

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 17^η Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/890/10.07.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... Ι.Κ.Ε.» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί, άλλως και επικουρικώς, να τροποποιηθεί η υπ' αριθμ. ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (ΑΔΑ: ...) με θέμα «Έγκριση 1ου & 2ου Πρακτικού του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο: “Προμήθεια και εγκατάσταση υποσταθμού για την λειτουργία των αντλιών θερμότητας στο Κολυμβητήριο ...», συνολικού προϋπολογισμού 80.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α.», κατά το μέρος αυτής, που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ». Ομοίως αιτείται να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής και συμπροσβαλλόμενη, προηγούμενη ή επόμενη, πράξη ή/και παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής και των αρμοδίων Επιτροπών της ή/και κάθε άλλης αρμόδιας Αρχής. Να γίνει δεκτή η προσφορά της εταιρίας του και να απορριφθεί η υποβληθείσα προσφορά του οικονομικού φορέα «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ», ώστε να αποκλεισθεί από τα μετέπειτα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας και τέλος να

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

αναγνωριστεί η εταιρία του, ως ο μόνος οικονομικός φορέας, που προκρίνεται στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο (κατακύρωσης).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, e-παράβολο, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... και το από 03.07.2020 αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του δια μέσω της Τράπεζας Πειραιώς).

2. Επειδή, με την με αριθμό 8194/08.05.2020 Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό μειοδοτικό διαγωνισμό για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΥΠΟΣΤΑΘΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΩΝ ΑΝΤΛΙΩΝ ΘΕΡΜΟΤΗΤΑΣ ΣΤΟ ΚΟΛΥΜΒΗΤΗΡΙΟ ...», προϋπολογισμού 80.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε αριθμό συστήματος :
....

4. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, βάσει των διατάξεων του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και των κατ' εξουσιοδότηση τους εκδοθεισών κανονιστικών διαταγμάτων, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι ο προσφεύγων, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης με αρ. 140/2020 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στις 29.06.2020, ημερομηνία κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσβαλλόμενη στους ενδιαφερομένους δια της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, β) με τη χρήση του τυποποιημένου

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 2, της παρούσας, διαγωνιστική διαδικασία, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος που αφορά στη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς του συνυποψηφίου αυτού που προηγείται σε σειρά μειοδοσίας και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Αναφορικά με τα αιτήματα του που αφορούν στην τροποποίηση της προσβαλλόμενης, και στην κήρυξη του ως οριστικού αναδόχου από την αναθέτουσα αρχή ασκούνται απαραδέκτως καθόσον εκφεύγουν του πεδίου αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ βάση του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 και τούτο διότι, στην περίπτωση αποδοχής προδικαστικής προσφυγής η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη ή την παράλειψη (βλ. σχετικά και ΕΑ ΣΕ 54/2018).

7. Επειδή, στις 10.07.2020, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αρ. πρωτ. 13975/15.07.2020 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή σε συνέχεια και υπό την επιφύλαξη των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και υποβάλλεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, κατόπιν της με αρ. 1075/10.07.2020 Πράξης του Προέδρου του.

10. Επειδή με την προσβαλλόμενη με αρ. 140/29.06.2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν τα πρακτικά με αρ. 1 και 2 και αρ. πρωτ. 12012/24.06.2020 & 12127/25.06.2020 αντίστοιχα που αφορούν στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, απορρίφθηκε η προσφορά που υπέβαλε η εταιρεία «...ΑΕ», για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στο υπ' αριθμ. 12012/24.06.2020 1ο πρακτικό και

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος η εταιρία «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ», διότι η προσφορά του κρίθηκε πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές και προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή.

Ειδικότερα, στο με αρ. 1 πρακτικό αναγράφεται « Α. Το ΤΕΥΔ της εταιρίας Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ – ... δεν είχε συμπληρωθεί ορθά και συγκεκριμένα στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής – Β:Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που αφορά το θετικό μέσο ετήσιο EBITDA (άθροισμα κερδών – ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της εταιρίας. Η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη την κατευθυντήρια οδηγία 23 (Απόφαση 3/24-01-2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), όπου αναφέρεται ότι: "...τις 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 συμπλήρωσής του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τον οποίον έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με την ανωτέρω παράγραφο 2.3.1., διαπιστώνει ότι η μη συμπλήρωση ή η μη ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού ή απόρριψη της προσφοράς των οικονομικών φορέων, ζήτησε με το υπ' αριθμ. 11327/18.06.2020 έγγραφό της, να διευκρινιστεί ή να συμπληρωθεί ορθά το Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής – Β:Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια από τον οικονομικό φορέα. Η εταιρία Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ – ... έστειλε ηλεκτρονικά στις 22.06.2020 εκ νέου συμπληρωμένο ορθά το ΤΕΥΔ».

Περαιτέρω, σημειώνεται ότι και η προσφορά του προσφεύγοντος κρίθηκε αποδεκτή, ο οποίος προσέφερε τιμή 79.000,00 € πλέον ΦΠΑ, ο δε προσωρινός ανάδοχος 78.350,00€, πλέον ΦΠΑ.

11. Επειδή ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού ισχυρίζεται ότι το ΤΕΥΔ που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος «είναι ελλιπές,

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

μη δυνάμενο να συμπληρωθεί με παροχή διευκρινήσεων. Συνεπεία τούτου, όλως εσφαλμένα και μη νόμιμα, κατά παράβαση του οικείου εφαρμοστέου νομικού και θεσμικού πλαισίου, ιδίως δε, της ισχύουσας εν προκειμένω Διακήρυξης, κρίθηκε, καταρχήν, από την αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, όπως, εν συνεχεία, εγκρίθηκε από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., δυνάμει της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασής της, ότι η προσφορά του συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ» γίνεται αποδεκτή».

Στη συνέχεια παραθέτει το άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και τα οριζόμενα στην Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 23 και συγκεκριμένα την παρ. 2.3.1, τη σκ. 4 της απόφασης ΑΕΠΠ με αρ 708/2018 σύμφωνα με την οποία «Το ΤΕΥΔ ναι μεν 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. Η υποβολή του συμπληρωμένου ΤΕΥΔ στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία και δη σε ολόκληρο τμήμα αυτού, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του κανόνα αυτού εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, συνιστά ουσιώδη παράλειψη συνεπαγόμενη αποκλεισμού του υποψηφίου μη δυνάμενη να αναπληρωθεί με παροχή διευκρινήσεων, η οποία κατ' άρθ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση και όχι για το πρώτον συμπλήρωση και ιδίως μεταβολή της απάντησης σε κεφάλαιο του ίδιου του ΤΕΥΔ, μεταβολή που συνεπάγεται ουσιώδη μεταβολή της ίδιας της προσφοράς και πάντως δεν δύναται να λάβει χώρα κατά την αξιολόγηση, όπως εν προκειμένω.»

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται: «Γ) ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ - ΑΚΥΡΩΣΗΣ: Υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο ΤΕΥΔ από τον οικονομικό φορέα «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ» Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε στην παρ. 2.2.5, μεταξύ των άλλων, ως κριτήριο Οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας την απαίτηση να διαθέτουν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θετικό μέσο ετήσιο EBITDA (άθροισμα κερδών – ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις. Τόσο η εταιρία μας όσο και ο οικονομικός φορέας «...ΑΕ», ορθά συμπληρώσαμε την παραπάνω πληροφορία στο ΤΕΥΔ και πιο συγκεκριμένα στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, παρ. Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, πεδίο υπ' αριθμ. 6. Ο οικονομικός φορέας «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ» δεν συμπλήρωσε το εν λόγω πεδίο. Θα πρέπει δε να σημειωθεί ότι εάν η εν λόγω εταιρία είχε οποιαδήποτε αμφιβολία σχετικά με το τρόπο συμπλήρωσης του προδιατυπωμένου από την Αναθέτουσα Αρχή ΤΕΥΔ, θα μπορούσε κάλλιστα να είχε ζητήσει διευκρινίσεις σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2.1.3 της Διακήρυξη, γεγονός το οποίο όμως δεν έπραξε. Η Αναθέτουσα Αρχή όλως εσφαλμένα ζήτησε να συμπληρωθεί το επίμαχο πεδίο από τον εν λόγω οικονομικό φορέα, επικαλούμενη τις διατάξεις της παρ. 2.3.1 της ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ, η οποία απλώς αποσαφηνίζει τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Στο αρχικώς υποβληθέν από τον οικονομικό φορέα ΤΕΥΔ, και σύμφωνα με το σκ. 6 της υπ'αριθμ. 708/2018 Απόφασης της ΑΕΠΠ, "δεν υφίσταται «ασάφεια» και επομένως πεδίο εφαρμογής του άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016, διάταξη που προϋποθέτει την προσκόμιση κάθε απαιτούμενης πληροφορίας και απλώς την αδυναμία εξαγωγής βεβαίου συμπεράσματος ως προς το ακριβές περιεχόμενό της ή την απαίτηση ενός γενικώς προσδιοριζόμενου περιεχομένου τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς και την έλλειψη δυνατότητας εκ των προσκομιζομένων να εξαχθεί το αποδεικτικό ζητούμενο. Τα παραπάνω όμως προϋποθέτουν ότι οι πληροφορίες, στοιχεία και έγγραφα τουλάχιστον καταρχήν προσκομίσθηκαν, ενώ, αντιθέτως, εν προκειμένω προκύπτει πλήρης έλλειψη οιασδήποτε απάντησης στο οικείο σημείο του ΤΕΥΔ, η οποία αποκλείει εξαρχής κάθε περιεχόμενο απάντησης, άρα κατ' αποτέλεσμα και την όποια ασάφεια αυτού. Ούτε η διάταξη του άρ.

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

102 παρ. 5 μπορεί να θεωρηθεί ως καλύπτουσα κάθε είδους έλλειψη της προσφοράς άλλως θα αντέκρουε το σύνολο των λοιπών προβλέψεων του άρ. 102 Ν. 4412/2016. Δεύτερον, η παραπάνω έλλειψη του ΤΕΥΔ του προσφεύγοντος, δεν συνιστά ούτε τυχόν «πρόδηλο τυπικό σφάλμα» ή «παράλειψη τυπική». Και τούτο διότι το άρ. 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016 υπό τον όρο «τυπικό σφάλμα» εννοεί μια έλλειψη, σφάλμα, πλημμέλεια ή παράλειψη, που δεν αλλοιώνει το περιεχόμενο του αποδεικτέου αντικειμένου και την όποια ζητούμενη ύπαρξη και προσκόμιση εγγράφου ή αντιστοίχως πληροφορίας, όπως τα δια του ΤΕΥΔ ερωτώμενα στοιχεία. Δηλαδή, η έλλειψη πρέπει να αφορά τον «τύπο» και όχι αυτή καθαυτή την «ουσία» του ζητούμενου στοιχείου. Όταν όμως, όπως εν προκειμένω λείπει εν όλω απάντηση σε ερώτημα του ΤΕΥΔ που μάλιστα αφορά το μόνο κριτήριο επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της διαδικασίας, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται καμία περί τούτου απάντηση και πληροφορία έστω στο πλαίσιο προκαταρκτικής απόδειξης, περί του αν συντρέχει, η έλλειψη αφορά την ουσία και κυρίως καθιστά την προσφορά ανεπίδεκτη εκτίμησης, αφού δεν είναι δυνατόν να κριθεί αν συντρέχει ή μη κρίσιμος όρος περί του αποδεκτού της προσφοράς. Εξ ου και η παραπάνω διάταξη στο εδ. α' αυτής αναφέρεται σε «ασάφεις, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση», πρόβλεψη που ανταποκρίνεται στην πρόβλεψη του αμέσως επόμενου εδαφίου ότι η συμπλήρωση ή διευκρίνιση κατά το πρώτο εδάφιο δεν πρέπει να οδηγεί σε μεταγενέστερη το πρώτον υποβολή εγγράφου και εν γένει στοιχείου σε συμμόρφωση με τα ζητούμενα, αλλά μόνο στη συμπλήρωση στοιχείων που ήδη καταρχήν υφίστανται και δηλώθηκαν ακόμη και με επιπλέον έγγραφα, τα οποία όμως σε κάθε περίπτωση συμπληρώνουν ή αποσαφηνίζουν κάτι που ήδη υφίσταται και υποβλήθηκε και απαντήθηκε. Περαιτέρω, κατά την παρ. 3, η οποία προσδιορίζει το πεδίο επιτρεπτής συμπλήρωσης ή διόρθωσης δια της διαδικασίας του άρ. 102 Ν. 4412/2016, αποκλείεται η τελευταία αυτή δυνατότητα όταν επάγεται άνιση μεταχείριση του οικονομικού φορέα στον οποίο παρέχεται, ενώ εξάλλου, και κατά το τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 του ίδιου άρθρου, δεν επιτρέπεται η δια των διευκρινίσεων ουσιώδης μεταβολή της προσφοράς, άρα ούτε η συμπλήρωσή της επί ουσιώδους στοιχείου της, που

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

συνιστά όρο του αποδεκτού της προσφοράς, αλλά λείπει ούτε η απόδοση ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος στον οικονομικό φορέα, στον οποίο παρέχεται η οικεία δυνατότητα. Πλην όμως, η δυνατότητα το πρώτον κατά την αξιολόγηση επανυποβολής ΤΕΥΔ έστω και εν μέρει ή με προσκόμιση συμπληρωματικού ΤΕΥΔ ή με παροχή συμπληρωματικών στοιχείων, με τα οποία το πρώτον θα αποδειχθεί σε προκαταρκτικό επίπεδο η πλήρωση κριτηρίου επιλογής και η δια του ως άνω τρόπου δυνατότητα υποβολής ορθής προσφοράς στη θέση μιας που πάσχει λόγω ουσιώδους έλλειψης, συνιστά ακριβώς άνιση μεταχείριση και αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον προσφέροντα που εμφανίζει την οικεία έλλειψη. Και για τα ως άνω είναι αδιάφορο αν τυχόν στην πραγματικότητα, το κριτήριο επιλογής πληρούται ή όχι. Τούτο διότι καταργείται η αρχή της τυπικότητας και η ίση μεταχείριση που επιτάσσει ίδια αντιμετώπιση των οικονομικών φορέων, βλάπτονται οι επιμελείς διαγωνιζόμενοι, αναιρείται η υποχρέωση υποβολής προσφορών σε συμμόρφωση με τη διακήρυξη, αποθαρρύνεται η επιμελής, τυπική και προσεκτική σύνταξη προσφορών, προσδίδεται στην αναθέτουσα μια ανεξέλεγκτη ευχέρεια να διαχειρίζεται τους όρους της διακήρυξης με άλλον τρόπο ανά περίπτωση και να κρίνει ad hoc και με μη αντικειμενικά κριτήρια τι είναι διορθώσιμο και τι όχι, διακινδυνεύεται το ενιαίο μέτρο κρίσης και δίδεται κίνητρο για ατελή υποβολή πληροφοριών εκ μέρους των μετεχόντων (αφού αυτοί θα μπορούν να αποφεύγουν να παρέχουν ζητούμενες πληροφορίες περί της επιχειρηματικής τους οργάνωσης, επαφιόμενοι στη μη ανεύρεση της έλλειψης, αλλά με την ασφάλεια ότι ακόμη και αν εντοπιστεί η έλλειψη, θα έχουν δυνατότητα πλέον το πρώτον να την άρουν, ενώ όμως άλλοι μετέχοντες θα υποβάλλουν εκ των προτέρων τις ίδιες απαιτούμενες εσωτερικές πληροφορίες των οικονομικών και τεχνικών ενδοεπιχειρησιακών τους στοιχείων), ενώ εξάλλου δεν είναι δυνατόν η αξιολόγηση να μετατραπεί σε μια κατά παραγγελία της αναθέτουσας παροχή πληροφοριών από τον προσφέροντα σε επιμέρους δόσεις. Περαιτέρω, το άρ. 102 παρ. 2 παραθέτει ενδεικτικά τις περιπτώσεις τέτοιων τυπικών σφαλμάτων «ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη, αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

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.", εκ των οποίων προκύπτει ότι το νόημα του τυπικού σφάλματος ανάγεται σε ζητήματα εντοπισμένων πλημμελειών των εγγράφων και στοιχείων, που πάντως προϋποθέτουν την ύπαρξή τους, το πλήρες περιεχόμενό τους και την ύπαρξη ουσιαστικού εντός αυτών συνόλου πληροφοριών, πράγμα που εν προκειμένω δεν υφίσταται ως προς το κρίσιμο παραπάνω κριτήριο επιλογής. Επιπλέον, το άρ. 102 αναφέρεται για αυτόν ακριβώς τον λόγο σε «πρόδηλο τυπικό» και όχι απλώς «τυπικό» σφάλμα, αφού σκοπός της διατάξεως δεν ήταν η κατάργηση της αρχής της τυπικότητας, δια της οποίας εκφράζεται η ίση μεταχείριση και η διαφάνεια της διαδικασίας, αλλά απλώς η αποφυγή αποκλεισμού πλήρων και κατάλληλων προσφορών, επί τη βάση όλως ασήμαντων πλημμελειών και εντοπισμένων μικρών λαθών που μπορούν να προκύψουν ακόμη και σε μια επιμελή και συγκροτημένη προσφορά, τα οποία λάθη ουδεμία ουσία έχουν επί μιας κατά τα λοιπά πλήρους και ορθής προσφοράς (εξ ου και «επουσιώδεις πλημμέλειες» κατά τον νόμο) ούτε καμία αληθής έννομη συνέπεια και ιδίως αδυναμία εκτίμησης του αποδεκτού της προσφοράς και της συμμορφώσεώς της επί των όρων της διακήρυξης και των απαιτήσεων συμμετοχής, προκύπτει εξαιτίας της. Τούτο όμως, προφανώς δεν ισχύει επί μιας παράλειψης απάντησης στο ΤΕΥΔ ως προς την καταρχήν συμμόρφωση εν όλω με συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, ενώ η τυχόν δυνατότητα αναδρομικής συμπλήρωσης της παραπάνω έλλειψης, θα επαγόταν πρόδηλη ευνοϊκή μεταχείριση της τελούσας στην ως άνω ουσιώδη έλλειψη προσφοράς. Επομένως, η πλημμέλεια στην οποία υπέπεσε ο προσφεύγων δεν είναι συμπληρωτέα και διορθωτέα βάσει του εν προκειμένω μη εφαρμοστέου άρ. 102 Ν. 4412/2016, το σύνολο δε των περί αντιθέτου ισχυρισμών του τυγχάνει

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

απορριπτέο” Συνεπεία των ανωτέρω, και η προσφορά του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ» πρέπει να απορριφθεί για τον παρόντα λόγο και συνακόλουθα, να αποκλεισθεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επειδή, σύμφωνα με τις αρχές του Διοικητικού Δικαίου, της νομολογίας των δικαστηρίων και της Κατευθυντήριας Οδηγίας 2 (Απόφαση 231/2014 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) «η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη και ως εκ τούτου οι όροι της έχουν δεσμευτική ισχύ τόσο για τους υποψήφιους προμηθευτές όσο την Αναθέτουσα Αρχή που διεξάγει το διαγωνισμό, η οποία υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας να εφαρμόζει όσα ορίζονται σ’ αυτή, στο πλαίσιο των αρχών της τυπικότητας της διαδικασίας, του ελεύθερου Επειδή, τυχόν ελαστική αντιμετώπιση από την Αναθέτουσα Αρχή, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ορισμένων συμμετοχών, κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης, καταργεί την αρχή της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων. Επειδή, η μη προσήκουσα, επί ποινή αποκλεισμού, υποβολή δικαιολογητικών και εν γένει απαιτούμενων στοιχείων από τους προσφέροντες, αποτελεί αποκλειστικά δική τους ευθύνη και δεν μπορεί να χαιρεί της επιείκειας της Επιτροπής του Διαγωνισμού, τυχόν δε διαφορετική αντιμετώπιση, όχι μόνο θα υπερέβαινε τα άκρια όρια της διακριτικής της ευχέρειας, αλλά θα συνιστούσε κατάφωρη παράβαση των όρων της Διακήρυξης και συνεπώς, προκλητική και αδικαιολόγητη εύνοια τους. Επειδή, η προσβαλλόμενη απόφαση παρίσταται νομικά πλημμελής και ακυρωτέα για όλους τους ως άνω εκτεθέντες λόγους, που είναι παραδεκτοί, βάσιμοι και αληθινοί. Επειδή, η εταιρία μας έχει πρόδηλο, άμεσο, προσωπικό και εννεστώσ έννομο συμφέρον για την υποβολή της παρούσας, ώστε εντέλει να γίνει αποδεκτή η προσφορά της. Επειδή, έχει κατατεθεί, όπως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα και επισυναπτόμενα αποδεικτικά έγγραφα (περί έκδοσης, εξόφλησης, αλλά και δέσμευσης υπέρ της αρμόδιας Αρχής), το προβλεπόμενο αναλογούν παράβολο, ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στο άρθρο 363 ν. 4412/2016, σε συνδυασμό και με το άρθρο 5 παρ. 4 π.δ.39/2017. Επειδή, η παρούσα Προσφυγή είναι νόμιμη, βάσιμη και αληθής,

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

ασκείται δε παραδεκτώς και εμπροθέσμως (εντός της τασσόμενης από το αρθρ. 361 ν. 4412/2016 10ήμερης προθεσμίας) ενώπιον της Αρχής Σας.

12. Επειδή, στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναγράφει τα κάτωθι: «Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην παρ. 2.2.5 της Διακήρυξης, αναφέρει τα εξής: «Όσον αφορά την Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: 1. Θετικό μέσο ετήσιο ΕΒΙΤΡΑ (άθροισμα κερδών - ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις τους (για Α.Ε., ΕΠΕ ή Ι.Κ.Ε.) ή σύμφωνα με τις δηλώσεις Ε3 (για προσωπικές εταιρείες). 2. Μέσο όρο, ακαθάριστων εσόδων χρήσης, για την τελευταία τριετία μεγαλύτερο των €300.000,00 3. Ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον €600.000,00.» Ακόμη στο άρθρο 2.4.3.1 της διακήρυξης «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» προβλέπεται μεταξύ άλλων για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία να καταθέσουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου ...και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα Ε), Συγκεκριμένα ο οικονομικός φορέας «Γ... & ΣΙΑ Ε.Ε.» στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, παρ. Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, του ΤΕΥΔ συμπλήρωσε: Α) Το μέσο όρο, ακαθάριστων εσόδων χρήσης, για την τελευταία τριετία έτος: 2018+ κύκλος εργασιών: 1.379.490 ,19 € έτος: 2017+ κύκλος εργασιών: 1.398.960,29€ έτος: 2016+κύκλος εργασιών: 1.211.028,21€ (αριθμός ετών, μέσος κύκλος εργασιών): 1.329.826,23 € Β) Το ασφαλισμένο ποσό στην ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων ποσού 600.000,00 ευρώ. Γ) Δεν συμπλήρωσε το θετικό μέσο ετήσιο ΕΒΙΤΡΑ (άθροισμα κερδών - ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της.

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

Στο άρθρο 2.3.1 της ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 23 (Απόφαση 3/24-01-2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), αναφέρει 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. 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. Η Επιτροπή αξιολόγησης λαμβάνοντας υπόψη: α) τα οριζόμενα στην παρ. 3.1.1 της διακήρυξης, την ανωτέρω ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 23 (Απόφαση 3/24-01-2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), β) Το γεγονός της μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ δεν συμπεριλαμβάνεται στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στο στην παρ. 2.2.3. της υπ* αριθ. πρωτ. 8194/08-05-2020 διακήρυξης του Δήμου, γ) Το γεγονός ότι το θετικό μέσο ετήσιο ΕΒΙΤΒΑ (άθροισμα κερδών - ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) της εταιρίας ήταν στοιχείο που είχε συνάφεια με τον μέσο όρο, ακαθάριστων εσόδων χρήσης της τελευταίας τριετίας που ήδη είχε δηλωθεί στο ΤΕΥΔ, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της, με το αριθ. πρωτ: 11327/18-06-2020 έγγραφο της προσκάλεσε τον οικονομικό φορέα «Γ... & ΣΙΑ Ε.Ε.», εντός πέντε (5) ημερών, να διευκρινίσει ή να συμπληρώσετε ορθά το πεδίο του ΤΕΥΔ στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής - Β:Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια μόνο το μέρος που αφορούσε το θετικό μέσο ετήσιο ΕΒΙΤΟΑ (άθροισμα κερδών - ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

τελευταίες οικονομικές χρήσεις, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της εταιρίας της,. Στην συνέχεια η ανωτέρω εταιρία την 22/06/2020 έστειλε εμπροθέσμως ορθά συμπληρωμένο το ΤΕΥΑ στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής - Β:Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια μόνο στο μέρος που αφορούσε το θετικό μέσο ετήσιο ΕΒΙΤΡΑ μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού. Η Οικονομική Επιτροπή, στηριζόμενη στα ανωτέρω, με την αριθ. 140/2020 απόφαση της έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικό φορέα «Γ... & ΣΙΑ Ε.Ε.», και τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο.Με βάση τα ανωτέρω ζητάμε: 1. Να απορριφθεί η παρούσα προσφυγή που στρέφεται κατά της υπ' αριθ. ... απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου μας (ΑΔΑ: ...) με θέμα «Έγκριση 1ου & 2ου Πρακτικού του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο: "Προμήθεια και εγκατάσταση υποσταθμού για την λειτουργία των αντλιών θερμότητας στο Κολυμβητήριο ...^» (α/α ΕΣΗΔΗΣ ...).»

13. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 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. 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. [...].

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016, ορίζεται :

«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

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

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, ...2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση 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, [...]4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986.

15. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 περ. α του άρθρου 91 του ν. 4412/2016 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ορίζεται ότι «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.

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

16. Επειδή, το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπει ότι: «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

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος 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».

17. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:

«2.1 Γενικές Πληροφορίες 2.1.1 Έγγραφα της σύμβασης Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας σύναψης είναι τα ακόλουθα: Η παρούσα Διακήρυξη με τα παρακάτω Παραρτήματα:... ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε: ΤΥΠΟΠΟΙΗΜΕΝΟ ΕΝΤΥΠΟ ΥΠΕΥΘΥΝΗΣ ΔΗΛΩΣΗΣ (ΤΕΥΔ)

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: **1. Θετικό μέσο ετήσιο EBITDA (άθροισμα κερδών – ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις τους (για Α.Ε., ΕΠΕ ή Ι.Κ.Ε.) ή σύμφωνα με τις δηλώσεις E3 (για προσωπικές εταιρείες).** **2. Μέσο όρο, ακαθάριστων εσόδων χρήσης, για την τελευταία τριετία μεγαλύτερο των €300.000,00** 3. Ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον €600.000,00 ...

2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) Το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα Ε), β) Εγγύηση συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 της παρούσας διακήρυξης.

2.4.6 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 και με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στα σχετικά άρθρα της παρούσης διακήρυξης 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) ,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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης,θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

18. 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 παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης, 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

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

19. 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 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, σκ. 27). 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), ούτε όμως και κατά λογική ακολουθία, δύναται να τεθούν εκποδών διατάξεις που εφόσον συντρέχουν οι σχετικές σαφείς προϋποθέσεις, επάγονται συγκεκριμένες και σαφείς κυρώσεις.

20. Επειδή, 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 (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110).

21. Επειδή, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ.), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΣΤΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

22. Επειδή, 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), ή να αντικατασταθεί με νέα (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) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus and Gama*, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επομένως, 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 διευκρίνισης 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 διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη 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, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51).

23. Επειδή, ειδικότερα, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, **τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ρητά ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε.** Περαιτέρω κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί η τυχόν ασάφεια των οικείων όρων της διακήρυξης.

24. Επειδή, βάσει των αρχών της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η συνυποβολή της υπεύθυνης δήλωσης στο σταθερό χρονικό σημείο της υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων με το προβλεπόμενο σε αυτές περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή παράλειψη συνυποβολής με την προσφορά, της δήλωσης αυτής ή υποβολής ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, καθιστά την υποβληθείσα προσφορά του απαράδεκτη (βλ. Ε.Α.

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

Σ.Τ.Ε. 1319, 668, 422,133/2009 και Αποφάσεις ΑΕΠΠ του πρώην 1^{ου} Κλιμακίου 775/2018 σκ. 35 και 818/2018 σκ. 39).

25. Επειδή το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ 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 και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς. Εν προκειμένω, τόσο το γράμμα του ν. 4412/2016 όσο και το πνεύμα και οι αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αποσκοπούν στη μείωση του διοικητικού φόρτου των αναθετουσών αρχών και των οικονομικών φορέων, ωστόσο, ο προσφέρων στον οποίο έχει αποφασιστεί να ανατεθεί η σύμβαση ουδόλως απαλλάσσεται της υποχρέωσης προσκόμισης των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων, προκειμένου να αποδείξει ότι πληροί τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής, ούτε βέβαια οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν συμβάσεις με προσφέροντες που δεν είναι σε θέση να το πράξουν. Περαιτέρω, με τον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας, ο οποίος είναι δεσμευτικός ως προς όλα τα μέρη του και ισχύει άμεσα σε κάθε κράτος μέλος (βλ. άρθρο 2 του εν λόγω Κανονισμού), ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει σε κάθε περίπτωση, να εξετάζουν προσεκτικά, τις απαιτούμενες πληροφορίες που απαιτούνται να παράσχουν στο ΕΕΕΣ ενόψει της συμμετοχής τους και ενδεχομένης υποβολής προσφορών (βλ. αιτιολογική σκέψη 3 του εν λόγω Κανονισμού) αλλά και ότι «Οι οικονομικοί φορείς είναι δυνατόν να αποκλείονται από τη διαδικασία προμήθειας ή να υπόκεινται σε δίωξη σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο σε περιπτώσεις σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΠ ή, γενικότερα, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ή όταν οι οικονομικοί φορείς έχουν αποκρύψει τις

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσουν τα σχετικά δικαιολογητικά» (Βλ. Παράρτημα 1 Οδηγίες του Κανονισμού). Επομένως, από το σύνολο των ανωτέρω δεν γεννάται αμφιβολία για τα κάτωθι: α) το ΕΕΕΣ και το ΤΕΥΔ που εκδόθηκε κατά το πρότυπο του ΕΕΕΣ, αποτελεί προαπόδειξη χάριν απλούστευσης των διαδικασιών ανάθεσης και μείωσης του διοικητικού φόρτου τόσο των αναθετουσών αρχών όσο και των οικονομικών φορέων, β) κατά κανόνα, μόνο ο υποψήφιος ο οποίος αναδεικνύεται προσωρινός ανάδοχος θα πρέπει να αποδείξει, προσκομίζοντας τα οικεία δικαιολογητικά ότι, πληροί τους όρους και προϋποθέσεις που τίθενται από τη διακήρυξη ως υπευθύνως δήλωσε στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, γ) κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ο οικονομικός φορέας πρέπει να επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και προσοχή καθόσον είναι δυνατόν, να αποκλείεται οικονομικός φορέας ή να υπόκειται σε δίωξη εάν κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, προβεί σε σοβαρές ψευδείς δηλώσεις, ή όταν αποκρύπτει πληροφορίες ή όταν δεν δύναται να υποβάλλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά. **Τα ανωτέρω, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που παγίως διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ουδόλως απαλλάσσουν τον οικονομικό φορέα από την υποχρέωση δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ στο σταθερό χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς του, των απαιτούμενων στοιχείων και πληροφοριών βάσει των όρων της διακήρυξης καθόσον αποτελούν ουσιώδη έλλειψη και καθιστούν υποχρεωτική την απόρριψη της προσφοράς (ΔΕφΚομ Ν49/2018 σκ. 12. ΔΕφΚομ ΑΝ55/2019, σκέψη11).**

26. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, τότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191)

27. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012).

28. Επειδή, **ο προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ» ήδη προσωρινού αναδόχου καθόσον το εκ μέρους του υποβληθέν ΤΕΥΔ είναι ελλιπές, (*Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, παρ. Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, πεδίο υπ' αριθμ. 6* περί δήλωσης θετικού μέσου ετήσιου EBITDA, ως απαιτείται από τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης), μη δυνάμενο να συμπληρωθεί νομίμως κατ' άρθρο 102 ν.4412/2016. Συνεπεία τούτου, κατά τοιους ισχυρισμούς του, όλως εσφαλμένα και μη νόμιμα, κατά παράβαση του οικείου εφαρμοστέου νομικού και θεσμικού πλαισίου, ιδίως δε, της ισχύουσας εν προκειμένω Διακήρυξης, κρίθηκε, καταρχήν, από την αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, όπως, εν συνεχεία, εγκρίθηκε από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., δυνάμει της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασής της, ότι η προσφορά του γίνεται αποδεκτή. Ισχυρίζεται επίσης ότι εάν ο ήδη προσωρινός ανάδοχος είχε οποιαδήποτε αμφιβολία σχετικά με το τρόπο συμπλήρωσης του προδιατυπωμένου από την Αναθέτουσα Αρχή ΤΕΥΔ, θα μπορούσε κάλλιστα να είχε ζητήσει διευκρινίσεις σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2.1.3 της Διακήρυξης, γεγονός το οποίο όμως δεν έπραξε.

Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, επαναλαμβάνοντας τα αναγραφόμενα στην προσβαλλόμενη ισχυρίζεται ότι νομίμως έκανε δεκτή τη προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Γ. ... & ΣΙΑ ΕΕ» και επικαλείται τα οριζόμενα στην παρ. 3.1.1 της διακήρυξης περί διευκρινίσεων,

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

την ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 23 (Απόφαση 3/24-01-2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), το γεγονός ότι η μη συμπλήρωση ή/και μη ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ δεν συμπεριλαμβάνεται στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στο στην παρ. 2.2.3. της διακήρυξης αλλά και το γεγονός ότι το θετικό μέσο ετήσιο EBITDA (άθροισμα κερδών - ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) της εταιρίας ήταν **στοιχείο που είχε συνάφεια με τον μέσο όρο ακαθάριστων εσόδων χρήσης της τελευταίας τριετίας που ήδη είχε δηλωθεί στο ΤΕΥΔ, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της**, εξου, κατά τους ισχυρισμούς της, με το αριθ. πρωτ: 11327/18-06-2020 έγγραφο της προσκάλεσε τον οικονομικό φορέα «Γ... & ΣΙΑ Ε.Ε.», εντός πέντε (5) ημερών, να διευκρινίσει ή να συμπληρώσετε ορθά το πεδίο του ΤΕΥΔ στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής - Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια μόνο το μέρος που αφορούσε το θετικό μέσο ετήσιο EBITDA (άθροισμα κερδών - ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της εταιρίας της. Στην συνέχεια η ανωτέρω εταιρία την 22/06/2020 έστειλε εμπροθέσμως ορθά συμπληρωμένο το ΤΕΥΔ και ως προς το επίμαχο τμήμα και η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή.

29. Επειδή, ουδείς αμφισβητεί ότι, ο οικονομικός φορέας «Γ... & ΣΙΑ Ε.Ε.» δεν συμπλήρωσε στο ΤΕΥΔ και επομένως δεν κατέθεσε με την προσφορά του προ του χρόνου λήξεως υποβολής των προσφορών -στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, παρ. Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια- τις πληροφορίες που προσδιορίστηκαν στη διακήρυξη και εν προκειμένω αφορούν στον όρο 2.2.5 περ. 1 **«θετικό μέσο ετήσιο EBITDA (άθροισμα κερδών - ζημιών, προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων) για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, σύμφωνα με τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της».**

30. Επειδή, το αρκτικόλεξο EBITDA (*εμπιντά*) προέρχεται από τα αρχικά των λέξεων [Earnings Before Interest, Tax, Depreciation, and Amortization](#). Είναι δηλαδή ένας δείκτης, βάσει του οποίου εμφανίζονται τα κέρδη μιας

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

οντότητας, πριν από την αφαίρεση των τόκων, των φόρων (εισοδήματος), και των αποσβέσεων (ενσώματων και άυλων παγίων). Όπως είναι γνωστό το μικτό κέρδος μιας επιχείρησης προκύπτει ως η διαφορά του κύκλου εργασιών, μείον το κόστος των πωληθέντων αποθεμάτων ή των παροχών υπηρεσιών, αναλόγως. Στη συνέχεια, αν από το μικτό κέρδος αφαιρεθούν τα λειτουργικά έξοδα, δηλαδή τα έξοδα διοίκησης και διάθεσης, χωρίς να λαμβάνονται υπόψη οι αποσβέσεις, το λειτουργικό κέρδος που προκύπτει, είναι το EBITDA, υπό την έννοια ότι δεν έχουν υπολογιστεί ακόμη τα χρηματοοικονομικά έξοδα και ο φόρος εισοδήματος. Ακολούθως, αν υπολογιστεί ο φόρος εισοδήματος και προστεθούν σε αυτόν τα χρηματοοικονομικά έξοδα (τόκοι) και οι αποσβέσεις, το δε άθροισμά τους (φόρος + τόκοι + αποσβέσεις) αφαιρεθεί από το EBITDA, προκύπτει το λογιστικό καθαρό κέρδος, το οποίο θα αυξήσει την καθαρή θέση (βλ. μεταξύ πολλών <http://epixeirisi.gr/>).

31. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης αναφορικά με την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 2.2.5) οι προσφέροντες όφειλαν να διαθέτουν : 1) Θετικό μέσο ετήσιο EBITDA, 2. Μέσο όρο, ακαθάριστων εσόδων χρήσης, για την τελευταία τριετία μεγαλύτερο των €300.000,00 3. Ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων τουλάχιστον €600.000,00, στοιχεία που αποτελούν τρεις διαφορετικές και μη αλληλο επικαλυπτόμενες απαιτήσεις. Τα οικεία στοιχεία όφειλαν να τα δηλώσουν προαποδεικτικά στο ΤΕΥΔ το οποίο αποτελεί Υπεύθυνη Δήλωση (βλ. σκ. 24-25 της παρούσας), στο σταθερό σημείο υποβολής της προσφοράς τους. Δηλαδή, ζητείται από τους οικονομικούς φορείς να παραθέσουν τις πληροφορίες που κρίνονται απαραίτητες για την αξιολόγηση της συμμετοχής τους στο διαγωνισμό που περιλαμβάνει τη συμπλήρωση σειράς ερωτημάτων, διά των οποίων η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να αποκτήσει μία **πλήρη εικόνα ως προς τα ειδικότερα στοιχεία που αφορούν στην χρηματοοικονομική του ικανότητα, τιθέμενα έκαστο εξ αυτών αυτοτελώς και ειδικά, μη δυνάμενα να προκύψουν, εν προκειμένω, δια των ήδη παρεχόμενων στοιχείων, εν προκειμένω, σε οιοδήποτε έτερο σημείο της προσφοράς.** Ούτε το γεγονός, ως αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι ο ήδη προσωρινός ανάδοχος περιέλαβε έτερα στοιχεία που

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

συνθέτουν το EBITDA, πλήν όμως δεν το εξαντλούν, ούτε αυτό δύναται να προκύψει από τα ήδη δηλωθέντα και μόνο, αίρουν την οικεία πλημμέλεια. Επομένως, η οικεία πλημμέλεια του ΤΕΥΔ του οικονομικού φορέα «...» ήταν μη «θεραπεύσιμη» δοθέντος ότι μια αίτηση παροχής διευκρινίσεων δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης (ad hoc ΔΕφ Κομοτηνής Ν49/2018 σκ.12 και σκ. 22-25 της παρούσας). Ανεξαρτήτως δε ότι τα οικεία στοιχεία υφίσταντο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ρητά και σαφώς. Εξάλλου, η παροχή διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 90/2010, ΑΕΠΠ 183/2017), εάν δεν γεννάται καμία ασάφεια, δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η κλήση του υποψηφίου προς παροχή διευκρινίσεων (ΔΕφΑθ ΕΑ 136/2018)». Παράλληλα η προβλεπόμενη με τη διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να παρέχει τη δυνατότητα διευκρινίσεων όταν επίκειται λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζομένου, «τελεί υπό την προϋπόθεση ότι η δυνατότητα διευκρινίσεως αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση», προϋπόθεση, η οποία δεν πληρούται εν προκειμένω, **αφού η διόρθωσή αυτή είχε ως συνέπεια τη μεταγενέστερη αντικατάσταση ουσιώδους εγγράφου κατά τρόπο ώστε να αίρεται το απαράδεκτο της προσφοράς του ήδη προσωρινού αναδόχου (ΕΑ ΣΕ 117/2019 σκ.14).** **Ειδικότερα,** με τη ρητή διάταξη του άρθρου 102 παρ. 3 του ν. 4412/2016, την οποία επαναλαμβάνει η διάταξη του άρθρου 3.1.1 της διακήρυξης, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων, που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.), και, μάλιστα, όπως εν προκειμένω, του ΤΕΥΔ, δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι

Αριθμός απόφασης: 1028/2020

ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία (πρβλ. Ε.Α. 135/2018). Εξάλλου, και η Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, παραπέμπει ως προς τη συμπλήρωση/διευκρίνιση στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής κρίνονται απορριπτέοι γενόμενων δεκτών των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων.

32. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

33. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

34. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί βάσει του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 17^η Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στις 3 Σεπτεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη