

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10-3-2023 με την εξής σύνθεση Βασιλική Καραδήμα, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01-02-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 134/02-02-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση του από 13-10-2022 1ου Πρακτικού διενέργειας διαγωνισμού της Οικονομικής Επιτροπής της «...» και του από 10-01-2023 2ου Πρακτικού διενέργειας διαγωνισμού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών Δημοσίων Συμβάσεων και Αξιολόγησης Προσφορών της «...» που εισηγήθηκε ομόφωνα την κατακύρωση του ηλεκτρονικού ανοιχτού δημόσιου διαγωνισμού για το έργο «...», στην εταιρεία "...".

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 900,45 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και

την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. «...» διακήρυξη της αναθέτουσας προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την «...», προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ €180.088,50 με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 23.09.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...».

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα 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.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 01-02-2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 27-01-2023.

5. Επειδή, εμπροθέσμως ,κατ' αρ. 365 παρ. 1β ν.4412/2016, και δη την 14-02-2023 η αναθέτουσα αρχή έχει αναρτήσει στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποιήσει τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

6. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, συμμετείχαν ο προσφεύγων και ο ανάδοχος. Επειδή κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής ελέγχθηκε η πληρότητα των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής- τεχνικών προσφορών, με βάση την παρ. 2.4.3 της Διακήρυξης και κρίθηκε ότι ο προσφεύγων προσκόμισε ελλιπή στοιχεία, ειδικότερα δε διαπιστώθηκε: α) ελλιπές περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσης τεχνικών προδιαγραφών

καθώς στην παράγραφο 2 δεν είχε συμπεριληφθεί η φράση: «[...]ειδάλλως δε θα γίνουν αποδεκτά από την Επιτροπή παραλαβής προς πληρωμή» (σελ.46 της διακήρυξης) β) ελλιπές περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσης τεχνικών προδιαγραφών στην παράγραφο 3 ενώ δεν προσκομίστηκε και άδεια λειτουργίας της επιχείρησης και τη γνωστοποίηση λειτουργίας κέντρου αποθήκευσης και διανομής και γ) ελλιπές περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσης τεχνικών προδιαγραφών καθώς στην παράγραφο 5 δεν είχε συμπεριληφθεί η φράση: «[...] ειδάλλως δε θα γίνει αποδεκτό από την Επιτροπή παραλαβής και πληρωμής του «...» (σελ.46 της διακήρυξης). Με βάση τα ανωτέρω ο προσφεύγων αποκλείστηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, στην προσφυγή του ότι μη νομίμως και κατά παράβαση του νόμου και όρων της διακήρυξης απερρίφθη η προσφορά του. Ειδικότερα ο προσφεύγων προβάλλει ότι οι υπεύθυνες δηλώσεις και τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης προσκομίζονται από τον ανάδοχο και όχι από το συμμετέχοντα οικονομικό φορέα και άρα τυχόν έλλειψή τους δεν θα έπρεπε να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς του. Σε κάθε δε περίπτωση και επικουρικώς, προβάλλει ότι ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι η προσφορά του παρουσίαζε κάποιες ελλείψεις, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να του ζητήσει να τις συμπληρώσει βάσει του αρ. 2.4.6. της διακήρυξης και του αρ. 102 ν.4412/2016. Επικαλείται δε προς επίρρωση και νομική θεμελίωση των ισχυρισμών του παραβίαση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων αλλά και της αρχής της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος προβάλλοντας ότι η δική του οικονομική προσφορά αν και δεν ανοίχθηκε λόγω του αποκλεισμού του, ήταν χαμηλότερη.

8. Επειδή, η αναθέτουσα με τις απόψεις της επί της προσφυγής εμμένει στο περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης, παραπέμποντας στην υπ' αριθμ. 267647/28-11-2022 γνωμοδότηση της νομικής υπηρεσίας της, υποστηρίζοντας ότι ορθά η αναθέτουσα αρχή με το από 13-10-2022 Πρώτο (1ο) πρακτικό της απέρριψε την προσφορά της εταιρείας «...» βάσει των εκεί αναφερόμενων ελλείψεων, καθώς η διακήρυξη περιείχε ειδικούς και

ρητούς όρους ως προς το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς και δη τον 2.4.3.2 σε συνδυασμό με το Παράρτημα Ι, προβλέποντας μάλιστα ποινή αποκλεισμού σε περίπτωση μη προσκόμισης των προβλεπομένων δηλώσεων ή στην περίπτωση αναληθούς δήλωσης. Εν προκειμένω δηλαδή η προβλεπόμενη στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση και το ειδικώς και περιοριστικώς προσδιοριζόμενο περιεχόμενό της αποτελούν κατά την αναθέτουσα υποχρεωτικό και επί ποινή αποκλεισμού όρο της διακήρυξης. Ωστόσο το λεκτικό των υπεύθυνων δηλώσεων που υπεβλήθησαν από τον προσφεύγοντα, δεν συμπίπτει με το λεκτικό περιεχόμενο που επιβάλλει η διακήρυξη. Οι δε αυτή αποκλίσεις αυτές είναι και ουσιώδεις κατά την αναθέτουσα καθώς παραλείπεται βασικός όρος της διακήρυξης (σχετικός με τον τρόπο παραλαβής, την πληρωμή του αναδόχου, τις συνέπειες μη τήρησης των όρων αυτών κλπ).

9. Επειδή, στον όρο 2.4.3 «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά Περιεχόμενα Φακέλου» της διακήρυξης ορίζεται ότι: «2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης [...] 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά. Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν: α) το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. β) τη χώρα

παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και την επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται αυτό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της. Περαιτέρω στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» της ανωτέρω διακήρυξης περιλαμβάνεται η τεχνική έκθεση και οι τεχνικές προδιαγραφές, σύμφωνα με τις οποίες: « Ο Ανάδοχος θα πρέπει να γνωστοποιήσει με υπεύθυνη δήλωση (επί ποινή αποκλεισμού στην περίπτωση μη προσκόμισης ή στην περίπτωση που θα διαπιστωθεί αναληθής δήλωση) στην επιτροπή δημοπρασίας: [...] 2) Ότι όλα τα προσκομιζόμενα ζυγολόγια προς πληρωμή θα είναι από πλάστιγγα/ζυγαριά που θα δηλωθεί στην Υπηρεσία (πιστοποιημένη από αναγνωρισμένο φορέα, πχ Υπουργείο Οικονομικών ή ανάλογη ιδιωτική εταιρεία) για τα έτη της προμήθειας, ειδάλλως δε θα γίνουν αποδεκτά από την Επιτροπή Παραλαβής προς πληρωμή 3) Ότι ο ανάδοχος διαθέτει άδεια λειτουργίας της επιχείρησης και γνωστοποίηση λειτουργίας κέντρου αποθήκευσης και διανομής τις οποίες και θα προσκομίσει στην επιτροπή δημοπρασίας [...] 5) Το προϊόν προσκομιζόμενο «...», ειδάλλως δε θα γίνεται αποδεκτό από την Επιτροπή Παραλαβής και Πληρωμής «...»

10. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι στην υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε με την τεχνική προσφορά του ο προσφεύγων αναφέρονται αυτολεξεί τα εξής: «Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις (3), που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986, δηλώνω ότι: Ως νόμιμος εκπρόσωπος (διαχειριστής) της εταιρίας «...» με έδρα τον «...» Α.Φ.Μ. «...» Δ.Ο.Υ. «...» και αριθμό Γ.Ε.Μ.Η. «...» 1) Υπάρχει νόμιμη στεγασμένη εγκατάσταση (ιδιόκτητη και ενοικιαζόμενη) που έχει την δυνατότητα να χωρέσει ολόκληρη την ποσότητα της παρούσας δημοπρασίας (3.001,475ton) στεγασμένη, εντός των ορίων της Περιφέρειας «...». 2) Όλα τα προσκομιζόμενα ζυγολόγια προς πληρωμή είναι από πλάστιγγα (πιστοποιημένη από αναγνωρισμένο φορέα, ανάλογη ιδιωτική εταιρεία) για τα έτη της προμήθειας. 3) Η εταιρία μας διαθέτει άδεια λειτουργίας της επιχείρησης και γνωστοποίηση λειτουργίας τις οποίες και θα προσκομίσουμε στην επιτροπή δημοπρασίας. 4) Διαθέτουμε πιστοποιήσεις ISO (9001 14001 45001) για την εταιρεία μας και τις οποίες και θα προσκομίσουμε στην επιτροπή δημοπρασίας. 5) Το προϊόν προσκομιζόμενο

«...». Από το περιεχόμενο του φακέλου της τεχνικής προσφοράς του δε δεν προκύπτει ότι αυτός έχει προσκομίσει κάποια άδεια λειτουργίας ή γνωστοποίηση λειτουργίας κέντρου αποθήκευσης και διανομής για την επιχείρησή του.

11. 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 συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

12. 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 ECU:EU:C:2015:228,OK. 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 επιτυχανόταν 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,OK. 27).

13. 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. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54). 29.

14. 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 του 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, 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 Μάιου 2016, MT Højgaard και ZCiblin, 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, UniversaleBau, 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).

15. 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, 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.

16. Επειδή, οι αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν να καθορίζονται σαφώς στην διακήρυξη οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής

στον διαγωνισμό καθώς και τα κριτήρια ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης (βλ. ΕΣ 133/2008, Πράξη, Τμ. VI) με στόχο την επίτευξη πλήρους διαφάνειας και προστασίας του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2263/2011, 2016/2010, Τμ. VI). 32. Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

17. Επειδή, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/αποκλίση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους 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. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54). Επομένως και βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

18. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

19. Επειδή, σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, είχε κριθεί κατά το προγενέστερο θεσμικό καθεστώς ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής

διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, 1 Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

20. 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., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συνεπώς, οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού και συνακόλουθα την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κλπ, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Ειδικότερα, η αίτηση και παροχή 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). Σε κάθε περίπτωση, μια αίτηση διευκρίνισης 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).

21.Επειδή, από τα ανωτέρω και το φάκελο της υπόθεσης προκύπτει ότι η υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε ο προσφεύγων με την προσφορά του

διαφέρει ουσιωδώς από το ρητώς και ειδικώς ορισμένο περιεχόμενο που προβλέπεται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, αφού ελλείπουν όντως οι φράσεις «2.[...]ειδάλλως δε θα γίνουν αποδεκτά από την Επιτροπή παραλαβής προς πληρωμή» «3. [...] κέντρου αποθήκευσης και διανομής» και «5 [...] ειδάλλως δε θα γίνει αποδεκτό από την Επιτροπή παραλαβής και πληρωμής του «...» (σελ.46 της διακήρυξης), δεν προσκόμισε δε άδεια λειτουργίας ή γνωστοποίηση λειτουργίας κέντρου αποθήκευσης και διανομής για την επιχείρησή του. Επειδή περαιτέρω στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης γίνεται μεν μνεία σε «Ανάδοχο» (σελ. 46 διακήρυξης), στην ίδια ωστόσο πρόταση αναφέρεται ότι αυτός προσκομίζει τις ζητούμενες υπεύθυνες δηλώσεις και μάλιστα ρητώς επί ποινή αποκλεισμού στην επιτροπή δημοπρασίας, άρα στην επιτροπή διαγωνισμού. Επειδή δε το αρ. 2.4.3.2 ορίζει ότι ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς πρέπει να περιέχει τα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Κατά τα ως άνω προκύπτει ότι η λέξη ανάδοχος δεν χρησιμοποιείται εν προκειμένω για να περιγράψει τον προσωρινό ανάδοχο αλλά τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, ο οποίος προσδοκά να καταστεί ανάδοχος της σύμβασης. Και τούτο διότι τόσο το κεφάλαιο, στο οποίο περιλαμβάνεται ο εν λόγω όρος όσο και η φράση «επί ποινή αποκλεισμού» παραπέμπουν σαφώς σε δικαιολογητικά που υποβάλλονται με την τεχνική προσφορά προς απόδειξη της καταλληλότητάς της. Εξάλλου, ο προσφεύγων υπέβαλε όντως με την προσφορά του τις ζητούμενες στο κεφάλαιο αυτό δηλώσεις, άρα δεν θεώρησε ότι επρόκειτο για δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ούτε δε επικαλείται ότι ως εκ περισπού τις προσκόμισε, αλλά επιχειρεί εκ των υστέρων να διασώσει το ελλιπές περιεχόμενο τους, προβάλλοντας ότι η προσκόμισή τους αποτελούσε υποχρέωση του αναδόχου και όχι του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα. Αβασίμως ωστόσο προβάλλεται ο εν λόγω ισχυρισμός καθώς όπως προκύπτει από τα ανωτέρω οι ελλείψεις της προσφοράς του προσφεύγοντος ορθώς οδήγησαν στον αποκλεισμό του από τη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με τους ρητούς όρους της διακήρυξης, την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που επιτάσσουν ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν

στις τεχνικές προδιαγραφές ή/και τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων να συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού. Επειδή παραιτέρω οι ως άνω ελλείψεις συνιστούν παράβαση όρων της διακήρυξης που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού, επομένως δεν ήταν δυνατόν να τύχουν συμπλήρωσης κατόπιν κλήσης της αναθέτουσας δυνάμει του αρ. 102 ν.4412/2014, αφού κάτι τέτοιο θα οδηγούσε σε εκ των υστέρων ανεπίτρεπτη διόρθωση και θεραπεία μιας αρχικά αποκλειστέας προσφοράς, η διάσωση της οποίας θα ισοδυναμούσε με άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων αντίθετα με όσα αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Τέλος, απαραδέκτως προβάλλεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι εν προκειμένω συντρέχει περίπτωση παραβίασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της αρχής της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος για το λόγο ότι η δική του οικονομική προσφορά αν και δεν ανοίχθηκε λόγω του αποκλεισμού του, ήταν χαμηλότερη και άρα πιο επωφελής καθώς η τεχνική προσφορά του ορθώς κρίθηκε ως απορριπτέα και άρα δεν τίθεται ζήτημα αξιολόγησης της οικονομικής του προσφοράς.

22. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, να καταπέσει δε το κατατεθέν παράβολο υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου κατ' άρθρο 363 Ν.4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού 900,45 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10-3-2023 και εκδόθηκε την 29-3-2023. στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός Απόφασης: 477/ 2023

Βασιλική Καραδήμα

Αναστασία Ρουμελιώτη