπλέον τα μέτρα αυτοκάθαρσης, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή κατ' άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας να αξιολογήσει την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα και σε περίπτωση που αυτή αποδειχθεί να κάνει δεκτή την προσφορά του παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού.

51. Από την εξέταση του υποβαλλόμενου από την παρεμβαίνουσα ΕΕΕΣ προκύπτει ότι στο επίμαχο ερώτημα απάντησε καταφατικά και δήλωσε ότι: «*Η δεν μπορεί να αποκλείσει ότι δεν είχε «βιώσει ότι μια προηγούμενη δημόσια σύμβαση, μια προηγούμενη σύμβαση με έναν αναθέτοντα φορέα ή μια προηγούμενη σύμβαση παραχώρησης να είχε λήξει νωρίτερα ή ότι επιβλήθηκαν ζημίες ή άλλες συγκρίσιμες κυρώσεις σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση». Δεν μπορούμε να παράσχουμε περισσότερες πληροφορίες επειδή θα ήταν εμπιστευτικές πληροφορίες». Περαιτέρω, αναφορικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης απάντησε καταφατικά και δήλωσε: «*Όλα τα απαραίτητα μέτρα ελήφθησαν και η διατηρεί την αξιοπιστία της διεθνώς*». Η δε αναθέτουσα αρχή, κατόπιν σχετικού αιτήματος της Επιτροπής του Διαγωνισμού, η οποία αξιολόγησε ως ασαφείς τις ανωτέρω απαντήσεις, υπέβαλε διευκρινιστικό ερώτημα, με το από Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφο της, στην παρεμβαίνουσα με το οποίο της ζητούσε, μεταξύ άλλων, να αναφέρει το λόγο που σε προηγούμενη σύμβαση της επιβλήθηκαν πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, καθώς και το είδος των κυρώσεων που της επιβλήθηκαν και αναλυτικά τα μέτρα που έχει λάβει για να αποδείξει την αξιοπιστία της (αυτοκάθαρση).*

52. Επειδή, από το περιεχόμενο της καταφατικής απάντησης της παρεμβαίνουσας στο εν λόγω ερώτημα του ΕΕΕΣ δεν προκύπτουν ειδικώς ούτε οι συμβάσεις στις οποίες επιβλήθηκαν κυρώσεις, ούτε το είδος των κυρώσεων αυτών. Περαιτέρω, ενώ δηλώνεται ότι έχουν ληφθεί μέτρα αυτοκάθαρσης, δεν προσδιορίζονται αυτά επακριβώς προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να τα αξιολογήσει. Επιπλέον, η

παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε με την προσφορά της έγγραφα που να εξειδικεύουν τις ως άνω απαντήσεις της στο ΕΕΕΣ. Δοθέντος, αφενός ότι η παρεμβαίνουσα απάντησε καταφατικά στα επίμαχα ερωτήματα τόσο ως προς τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού όσο και ως προς τη λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης, αφετέρου ότι εκ της δηλώσεώς της προκύπτει ασάφεια ως προς το είδος των κυρώσεων και των μέτρων αυτοκάθαρσης, η αναθέτουσα αρχή κατ' άρθρο 102 παρ. 5 υποχρεούτο να ζητήσει τις ανωτέρω διευκρινίσεις προκειμένου να αρθεί η ασάφεια, καθώς επέκειτο ο αποκλεισμός της από τη διαγωνιστική διαδικασία με την καταφατική απάντηση στο επίμαχο ερώτημα περί συνδρομής ενός εκ των λόγων αποκλεισμού, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Το εν λόγω δε αίτημα για διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής δεν οδηγεί σε εκ των υστέρων αλλοίωση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ούτε προσδίδει οποιοδήποτε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε αυτή σε σχέση με την έτερη συνδιαγωνιζόμενη προσφεύγουσα, και εμπίπτει εν γένει στο κανονιστικό πλαίσιο του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, καθώς η παρεμβαίνουσα έχει απαντήσει καταφατικά στο εν λόγω ερώτημα, ως προς τα δε μέτρα αυτοκάθαρσης έχει δηλώσει ρητώς ότι έχει λάβει τέτοια. Δέον, όπως επισημανθεί ότι στο πραγματικό της απόφασης της ΑΕΠΠ 231/2017 που επικαλείται η προσφεύγουσα προκειμένου να θεμελιώσει τον λόγο αυτό της προσφυγής της, ο οικονομικός φορέας απάντησε ναι μεν καταφατικά, δηλώνοντας, όμως, ρητώς και σαφώς ως μέτρα αυτοκάθαρσης γεγονότα τα οποία δεν συνιστούν καν τέτοια. Συνεπώς, ο τρίτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

53. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε οι ανωτέρω διευκρινίσεις ως προς το επίμαχο μέρος του ΕΕΕΣ (το οποίο συνιστά υπεύθυνη δήλωση του ν.1599/86) να υποβληθούν από την παρεμβαίνουσα με έγγραφο φέροντα νόμιμη ηλεκτρονική υπογραφή και όχι με υπεύθυνη δήλωση του ν.1599/86, αποδεχόμενη αυτές εν τέλει υπό τον τύπο αυτό. Η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, αναφέροντας ότι, οι

διευκρινίσεις αφορούν το ΕΕΕΣ, και συνεπώς οι διευκρινίσεις επί αυτού δεσμεύουν τον οικονομικό φορέα κατά τον ίδιο τρόπο δεδομένου ότι αυτές φέρουν ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του φορέα. Επίσης, αναφέρει ότι από τη διακήρυξη δεν προκύπτει υποχρέωση οι διευκρινίσεις από τον οικονομικό φορέα να υλοποιούνται με την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης. Η παρεμβαίνουσα, επίσης, ισχυρίζεται ότι τέτοια υποχρέωση δε συνάγεται εκ του κανονιστικού πλαισίου του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, καθώς επίσης δοθέντος ότι η υπό εξέταση διακήρυξη στο άρθρο 29 προβλέπει και κατά την σύναψη της σύμβασης (παρ. 1) την εκ νέου υποβολή δικαιολογητικών και υπεύθυνων δηλώσεων για όλα τα θέματα του άρθρου 22, μεταξύ των οποίων είναι και η περίπτωση της παρ. 1.ε.5 (αναφέρεται στην παρ. 1 εδαφ. 7 του άρθρου 29 της Διακήρυξης), είναι προφανώς μη αναγκαία, καθώς τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής διασφαλίζονται επαρκώς και χωρίς αυτή, από τους άλλους όρους της διακήρυξης καθώς και αλυσιτελής δεδομένου ότι η μόνη αυτοτελής συνέπεια της υποβολής της θα ήταν η πιθανότητα ποινικής δίωξης του υπογράφοντος αυτή.

54. Επειδή, καταρχάς από τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, δεν συνάγεται οιαδήποτε υποχρέωση, και μάλιστα επί ποινή απορρίψεως των διευκρινίσεων επί του ΕΕΕΣ, να φέρουν αυτές τον τύπο της υπεύθυνης δήλωσης. Περαιτέρω, οι διευκρινίσεις εκ του κανονιστικού τους πλαισίου, υποβάλλονται προς διευκρίνιση στοιχείων και δηλώσεων της προσφοράς τα οποία έχουν νομίμως υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και σύμφωνα με τον τύπο που οι όροι της διακήρυξης επιβάλουν, χωρίς να εισφέρουν κάποιο νέο στοιχείο ή νέα δήλωση (που απουσιάζει από την ήδη υποβληθείσα), καθώς κάτι τέτοιο θα καθιστούσε τη διευκρίνιση εκτός του κανονιστικού πλαισίου του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Και τούτο διότι, οι διευκρινίσεις, αφενός αφορούν μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση και που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους και αφετέρου δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς.

55. Επειδή, εν προκειμένω, οι επίμαχες διευκρινίσεις που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή, δεν έχουν ως αίτημα κάποια νέα δήλωση, αλλά τη διευκρίνιση της καταφατικής δήλωσης της προσφεύγουσας στο επίμαχο μέρος του ΕΕΕΣ σχετικά με τον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού, δήλωση η οποία έχει συμπεριληφθεί στο ΕΕΕΣ και συνεπώς φέρει τον αιτούμενο τύπο της υπεύθυνης δήλωσης του ν.1599/2016. Δοθέντος, συνεπώς, ότι οι επίμαχες διευκρινίσεις επί του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας, όπως αναλύθηκε κατά την εξέταση του προηγούμενου λόγου της προσφυγής, έχουν ζητηθεί σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δεν απαιτείται να υποβληθούν με τον τύπο της υπεύθυνης δήλωσης του ν.1599/86, απορριπτόμενου του δεύτερου λόγου της προσφυγής ως αβάσιμου.

56. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς με αυτήν έγιναν παρανόμως δεκτές οι διευκρινίσεις της προσφεύγουσας επί του επίμαχου ερωτήματος του ΕΕΕΣ, δεδομένου ότι δεν υποβλήθηκαν με αυτές στοιχεία, παρά του ότι ζητήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή. Συνακόλουθα, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε παρανόμως τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας περί εμπιστευτικότητας για τη μη υποβολή τους. Σε κάθε περίπτωση, κατά την προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν αιτιολογείται νόμιμως περί της μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού στην περίπτωση της παρεμβαίνουσας, καθώς, ελλείπει υποβολής των στοιχείων και των εν γένει πληροφοριών που τις αποδεικνύουν, δεν προκύπτει εάν όντως συντρέχει για την παρεμβαίνουσα ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού. Η παρεμβαίνουσα αντικρούει τους εν λόγω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ισχυριζόμενη ότι με τις διευκρινίσεις της αποδείχθηκε ότι υπήρχαν περιστάσεις προώρης λήξης, αλλά αυτές δεν εμπίπτουν στο κανονιστικό περιεχόμενο του επίμαχου λόγου αποκλεισμού.

57. Επειδή, σε συνέχεια όσων αναλύθηκαν στους προηγούμενους λόγους της προσφυγής και κατόπιν εξέτασης του φακέλου του διαγωνισμού, προκύπτει ότι το αίτημα για παροχή διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής ως προς το επίμαχο μέρος του ΕΕΕΣ ήταν το εξής: «2. γ. *Μέρος III περίπτωση Γ:*

Αριθμός απόφασης: 439/2019

1) Το λόγο που σε προηγούμενη σύμβαση σας επιβλήθηκαν πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.

2) Το είδος των κυρώσεων που σας επιβλήθηκαν.

3) Αναλυτικά τα μέτρα που έχετε λάβει για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»).

4. Επιπρόσθετα, σας γνωρίζουμε ότι η ύπαρξη απορρήτου αφορά μόνο τη δέσμευση της Αναθέτουσας Αρχής να μην αποκαλύπτει πληροφορίες που έχουν χαρακτηριστεί από τον οικονομικό φορέα ως εμπιστευτικές και θα πρέπει να επιβεβαιώνεται από τον οικονομικό φορέα με τη ρητή αναφορά σε όλες τις σχετικές διατάξεις του νόμου ή τις διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Επομένως, αν η απάντησή σας εμπίπτει στις πληροφορίες εμπιστευτικού χαρακτήρα, σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 4412/2016, να παραθέσετε και τη σχετική νομοθεσία που επιβάλλει την εμπιστευτικότητα».

Σε απάντηση, δε των ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα απάντησε με τις από 14.11.2018 διευκρινίσεις της τα εξής:

«Ερωτήματα Παραγράφου 2.γ. Μέρους III περίπτωση Γ: 1), 2), 3) του (α) σχετικού (εν. το ανωτέρω αριθ. Φ.800/1699/79695/Σ.19090/30-10-2018 έγγραφο της αναθέτουσας):

Η συνάπτει εκατοντάδες συμβάσεις που εκτελούνται παράλληλα και σε ελάχιστες - μεμονωμένες περιπτώσεις μπορεί να έχει συμβεί πρόωρη λήξη αυτών. Γνωρίζουμε τον πρόωρο τερματισμό δύο έργων στο παρελθόν ως απόρροια αιτήματος του πελάτη, καθώς οι υπηρεσίες μας δεν ήταν πλέον απαραίτητες. Σε αυτές τις περιπτώσεις πρόωρης λύσης της σύμβασης, δεν επιβλήθηκαν κυρώσεις, καθόσον αυτή (πρόωρη λύση της σύμβασης) έλαβε χώρα κατόπιν αιτήματος του αντισυμβαλλομένου και άνευ υπαιτιότητας της

Η αρχικά επέλεξε να απαντήσει ΝΑΙ αντί για ΟΧΙ, λόγω της αβεβαιότητας που περιβάλλει το ερώτημα του ΕΕΕΣ σε συνάρτηση με την 60χρόνων ιστορία της εταιρίας.

Μπορούμε, ωστόσο, να επιβεβαιώσουμε ότι, όσον αφορά το χρονικό διάστημα των τελευταίων 20 ετών που τα προϊόντα N-CORE και N-CORE NG είναι διαθέσιμα, κανένα έργο δεν έχει τερματιστεί νωρίτερα ή έχουν επιβληθεί κυρώσεις στην εταιρία.

Ερώτημα Παραγράφου 4. του (α) σχετικού:

Η αναφορά σε εμπορικές συμβάσεις με άλλους πελάτες καθώς και οι τεχνικές πληροφορίες που έχουν υποβληθεί αποτελούν αυστηρά εμπιστευτικές πληροφορίες σύμφωνα με το άρθρο 21 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

Περαιτέρω, η αιτιολογία του υπ' αριθμό 3/4-12-2018 Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, με το οποίο η τελευταία εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας συνίσταται αυτολεξεί στα εξής: «3. Οι ανωτέρω αποσαφηνίσεις κρίθηκαν επαρκείς από την Επιτροπή σύμφωνα με την παράγραφο 102 του νόμου 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147)». Επιπλέον, η προσβαλλόμενη απόφαση, αναφέρει στο σκεπτικό της σχετικά με την αποδοχή των επίμαχων διευκρινίσεων το εξής: «λθ. Την από 14 Νοε 2018 επιστολή του προσφέροντος οικονομικού φορέα «.....» με την οποία παρασχέθηκαν οι αναγκαίες αποσαφηνίσεις».

Η αναθέτουσα αρχή, δε, με τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής συμπληρώνει την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, ως προς την αποδοχή των διευκρινίσεων της παρεμβαίνουσας αναφέροντας αυτολεξεί ότι: «Οι παρεχόμενες διευκρινίσεις που δόθηκαν από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» μετά από σχετικό έγγραφο της Υπηρεσίας μας, κρίθηκαν επαρκείς τόσο από την επιτροπή διενέργειας όσο και από την Αναθέτουσα Αρχή, και ως τούτου δεν απαιτήθηκε η προσκόμιση επιπλέον στοιχείων, καθόσον δεν υφίστανται κυρώσεις, εκλείπει πλέον ο λόγος παροχής τους». Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί την αποδοχή των διευκρινίσεων και συνακόλουθα την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθώς από αυτές προέκυψε ότι δεν υφίστανται κυρώσεις και, άρα, δεν συντρέχει λόγος για την παροχή σχετικών στοιχείων.

58. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, με τις διευκρινίσεις της, ως προς τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού, αναφέρει ότι δύο έργα με ανάδοχο την

Αριθμός απόφασης: 439/2019

παρεμβαίνουσα έχουν λυθεί πρόωρα, διότι οι υπηρεσίες της δεν ήταν απαραίτητες πλέον στους αντισυμβαλλόμενους και δεν έχουν επιβληθεί κυρώσεις. Ωστόσο, η τελευταία τον εν λόγω ισχυρισμό της δεν τον αποδεικνύει με την υποβολή σχετικών στοιχείων και περιορίζεται στην ανωτέρω αναφορά, η οποία σε κάθε περίπτωση είναι ασαφής καθώς δεν προσδιορίζονται με λεπτομέρεια οι επίμαχες συμβάσεις καθώς και ο τρόπος λύσης τους. Η δε αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση αποδέχεται την ανωτέρω διευκρινιστική δήλωση και κρίνει ότι δεν συντρέχει το πραγματικό του λόγου αποκλεισμού στην περίπτωση της παρεμβαίνουσας. Δοθέντος, όμως, ότι το σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ έχει απαντηθεί καταφατικά τόσο ως προς την ύπαρξη κυρώσεων, όσο και ως προς τη λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να κρίνει εάν ο λόγος πρόωρης λήξης των συμβάσεων αποτελεί ή όχι λόγο αποκλεισμού. Η δε κρίση αυτή θα πρέπει να είναι πλήρως, ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, κατόπιν αξιολόγησης των υποβληθέντων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας στοιχείων και όχι κατόπιν αποδοχής απλά της διευκρινιστικής της δήλωσης. Η επίκληση δε της εμπιστευτικότητας για τη μη υποβολή των στοιχείων αυτών, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, παραβιάζει το κανονιστικό πλαίσιο του άρθρου 21 του ν.4412/2016, αλλά και του όρου 30 (στ) της διακήρυξης, και τούτο διότι, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις το απόρρητο των στοιχείων που έχουν χαρακτηριστεί από τον οικονομικό φορέα ως εμπιστευτικά αφορά στην υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην τα αποκαλύπτει και όχι στην μη υποβολή αυτών ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, δέον όπως επισημανθεί, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να αιτηθεί περαιτέρω διευκρινίσεις κατ' άρθρο 102 του ν.4412/2016 εκ μέρους της παρεμβαίνουσας (βλ. ΔΕΦΑΘ 32/2019), προκειμένου η τελική κρίση της επί της συνδρομής ή όχι του επίμαχου λόγου αποκλεισμού να ερείδεται επί της αξιολόγησης συγκεκριμένων στοιχείων και όχι επί της δήλωσης της παρεμβαίνουσας. Ως εκ τούτου, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη πράξη δεν αιτιολογείται νομίμως, ήτοι ειδικώς, σαφώς και επαρκώς κατά το μέρος που αποδέχεται, εκ μόνης της δήλωσης της παρεμβαίνουσας, ότι δεν συντρέχει εν προκειμένω ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού. Η δήλωση, δε, της

Αριθμός απόφασης: 439/2019

παρεμβαίνουσας δεν αποδεικνύει ουδόλως ούτε αν υφίσταται ή όχι πρόωρη καταγγελία σύμβασής της, σχετικές κυρώσεις ή εάν έχουν ληφθεί συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης κατά την έννοια των οικείων διατάξεων, αλλά ερμηνεύει η ίδια, κατά ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής, εάν η πρόωρη λύση της σύμβασης, που επικαλείται και ερείδεται σε στοιχεία τα οποία δεν έχει υποβάλει, συνιστά ή όχι λόγο αποκλεισμού. Για τους λόγους αυτούς, η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί λόγω μη νόμιμης αιτιολογία, ήτοι πλήρους, ειδικής και επαρκούς, αποδεχόμενου του σχετικού λόγου της προσφυγής ως βάσιμου.

59.Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

60.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

61.Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

62.Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 60, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αριθμό Φ.800/131/9467/Σ.2407/11-02-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού 1.175 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1η Απριλίου 2019 και εκδόθηκε στις 22 Απριλίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 439/2019

Η Πρόεδρος

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΚΑΤΡΗΣ