

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 22 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μαρία Κάπαρη (Εισηγήτρια) και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.09.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/975/28.09.2018 του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία “...” (εφεξής Προσφεύγων), που εδρεύει στη ..., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, με την επωνυμία “ΔΗΜΟΣ ΛΕΥΚΑΔΑΣ” (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή), που εδρεύει στη Λευκάδα, επί της οδού Τζεβελέκη και Κατωπόδη, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο Προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 17.09.2018 υπ’ αρ. 294/12.09.2018 (Α.Δ.Α.: ΨΡ3ΠΩΛΙ-Η52) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, με θέμα: “Απόφαση Ο.Ε. για έγκριση πρακτικού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με Α/Α συστήματος 75363 του έργου «ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΝΗΣΩΝ ΚΑΛΑΜΟΥ-ΚΑΣΤΟΥ ΜΕ ΥΠΟΘΑΛΑΣΣΙΟ ΑΓΩΓΟ» με κωδικό ΟΠΣ 5005080” (εφεξής Προσβαλλόμενη), καθ’ ο μέρος απεκλείσθη η προσφορά του προσφεύγοντος στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου, εκτιμώμενης αξίας 354.838,71 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% (υπ’ αρ. πρωτ. 14866/23.07.2018 Διακήρυξη (εφεξής Διακήρυξη), με την οποία προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Δημόσιος Ανοιχτός Διαγωνισμός κάτω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 23-7-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ

18PROC003468028 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 24-7-2018 με συστημικό α/α 75363.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Κάπαρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 του π.δ. 39/2017 και 363 του ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 235606679958 1126 0017, ποσού ευρώ 1.775,00), που φέρει την ένδειξη "ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ".

2. Επειδή, ο Προσφεύγων διά της επίδικης Προδικαστικής Προσφυγής στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 17.09.2018 Προσβαλλόμενης της Αναθέτουσας Αρχής και δη κατά απόφασης περάτωσης σταδίου οικονομικών προσφορών-δικαιολογητικών συμμετοχής, διά αποσφράγισης των σχετικών υποφακέλων, και ανάδειξης προσωρινού μειοδότη. Προς υποστήριξη της Προδικαστικής Προσφυγής, ο Προσφεύγων επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 22.Β., 23.1., 23.4., 23.9. της Διακήρυξης, τις διατάξεις του άρθρου 377 παρ. 31 του ν. 4412/2016, τις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 5 και 92 του ν. 3669/2008, καθώς επίσης και τις διατάξεις της Υ.Α. Δ15/οικ/15658. Όσον αφορά δε την τελευταία, υποστηρίζει ότι δεν εμπεριέχεται στο νομοθετικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ούτε γίνεται καμία αναφορά περί αυτής στη Διακήρυξη, ενώ το ίδιο ισχύει, όπως αναφέρει, τόσο ως προς την Κατευθυντήρια Οδηγία 23-Απόφαση 3/24.01.2018 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., όσο και ως προς την απάντηση στην ερώτηση αρ. 51 του πεδίου "Συχνές ερωτήσεις" της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί της ιστοσελίδας της τελευταίας. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, μη νομίμως αποκλείσθηκε ο ίδιος, κατά τις αιτιάσεις του, κατόπιν εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το στάδιο ελέγχου των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων, που ακολούθησε μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, όπου και ανεδείχθη πρώτος κατά σειρά

μειοδοσίας, με ποσοστό έκπτωσης 42,58%, η οποία εισήγηση εν συνεχεία εγκρίθηκε διά της Προσβαλλόμενης από την Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας, με την αιτιολογία ότι: *“Η εργοληπτική επιχείρηση με την επωνυμία ... δεν γίνεται δεκτή διότι: Έχει κακώς συμπληρώσει στο μέρος II ενότητα Α του Τ.Ε.Υ.Δ. ότι είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο, ενώ σύμφωνα με την οδηγία 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. καθώς και την απάντηση στο ερώτημα 51 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. μόνο όσοι διαθέτουν ενημερότητα καθώς και πτυχίο Μ.Ε.ΕΠ. ανήκουν σε επίσημο κατάλογο έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ.”* και ακολούθως αναδείχθηκε ως προσωρινός μειοδότης η εργοληπτική επιχείρηση, με την επωνυμία “...”, με ποσοστό έκπτωσης 25,83%. Ειδικότερα, ως λόγος ακύρωσης προβάλλεται από τον Προσφεύγοντα ότι μη νόμιμα αποκλείστηκε από τον εν θέματι διαγωνισμό, καθόσον, κατά την άποψή του, το Μ.Ε.ΕΠ. είναι ο μοναδικός επίσημος κατάλογος εργοληπτών, εν αντιθέσει με την ενημερότητα πτυχίου, η οποία δεν είναι κατάλογος, αλλά πιστοποιητικό, η χορήγηση του οποίου προϋποθέτει την εγγραφή σε επίσημο κατάλογο, που είναι μόνον το Μ.Ε.ΕΠ.. Ως εκ τούτου, από μόνη της η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. αρκεί για να θεωρηθεί μια επιχείρηση εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και επομένως, κατά τους ισχυρισμούς πάντα του Προσφεύγοντος, η απάντηση ΝΑΙ που έθεσε στο αντίστοιχο πεδίο του Τ.Ε.Υ.Δ. του ήταν απολύτως ορθή και νόμιμη. Επικουρικώς δε, προβάλλει ότι, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ότι επίσημος κατάλογος εγκεκριμένων οικονομικών φορέων είναι το Μ.Ε.ΕΠ. μαζί με την ενημερότητα πτυχίου, η απαίτηση να συμπληρωθεί ΟΧΙ στο μέρος II ενότητα Α του Τ.Ε.Υ.Δ., ότι δηλαδή δεν είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημο κατάλογο, νοείται μόνο για όσες εργοληπτικές επιχειρήσεις μπορούν να έχουν ενημερότητα πτυχίου και παρά ταύτα δεν έχουν. Συνεπώς, η δική του επιχείρηση, δεδομένου ότι είναι εγγεγραμμένη στην 1^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. ως προς τα Λιμενικά και στη 2^η τάξη ως προς τις υπόλοιπες κατηγορίες, δεν διαθέτει και ούτε δύναται να διαθέτει εκ του νόμου ενημερότητα πτυχίου, καθόσον ενημερότητα πτυχίου λαμβάνουν εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στην 3^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. και άνω. Ωστόσο, έχοντας εγγραφεί στο Μ.Ε.ΕΠ., απολύτως νόμιμα, κατά τους ισχυρισμούς του Προσφεύγοντος, δήλωσε ΝΑΙ στο μέρος II ενότητα Α του Τ.Ε.Υ.Δ., ότι δηλαδή είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο. Αντιθέτως, αν

δήλωνε ΟΧΙ στο εν θέματι πεδίο, θα είχε προβεί σε ψευδή δήλωση, καθώς, διά της εγγραφής του στο Μ.Ε.ΕΠ., πληροί τις απαιτήσεις των άρθρων 22.β και 23.4. της Διακήρυξης, μη δυνάμενος να αποδείξει με άλλο τρόπο την επαγγελματική του καταλληλότητα για την ανάληψη της εργολαβίας, εφόσον αυτή αποδεικνύεται μέσω της εγγραφής του στο Μ.Ε.ΕΠ.. Κατόπιν των ανωτέρω διαλαμβανομένων, ο Προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο αποκλεισμός του είναι παράνομος, διότι, ακόμη και αν η άποψη της Αναθέτουσας Αρχής θα μπορούσε να θεωρηθεί υποστηρίξιμη για εργοληπτικές επιχειρήσεις από την 3^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. και άνω, σε καμία περίπτωση δεν δύναται να θεωρηθεί υποστηρίξιμη, πολλώ δε μάλλον νόμιμη, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις με τάξη εργοληπτικού πτυχίου κατώτερη της 3^{ης}. Ως εκ τούτου, καταλήγει ο Προσφεύγων, από μόνη της η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. συνιστά σε περιπτώσεις, όπως η δική του, εγγραφή σε επίσημο κατάλογο, δεδομένου ότι είναι εκ του νόμου αδύνατη η κατοχή ενημερότητας πτυχίου, ενώ και η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. δεν είναι νοητό να αποσιωπηθεί, διά της σημείωσης ΟΧΙ στο οικείο πεδίο, αφού η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. απαιτείται από τα ανωτέρω αναφερόμενα άρθρα της Διακήρυξης. Επικουρικώς, και υπό την παραδοχή των όσων αναφέρονται σχετικώς επί της ανωτέρω αναφερόμενη Κατευθυντήριας Οδηγίας της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκύπτει ασάφεια της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον Προσφεύγοντα, η οποία δεν δύναται να αποβεί εις βάρος του, όσον αφορά τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, οι οποίες ναι μεν είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ., ωστόσο όμως δεν έχουν, ένεκα της τάξης τους, ενημερότητα πτυχίου και συνεπώς ευλόγως, ορθώς και αληθώς δήλωσαν ΝΑΙ στο σχετικό πεδίο, δεδομένου ότι δεν υπάρχει ειδική πρόβλεψη σε κανένα σημείο της Διακήρυξης γι' αυτές, αλλά αντιθέτως, βάσει των ανωτέρω αναφερόμενων διατάξεών της, προκύπτει ότι το Μ.Ε.ΕΠ. συνιστά πράγματι κατάλογο εγκεκριμένων φορέων. Περαιτέρω και επικουρικώς υποστηρίζεται από τον Προσφεύγοντα ότι η δήλωσή του, εξαιτίας της οποίας αποκλείστηκε, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί εσφαλμένη, δεν στέρησε την Αναθέτουσα Αρχή από καμία δέσμευση και πληροφορία κρίσιμη και απαιτητή κατά τη Διακήρυξη, δεδομένου ότι δεσμεύθηκε να προσκομίσει το σύνολο των δικαιολογητικών που απαιτούσε η Διακήρυξη, ενώ παράλληλα το γεγονός ότι ο ίδιος προσέφερε 17 μονάδες υψηλότερο ποσοστό έκπτωσης σε σχέση με τον προσωρινό μειοδότη καθιστά

τον αποκλεισμό του προσέτι παράνομο. Τέλος και επικουρικώς ο Προσφεύγων, επικαλούμενος τα αναφερόμενα επί της ανωτέρω αναφερόμενης Κατευθυντήριας Οδηγίας της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (σχετ. 2.3.1.), προβάλλει ότι, η Αναθέτουσα Αρχή, εφόσον έκρινε ότι ο ίδιος δεν είχε συμπληρώσει ορθά το Τ.Ε.Υ.Δ., όφειλε να τον καλέσει να το συμπληρώσει με ορθό τρόπο, καθόσον γνώριζε λόγω της εγγραφής του στο Μ.Ε.ΕΠ. στην 1^η τάξη Λιμενικών ότι δεν διέθετε εκ του νόμου ενημερότητα πτυχίου και όχι να προβεί σε μη νόμιμο αποκλεισμό του.

3. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο την 08.10.2018 τις απόψεις της επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, επί των οποίων αναφέρει ότι, στη Διακήρυξη, η οποία δεσμεύει τόσο την Αναθέτουσα Αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους, στην παρ. 22B, το κριτήριο επαγγελματικής καταλληλότητας που απαιτείται από τους διαγωνιζόμενους είναι: *“...οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι Επιχειρήσεων (Μ.Ε.Ε.Π.)...”,* ενώ σύμφωνα με την παρ. 21.1 *“Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε Λιμενικά Έργα (κωδικός CPV 45241000-8) με προϋπολογισμό 354.838,71 € (χωρίς Φ.Π.Α.)...”,* ήτοι απαιτείται 1^η τάξη και άνω, για έργα κατηγορίας ΛΙΜΕΝΙΚΩΝ. Συνεπώς, στο διαγωνισμό δύναται να συμμετέχουν οικονομικοί φορείς, οι οποίοι, είτε είναι ανώτερης τάξης και διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, είτε είναι φορείς μικρότερης της 3^{ης} τάξης και δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου. Συνεπώς, κατά τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, δεν τίθεται θέμα διάκρισης ως προς την απαίτηση ενημερότητας πτυχίου, γι’ αυτό και δεν αναφέρεται πουθενά ως όρος της Διακήρυξης. Ωστόσο, η Διακήρυξη δεν θέτει όρους ορθής συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ, κατά τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, παρά μόνο δεσμεύει τους διαγωνιζόμενους ως προς τα απαιτούμενα στοιχεία, ενώ δεν είναι υποχρεωτικό να μνημονεύει σχετικώς οδηγίες της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.. Η ενημερότητα πτυχίου δεν συνιστά από μόνη της, κατά την Αναθέτουσα Αρχή, επίσημο κατάλογο, καθώς σύμφωνα με την οδηγία 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., απαιτείται συνδυασμός ενημερότητας πτυχίου και βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π., ώστε ο οικονομικός φορέας να ανήκει σε επίσημο κατάλογο που

πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 83 και του παραρτήματος XI του ν. 4412/2016. Κατά δε τα ανωτέρω, σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, η εγγραφή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.Ε.Π.), πέραν του ότι αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας, αποτελεί για την Ελλάδα επαγγελματικό μητρώο. Το ίδιο δε, κατά τις απόψεις της τελευταίας, επιβεβαιώνει και η υπ' αρ. 51 απάντηση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.: *“ Τα επαγγελματικά μητρώα Μελετητών και Εργοληπτών, που προβλέπονται στο άρθρο 75 (σε συνδυασμό και με το Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α), συνιστούν επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων οικονομικών φορέων κατά την έννοια του άρθρου 83 έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ.; Όχι, καθώς τα Μητρώα αυτά συνιστούν μόνο “επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα” κατά την έννοια του άρθρου 75, παρ. 2. Ωστόσο, ειδικά το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων μαζί με την ενημερότητα πτυχίου που προβλέπεται στην παρ. 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008 λειτουργεί εν τέλει ως επίσημος κατάλογος, έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ. (σημειώνεται ότι βάσει του άρθρου 377, παρ. 1, περ. (31), εξακολουθούν να ισχύουν οι παρ. 4 και 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008)”. Περαιτέρω, και σύμφωνα με την οδηγία 23, κατά τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, μόνον όσοι ανήκουν σε επίσημο κατάλογο συμπληρώνουν τις επόμενες υποερωτήσεις α έως και ε και ακολούθως διευκρινίζεται το εξής στην οδηγία συμπλήρωσης της απάντησης (γ): “Στην ερώτηση υπό στοιχείο (γ) συμπληρώνονται τα δικαιολογητικά, στα οποία βασίζεται η εγγραφή στον κατάλογο, καθώς και η κατάταξη σε αυτόν (εφόσον προβλέπεται κατάταξη όπως π.χ. στο Μ.Ε.Ε.Π.). Ειδικά οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις στην εν λόγω ερώτηση συμπληρώνουν τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή τους στην αντίστοιχη τάξη στο Μ.Ε.Ε.Π., σύμφωνα με τη σχετική Υπουργική Απόφαση που καθορίζει τα απαιτούμενα, ανά τάξη, δικαιολογητικά εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. και χορήγησης ενημερότητας πτυχίου”. Κατά την Αναθέτουσα Αρχή, για την ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ ΟΧΙ μόνο στις ερωτήσεις α έως ε απαντούν μόνον αυτοί που διαθέτουν συνδυασμό ενημερότητας πτυχίου και έχουν εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π., αλλά και ότι για τους ημεδαπούς στο πεδίο (γ) συμπληρώνουν τα δικαιολογητικά εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π., την τάξη του και δικαιολογητικά χορήγησης ενημερότητας πτυχίου, καθώς και ότι ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα που διαθέτει*

μόνο εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π. και όχι ενημερότητας πτυχίου δεν είναι παράνομος, αλλά οφείλεται στη λάθος συμπλήρωση του ΤΕΥΔ κατά τα ανωτέρω. Η δε ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ από οικονομικό φορέα που διαθέτει μόνο εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π. και αδυνατεί λόγω τάξης του πτυχίου, να προσκομίσει επιπλέον ενημερότητα πτυχίου, είναι, όπως αναφέρει σχετικώς η Αναθέτουσα Αρχή, στο μέρος IV και ειδικότερα στην Ενότητα Α, όπου θα έπρεπε στην ερώτηση 1) να συμπληρώσει το σχετικό επαγγελματικό μητρώο στο οποίο ανήκει, ενώ στην οδηγία 23 αναφέρεται το εξής: *“Οι ημεδαποί οικονομικοί φορείς, στα πεδία της Ενότητας Α, συμπληρώνουν σε ποιο μητρώο από τα αναφερόμενα στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016 είναι εγγεγραμμένοι, ανάλογα με το είδος της υπό ανάθεση σύμβασης”*. Σύμφωνα με τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, δεν υπάρχει ασάφεια στη Διακήρυξη, δεν δημιουργείται καμία διάκριση στους διαγωνιζομένους, είτε αυτοί είναι 3ης τάξης και διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου είτε αυτοί είναι μικρότερης τάξης και δεν διαθέτουν, συμπληρώνουν το ΤΕΥΔ στα αντίστοιχα πεδία και εφόσον πληρούν όλα τα απαιτούμενα κρίνονται ως προς την τιμή προσφοράς τους, ενώ λανθασμένη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ και αποδοχή της από την Επιτροπή διαγωνισμού με μοναδικό κριτήριο τη μειοδοσία, παράγει διακρίσεις ανάμεσα στους διαγωνιζόμενους, κατάργηση των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας που διέπει τη διαδικασία μιας δημόσιας σύμβασης κατά το πνεύμα της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας. Διόρθωση δε ή συμπλήρωση υπεύθυνης δήλωσης δεν επιτρέπεται εκ του νόμου, κατά την Αναθέτουσα Αρχή, ούτε ανάλογη διόρθωση αναφέρεται στο άρθρο 102, ενώ τυχόν διόρθωση μιας υπεύθυνης δήλωσης που είναι το ΤΕΥΔ θα οδηγούσε σε διαδικασία ενστάσεων και προσφυγών από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους. Ως εκ τούτου, επισημαίνει η Αναθέτουσα Αρχή, δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 που επικαλείται ο Προσφεύγων, αλλά το άρθρο 91, σύμφωνα με το οποίο απορρίπτονται προσφορές που εμπεριέχουν ασάφειες ή σφάλματα που δεν επιδέχονται διόρθωση.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή αφορά διαδικασία ανάθεσης έργου με ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων με κριτήριο

κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής. Περαιτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρθρο 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατά τις διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 17.09.2018, και χρόνος άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής την 27.09.2018, ήτοι τη δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ ο Προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρθρο 8 παρ. 2 του π.δ. 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από το νόμιμο εκπρόσωπο του τελευταίου. Ο δε Προσφεύγων, ως προσφέρων στον οικείο διαγωνισμό και ως πρώτος εκ της κατάταξής του κατά σειρά μειοδοσίας προ του σταδίου ελέγχου των φακέλων των δικαιολογητικών των διαγωνιζομένων, θεμελιώνει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής. Επομένως, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 53 (“Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης”) παρ. 1, προβλέπεται ότι: *“Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.”*

6. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 75 (“Κριτήρια επιλογής”) παρ. 1 και 2, προβλέπεται ότι: *“1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, [...]. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση*

σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασης τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. [...]”.

7. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 79 (“Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης”) παρ. 2, 4 και 5, προβλέπεται ότι: “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, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και δ) [...]. Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων. 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. 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή,

εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82. [...].”

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 83 (“Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και πιστοποίηση από οργανισμούς δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου”) παρ. 1, 2, 3, 4 και 5 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: “1. Η λειτουργία όλων των επίσημων καταλόγων εγκεκριμένων εργοληπτών, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των μελετητών, που προβλέπονται από τις εκάστοτε ισχύουσες εθνικές διατάξεις ή/και η πιστοποίηση από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄, διέπεται από τις διατάξεις του παρόντος άρθρου. [...] 2. Οι προϋποθέσεις εγγραφής στους επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων εργοληπτών, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών, καθώς και οι προϋποθέσεις που αφορούν την έκδοση πιστοποιητικών από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄, προσαρμόζονται στις διατάξεις των άρθρων 73 έως 83. [...] Σε αυτές τις περιπτώσεις, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς αποδεικνύουν στην αρχή που συντάσσει τον επίσημο κατάλογο ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αυτούς τους πόρους καθ’ όλη τη διάρκεια ισχύος του πιστοποιητικού, που πιστοποιεί την εγγραφή τους στον επίσημο κατάλογο και ότι οι εν λόγω συμμετέχοντες στην ένωση συνεχίζουν να πληρούν, κατά το ίδιο διάστημα, τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό που επικαλούνται οι φορείς αυτοί για την εγγραφή τους. 3. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποιητικό μπορούν, για την εκάστοτε σύμβαση, να

προσκομίζουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης. Στα πιστοποιητικά αυτά αναφέρονται τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων έγινε η εγγραφή των εν λόγω οικονομικών φορέων στον επίσημο κατάλογο ή η πιστοποίηση και η κατάταξη στον εν λόγω κατάλογο. 4. Η πιστοποιούμενη εγγραφή στους επίσημους καταλόγους από τους αρμόδιους οργανισμούς ή το πιστοποιητικό, που εκδίδεται από τον οργανισμό πιστοποίησης, συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας όσον αφορά τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό. 5. Η εγγραφή και κατάταξη στα Μ.Ε.Ε.Π., Μητρώο Μελετητών και Μητρώο Γραφείων Μελετών, και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας γενικής εμπειρίας [...].”

9. Επειδή, σύμφωνα με το Παράρτημα XI του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: “Τα σχετικά επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα καθώς και οι δηλώσεις και τα πιστοποιητικά που αντιστοιχούν σε κάθε κράτος μέλος είναι: [...] στην Ελλάδα, το «Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων – ΜΕΕΠ» του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων [...]”.

10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 21 (“Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης”) της Διακήρυξης, ορίζεται ότι: “21.1.: Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε Λιμενικά Έργα (κωδικός CPV 45241000-8) [...]”. Κατά τις δε διατάξεις του άρθρου 22B. “Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας” της Διακήρυξης, ορίζεται ότι: “Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ίες έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος XI

του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016”. Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του άρθρου 23.1 (“Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής”) της Διακήρυξης, ορίζεται ότι: “Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί 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 μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22Β-Ε της παρούσας [...]”. Κατά το δε άρ. 23.4 “Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β”, ορίζεται ότι: “(α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. στην 1^η τάξη και άνω, για έργα κατηγορίας ΛΙΜΕΝΙΚΩΝ (β) [...]”.

11. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 49/2018), ναι μεν ο κανονιστικός χαρακτήρας της διακήρυξης (ΣΤΕ ΕΑ 352/2016) δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους συμμετέχοντες, οι οποίοι οφείλουν να υποβάλουν τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012), προκειμένου να συμμετάσχουν νομίμως στο διαγωνισμό. Αυτά όμως, προϋποθέτουν ρητό και σαφή όρο ή έστω σαφή παραπομπή σε σαφή έτερη διάταξη και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν με σαφήνεια από την ίδια τη διακήρυξη (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2017). Εξάλλου, ουσιώδης όρος της διακήρυξης, η παράβαση του οποίου συνιστά λόγο αποκλεισμού, είναι αυτός ο οποίος ρητά προκύπτει ως τέτοιος από το ίδιο το κανονιστικό κείμενο αυτής και τίθεται ούτως ή ως επί ποινή αποκλεισμού ή όποιος συνέχεται αυτονόητα με το εν όλω παραδεκτό και σαφές της προσφοράς και σε κάθε περίπτωση επάγεται έννομες συνέπειες (βλ.

Αποφάσεις ΑΕΠΠ 236 και 246/2017 και 69/2018). Εξάλλου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 173/2018), σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά. Ωστόσο, η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης 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, σκ. 54). Υπό αυτό το πρίσμα, συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει τη 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 (Χ. Μηκίδης, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, 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). Τα ως άνω σημαίνουν, όπως προκύπτει δε και από παγία πρακτική της ΑΕΠΠ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018), ότι δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται δημιουργικά και διασταλτικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να

συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης.

12. Επειδή περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208 και 231/2017), παρέχεται στην Αναθέτουσα Αρχή ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, 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. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας ελέγχεται, τόσο ως προς την εκ μέρους της άσκηση, όσο και παράλειψη άσκησης, βάσει των κανόνων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187 και 208/2017). Η δε παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν συνδρομή της στο πρόσωπο της Αναθέτουσας, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρθρου 102, δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα, αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης, ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος, θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρθρου 102 παρ. 3 και του άρθρου 18 του 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 (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να επιτρέπει εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα, έναντι των ανταγωνιστών του, εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής

προϋπόθεσης, η κατοχή της οποίας, κατά το χρόνο υποβολής προσφοράς, δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία, 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 και ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και δυνατόν να συμπληρωθεί σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας, την τυχόν ασάφεια και ελλείψεις των οικείων όρων της διακήρυξης, του γενικού όγκου πληροφοριών και αποδεικτικών εγγράφων που απαιτεί η διαδικασία και της εν γένει επιμέλειας που επέδειξε ο προσφέρων ως προς τις λοιπές αποδεικτικές υποχρεώσεις του και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε όμως περίπτωση, κατ' άρθρο 102 παρ. 5, οσάκις υφίσταται ασάφεια που διακινδυνεύει την προσφορά με αποκλεισμό, η Αναθέτουσα δεν έχει απλά ευχέρεια αλλά και υποχρέωση να καλέσει το διαγωνιζόμενο σε διευκρινήσεις και έτσι δεν υπάρχει δυνατότητα άνευ ετέρου αποκλεισμού λόγω ασάφειας των εγγράφων της προσφοράς, συμπεριλαμβανομένης της οικονομικής. Δεδομένης όμως της ως άνω υποχρέωσης μη αποκλεισμού προκύπτει ότι, εφόσον η οποία ασάφεια εγγράφου της προσφοράς αίρεται από τα αναγραφόμενα σε έτερο συνυποβληθέν με την προσφορά έγγραφο, για την ταυτότητα του νομικού λόγου η αναθέτουσα δεν δύναται να αποκλείσει την προσφορά (αφού ακόμη και αν δεν υφίστατο συνυποβληθέν έγγραφο που την αίρει και πάλι η Αναθέτουσα θα όφειλε να καλέσει για διευκρινίσεις, οι οποίες όμως αν η ασάφεια του ενός εγγράφου αίρεται εξ αρχής εξ άλλου συνυποβληθέντος, δεν χρειάζονται και είναι άσκοπες ούτως ή άλλως).

13. Επειδή, σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ

(Απόφαση 3/24.01.2018 με θέμα “Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)”) προβλέπεται ότι: “[...] 2.1 Υποβολή: Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. 2.2 Προσαρμογή: ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ από τις αναθέτουσες αρχές. Οι αναθέτουσες αρχές προσαρμόζουν το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ στην εκάστοτε διαδικασία σύναψης σύμβασης, διαμορφώνοντάς το, σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους (λόγους αποκλεισμού και κριτήρια επιλογής), που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης [...] 2.3 Συμπλήρωση ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ από τους οικονομικούς φορείς: Η συμπλήρωση του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ από τους οικονομικούς φορείς διενεργείται στο, ήδη προσαρμοσμένο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, το οποίο παρέχεται κατάλληλα διαμορφωμένο από αυτήν. Ειδικότερα: Ως προς το ΤΕΥΔ οι οικονομικοί φορείς δύνανται: συμπληρώνουν το ήδη διαμορφωμένο και αναρτημένο (σε επεξεργάσιμη μορφή) από την αναθέτουσα αρχή, αρχείο που είναι αναρτημένο στην ιστοσελίδα της Αρχής σε επεξεργάσιμη μορφή, συμπληρώνοντας τα απαιτούμενα για τη συγκεκριμένη διαδικασία πεδία.[...] 2.3.1 Τα πεδία του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ είναι δεκτικά διευκρινίσεων ή/ και συμπληρώσεων. Επισημαίνεται 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. Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται ανεξάρτητα από τον τρόπο επεξεργασίας και συμπλήρωσής του

ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τον οποίο έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με την ανωτέρω παράγραφο 2.3.1. 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.[...] 2.3.3 Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη, αίτηση συμμετοχής κλπ) της εκάστοτε διαδικασίας. Ως εκ τούτου, οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να αποκλείουν οικονομικούς φορείς λόγω μη συμπλήρωσης ή εσφαλμένης συμπλήρωσης από τους τελευταίους πεδίων του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τα οποία αφορούν σε στοιχεία που δεν συνδέονται με όρους της διακήρυξης/ αίτησης συμμετοχής, ακόμη και αν τα εν λόγω πεδία, εκ παραδρομής, έχουν παραμείνει στο διαμορφωθέν από τις αναθέτουσες αρχές ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ. Τα ως άνω ισχύουν και στην περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς αντίστοιχα, κατά τη διαμόρφωση και συμπλήρωση του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, περιλαμβάνουν ή/ και συμπληρώνουν πεδία, τα οποία δεν αντιστοιχούν στους όρους των εγγράφων της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή οι αναθέτουσες αρχές δεν λαμβάνουν υπόψη της τις πληροφορίες που περιλαμβάνονται στα εν λόγω πεδία. [...] 3.4 Μέρους IV: *Κριτήρια επιλογής: Ενότητα α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής [...]* Η αναθέτουσα αρχή, έχει τη διακριτική ευχέρεια, στα έγγραφα της σύμβασης, να επιλέξει: Ενότητων Α έως Δ του Μέρους IV, κατά περίπτωση. Επισημαίνεται ότι η χρήση της ως άνω γενικής ένδειξης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επιτρέπεται μόνο εφόσον η τελευταία έχει δηλώσει ρητά στη σχετική διακήρυξη ή στην πρόσκληση ή στα λοιπά έγγραφα της σύμβασης, ότι οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν μόνο την ενότητα α “Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής”. Στην περίπτωση αυτή η αναθέτουσα αρχή διαμορφώνει αντίστοιχα το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, απαλείφοντας τις

Ενότητες Α έως Δ του Μέρους IV, ώστε να μη δημιουργείται σύγχυση στους οικονομικούς φορείς. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν έχει επιλέξει τη συμπλήρωση της ως άνω Ενότητας α «Γενική Ένδειξη», οι Ενότητες Α – Δ συμπληρώνονται ως εξής:[...] υποσημ. 45:[...] Ως προς το ΤΕΥΔ επισημαίνεται ότι η σχετική απαλοιφή των πεδίων των Ενότητων Α έως Δ του Μέρους IV πρέπει να γίνεται από την αναθέτουσα αρχή στο διαμορφωμένο από αυτήν ΤΕΥΔ. Σε περίπτωση τυχόν εκ παραδρομής διαμόρφωσης αυτού, τόσο με τη διατήρηση της Γενικής Ένδειξης όσο και με τα πεδία των Ενότητων Α έως Δ, αντιμετωπίζεται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Ενότητα 2.3 της παρούσας.

14. Επειδή ο Προσφεύγων συμπλήρωσε πλημμελώς το υποβληθέν ΤΕΥΔ, απαντώντας “ΝΑΙ” στην ερώτηση “*αν είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό*”, αναφέροντας την εγγραφή του στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.ΜΗ.). Ωστόσο, η ορθή απάντηση είναι “ΟΧΙ”, εφόσον το Γ.Ε.ΜΗ. από μόνο του δεν θεωρείται επίσημος κατάλογος του άρθρου 83 του ν. 4412/2016 και συνεπώς ομοίως εσφαλμένως απαντήθηκε ότι η εγγραφή ή η πιστοποίηση καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής. Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008, που εξακολουθεί να ισχύει, βάσει του άρθρου 377, παρ. 1, περ. 31 του ν. 4412/2016, το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων μόνον μαζί με την ενημερότητα πτυχίου, λειτουργεί ως επίσημος κατάλογος, έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ.. Υπό την έννοια αυτή, η ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ από οικονομικό φορέα που διαθέτει μόνο εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π. και αδυνατεί, λόγω τάξης του πτυχίου, όπως εν προκειμένω, να προσκομίσει επιπλέον ενημερότητα πτυχίου, είναι στο μέρος IV και ειδικότερα στην Ενότητα Α, όπου θα έπρεπε στην ερώτηση 1) να συμπληρώσει το σχετικό επαγγελματικό μητρώο στο οποίο ανήκει. Στη δε οδηγία 23 αναφέρεται σχετικώς το εξής: “*Οι ημεδαποί οικονομικοί φορείς, στα πεδία της Ενότητας Α, συμπληρώνουν σε ποιο μητρώο από το Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 είναι εγγεγραμμένοι, ανάλογα με το είδος της υπό ανάθεση σύμβασης*”. Ωστόσο, στο υπόδειγμα ΤΕΥΔ που συμπεριέλαβε η Αναθέτουσα Αρχή προς συμπλήρωση στα έγγραφα της

σύμβασης δεν περιλαμβάνει ερωτήματα για κριτήρια επιλογής, δηλαδή δεν περιλαμβάνει Μέρος IV. Ο Προσφεύγων δε, απάντησε “ΝΑΙ” στο ερώτημα ε’, αν “Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;”. Επιπλέον, έχει απαντήσει με πληρότητα κάθε ερώτημα του Μέρους III περί Λόγων Αποκλεισμού που σχετίζονται με Ποινικές Καταδίκες, της Ενότητας Β περί Λόγων που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και της Ενότητας Γ περί Λόγων που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα. Ως εκ τούτου, όλες οι απαιτούμενες απαντήσεις δόθηκαν, ενώ η ως άνω εσφαλμένη θετική απάντηση περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο δεν οδήγησε σε καμία διαφοροποίηση στις λοιπές απαντήσεις του Προσφεύγοντος και στις πληροφορίες που έπρεπε να παράσχει και συνεπώς η εν λόγω πλημμέλεια δεν δύναται να θεωρηθεί ουσιώδης, πολλώ δε μάλλον να αποκλειστεί ο Προσφεύγων εκ του λόγου αυτού. Όσον αφορά τις Κατευθυντήριες Οδηγίες της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., δεδομένου ότι τίθενται προς ενημέρωση και διευκόλυνση των Αναθετουσών Αρχών και των οικονομικών φορέων, δεν δύναται να απαιτείται από τους διαγωνιζόμενους η επί ποινή αποκλεισμού εκ μέρους γνώση τους όσον αφορά τις ερμηνείες που αποδίδει μια Κατευθυντήρια Οδηγία στον τρόπο συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ, στην ειδικότερη περίπτωση που αυτός απαντά σε μια εκ των πραγμάτων ασύνδετη, άσχετη ή ανεπίδεκτη απάντησης ή θετικής απάντησης ερώτηση, με τρόπο που δεν επιδρά σε καμία περίπτωση στις υπόλοιπες πληροφορίες και απαντήσεις που πρέπει να δώσει. Πολύ δε περισσότερο, καθόσον το πρότυπο ΤΕΥΔ που χρησιμοποιούν οι Αναθέτουσες Αρχές είναι διατυπωμένο με τρόπο απaráλλακτο για κάθε διαγωνιστική διαδικασία, περιλαμβάνοντας ερωτήματα που δεν συνδέονται κατ’ ανάγκη με το ανά περίπτωση συμβατικό αντικείμενο, δημιουργώντας κατά τον τρόπο αυτό σύγχυση ως προς την ορθή συμπλήρωσή του στους διαγωνιζόμενους (βλ. απόφαση 850/2018 ΑΕΠΠ). Το δε γεγονός ότι κατά νόμο και κατά την οικεία απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ, επίσημο κατάλογο συγκροτεί το

Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων όταν συνοδεύεται από την ενημερότητα πτυχίου, δεν σημαίνει ότι ο προσφεύγων παραβίασε όρο διακήρυξης, αφού απάντησε σε κάθε ερώτημα που όφειλε να απαντήσει και παρείχε εν τέλει κάθε κρίσιμη και ζητούμενη πληροφορία, η δε εσφαλμένη ως άνω συμπλήρωση του πεδίου περί επισήμου καταλόγου ουδεμία έννομη συνέπεια είχε ή δύνατο να έχει, δεδομένων πάντως των ως άνω λοιπών απαντήσεων του και ούτως ήταν απλώς περιττή. Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτός ο λόγος της Προδικαστικής Προσφυγής ως βάσιμος.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε ο Προσφεύγων, ποσού ευρώ 1.775,00.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 294/12.09.2018 (Α.Δ.Α.: ΨΡ3ΠΩΛΙ-Η52) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, με θέμα: "Απόφαση Ο.Ε. για έγκριση πρακτικού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με Α/Α συστήματος 75363 του έργου «ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΝΗΣΩΝ ΚΑΛΑΜΟΥΚΑΣΤΟΥ ΜΕ ΥΠΟΘΑΛΑΣΣΙΟ ΑΓΩΓΟ» με κωδικό ΟΠΣ 5005080", καθ' ο μέρος δι' αυτής απεκλείσθη ο προσφεύγων.

Ορίζει την επιστροφή στον Προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού ευρώ 1.775,00.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 22.10.2018 και εκδόθηκε την 09.11.2018.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ