

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.05.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 614/21.05.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη "...", Τ.Κ. "...", Τ.Θ. "...", όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Ν.Π.Δ.Δ. «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 18/11.05.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με αυτήν αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .../2020 Διακήρυξη του Ν.Π.Δ.Δ. «...» προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την προμήθεια χημικών υλικών για τον καθαρισμό και την απολύμανση του νερού των κολυμβητικών δεξαμενών των "...", για δώδεκα (12) μήνες, προϋπολογισμού 100.801,00€ (μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και του ΦΠΑ 24%), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 06.03.2020 με ΑΔΑΜ: "...", καθώς και στη

Αριθμός Απόφασης: 801 /2020

διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός "..."). Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, η σύμβαση υποδιαιρείται στα ακόλουθα τμήματα: 1. Χλώριο υγρής μορφής (Υποχλωριώδες Νάτριο 11-14%) προϋπολογισμού - χωρίς Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης - 47.600,00€, 2. Στέρεο Χλώριο 55-60% προϋπολογισμού - χωρίς Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης - 8.000,00€, 3. Στέρεο Χλώριο 90% προϋπολογισμού - χωρίς Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης - 4.950,00€, 4. Ταμπλέτα Χλωρίωσης 200gr 90% προϋπολογισμού - χωρίς Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης - 1.400,00€, 5. Υγρό για μείωση Ph (διάλυμα θειικού οξέος 30-40%) προϋπολογισμού - χωρίς Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης - 29.050,00€, 6. Αλγοκτόνο υγρό προϋπολογισμού - χωρίς Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης - 3.591,00€ και 7. Κροκιδωτικό Υγρό προϋπολογισμού - χωρίς Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης - 6.210,00€. Σύμφωνα, δε, με το ίδιο άρθρο της διακήρυξης, οι προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα από τα παραπάνω ή όλα τα προς προμήθεια είδη και η αναθέτουσα αρχή θα αναθέσει το κάθε τμήμα της σύμβασης, στον οικονομικό φορέα με την χαμηλότερη τιμή προσφοράς, για το κάθε τμήμα χωριστά.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό "...", εξοφληθέν δυνάμει του από 21.05.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.) ύψους 621,45€. Εντούτοις, το προσήκον παράβολο, κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό των τμημάτων στα οποία αφορά η προσφυγή, χωρίς ΦΠΑ. Όπως, δε, έχει κριθεί, ως βάση για τον υπολογισμό του ποσού του παραβόλου λαμβάνεται υπόψη η προϋπολογισθείσα δαπάνη σύμβασης στην ανάθεση της οποίας αποβλέπει πράγματι η διαγωνιστική διαδικασία και όχι η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση δικαιώματος προαίρεσης (πρβλ. ΕΑ 319/2019, 182/2019, 159/2019, 124/2018, 187/2017, 10/2017). Εν προκειμένω, ο προϋπολογισμός των τμημάτων 1, 5 και 7 της σύμβασης, στα οποία αφορά η υπό εξέταση

Αριθμός Απόφασης: 801 /2020

προσφυγή, μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και του Φ.Π.Α. ανέρχεται στο ποσό των 82.860,00€, συνεπώς το αναλογούν απαιτούμενο παράβολο ανέρχεται στο ελάχιστο ποσό των 600,00€. Ήτοι, η προσφεύγουσα κατέβαλε 21,45€ επιπλέον του νομίμως απαιτούμενου παραβόλου, το οποίο πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να της επιστραφεί (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 184/2017).

3. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη, μετά των εγκριθέντων με αυτήν Πρακτικών, κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11.05.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.05.2020, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, καθώς με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

6. Επειδή, στις 22.05.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους αναδειχθέντες με την προσβαλλόμενη προσωρινούς μειοδότες, μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. Φ6/1119/29.05.2020 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στις 29.05.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τόσο Α.Ε.Π.Π. όσο και στην προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπ' αριθμ. 2/2020 Διακήρυξη του Ν.Π.Δ.Δ. «...» προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την προμήθεια χημικών υλικών για τον καθαρισμό και την απολύμανση του νερού των κολυμβητικών δεξαμενών των "...", για δώδεκα (12) μήνες. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορές έξι (6) διαγωνιζόμενοι, ήτοι: 1. (προσφεύγουσα) "... (προσφορά με α/α συστήματος "...)", 2. "... (προσφορά με α/α συστήματος 168944, 3. "... (προσφορά με α/α συστήματος "...)", 4. "... (προσφορά με α/α συστήματος "...)", 5. "... (προσφορά με α/α συστήματος "...)" και 6. "... (προσφορά με α/α συστήματος "...)". Με το Πρακτικό 1^ο/09.04.2020, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε α) τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας και β) τον ορισμό ημερομηνίας αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής κρίθηκαν αποδεκτά. Ειδικότερα, ως προς τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, στο ως άνω 1^ο Πρακτικό αναφέρονται τα εξής: «Στο ΤΕΥΔ του οικονομικού φορέα «...», διαπιστώθηκε ότι στο Μέρος III: Λόγοι αποκλεισμού, στο πεδίο: «Μπορεί ο οικονομικός φορέας να επιβεβαιώσει ότι: α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα;» η απάντηση του οικονομικού φορέα είναι «ΟΧΙ». Σύμφωνα την παράγραφο 2.2.3.3. της διακήρυξης: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (δ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά

την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.5.2 της παρούσας, [...] Σύμφωνα την παράγραφο 2.2.5.1. «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών»: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής της παραγράφου 2.2.4 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.: [...]». Εφόσον λοιπόν ο οικονομικός φορέας «...», δεν μπορεί να επιβεβαιώσει ότι «α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα;» τότε αποκλείεται από τη συμμετοχή του στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 79 του ν.4412/2016 και τη διακήρυξη του διαγωνισμού.». Εν συνεχεία, με το Πρακτικό 2^ο/28.04.2020, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε α) τη συνολική απόρριψη των προσφορών των διαγωνιζομένων «...» και «...» β) την απόρριψη της διαγωνιζόμενης «...» για το τμήμα 2, γ) την απόρριψη της διαγωνιζόμενης «...» για τα τμήματα 2, 3, 4 και 6 και δ) τον ορισμό ημερομηνίας αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων για τα τμήματα για τα οποία οι τεχνικές προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές. Ακολούθως, με το Πρακτικό 3^ο/05.05.2020, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε α) την ανάδειξη της διαγωνιζόμενης «...» ως προσωρινής αναδόχου για τα τμήματα 3, 4, 6 και 7 και β) την ανάδειξη της διαγωνιζόμενης «...» ως προσωρινής

αναδόχου για τα τμήματα 1 και 5. Τα ως άνω 1^ο, 2^ο και 3^ο Πρακτικά, εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. 18/11.05.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχή, κατά της οποίας ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 18 και 53 του Ν.4412/2016, καθώς και την κατευθυντήρια οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ, προβάλλει ότι: *«Η εταιρεία μας λοιπόν κατά την συμπλήρωση του ΤΕΥΔ στο μέρος ΙΙΙ στο τμήμα Λόγοι αποκλεισμού, στο πεδίο: «Μπορεί ο οικονομικός φορέας να επιβεβαιώσει ότι: α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα;» απάντησε «ΟΧΙ». Η αναθέτουσα ήταν υποχρεωμένη να εφαρμόσει το άρθρο 102 παρ. 5 ν. 4412/2016 και την κατευθυντήρια οδηγία και να μας καλέσει για διευκρινήσεις. Ο νόμος στο σημείο αυτό είναι σαφής και δεν χωρεί αμφιβολία ότι η υποχρέωση της αυτή υφίσταται δεδομένου ότι είναι εμφανές ότι το λάθος μας έγινε από παραδρομή ήτοι πλημμελή –αντίστροφη κατανόηση του τεθέντος ερωτήματος. Αντ' αυτού ερμήνευσε την διακήρυξη και τον νόμο κατά το δοκούν και προχώρησε σε απόρριψη της προσφοράς μας ως απαράδεκτης. Κι ενώ η επιλοχώρηση του πρόδηλου σφάλματος ήταν περισσότερο από εμφανής, η δε υποχρέωση της να ζητηθούν διευκρινήσεις από την εταιρεία μας ήταν ευθεία, προέβη παρ' όλα αυτά στον άδικο και παράνομο αποκλεισμό μας. Στο σημείο αυτό θα ήθελα να αναφέρω ότι η εταιρεία μας συμμετέχει κάθε χρόνο σε πολλούς διαγωνισμούς, ενώ στην παρούσα χρονική στιγμή οι ενεργές συμβάσεις με δημόσιους φορείς ανέρχονται σε 37. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς, γνωρίζουν πολύ καλά τα δικαιολογητικά που απαιτούνται για μια άρτια συμμετοχή. Σε κάθε περίπτωση ποιος μέσος συνετός εχέφρων άνθρωπος θα συμμετείχε σε κάποιον δημόσιο διαγωνισμό ενώ δεν είχε τις προϋποθέσεις και πολλώ δε μάλλον θα το δήλωνε με την υποβολή του ΤΕΥΔ? Επιπλέον δέον να αναφερθεί ότι το αίτημα της αναθέτουσας για συμπλήρωση ή διόρθωση του*

ΤΕΥΔ ουδόλως εισάγει ανισότητα μεταξύ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ούτε έχει ως συνέπεια την ευνοϊκή μεταχείριση της εταιρείας μας, έναντι των υπολοίπων οικονομικών φορέων, στην διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης καθόσον η όποια διόρθωση συντελούνταν στο τμήμα ΙΙΙ του ΤΕΥΔ, δεν θα ήταν σε κάθε περίπτωση προσκόμιση νέου δικαιολογητικού ή τροποποίηση τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς. Αντίθετα ο νόμος και η νομολογία έχουν κρίνει πως οι αναθέτουσες υποχρεούνται να καλούν τους οικονομικούς φορείς για διόρθωση τέτοιων σφαλμάτων (πρόδηλων) ακριβώς για να καλύψει τις όποιες ανισότητες μπορεί να προκύψουν από την μη χορήγηση μιας τέτοιας δυνατότητας. Τέλος η επιτροπή διαγωνισμού στην προσπάθεια της να αιτιολογήσει τους λόγους αποκλεισμού της εταιρείας μας, κάνει ένα λογικό και νομικό άλμα που όμως σε καμία περίπτωση δεν ευσταθεί. Εν προκειμένω λοιπόν αναφέρει όρο της διακήρυξης και συγκεκριμένα :την παράγραφο 2.2.3.3. της διακήρυξης: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (δ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.5.2 της παρούσας, [...]». ΚΑΙ ΤΟ ΕΡΩΤΗΜΑ ΠΟΥ ΓΕΝΝΑΤΑΙ είναι το εξής, από που προκύπτει ότι η εταιρεία μας έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κλπ?? Η αναθέτουσα λοιπόν αρχή θεωρεί εκ προοιμίου αποδεδειγμένο ότι έχουμε υποπέσει σε όλες τις παραπάνω αναφερόμενες παρατυπίες, βασιζόμενη αποκλειστικά στην σχετική δήλωση μας στο ΤΕΥΔ, δήλωση όμως η οποία είναι πασιφανές ότι οφείλεται σε παραδρομή, ήτοι σε πλημμελή κατανόηση του ερωτήματος. Έχει εξακριβώσει κάτι τέτοιο η αναθέτουσα? Και από πού? Είναι προφανές ότι η διακήρυξη, ο νόμος και ο νομοθέτης δεν είχαν στο μυαλό τους αυτό, όταν όριζαν τους παραπάνω όρους, αλλά αποδεδειγμένες ποινές και καταδίκες που φυσικά καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή σε δημόσιο διαγωνισμό. Και για τον λόγο αυτό πρέπει η

προσβαλλόμενη να απορριφθεί και ως πλημμελώς αιτιολογημένη- άλλως αναιτιολόγητη. ΕΠΕΙΔΗ από την επισκόπηση της διοικητικής νομολογίας της ΑΕΠΠ επί του νομικού ζητήματος περί μη συμπλήρωσης ή/και λανθασμένης συμπλήρωσης κατά την κατάστροση του ΕΕΕΣ και εν προκειμένω του ΤΕΥΔ, αποδεικνύεται πως η Αρχή στρεφόμενη αρχικά, για λόγους ασφάλειας δικαίου, υπέρ της αρχής της τυπικότητας για τις δεδομένες παρατυπίες και αποκλίσεις αυτές εν γένει στράφηκε τελικώς υπέρ της αρχής της επιείκειας, λαμβάνοντας υπόψη και την ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 23 που δημοσίευσε η ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» και συγκεκριμένα την παρ. 2.3.1. αυτής και εξέδωσε τις παρακάτω ενδεικτικά αναφερόμενες αποφάσεις ΑΕΠΠ 4ο Κλιμάκιο 612/2018, 7ο Κλιμάκιο 900/2018 και 8ο Κλιμάκιο 895/2019]. Επιπλέον με βάση την πλέον πρόσφατη νομολογία εκ του Ελεγκτικού Συνεδρίου όπως έχει προκύψει κατά την άσκηση του συνταγματικώς κατοχυρωμένου προσυμβατικού ελέγχου που ασκεί επί υποθέσεων δημοσίων διαγωνισμών (άρθρο 98 παρ .1 β) Σ), προκύπτει ότι την ανωτέρω κατεύθυνση περί επιτρεπτών διευκρινίσεων ή/ και συμπληρώσεων, μέσω ενεργοποίησης της διάταξης του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, έχει ακολουθήσει και αυτό όπως επιβεβαιώνεται εξάλλου από τις δύο πρόσφατες μελέτες εκ των Μελών του Ανωτάτου Δικαστηρίου, ήτοι της «Ε. Καλλιτσιώτη, «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρα 79, 79Α Ν 4412/2016)>» σελ. 337επ. και Α. Παπασταμάτη, «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 102 Ν 4412/2016)», σελ. 383επ. αμφότερες στο συλλογικό έργο Η. Μάζου - Ε.Ε. Κουλουμπίνη - Ι.Κίτσου (επιμέλεια), Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Νομική Βιβλιοθήκη 2019).».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προβάλλει συναφώς ότι: «Η εταιρία «...» (προσφεύγουσα) συμμετείχε στον διαγωνισμό των «...» για την «... (...)» με τους όρους της με αριθ. 2/2020 διακήρυξης. Με την απόφαση της Επιτροπής Διοίκησης αριθ. 18/11-5-2020 απορρίφθηκε η προσφορά της, για τους λόγους που αναφέρονται στο με αριθ. 1/9-4-2020

πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, ήτοι: αρνητική δήλωση (στο ΤΕΥΔ), συμμόρφωσης στους όρους της διακήρυξης. Η προσφεύγουσα δήλωσε ότι δεν μπορεί να επιβεβαιώσει ότι «α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα». Η παραπάνω δήλωση ήταν απαραίτητος όρος της διακήρυξης και πεδίο συμπλήρωσης από τους διαγωνιζόμενους στο ΤΕΥΔ, το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75) (άρθρα 79 και 79Α του ν.4412/2016). Συνεπώς η προσφορά της ορθώς απορρίφθηκε από την επιτροπή διαγωνισμού. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: «ο αποκλεισμός αυτός ήταν μη νόμιμος, καθόσον έγινε από την αναθέτουσα εσφαλμένη ερμηνεία της διακήρυξης και του άρθρου 102 παρ. 5 ν. 4412/2016 και κυρίως της κατευθυντήριας οδηγίας 23 της Ε.Α.Α.Δ[Η].Σ[Υ].» (σελίδα 8 της προσφυγής). Επίσης στην σελίδα 11 της προσφυγής αναφέρει ότι «Η αναθέτουσα ήταν υποχρεωμένη να εφαρμόσει το άρθρο 102 παρ. 5 ν. 4412/2016 και την κατευθυντήρια οδηγία και να μας καλέσει για διευκρινήσεις...» [...] «Κι ενώ η εμφιλοχώρηση του πρόδηλου σφάλματος ήταν περισσότερο από εμφανής, η δε υποχρέωση της να ζητηθούν διευκρινήσεις από την εταιρεία μας ήταν ευθεία, προέβη παρ' όλα αυτά στον άδικο και παράνομο αποκλεισμό μας.» Ο ισχυρισμός ότι «έγινε από την αναθέτουσα εσφαλμένη ερμηνεία της διακήρυξης...» είναι άτοπος χωρίς να χρήζει περαιτέρω ανάλυσης, διότι ο εν λόγω όρος ήταν ξεκάθαρος όρος της διακήρυξης και του άρθρου 73 «Λόγοι αποκλεισμού» του ν.4412/2016. Ο τρόπος σύνταξης των ερωτημάτων των πεδίων του ΤΕΥΔ της σχετικής διακήρυξης, είναι ο τυποποιημένος τρόπος σύνταξης που χρησιμοποιείται γενικότερα στους δημόσιους διαγωνισμούς, τον οποίο συστήνει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) (παράγραφος 3 του άρθρου 79Α του ν.4412/2016). Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «έγινε από την αναθέτουσα εσφαλμένη

ερμηνεία [...] του άρθρου 102 παρ. 5 ν. 4412/2016 και κυρίως της κατευθυντήριας οδηγίας 23 της Ε.Α.Α.Δ[Η].Σ[Υ].» είναι αβάσιμος και παραπλανητικός, διότι διαστρεβλώνει τις διατάξεις που ορίζονται ρητά από τα παραπάνω, προς όφελος του οικονομικού φορέα και όχι του δημοσίου συμφέροντος, οδηγώντας έτσι στην άνιση μεταχείριση μεταξύ των διαγωνιζομένων και ειδικά των κανονικά επιμελών οικονομικών φορέων, οι οποίοι συμπλήρωσαν όλα τα πεδία του ΤΕΥΔ, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Το άρθρο 102 του ν.4412/2016 αναφέρεται στα εξής: «[...]». Σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις, το ΤΕΥΔ της προσφεύγουσας, δεν χωρούσε ούτε διευκρινήσεις διότι η απάντηση ήταν ξεκάθαρη («ΟΧΙ»), ούτε συμπλήρωση, εφόσον δεν είχε κενά. Επιπλέον η εταιρία «...», αναφέρει μέσα στην προσφυγή της ότι το ζητούμενο προκύπτει από δικό της σφάλμα (λάθος απάντηση). Αυτό που ζητάει λοιπόν με την προσφυγή της από την αναθέτουσα αρχή, είναι ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ του δικαιολογητικού συμμετοχής στο διαγωνισμό με άλλο, στο οποίο να της επιτραπεί να συμμορφωθεί η ίδια η προσφεύγουσα, με τους όρους της διακήρυξης. Το αίτημα αυτό είναι εντελώς παράνομο, σύμφωνα με τον ν.4412/2016 και αντιβαίνει στις αρχές της διαφάνειας, της αμεροληψίας και της ίσης μεταχείρισης. Μια τέτοια πράξη από την επιτροπή διαγωνισμού, θα ήταν πράξη παράνομη, διότι θα ευνοούσε μόνο τον έναν και μη επιμελή διαγωνιζόμενο σε βάρος των υπολοίπων κανονικά επιμελών διαγωνιζομένων, σε αντίθεση με τις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 102 του ν.4412/2016: «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». Ως προς τον ισχυρισμό που αναφέρεται στην προσφυγή, ότι «η εμφιλοχώρηση του πρόδηλου σφάλματος ήταν περισσότερο από εμφανής, η δε υποχρέωση της να ζητηθούν διευκρινήσεις από την εταιρεία μας ήταν ευθεία ...» αναφέρουμε ότι δεν είναι στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θεωρεί ότι μία ξεκάθαρη απάντηση σε μία υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (ΤΕΥΔ), η οποία επιφέρει έννομες συνέπειες στον υπογράφοντα, έγινε εσφαλμένα ή με δόλο. Η αντικατάσταση της δήλωσης αυτής

με μία εντελώς αντίθετη στο ΤΕΥΔ, θα καθιστούσε το ίδιο το ΤΕΥΔ ως ψευδή δήλωση, με τις κυρώσεις του ν.1599/1986. Για όλους τους παραπάνω λόγους που σας παραθέσαμε, θεωρούμε ότι η προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...», κατά της υπ' αριθ. 18/11-5-2020 απόφασης της Επιτροπής Διοίκησης, πρέπει να κριθεί απορριπτέα.».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια ...». Επίσης, 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 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. ...».

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της

διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ. Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων

της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

13. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι

μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή 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».

15. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρθρου 102 και του άρθρου 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 επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή 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 ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη

των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί υπό προϋποθέσεις η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ). Ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι η πλημμέλεια που αναφέρεται ανωτέρω, θα πρέπει να δημιουργεί αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως θα πρέπει να είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 876/2019, 393/2019).

16. Επειδή, η διαγραφόμενη με τη διάταξη του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ. 40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C 387/14, Esaprojektsp. z o.o. κατά WojewództwoŁódzkie, σκ. 37-40). Ομοίως, καθίσταται σαφές ότι δεν χωρεί εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όταν από τις οικείες διατάξεις προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα να απορρίψει την οικεία προσφορά (βλ. Δ.Εφ. Χανίων 13/2019 σκ. 14, βλ. Δεφ Χαν 10/2019, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019, Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣτΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249).

17. Επειδή, περαιτέρω, 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 κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko 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).

18. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος

γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΠ) σκ. 71].

19. Επειδή, σύμφωνα με τη ρητή διάταξη του άρθρου 102 παρ. 3 του ν. 4412/2016, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων, που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.) και, μάλιστα του ΤΕΥΔ, δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία (πρβλ. Ε.Α. 135/2018, Δ.Εφ.Θεσ/νίκης Ν166/2018).

20. Επειδή, οι προϋποθέσεις συμμετοχής στους Διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αποτυπώνονται προκειμένου για συμβάσεις κάτω των ορίων, στο Τυποποιημένο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ), το οποίο αποτελεί Υπεύθυνη Δήλωση των οικονομικών φορέων, προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και παρέχει προκαταρκτική απόδειξη για το ότι ο οικονομικός φορέας: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις που συνεπάγεται υποχρεωτικώς ή μπορεί να έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό του από τη διαδικασία και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής που έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, το Τ.Ε.Υ.Δ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών, με βάση το νέο, ενοποιημένο πλέον, νομοθετικό πλαίσιο που εισάγει ο Ν. 4412/2016 και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση

προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων, τα οποία απαιτούνταν από το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως προς τον σκοπό της διευκόλυνσης της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και της μείωσης του χρόνου προετοιμασίας των προσφορών.

21. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τους προπαρατεθένες όρους της διακήρυξης, η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού αφενός προαποδεικνύεται κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών δια της απάντησης του διαγωνιζόμενου στα σχετικά ερωτήματα του ΤΕΥΔ και αφετέρου αποδεικνύεται από τον προσωρινό ανάδοχο μέσω της υποβολής των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών κατακύρωσης.

22. Επειδή, στο άρθρο 2.2.5 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «2.2.5.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής της παραγράφου 2.2.4 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΤΕΥΔ καταρτίζεται από τις αναθέτουσες αρχές βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Α' της Απόφασης 158/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες της Κατευθυντήριας Οδηγίας 15/2016 (ΑΔΑ: ΩΧΟΓΟΞΤΒ-ΑΚΗ). Το ΤΕΥΔ σε επεξεργάσιμη μορφή είναι αναρτημένο στην ιστοσελίδα της ΕΑΑΔΗΣΥ (www.eaadhsy.gr) και (www.hsppa.gr). [...] 2.2.5.2 Αποδεικτικά μέσα. Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.4, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη

σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. [...] Β.1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 ο προσωρινός ανάδοχος προσκομίζει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: [...]». Επίσης, στο άρθρο 2.4.3 «Περιεχόμενα Φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά”» της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4 412/2016, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.5.1. 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 ΙΙΙ), [...]». Περαιτέρω, στο περιλαμβανόμενο στο Παράρτημα ΙΙΙ της διακήρυξης πρότυπο ΤΕΥΔ και ειδικότερα στο Κεφάλαιο Γ του Μέρους ΙΙΙ αυτού, περιλαμβάνεται το εξής ερώτημα: «Μπορεί ο οικονομικός φορέας να επιβεβαιώσει ότι: α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα;».

23. Επειδή, όπως προκύπτει από το υποβληθέν από την προσφεύγουσα ΤΕΥΔ, καθώς και όπως η ίδια συνομολογεί, στο παρατιθέμενο στην προηγούμενη σκέψη ερώτημα του ΤΕΥΔ, η προσφεύγουσα έχει συμπληρώσει «ΟΧΙ». Συνακόλουθα, ακόμη κι αν η ως άνω συμπλήρωση έγινε εκ παραδρομής, η προσφεύγουσα, κατά παράβαση των προπαρατεθέντων όρων της διακήρυξης, δεν ανταποκρίθηκε στην υποχρέωση προαπόδειξης περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό της των επίμαχων λόγων αποκλεισμού. Εξάλλου το ως άνω ερώτημα του ΤΕΥΔ είναι σαφές και συνεπώς - και δη λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω στη σκ. 18 διαλαμβανόμενων - δε νοείται πλημμελής κατανόησή του, ως εκ τούτου, αλυσιτελώς προβάλλεται ο σχετικός

ισχυρισμός της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, κατά τη σύνταξη των προσφορών, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, κρίσιμες είναι οι δηλώσεις (και δη υπεύθυνες, όσον αφορά στο ΤΕΥΔ) του διαγωνιζόμενου, ο οποίος έχει και την ευθύνη για την ορθή σύνταξη της προσφοράς του. Κατόπιν των ανωτέρω, νομίμως και σε συμφωνία με τη διακήρυξη απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας λόγω της κατά τα ως άνω συμπλήρωσης του επίμαχου ερωτήματος του ΤΕΥΔ. Επίσης, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω στις σκ. 15 έως 17 και 19 διαλαμβανόμενων, δεν ήταν δυνατή η κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 παρ. 5 του Ν.4412/2016 κλήση της προσφεύγουσας προς διόρθωση του ΤΕΥΔ, καθώς η εκ νέου υποβολή του ΤΕΥΔ με διορθωμένο - και δη με το ακριβώς αντίθετο περιεχόμενο από τα ήδη δηλωθέντα - το επίμαχο πεδίο του, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς της. Τέλος, οι κρίσεις αποφάσεων της ΑΕΠΠ επί έτερων διαγωνιστικών διαδικασιών, πέραν του ότι η επίκλησή τους εκ μέρους της προσφεύγουσας γίνεται προεχόντως απαραδέκτως ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών (ΕΑ 304/2007, 958/2007, 1246/2007), αφορούν σε διαφορετικά σε σχέση με τα υπό εξέταση πραγματικά περιστατικά.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει ποσό 600,00€ εκ του καταβληθέντος παραβόλου (κωδικός «...»), κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με τη σκ. 2 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση ποσού 600,00€ εκ του καταβληθέντος παραβόλου (κωδικός «...»), σύμφωνα με τη σκ. 2 της παρούσας.

Αριθμός Απόφασης: 801 /2020

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 26 Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε στις 15 Ιουλίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία Κατσαρού