

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Μαργαρίτα Κανάβα
Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.07.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
ΑΕΠΠ 1431/19.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την
επωνυμία ..., με τον διακριτικό τίτλο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να
ακυρωθεί η με αριθ. 257616/7-7-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, που
ελήφθη στα πλαίσια του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την *παροχή
υπηρεσιών καθαριότητας σε κτίρια των υπηρεσιακών μονάδων της ... για
χρονικό διάστημα έως 24 μηνών, αρχής γενομένης από 01/11/2021* (ΚΗΜΔΗΣ
..., ΕΣΗΔΗΣ ...), συνολικού προϋπολογισμού 126.590,50 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ
και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης (παράταση των υπηρεσιών έως (12)
επιπλέον μήνες), κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της ίδιας της
προσφεύγουσας, και έγινε δεκτή η προσφορά του προσωρινού αναδόχου κ.
..., στα διακριτά τμήματα 1 και 4 του διαγωνισμού (Τμήμα 1 Τοπική
Διεύθυνση ... (Δύο κτίρια) και Τμήμα 4 Τοπικό Υποκατάστημα Μισθωτών ...) *προυπολογιζόμενης δαπάνης 21.896 ευρώ και 11.959,50 ευρώ χωρίς ΦΠΑ
αντίστοιχα, και συνολικά 33.855,50 ευρώ.*

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί το κατώτατο νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ, με βάση την προυπολογιζόμενη αξία των διακριτών τμημάτων του διαγωνισμού σχετικά με τα οποία ασκείται η προσφυγή (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., και το από 19-7-2021 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου ΑΕΠΠ).

2. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ καθ' ύλην και κατά χρόνο λόγω προυπολογιζόμενης αξίας της προμήθειας και χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, εμπροθέσμως, προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ως προς το αίτημα ακύρωσης του αποκλεισμού της προσφοράς της προσφεύγουσας, ασκήθηκε με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 17-7-2021 η υπό κρίση προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 8-7-2021, και είναι εκτελεστή πράξη περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών-οικονομικών προσφορών. Ειδικότερα η προσφορά της προσφεύγουσας και ενός έτερου διαγωνιζόμενου απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση διότι *δεν πληρούν την απαίτηση 6.6 του Παραρτήματος II, όπως ορίζεται στο μέρος 6. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ « Αλλοδαποί μπορούν να απασχοληθούν μόνο εφόσον έχουν άδεια νόμιμης παραμονής και εργασίας στην Ελλάδα και ομιλούν (σύμφωνα με υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν.1599/1986 του υποψηφίου αναδόχου) καλά την ελληνική γλώσσα, έτσι ώστε να κατανοούν τις οδηγίες που τους δίνονται.»* Οι ανωτέρω εταιρίες δεν προσκόμισαν ως όφειλαν, σύμφωνα με την ανωτέρω απαίτηση, *Υπεύθυνη Δήλωση και σύμφωνα με το σημείο 6.6 του Παραρτήματος II ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ όπου : «Απαραίτητα και με ποινή αποκλεισμού από την περαιτέρω αξιολόγηση, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι πρέπει στην προσφορά τους να καταθέσουν το παρόν έντυπο, στο οποίο θα απαντούν τεκμηριωμένα για το σύνολο των απαιτήσεων, με παραπομπές σε σχετικά τεκμηριωτικά έγγραφα που θα επισυνάπτονται.»*

*Σύμφωνα με τα ανωτέρω, οι εταιρίες όφειλαν να προσκομίσουν Υπεύθυνη Δήλωση ως τεκμηριωτικό έγγραφο της ΑΠΑΙΤΗΣΗΣ 6.6 του Παραρτήματος II ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ. (βλ. Πρακτικό 2 της Επιτροπής Αξιολόγησης σελ. 3-4, προσβαλλόμενη σελ. 5, 8). Περαιτέρω η προσβαλλόμενη έκρινε αποδεκτές τις τεχνικές και οικονομικές προσφορές τριών οικονομικών φορέων τους οποίους κατέταξε ως εξής Προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας κ. ... με προσφορά -χωρίς ΦΠΑ- 19.693,98 ευρώ στο Τμήμα 1 και 10.794,48 ευρώ στο Τμήμα 4, δεύτερος ο κ. ... με προσφορά 20.700 ευρώ και 11.319 ευρώ αντίστοιχα, και τρίτη η ... με προσφορά 21.774 ευρώ στο Τμήμα 1, ενώ είχε απορριφθεί η προσφορά της για το Τμήμα 4 (βλ. Πρακτικό 5 της Επιτροπής Αξιολόγησης σελ. 2-3, προσβαλλόμενη σελ. 8, 9). Αντιστοίχως η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας ανέρχεται -χωρίς ΦΠΑ- σε 19.780 ευρώ και 10.794 ευρώ (βλ. αρχείο *Οικονομική Προσφορά Συστήματος* στην προσφορά της προσφεύγουσας), απορριπτομένου ως αβασίμου του ισχυρισμού της ότι έχει καταθέσει την χαμηλότερη παραδεκτή και νόμιμη οικονομική προσφορά καθόσον η προσφορά της δεν είναι η χαμηλότερη που έχει κατατεθεί στον διαγωνισμό, ούτε έχει κριθεί το νόμιμο και παραδεκτό αυτής από την αναθέτουσα αρχή η οποία -νομίμως- δεν αξιολόγησε την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, αφού η τεχνική της προσφορά είχε κριθεί απορριπτέα κατά την προηγηθείσα εξέταση των τεχνικών προσφορών.*

3. Επειδή η προσφεύγουσα ως προσφέρουσα στα Τμήματα 1 και 4 του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της στα εν λόγω Τμήματα. Σύμφωνα δε με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η

μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους της και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος και δη του προσωρινού αναδόχου, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Ωστόσο, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας οι ισχυρισμοί της περί απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου μπορεί να χωρήσει κατ' εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης, διότι, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής του άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντος (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230). Ωστόσο εν προκειμένω σε κάθε περίπτωση, δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του ενιαίου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι οι λόγοι που αποτέλεσαν την βάση του αποκλεισμού της προσφεύγουσας συναρτώνται με την τεχνική της προσφοράς, ενώ αντίθετα η προσφεύγουσα αιτιάται την προσβαλλόμενη απόφαση που έκανε αποδεκτή την οικονομική προσφορά του προσωρινού αναδόχου, προβάλλοντας λόγους και ισχυρισμούς περί την -φερόμενη ως πλημμελή-

οικονομική προσφορά του προσωρινού αναδόχου (σελ. 22 επ. της προσφυγής) Περαιτέρω, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Ωστόσο εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης που αποδέχθηκε τις προσφορές των τριών διαγωνιζόμενων φορέων ούτε την ματαίωση του διαγωνισμού, και συνεπώς, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας οι ισχυρισμοί της περί απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον διότι η προσφεύγουσα ούτε αιτείται την ακύρωση των άλλων δύο ισταμένων ισχυρών -και μη αμφισβητούμενων με την προσφυγή- προσφορών ούτε επικαλείται την προσδοκία της να ματαιωθεί η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία.

4. Επειδή η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά του αποκλεισμού της τεχνικής της προσφοράς, χωρίς να αμφισβητεί ότι δεν προσκόμισε την επίμαχη υπεύθυνη δήλωση σχετικά με τους αλλοδαπούς που θα απασχολήσει και χωρίς να αμφισβητεί ότι θα απασχολήσει πράγματι αλλοδαπούς για την εκτέλεση της σύμβασης, ισχυρίζεται ότι πλημμελώς απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε την υπεύθυνη δήλωση που προβλέπεται την παρ. 6 του Παραρτήματος II

Τεχνικές Προδιαγραφές της διακήρυξης διότι ι) η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να λάβει υπ' όψιν άλλη υπεύθυνη δήλωση που κατέθεσε στον διαγωνισμό με την οποία δηλώνει ότι γνωρίζει και αποδέχεται ανεπιφυλάκτως και πλήρως τους όρους της διακήρυξης, τις τεχνικές προδιαγραφές και τους ειδικούς όρους καθαριότητας, ιι) διότι κατά την προσφυγή, όπου η διακήρυξη απαιτούσε προσκόμιση εγγράφου (υπεύθυνης δήλωσης) με ποινή απαραδέκτου της προσφοράς ελάμβανε χώρα ρητά διατύπωση και συνεπώς εν προκειμένω - κατά την προσφυγή- η αναθέτουσα αρχή όφειλε πριν απορρίψει την προσφορά της να της ζητήσει να καταθέσει την ελλείπουσα υπεύθυνη δήλωση περί απασχολουμένων αλλοδαπών, σύμφωνα με την αρχή της χρηστής διοίκησης, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, και σύμφωνα με τα άρθρ. 310, 102, 18, του ν. 4412/2016.

5. Επειδή η αναθέτουσα αρχή εμπροθέσμως την 2-8-2021, δηλαδή εντός της 15ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας από την κατάθεση της προσφυγής που έγινε την 17-7-2021 (άρθρ. 365 παρ. 1 και παρ. 8 του ν. 4412/2016) παραδεκτώς και προσηκόντως με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ κατέθεσε τον φάκελο της υπόθεσης και τις απόψεις της επί της προσφυγής που κοινοποίησε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 3-8-2021. Η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη το Παράρτημα ΙΙ όρος 6.6, αναφέρει ειδικά επί του αποκλεισμού της προσφοράς της προσφεύγουσας ότι «... Η Επιτροπή στα πλαίσια της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων τήρησε τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη και απέρριψε δύο (2) εταιρείες – την εταιρεία «...» με δ.τ. “...” και την εταιρεία “...” για τον ίδιο λόγο, ότι δηλαδή δεν προσκόμισαν, ως όφειλαν, την Υπεύθυνη Δήλωση που αφορά στην απασχόληση αλλοδαπών εργαζομένων...»

6. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), 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»

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης περιέχουν ιδίως: ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης ... ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)...»

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης ... και στα έγγραφα της σύμβασης...»

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «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 απαραίτων 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....»

10. Επειδή στο άρθ. 94 του ν.4412/2016 «Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά» ορίζεται ότι «...4. Στις διαδικασίες σύναψης

συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.»

11. Επειδή στο άρθρ. 102 του ν. 4412/2016 Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (Άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι « Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλειπείς 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.»

12. Επειδή στη διακήρυξη ορίζεται ότι «...1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των κτιρίων των υπηρεσιακών μονάδων της ... του ...,... 2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα II της Διακήρυξης... 2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα...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 με το Παράρτημα II της Διακήρυξης «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης», 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 . Ήτοι: α) συμπληρωμένο τον πίνακα τεχνικών προδιαγραφών-Φύλλο Συμμόρφωσης β) τεχνική προσφορά... 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, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω 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), ... 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. ... ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II : ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ Απαραίτητα και με ποινή αποκλεισμού από την περαιτέρω αξιολόγηση, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι πρέπει στην προσφορά τους να καταθέσουν το παρόν έντυπο, στο οποίο θα απαντούν τεκμηριωμένα για το σύνολο των απαιτήσεων, με παραπομπές σε σχετικά τεκμηριωτικά έγγραφα που θα επισυνάπτονται...

ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ

ΑΠΑΙΤΗΣΗ ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ

.....

6. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

.....

Αλλοδαποί μπορούν να απασχοληθούν μόνο
εφόσον έχουν άδεια νόμιμης παραμονής και
εργασίας στην Ελλάδα και ομιλούν
(σύμφωνα με υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 τ
ου άρθρου 8 του ν.1599/1986 του υποψηφίου

*αναδόχου) καλά την ελληνική γλώσσα, έτσι
ώστε να κατανοούν τις οδηγίες που τους δίνονται.*

..... »

13. 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, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣτΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion 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), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

14. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, 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 συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, και πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

15. 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*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, *Pirpo Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

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

17. Επειδή η εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να δέχεται οποιαδήποτε διόρθωση παραλείψεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του ενδιαφερόμενου προσφέροντος (απόφαση της 10ης

Νοεμβρίου του 2016, C-199/15, Ciclat Soc. coop. κατά Consip SpA, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, σκέψη 30, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 46).

18. Επειδή περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). 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 11^{ης} Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29^{ης} Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κλπ, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι

θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις [βλ., συναφώς, στο πλαίσιο διαδικασιών προκήρυξης κλειστού διαγωνισμού εμπιπτουσών στην οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114), αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 35 έως 45, όσον αφορά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψεις 30 έως 39, όσον αφορά το στάδιο προεπιλογής των προσφερόντων]. Επιπλέον, 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, Manona, 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, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

19. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλέσει τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις, όχι όμως να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (βλ. ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011, σκέψεις 43, 44, 45, ΔΕφΑΘ 537/2015, Ε.Α. Σ.τ.Ε. 127/2010, 1173/2009, ΔΕφΑΘ 859/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 239/2019, Ε.Α. ΣτΕ 1319, 1065, 935, 819/2007 κα). Ειδικότερα κατά την έννοια των διατάξεων του άρθ. 102 του ν. 4412/2016 οι οποίες δεν αφίστανται του προγενέστερου δικαίου, οι προβλεπόμενες από αυτές διευκρινίσεις, δίδονται μόνον εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο

όργανο, κατά τη διαγραφόμενη διαδικασία, λαμβάνονται δε υπόψη, ενόψει και της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, μόνον εφόσον έχουν ως αντικείμενο τη συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι την αναπλήρωση της έλλειψης τέτοιων στοιχείων ή την τροποποίηση του περιεχόμενου της προσφοράς, ώστε να απαλειφθούν αντιθέσεις και να συμφωνεί αυτή με όρους της διακήρυξης (πρβλ. ΣτΕ 1856/2008, 2660/2004 7μ., ΕΑ ΣτΕ 668, 567/2009, ΔΕφΑθ 743/2012 (ΑΣΦ), κ.ά.). Σε κάθε περίπτωση ως έχει παγίως κριθεί η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να αποκλείσει προσφορά που δεν περιλαμβάνει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά με το κατά την διακήρυξη και τον νόμο αξιούμενο περιεχόμενο, αποκλεισμένης εν προκειμένω της ευχέρειας εκ μέρους της να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς συμπλήρωση εκ των υστέρων του περιεχομένου των δικαιολογητικών διότι τότε θα επρόκειτο για ανεπίτρεπτη αναπλήρωση μη νομίμως υποβληθέντος δικαιολογητικού (ΔΕφΑθ (ΑΝΑΣΤ) 537/2017, ΣτΕ ΕΑ 127/2010, 364/2009, 1173/2009), και τούτο γιατί, η έλλειψη του στοιχείου τούτου, κατά παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, συνιστά πλημμελή υποβολή αναγκαίου στοιχείου και δεν είναι δεκτική αναπλήρωσης ούτε κατ' εφαρμογήν του σχετικού άρθρου της διακήρυξης, το οποίο αναφέρεται στην εκ των υστέρων διευκρίνιση και συμπλήρωση, νομίμως, όμως, κατ' αρχήν, υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (ΔΕφΑθ 859/2012 (ΑΣΦ)).

20. Επειδή όπως ομολογείται στην προσφυγή δεν προσκομίστηκε στην τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας η υποχρεωτική υπεύθυνη δήλωση που προβλέπεται στην παρ. 6 του όρου 6 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Η υποχρεωτικότητα της προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, ως αποδεικτικό στοιχείο συμμόρφωσης της προσφοράς με την τεθείσα τεχνική προδιαγραφή αδείας παραμονής και γνώσης της ελληνικής γλώσσας, προκύπτει σαφώς και ρητώς από το γράμμα αυτό καθ' εαυτό της επίμαχης παρ. 6 του όρου 6 του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης, ότι δηλ. *Αλλοδαποί μπορούν να απασχοληθούν μόνο εφόσον έχουν άδεια νόμιμης παραμονής και εργασίας στην Ελλάδα και ομιλούν (σύμφωνα με υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν.1599/1986 του υποψηφίου αναδόχου)*

*καλά την ελληνική γλώσσα, έτσι ώστε να κατανοούν τις οδηγίες που τους δίνονται. Εφόσον επομένως η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ότι θα χρησιμοποιήσει αλλοδαπούς εργαζόμενους για την εκτέλεση των υπηρεσιών της προμήθειας παραμένει अपαρέγκλιτη η υποχρέωσή της όπως προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση με το παραπάνω περιεχόμενο, καθόσον οι εν λόγω εργαζόμενοι μπορούν να απασχοληθούν μόνο εφόσον έχουν άδεια νόμιμης παραμονής και εργασίας στην Ελλάδα και ομιλούν (σύμφωνα με υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν.1599/1986 του υποψηφίου αναδόχου). Αβασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να λάβει υπ' όψιν άλλη υπεύθυνη δήλωση που κατέθεσε στον διαγωνισμό με την οποία δηλώνει ότι γνωρίζει και αποδέχεται ανεπιφυλάκτως και πλήρως τους όρους της διακήρυξης, τις τεχνικές προδιαγραφές και τους ειδικούς όρους καθαριότητας. Και τούτο διότι αφ' ενός μεν η επικαλούμενη υπεύθυνη δήλωση δεν προβλέπεται -ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προβλέπεται- σε συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, και αφ' ετέρου πολλώ δε μάλλον που η εν λόγω μη απαιτούμενη από την διακήρυξη και επικαλούμενη υπεύθυνη δήλωση δεν προκύπτει ότι υποκαθιστά, αντικαθιστά ή εν γένει καταργεί την υποχρέωση προσκόμισης της ρητά απαιτούμενης επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης περί αλλοδαπών με το συγκεκριμένο ως άνω περιεχόμενο περί αδείας παραμονής και γνώσης της ελληνικής γλώσσας. Το αντίθετο μάλιστα, η πρώτη παρ. του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II : ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ρητώς και σαφώς προβλέπει την υποχρεωτική προσκόμιση αυτής, διότι ορίζει ότι απαιτείται η προσκόμιση Απαραίτητα και με ποινή αποκλεισμού από την περαιτέρω αξιολόγηση, όλων των τεκμηριωτικών εγγράφων που αποδεικνύουν την συμμόρφωση με το σύνολο των απαιτήσεων που περιγράφονται στο φύλλο συμμόρφωσης, μεταξύ των οποίων σαφώς και ρητώς η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση περί αλλοδαπών. Περαιτέρω, ο εξεταζόμενος ισχυρισμός της προσφυγής ενέχει και στηρίζεται επί αμφισβήτησης ανεπικαίρως και απαραδέκτως του σαφούς, ρητού, μη αμφισβητηθέντως επικαίρως και δεσμευτικού όρου της διακήρυξης, περί προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης που ομολογημένα δεν προσκομίστηκε. Όμως, 1 έχει *ad hoc* παγίως κριθεί ότι ανεπικαίρως και*

απαραδέκτως, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξεως, η οποία εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας προβάλλεται λόγος, με τον οποίο αμφισβητείται πράξη προηγούμενου σταδίου του διαγωνισμού –και, εν προκειμένω, η διακήρυξη- δοθέντος ότι έχει παρέλθει η εκ του νόμου προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία (ΔΕφ 100/2015, ΔΕφΑΘ 426/2015, ΣτΕ 17/2018, ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ. 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 1667/2011, 245/2011, 97/2011, 17/2018, 2137/2012, ΔΕΚ απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 56, και απόφαση της 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop. Impresa Sociale Onlus σκέψεις 39 έως 50, και σκέψη 52), και ii) Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθ. 367 του ν.4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει δεν χωρεί, εν προκειμένω, παρεμπόππων έλεγχος του επίμαχου όρου της διακήρυξης, διότι σύμφωνα με τον νόμο *Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης*. Πολύ δε περισσότερο η ΑΕΠΠ δεν δύναται να προβεί σε εκ των υστέρων καταλυτική ερμηνεία του επίμαχου όρου της διακήρυξης, αποδεχόμενη το ανεφάρμοστο αυτού, ως αξιώνει η προσφεύγουσα. Περαιτέρω, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι *όπου η διακήρυξη απαιτούσε προσκόμιση εγγράφου (υπεύθυνης δήλωσης) με ποινή απαραδέκτου της προσφοράς ελάμβανε χώρα ρητά διατύπωση*. Και τούτο διότι ναι μεν στο κεφάλαιο 5 του Παραρτήματος II Φύλλο Συμμόρφωσης προβλέπονται διακριτά τέσσερεις υπεύθυνες δηλώσεις με συγκεκριμένο περιεχόμενο, όμως τούτο δεν αναιρεί το γεγονός ότι και στο επίμαχο κεφάλαιο 6 του Φύλλου Συμμόρφωσης, στην παρ. 6 προβλέπεται επίσης και επιπροσθέτως των ως άνω δηλώσεων, η υποχρεωτική προσκόμιση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης περί αλλοδαπών. Περαιτέρω αβασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έπρεπε να κληθεί σύμφωνα με το άρθ. 102 του ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προσκομίσει εκ των υστέρων την ελλείπουσα αλλά υποχρεωτικά προσκομιστέα με την τεχνική προσφορά υπεύθυνη δήλωση

περί αλλοδαπών. Όμως εν προκειμένω, ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας συσχετίζεται με ελλείπον επί ποινή αποκλεισμού στοιχείο, πράγμα το οποίο σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεραπευτεί με την επίκληση του άρθ. 102 του ν. 4412/2016. Αντίθετη ερμηνεία και εφαρμογή του άρθ. 102 του ν. 4412/2016 θα οδηγούσε σε εκπρόθεσμη εκ των υστέρων υποβολή του ουσιώδους στοιχείου το οποίο ελλείπει ενώ όφειλε να περιλαμβάνεται στην προσφορά, πράγμα που προσκρούει στην αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας, και εν τέλει καταλήγει σε απαράδεκτη τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς με προσκόμιση στοιχείου το οποίο δεν υποβλήθηκε, με τον δεσμευτικό τρόπο και στον χρόνο που απαιτεί η διακήρυξη, προκειμένου να θεωρηθεί έγκυρη η τεχνική προσφορά. Εφόσον, επομένως, η επίμαχη προσφορά δεν περιείχε το κρίσιμο ουσιώδες στοιχείο δεν ήταν δυνατόν η μεταγενέστερη προσκόμιση και μάλιστα προς θεραπεία της επί ποινή αποκλεισμού πλημμέλειας της προσφοράς. Εξ άλλου δεν χωρεί εν προκειμένω η εφαρμογή των επικαλουμένων αρχών της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας διότι η αναθέτουσα αρχή κατά δεσμία αρμοδιότητα απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας. Συγκεκριμένα, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας και της επιείκειας 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), και δεν χωρεί κατά την ενάσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας (βλ. ΣτΕ 3160/2015, 2067/2004) της Διοίκησης. Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των ανωτέρω αρχών όταν η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ, 13/2003, 1072/2003), ως εν προκειμένω. Περαιτέρω αορίστως η προσφεύγουσα επικαλείται την εφαρμογή της αρχής της ισότητας καθόσον δεν ιστορεί ούτε αποδεικνύει, ούτε προκύπτει ότι αναθέτουσα αρχή απέκλεισε μεν την δική της προσφορά για τον συγκεκριμένο εξεταζόμενο λόγο αλλά αποδέχθηκε άλλη προσφορά με την ίδια πλημμέλεια. Συνεπώς για όλους τους παραπάνω λόγους, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο

ισχυρισμός της προσφυγής περί εφαρμογής εν προκειμένω του άρθ. 102 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 17-19). Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς, πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή, διότι ορθά αποκλείσθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον νόμο (άρθ. 18, 53, 71, 91, 94 του ν. 4412/2016 σκέψεις 6-10) και τους όρους της διακήρυξης (όροι 2.4.1, 2.4.2.3, 2.4.3.2, 2.4.6, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ πρώτη παρ. και κεφ. 6 παρ. 6, σκέψη 12), καθώς δεν έχει υποβληθεί η απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση περί αλλοδαπών, ήτοι η προσφορά προσκρούει σε τεθέντα ουσιώδη όρο της διακήρυξης, και έπρεπε να απορριφθεί σύμφωνα με τις αρχές της νομιμότητας τυπικότητας και διαφάνειας της διαδικασίας (σκέψεις 13-16).

21. Επειδή ως κρίθηκε ορθά και σύννομα απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, και επομένως σύμφωνα με τα λεχθέντα στην σκέψη 3, χωρίς έννομο συμφέρον απαραδέκτως αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε αποδεκτή την προσφορά του προσωρινού αναδόχου.

22. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 23, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 15 Σεπτεμβρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ