

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16.05.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 688/17.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «πρώτη παρεμβαίνουσα»).

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...», και με διακριτικό τίτλο «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «δεύτερη παρεμβαίνουσα»).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί η με αριθμό 106/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα (εφεξής η «προσβαλλόμενη») με θέμα «ΕΠΙΚΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΝΟ 3 ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ LED ΣΕ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ € 140.730,00 ΜΕ ΤΟ Φ.Π.Α. ΚΑΙ ΟΡΙΣΤΙΚΗ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΟΣ». Επίσης με την προσφυγή της αιτείται και την ακύρωση της υπ' αριθμό 88/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα με τίτλο «Επικύρωση ή μη των πρακτικών Νο 1 & Νο 2 του διαγωνισμού «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ LED ΣΕ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» προϋπολογισμού € 140.730,00 με το Φ.Π.Α.», η οποία εμπεριέχεται στην προσβαλλόμενη.

Με την παρέμβασή της η πρώτη παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της και να μεταβληθούν τα πρακτικά στο σημείο που

χαρακτηρίζουν ως παραδεκτές τις προσφορές των εταιρειών «.....» και «... ..».

Με την παρέμβασή της η δεύτερη παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους €603,75), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, 120.750,00€ άνευ ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την για την επιλογή Αναδόχου Προμήθειας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ LED ΣΕ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», εκτιμώμενης αξίας: 149.730,00 Ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε την 15.11.2021 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό .... Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν επτά (7) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, η πρώτη και η δεύτερη παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμό 88/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα επικυρώθηκαν το από 09.03.2022 και 16.03.2022 πρακτικό Νο 1 & 2 αντίστοιχα, του εν θέματι διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η πρώτη παρεμβαίνουσα. Τέλος, με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το από 12.04.2022 Πρακτικό Νο 3 και αποφασίσθηκε η οριστική κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού στην πρώτη παρεμβαίνουσα.

3.Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (άνευ Φ.Π.Α.), της φύσης της αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με

το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα στις 16.05.2022 –κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία μέρα της προθεσμίας ήταν η 15.05.2022, Κυριακή και άρα εξαιρετέα- ήτοι εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας από την επομένη της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η οποία έλαβε χώρα στις 05.05.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 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 και δ) και μετ'εννόμου συμφέροντος καθώς η προσφεύγουσα είχε υποβάλει σχετική προσφορά και έχει καταταγεί τρίτη στη σειρά μειοδοσίας, προβάλλοντας ζημία της ερειδόμενη στην παράνομη προσφορά των συνδιαγωνιζόμενων και στο επιδιωκόμενο όφελος από την ανάδειξή της ως αναδόχου της σύμβασης.

5.Επειδή ο αναθέτων φορέας προέβη στις 17.05.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

6.Επειδή ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στις 30.05.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σε όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και στην ΕΑΔΗΣΥ τις με ίδια ημερομηνία απόψεις του σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

7.Επειδή η πρώτη παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 02.06.2022, το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον κλιμάκιο.

8.Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7

του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η πρώτη παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 17.05.2022 οπότε και από την επομένη εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 23.05.2022, και μετ'επινόμου συμφέροντος αφού έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος του εν λόγω διαγωνισμού. Περαιτέρω απαραδέκτως αιτείται να μεταβληθούν τα πρακτικά στο σημείο που χαρακτηρίζουν ως παραδεκτές τις προσφορές των εταιρειών «...» και «...», αφού σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 1 και 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017, σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητάς της ΕΑΔΗΣΥ, η τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης

**9.**Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η δεύτερη παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 17.05.2022 οπότε και από την επομένη εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 26.05.2022, και μετ'επινόμου συμφέροντος αφού είχε υποβάλει σχετική προσφορά και έχει καταταγεί δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας.

**10.**Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή και οι παρεμβάσεις νομίμως εισάγονται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι τύποις παραδεκτές και πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

**11.**Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας επικαλούμενη πως «...Σύμφωνα με τον όρο της Διακήρυξης 2.2.7 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης 2.2.7.1)»: «Βασική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό αποτελεί ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών του

Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας, βάσει της ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ.Β' 2672)...»... Εντούτοις, ο οικονομικός φορέας «...» ουδέποτε προσκόμισε το εν λόγω πιστοποιητικό ή οιοδήποτε άλλο στοιχείο αποδεικτικό της εγγραφής του στο Μητρώο αυτό, όπως απαιτεί η Διακήρυξη, όπως Υπεύθυνη Δήλωση Ν. 1599/86, στην οποία να δηλώνεται η εγγραφή του στο Μητρώο. Άλλωστε, ακόμη και εφόσον η σχετική βεβαίωση ή Υ/Δ προσκομιστεί από τον οικονομικό φορέα σε ύστερο χρόνο, τούτο δεν αίρει την έλλειψη της προϋπόθεσης αυτής κατά τον κρίσιμο χρόνο... Κατά τούτο, ουδέποτε ηδύνατο ο εν λόγω οικονομικός φορέας να λάβει μέρος στο Διαγωνισμό, ελλιπούσης της κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα προϋπόθεσης συμμετοχής (όπως αυτό προκύπτει, άλλωστε, και από τον ίδιο τον κατάλογο Εγγεγραμμένων Επιχειρήσεων (Σχετικό 3), διαθέσιμο διαδικτυακά στον ιστότοπο <http://www.....gr/> (με τελευταία ενημέρωση τον Απρίλιο του 2022) του και παρανόμως δεν ελήφθη υπόψη η έλλειψη αυτή... ουδέποτε ο φορέας αυτός πληρούσε τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό κατά τη Διακήρυξη».

12.Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από την Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από την σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν

προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008).

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

**14.**Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. 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 (βλ. 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).

**15.**Επειδή το άρθρο 2.2.7 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

*«2.2.7.1) Βασική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό αποτελεί ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας, βάσει της ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ.Β' 2672),[...]».*

**16.**Επειδή το άρθρο 2.2.9 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

*«Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών*

*της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016.»*

17.Επειδή το άρθρο 104 Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης...».

18.Επειδή αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ως προς την προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας, από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα εξής: Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης της πρώτης παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι εκείνη δεν προσκόμισε σε κανένα από τα στάδια του διαγωνισμού βεβαίωση εγγραφής στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας βάσει της ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ.Β'2672), η οποία προβλεπόταν ρητώς από τον όρο 2.2.7.1 σύμφωνα με τον οποίο «Βασική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό αποτελεί ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας, βάσει της ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ.Β' 2672),[...]. Οι δε ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας πως «...η εγγραφή στο «Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών» δεν αποτελεί πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητα ή περιβαλλοντικής διαχείρισης... Επειδή η συγκεκριμένη προμήθεια είχε ως κριτήριο την οικονομικότερη προσφορά και δεν αφορά σύμβαση ΣΕΑ: Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης, σύμφωνα με τον ορισμό του άρθρου 3 του ν. 4342/2015 και το άρθρο 16 του ν. 3855/2010, όπου και θα υπήρχε αξιολόγηση βάση ενεργειακής εξοικονόμησης...» τυγχάνουν απορριπτέοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι και άρα απαράδεκτοι, διότι η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν αμφισβήτησε επικαίρως το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και μετείχε στον εν θέματι διαγωνισμό άνευ επιφύλαξης,

αποδεχόμενος ούτως τον όρο αυτόν, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της πρώτης παρεμβαίνουσας. Άλλωστε η παροχή έννομης προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο σύμφωνα με την αρχή του επικαίρου της τηρήσεως των σχετικών διαδικασιών ρητώς εδράζεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016, καθώς προβλέπεται αποκλειστική προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της βλαπτικής για τον προσφεύγοντα πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 440/2018). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της κατά στάδια προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού, εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Περαιτέρω οι ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας πως: *«Επειδή στην παράγραφο 1. 4 της διακήρυξης, θεσμικό πλαίσιο, βάση του οποίου διεξάγεται η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, πουθενά δεν αναφέρεται η υπουργική απόφαση σχετικά με την υποχρέωση εγγραφής των οικονομικών φορέων στο μητρώο επιχειρήσεων ενεργειακών υπηρεσιών... η μη προσκόμιση βεβαίωση εγγραφής στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών δεν μπορεί να αποτελέσει λόγω αποκλεισμού για οποιαδήποτε εταιρεία που υπέβαλε προσφορά στην συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία»* είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς στην ίδια παράγραφο της οικείας διακήρυξης, ήτοι την 1.4, που επικαλείται η πρώτη παρεμβαίνουσα προβλέπεται πως *«...σε εκτέλεση των ανωτέρω νόμων εκδοθεισών κανονιστικών πράξεων, των λοιπών διατάξεων που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας, καθώς και του συνόλου των διατάξεων του ασφαλιστικού, εργατικού, κοινωνικού, περιβαλλοντικού και φορολογικού δικαίου που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω.»*, και επομένως η επίμαχη



ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργική Απόφαση ρητώς προβλεπόταν στον όρο 2.2.7.1), ούτως εντασσόμενη νομίμως στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο του εν θέματι διαγωνισμού, χωρίς παράλληλα να πρέπει να αναφέρεται και στην παράγραφο 1.4 της διακήρυξης, απορριπτομένων των ισχυρισμών της πρώτης παρεμβαίνουσας. Περαιτέρω, η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν περιλαμβάνεται στον κατάλογο «Εγγεγραμμένων Επιχειρήσεων», όπως είναι αυτός διαθέσιμος στο διαδίκτυο (με τελευταία ενημέρωση τον Απρίλιο του 2022), γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και του αναθέτοντος φορέα, αποδεικνυόμενης ούτως της μη πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου του όρου 2.2.7.1) της διακήρυξης εκ μέρους της πρώτης παρεμβαίνουσας. Τούτων δοθέντων, η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί λόγω παράλειψης προσκόμισης της επίμαχης βεβαίωσης εγγραφής στο μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών κατά παράβαση του όρου 2.2.7.1), αλλά και της ουσιαστικής μη εγγραφής της συγκεκριμένης εταιρείας στο εν λόγω μητρώο, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και του αναθέτοντος, και απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της πρώτης παρεμβαίνουσας. Ενόψει των ανωτέρω ο οικείος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

**19.** Επειδή με την προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας επικαλούμενη πως: *«Σύμφωνα με τον όρο της Διακήρυξης 2.4.5 «Χρόνος ισχύος των προσφορών»: «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται ως μη κανονική.» Όπως προκύπτει από το έντυπο της από 27.12.2021 Υπεύθυνης Δήλωσης (Σχετικό 4) του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου του οικονομικού φορέα «...»: «...7. Η προσφορά μας ισχύει και μας δεσμεύει για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, όπως αυτό περιγράφεται στο άρθρο 19 της Διακήρυξης». Με βάση τη διατύπωση της ως άνω Υ/Δ, η προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον προβλεπόμενο στη Διακήρυξη*

κατά μία ημέρα και κατά τούτο έπρεπε να είχε απορριφθεί ως μη κανονική η εν λόγω προσφορά».

**20.** Επειδή ο όρος 2.4.5 «Χρόνος ισχύος των προσφορών» της οικείας διακήρυξης ορίζει: «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται ως μη κανονική».

**21.** Επειδή το άρθρο 2.4. 6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» της οικείας διακήρυξης ορίζει:

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

*α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας,*

*β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλειπίες, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης [...].*

**22.** Επειδή το άρθρο 3.1.2.1 της οικείας διακήρυξης ορίζει: «Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα

Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων.

Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

**23.** Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, ορίζει πως: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης».

**24.** Επειδή αναφορικά με το λόγο της προσφυγής ως προς την προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης και ιδίως από την επισκόπηση της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας στον υπό κρίση διαγωνισμό προκύπτουν τα εξής: Η δεύτερη παρεμβαίνουσα κατέθεσε στο φάκελο με τα δικαιολογητικά συμμετοχής της, την από 27.12.2021 υπεύθυνη δήλωση της στην οποία δηλωνόταν (βλ. ψηφιακό αρχείο «3.Υ-Δ», αναρτημένο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 27.12.2021) πως *«Η προσφορά μας ισχύει και μας δεσμεύει για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, όπως αυτό περιγράφεται στο άρθρο 19 της Διακήρυξης»*. Κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας η δήλωση αυτή υποβλήθηκε εκ παραδρομής καθώς η οικεία διακήρυξη δεν περιλαμβάνει άρθρο 19, αλλά το σωστό άρθρο είναι το 2.4.5 και ως εκ του περισσού και ορθώς δεν λήφθηκε υπόψη κατά την αξιολόγηση της προσφοράς της. Η δε αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει πως η Επιτροπή δεν την έλαβε υπόψη της, αφού θεώρησε ότι τέθηκε εκ παραδρομής. Όμως η ανωτέρω δήλωση της δεύτερης παρεμβαίνουσας δεν πληροί τον όρο 2.4.5 της διακήρυξης για χρονική ισχύ της προσφοράς για 12 μήνες από την επομένη της διενέργειας του διαγωνισμού, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Από τη διατύπωση του όρου 2.4.5 της διακήρυξης συνάγεται ότι αυτός ήταν ουσιώδης (*«...Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται ως μη κανονική....»*), και συνεπώς η προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας δεν κάλυπτε την απαίτηση του όρου 2.4.5 της διακήρυξης, αφού ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον προβλεπόμενο στη διακήρυξη κατά μία ημέρα, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Πλην όμως, κατ' άρθρο 102 Ν. 4412/2016, αλλά και κατά τον ειδικό όρο στο άρθρο 3.1.2.1 της οικείας Διακήρυξης, οι λανθασμένες πληροφορίες δεν συνεπάγονται την απόρριψη άνευ ετέρου της προσφοράς του οικονομικού φορέα, αλλά την κλήση του προς διόρθωση. (*«Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα*

*έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης...»).* Άρα, κατ' εν μέρει αποδοχή της προσφυγής, είναι ακυρωτέα η αποδοχή της ως δεύτερης παρεμβαίνουσας, καθ' ο μέρος έγινε αποδεκτή η προσφορά της και τα δικαιολογητικά συμμετοχής της, άνευ προηγούμενης κλήσης της προς διόρθωση της δήλωσης στην από 27.12.2021 επίμαχη Υπεύθυνη Δήλωση της από το λανθασμένο «...από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, όπως αυτό περιγράφεται στο άρθρο 19 της Διακήρυξης» στο ορθό «...από την επομένη της ημερομηνίας λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, όπως αυτό περιγράφεται στο άρθρο 2.4.5 της Διακήρυξης».

**25.** Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή. Να απορριφθεί η πρώτη παρέμβαση. Να γίνει δεκτή εν μέρει η δεύτερη παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτή την πρώτη παρεμβαίνουσα και την ανέδειξε ανάδοχο του εν θέματι διαγωνισμού και καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή τη δεύτερη παρεμβαίνουσα, άνευ προηγούμενης κατ' άρθρο 102 Ν. 4412/2016 και κατά τον ειδικό όρο του άρθρου 3.1.2.1 της Διακήρυξης να συμπληρώσει/αποσαφηνίσει τις λανθασμένες πληροφορίες, ήτοι να διορθώσει τη δήλωση στην επίμαχη από 27.12.2021 Υπεύθυνη Δήλωση της από το λανθασμένο «...από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, όπως αυτό περιγράφεται στο άρθρο 19 της Διακήρυξης» στο ορθό «...από την επομένη της ημερομηνίας λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, όπως αυτό περιγράφεται στο άρθρο 2.4.5 της Διακήρυξης». Να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στον αναθέτοντα, προκειμένου να προβεί σε κλήση της δεύτερης παρεμβαίνουσας προς οικεία συμπλήρωση/αποσαφήνιση και εκ νέου να επανέλθει, κατόπιν της συμπλήρωσης/αποσαφήνισης, σε κρίση περί της αποδοχής της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας

**26.** Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την πρώτη Παρέμβαση.

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμό 106/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., καθ' ο μέρος έκρινε δεκτή την πρώτη παρεμβαίνουσα και την ανέδειξε ανάδοχο του εν θέματι διαγωνισμού και καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας, άνευ κλήσης της προς συμπλήρωση των ελλείψεων που αναφέρονται στη σκ. 25 ανωτέρω και αναπέμπει στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου να προβεί σε όσα στη σκ. 25 αναφέρονται.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 05 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ**