

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Αυγούστου 2020, με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01/07/2020 με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 830/02.07.2020 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...» της «...» του Δήμου «...», τκ. «...», νόμιμα εκπροσωπούμενη.

Κατά της «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί ή άλλως τροποποιηθεί ή ανακληθεί η με αριθμ. 615/6/19-06-2020 απόφαση της «...», καθ' ο μέρος αποδέχθηκε την προσφορά της εταιρείας «...», να ακυρωθεί και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης, να απορριφθεί ως απαράδεκτη η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...», να αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, να γίνει δεκτή η προσφορά της, να κηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και να διαταχθεί η επιστροφή του παράβολου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθμ.πρωτ. 1124/09.04.2020 και με ΑΔΑΜ «...» διακήρυξη της, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της υπηρεσίας με τίτλο «...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (α/α «...»), ημερομηνία

δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ 10-04-2020, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 29-04-2020 και συνολικό προϋπολογισμό 125.000 € (χωρίς ΦΠΑ 24%).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο 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 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», εξοφληθέν σύμφωνα με το αποδεικτικό πληρωμής στην Τράπεζα «...» της 01-07-2020, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 625,00 €.

3. Επειδή, η υπό εξέταση 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, 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 υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη της κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 22.06.2020, και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» στις 01.07.2020, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν. Η αναθέτουσα αρχή αφενός ανάρτησε την προσφυγή στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και αφετέρου την κοινοποίησε προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 02.07.2020. Πλην όμως ουδεμία παρέμβαση κατετέθη.

5. Επειδή η εν θέματι προσφυγή ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος εφόσον ευλόγως η προσφεύγουσα επιδιώκει τον αποκλεισμό της εταιρίας «...» και την ανάθεση της εν θέματι σύμβασης στην ίδια.

6. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2123/13.07.2020 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις της η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού αυθημερόν, στην Α.Ε.Π.Π. και στην προσφεύγουσα διά του αυτού τρόπου.

7. Επειδή, στα πλαίσια του εν θέματι διαγωνισμού, κατατέθηκαν οι προσφορές της προσφεύγουσας και της εταιρείας «...». Στις 05-05-2020, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην αξιολόγηση των προσφορών του φακέλου ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ των ως άνω συμμετεχόντων και συγκεκριμένα δια του συνταχθέντος από 01-06-2020 Πρακτικού της κατά την εξέταση των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών της συμμετέχουσας εταιρείας «...» διαπίστωσε, τα εξής : «Α) στην 1^η υπεύθυνη δήλωση δεν δηλώνεται εάν είναι εγγεγραμμένος στο Μητρώο Διαχειριστών μη Επικίνδυνων Αποβλήτων και στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Αποβλήτων ως Μονάδα Παραλαβής και Αποθήκευσης Αποβλήτων και δραστηριότητας συλλογής και μεταφοράς. Από τον έλεγχο των υπόλοιπων προσκομιζόμενων δικαιολογητικών προκύπτει ότι έχει προσκομιστεί αποδεικτικό καταχώρησης Εγκατάστασης στο ΗΜΑ και γνωστοποίηση καταχώρησης στο Μητρώο Διαχειριστών Μη Επικίνδυνων Αποβλήτων, από τα οποία αποδεικνύονται με ισχυρότερο τρόπο από την δήλωση η εγγραφή στα ζητούμενα μητρώα. Β) δεν συμπεριλαμβάνεται η δήλωση ότι προσφερόμενες υπηρεσίες θα είναι σύμφωνες με τις οριζόμενες προδιαγραφές και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους του διαγωνισμού. Γ) στο υποβληθέν ΤΕΥΔ δεν έχει δηλωθεί η χρήση τρίτων. Από τις κατατεθειμένες όμως υπεύθυνες δηλώσεις προκύπτει ότι: 1) θα προσκομιστεί σύμβαση για την διαχείριση και Συλλογή και Μεταφορά Στερεών μη Επικίνδυνων Αποβλήτων περιφέρειας «...» και για τους κωδικούς ΕΚΑ με αδειοδοτημένο μεταφορέα και διαχειριστή ήτοι τους κωδικούς α. 15 01 06 μεικτή συσκευασία, β. 02 03 99 απόβλητα μη περιγραφόμενα αλλιώς, γ. 15 01 02 πλαστική συσκευασία και 2) ότι θα στηριχθεί στην ικανότητα της εταιρείας του κ. «...» για τον εξοπλισμό». Κατά την εξέταση των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών της προσφεύγουσας διαπίστωσε, τα εξής : «(α) κατέθεσε

υπεύθυνη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι θα χρησιμοποιήσει τις εγκαταστάσεις της εταιρείας «...» για τη διαχείριση των οργανικών αποβλήτων, χωρίς να αναφέρεται εάν θα χρησιμοποιηθεί σαν στήριξη σε ικανότητα τρίτου για την κατοχή της απαραίτητης άδειας Κατηγορία Α και Υποκατηγορία 1, ούτε υπήρχε δήλωση στο ΤΕΥΔ για την στήριξη σε ικανότητες τρίτων ή σε υπερβολάβο, (β) στο ΤΕΥΔ δεν ήταν συμπληρωμένο το πεδίο εάν υπάρχουν ή όχι λόγοι αποκλεισμού, (γ) προσκομίστηκε η υπ' αριθμ. 6072/26.09.07 Απόφαση ΑΕΠΟ που κατατέθηκε, εκ του περισσού αντί υπεύθυνης δήλωσης, με την οποία ζητούνταν να δηλωθεί ότι: «...Επίσης ότι διαθέτει σύμφωνα με την Απόφαση Έγκρισης Περιβαλλοντικών Όρων, πιστοποίηση για τη διαχείριση των προαναφερόμενων κωδικών ΕΚΑ, σε ποσότητες ανά κωδικό τέτοιες, ώστε να μπορεί να εξυπηρετήσει τις ανάγκες της «...», επί ποινή αποκλεισμού». Εν συνεχεία η Επιτροπή διαγωνισμού έστειλε ερώτημα στο Νομικό Σύμβουλο της «...», για το εάν: «(1) οι οικονομικοί φορείς θα έπρεπε να έχουν συμπληρώσει τα αντίστοιχα πεδία του ΤΕΥΔ για την στήριξη σε ικανότητα τρίτων και εάν θα έπρεπε να κατατεθούν τα ΤΕΥΔ των τρίτων και εάν η παράλειψη αυτή αποτελεί λόγο αποκλεισμού και (2) εάν η Επιτροπή μπορεί να δεχθεί αντί της υπεύθυνης δήλωσης το αντίστοιχο αποδεικτικό μέσο, λαμβάνοντας υπόψη την αρχή της ισονομίας και της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων». Ο Νομικός Σύμβουλος απάντησε ότι: «μπορεί η Επιτροπή να ζητήσει να συμπληρωθούν τα ελλιπή πεδία στα ΤΕΥΔ. επίσης, όταν προκύπτει ασάφεια των δικαιολογητικών (υ.δ.) και εγγράφων της προσφοράς, (ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ) από την οποία μπορεί να προκληθεί αποκλεισμός του υποψηφίου, υποχρεούται η ΚΑΘ ΑΕ να ζητήσει διευκρινίσεις σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 102 Ν. 4412/2016. Εφόσον διορθωθεί το υποβληθέν ΤΕΥΔ με την συμπλήρωση του τρίτου φορέα που θα παρέχει στον υποψήφιο τις ικανότητες του, τότε μπορεί να συμπληρωθεί και το τευδ του τρίτου, καθόσον θα αποτελεί προς συμπλήρωση του ήδη υποβληθέντος ΤΕΥΔ με νέο έγγραφο, σύμφωνα με το τελευταίο εδαφ. της παραγράφου 2 του άρθρου 12 Ν. 4412/2016. Τέλος όσον αφορά την προσκόμιση αποδεικτικών μέσων αντί υπευθύνων δηλώσεων απαντά ότι το αποδεικτικό μέσο καθ' εαυτό είναι πιο «ισχυρό» από μία Υ.Δ. και επομένως

μπορεί να γίνει δεκτό από την επιτροπή, διότι υπερκαλύπτεται ο ίδιος σκοπός, δηλαδή η διαπίστωση ύπαρξης των στοιχείων της επάρκειας των οικονομικών φορέων ήδη από προγενέστερο στάδιο, χωρίς να απαλλάσσονται από την υποχρέωση της επανυποβολής τους εάν μεταξύ των σταδίων του διαγωνισμού (από την υποβολή τεχνικών προσφορών έως την κατακύρωση) απώλεσαν την ισχύ τους». Στη συνέχεια η Επιτροπή απέστειλε τόσο το υπ' αριθμ. πρωτ. 1398/08.05.2020 έγγραφο προς την συμμετέχουσα εταιρεία «...», με το οποίο ζητούσε, μεταξύ άλλων, να συμπληρωθούν οι υπεύθυνες δηλώσεις για τις προσφερόμενες υπηρεσίες, όσο και το υπ' αριθμ.πρωτ.1399/08.05.2020 έγγραφο της προς την προσφεύγουσα και ανταποκρινόμενες οι συμμετέχουσες εταιρείες προέβησαν στη συμπλήρωση των ζητούμενων στοιχείων στα ΤΕΥΔ και προσκομίστηκαν ΤΕΥΔ τρίτων με τους οποίους θα συνεργαστούν και θεώρησε ότι τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Εν συνεχεία, η Επιτροπή με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1575/25.05.2020 έγγραφό της ενημέρωσε τους συμμετέχοντες για την ημερομηνία και ώρα της ηλεκτρονικής αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών για την 25-05-2020 και με τις υπ' αρ. πρωτ. επιστολές της 1591/25-5-2020 προς την προσφεύγουσα και 1590/25-5-2020 προς την εταιρεία «...» ζήτησε διευκρινήσεις ως προς τον αναλυτικό ορισμό των οικονομικών προσφορών της κάθε μίας εκ των συμμετεχουσών εταιρειών και στις 26 Μαΐου 2020 έλαβε τις διευκρινήσεις που ζητήθηκαν, και δια του συνταχθέντος από 01-06-2020 Πρακτικού της εισηγήθηκε την επιλογή της εταιρίας «...», ως προσωρινής αναδόχου για τον οικείο διαγωνισμό με προσφερθείσα τιμή μονάδος 23,50€/τόνο πλέον ΦΠΑ, ήτοι ετησίως 58.750,00 € πλέον ΦΠΑ. Ακολούθως δια της με αριθμ.615/6/19-06-2020 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής αποφασίσθηκε η έγκριση του ως άνω πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και η επιλογή της εταιρίας «...», ως προσωρινής ανάδοχου για τον οικείο διαγωνισμό.

8. Επειδή, στο άρθρο της οικείας διακήρυξης, 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» και δη στο άρθρο 2.4.3.2. Τεχνική Προσφορά ορίζεται ότι «Επισημαίνεται ότι ο κάθε συμμετέχων

θα προσκομίσει στην τεχνική προσφορά που θα υποβάλει, η επί ποινή λύσης της σύμβασης ή και μη υπογραφή αυτής με ταυτόχρονη έκπτωση της εγγυητικών που θα κατατεθούν: 6.Υπεύθυνη δήλωση ότι οι προσφερόμενες υπηρεσίες θα είναι σύμφωνα με τις οριζόμενες προδιαγραφές και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους του διαγωνισμού.». Στο άρθρο της οικείας διακήρυξης 2.4.6. Λόγοι απόρριψης προσφορών, ορίζεται ότι «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), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει 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...». Στο άρθρο της οικείας διακήρυξης 3.1.1 Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών, ορίζεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016».

9. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων», παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «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». Στο άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Άρθρο 91 Λόγοι απόρριψης προσφορών 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 [...]». Στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία. 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 ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευτούν. 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».

10. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011). Ειδικότερα δε έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία ότι παροχή διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 90/2010).

11. Επειδή, η προσφεύγουσα, προβάλλει ότι «η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση διατάξεων των καθοριζόμενων όρων της υπόψη διακήρυξης και του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία και του Ν.4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, σύμφωνα με το άρθρο της οικείας διακήρυξης: 2.4.3. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά». 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά ορίζεται ότι: «Επισημαίνεται ότι ο κάθε συμμετέχων θα προσκομίσει στην τεχνική προσφορά που θα υποβάλει, η επί ποινή λύσης της σύμβασης ή και μη υπογραφή αυτής με ταυτόχρονη έκπτωση της εγγυητικών που θα κατατεθούν: 6. Υπεύθυνη δήλωση ότι οι προσφερόμενες υπηρεσίες δεν είναι σύμφωνα με τις οριζόμενες προδιαγραφές και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους του διαγωνισμού». Σύμφωνα δε με το από 01-06-2020 πρακτικό της η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά την εξέταση των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών της συμμετέχουσας εταιρείας «...» διαπίστωσε ότι δεν συμπεριλαμβάνεται η υπεύθυνη δήλωση ότι οι προσφερόμενες υπηρεσίες θα είναι σύμφωνες με τις οριζόμενες προδιαγραφές και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους του διαγωνισμού. Σε συνέχεια δε συγκεκριμένων ερωτημάτων της Επιτροπής Διαγωνισμού που τέθηκαν στο Νομικό Σύμβουλο της «...» και των αντίστοιχων σχετικών απαντήσεων, μη αφορούντων [sic] όμως την ως άνω επίμαχη υπεύθυνη δήλωση υιοθετείται από την Επιτροπή μία προδήλως λανθασμένη θέση επί της ως άνω παράλειψης υποβολής -προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 2.4.3.2 περ.6 και δη παρερμηνεύοντας όλως αυθαίρετως τόσο την απάντηση του Νομικού Συμβούλου όσο και το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 με την αποστολή του με αριθμ. πρωτ. 1398/08.05.2020 έγγραφου της προς την συμμετέχουσα εταιρεία «...», με το οποίο ζητούσε, μεταξύ άλλων, να συμπληρωθούν οι υπεύθυνες δηλώσεις για τις προσφερόμενες υπηρεσίες, ότι θα είναι σύμφωνες με τις οριζόμενες προδιαγραφές και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους του διαγωνισμού. Εν συνεχεία, η συμμετέχουσα εταιρεία «...» υπέβαλε την από 28-04-2020 υπεύθυνη δήλωση με το ως άνω περιεχόμενο, ψηφιακά υπογεγραμμένη με ημερομηνία 18-05-2020 δηλαδή σε

χρόνο μεταγενέστερο από αυτόν της καταληκτικής ημερομηνίας παραλαβής προσφορών (29-04-2020) και δη μη προσηκόντως, και εμπροθέσμως και κατά την προβλεπόμενη από τη διακήρυξη διαδικασία, τροποποιώντας τοιουτοτρόπως μη νομίμως την προσφορά της καθόσον τούτη δεν την υπέβαλλε εμπρόθεσμα στο φάκελο δικαιολογητικών της ως όφειλε, κατά παράβαση των όρων 2.4.3.2 περ.6 και 2.4.6 περ. α της οικείας διακήρυξης. Η ως άνω υπεύθυνη δήλωση συνιστούσε σαφή πρόβλεψη της οικείας διακήρυξης και επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε διακριτική ευχέρεια πολλώ δε μάλλον δέσμια αρμοδιότητα να καλέσει την συμμετέχουσα εταιρεία να υποβάλει τη συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση αφού κάτι τέτοιο ούτε εκ των όρων της διακήρυξης προκύπτει, ενώ το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 που είναι εφαρμοστέο επί των δικαιολογητικών συμμετοχής και των εγγράφων της προσφοράς, προϋποθέτει σε κάθε περίπτωση νομίμως υποβληθέντα καταρχήν έγγραφα και στοιχεία και δεν επιτρέπει την εκπρόθεσμη προσκόμιση εγγράφων που δεν υπεβλήθησαν (ήτοι δεν είναι εφαρμοστέο στην προκειμένη περίπτωση). Επί παραλείψεως λοιπόν υποβολής δικαιολογητικού ή υποβολής του με ελλιπές περιεχόμενο, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απορρίψει την προσφορά, ούτε δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις, αφού είναι δυνατή μόνον η συμπλήρωση ή διευκρίνιση υποβληθέντος δικαιολογητικού και όχι η αναπλήρωση μη υποβληθέντος ή μη νομίμως υποβληθέντος. Εξάλλου 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. Η έλλειψη δε αυτή συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας «...» αφού η ως άνω διαπιστωθείσα έλλειψη δεν δύναται να συμπληρωθεί ή διευκρινιστεί, καθόσον δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη υποβολή εγγράφου σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 ν.4412/2016. Κατά συνέπεια και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.4.6. περ, α της διακήρυξης και στην παρ. 4 του άρθρου 102 ν.4412/2016, αλλά και με βάση την αρχή της τυπικότητας και της

δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, η προσφορά της εταιρίας «...» πρέπει να απορριφθεί ως περιέχουσα την ανωτέρω διαπιστωθείσα έλλειψη».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις ως άνω απόψεις της προς την Α.Ε.Π.Π. προβάλλει ότι «Με τον μοναδικό λόγο κατά την εκτίμηση του υπό κρίση δικογράφου της προσφυγής της (σελ. 10 – 11) η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, η υποβολή της προσφοράς της συμμετέχουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» ήταν μη προσήκουσα και μη νόμιμη, διότι η προαναφερόμενη συμμετέχουσα υπέβαλε την από 28.04.2020 επίδικη υπεύθυνη δήλωση ψηφιακώς υπογεγραμμένη την 18.05.2020, εκπροθέσμως μετά την καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών (29.04.2020) και κατά παράβαση της προβλεπόμενης από την διακήρυξη διαδικασίας, καθόσον δεν την υπέβαλε στον φάκελο δικαιολογητικών της ως όφειλε, ενεργώντας κατά παράβαση των όρων 2.4.3.2. περ. 6 και 2.4.6.περ. α' της οικείας διακήρυξης. Β.-Ι) Η προσφεύγουσα εσφαλμένως υπολαμβάνει—κατ' εκτίμηση του δικογράφου της προσφυγής της- ότι, δήθεν η επίδικη υπεύθυνη δήλωση συνετάγη εκ των υστέρων και ότι, δήθεν εκπροθέσμως υπεβλήθη το πρώτον στις 18.05.2020. Και τούτο διότι από το υπ' αριθ. πρωτ. 1398/08.05.2020 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων προς την συμμετέχουσα «...», προκύπτει άνευ αμφισβητήσεως ότι η προαναφερόμενη συμμετέχουσα είχε ήδη υποβάλει υπεύθυνη δήλωση με όνομα αρχείου «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ-ΚΑΘ Α.Ε. ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΜΕ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ», με εσφαλμένο περιεχόμενο και κλήθηκε από την επιτροπή να συμπληρώσει την ήδη υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση με το ορθό περιεχόμενο σύμφωνα με το άρθρ. 102 Ν. 4412/2016. Το δε γεγονός ότι, η συμπλήρωση αφορά υποβληθέν έγγραφο (υπεύθυνη δήλωση) αποδεικνύεται και από την αναφορά του εγγράφου της πρόσκλησης σε συμπλήρωση της συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης με όνομα αρχείου «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ-ΚΑΘ Α.Ε. ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΜΕ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ». Εάν δε δεν είχε προηγηθεί η υποβολή της, δεν θα ήταν δυνατό η πρόσκληση για την συμπλήρωσή της να αναφέρεται σε συγκεκριμένο αρχείο. Άλλωστε από το όνομα του αρχείου της επίδικης υπεύθυνης δήλωσης, «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ-ΚΑΘ ΑΕ ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΜΕ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» είναι προφανές

ότι, στην συγκεκριμένη περίπτωση η συμπλήρωση αφορά επουσιώδεις πλημμέλειες, διότι αποτελεί φραστική απόκλιση της ήδη υποβληθείσας με τον σωστό τίτλο υπεύθυνης δήλωσης σε σχέση με το περιεχόμενο της διακήρυξης, καθόσον αν και το όνομα (τίτλος) του αρχείου («ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ-ΚΑΘ ΑΕ ΕΝΑΡΜΟΝΗΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΜΕ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ») είναι σύμφωνο με την απαίτηση της διακήρυξης, διαφοροποιείται φραστικώς το περιεχόμενο (άρθρ. 102 Ν. 4412/2016.). Η φραστική αυτή διαφοροποίηση δεν επιφέρει έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό της, καθόσον και μόνον η συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία αποτελεί εν τοις πράγμασι ανεπιφύλακτη αποδοχή των όρων του διαγωνισμού. Είναι δε αυτονόητο ότι, οι προσφερόμενες υπηρεσίες θα είναι σύμφωνες με τις οριζόμενες προδιαγραφές. Άλλωστε εάν η συμμετέχουσα προσωρινή ανάδοχος «...» ή οποιαδήποτε άλλη συμμετέχουσα δεν αποδεχόταν ανεπιφύλακτα τους όρους του διαγωνισμού και απέκλινε από αυτούς ή εάν οι προσφερόμενες υπηρεσίες ήταν εκτός των απαιτούμενων με την Διακήρυξη προδιαγραφών, θα επήρχετο ως αυτόθροη συνέπεια, είτε ο αποκλεισμός τους από την διαγωνιστική διαδικασία, είτε η έκπτωσή τους από την εκτέλεση της σύμβασης. Κατά συνέπεια η υπεύθυνη δήλωση με αυτό το περιεχόμενο δεν προσθέτει ουσιαστικώς τίποτε περισσότερο, η δε παράλειψή της δεν επιφέρει έννομες συνέπειες, με την έννοια ότι, ενδεχόμενη παράλειψη δήλωσης περί της ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων του διαγωνισμού ή περί συμμόρφωσης των προσφερόμενων υπηρεσιών με τις απαιτούμενες προδιαγραφές, δεν στερεί από τον αναθέτοντα φορέα την δυνατότητα να απορρίψει προσφορά, η οποία είτε δεν κάνει αποδεκτούς όρους του διαγωνισμού, είτε παρέχει υπηρεσίες εκτός των οριζόμενων προδιαγραφών. Και ναι μεν η αρχή της τυπικότητας διέπει κάθε διαγωνιστική διαδικασία, δεν μπορεί όμως αυτή να οδηγεί σε απόρριψη προσφορών για επουσιώδεις πλημμέλειες, καθόσον κάτι τέτοιο κείται εκτός κάθε έννοιας ανάπτυξης ανταγωνισμού και οδηγεί στην συρρίκνωση του αναπτυσσόμενου ελεύθερου επιχειρηματικού ανταγωνισμού με παράλληλη ζημία για τον αναθέτοντα φορέα, καθόσον αυξάνει το κόστος των προσφερόμενων υπηρεσιών με την άνευ συναγωνισμού επιλογή της ακριβότερης προσφοράς, καταργώντας ουσιαστικώς στην πράξη το κριτήριο ανάθεσης της υπηρεσίας

στην πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει της τιμής. Η δε επιλογή ακριβότερης προσφοράς, και μάλιστα κατά παράβαση του κριτηρίου ανάθεσης, προκαλεί οικονομική επιβάρυνση στην «...», η οποία μετακυλιέται στους φορολογούμενους πολίτες λόγω της νομικής φύσης της «...» ως επιχείρησης του Δημοσίου. Για τον λόγο δε αυτόν και η μη προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης πουθενά στην διακήρυξη δεν προβλέπεται ως λόγος αποκλεισμού (όρος 2.2.3 της Διακήρυξης), αλλά αυτονοήτως ως λόγος λύσης της σύμβασης ή/και μη υπογραφής αυτής με ταυτόχρονη έκπτωση της εγγυητικών (όρος 2.4.3.2. εδαφ. α').

13. Επειδή, 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 καί επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001,85/2000).

14. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δέσμια αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑΘ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003,1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑΘ).

15. Επειδή, περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγματεύση 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 κατάθεση τικ. είτε κατόπιν πρωτοβουλίας

την αναθέτουσα αρχή είτε του προσφέροντος (βλ. συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κλπ., C-599/10, EU:C:2012:191, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647). 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 της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές 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). 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. Επιπλέον, η αίτηση διευκρίνησης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, S/4G ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191 της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647). Τέλος, και γενικά, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματος της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, S/4G ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647).

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και

δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοιχώς, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. 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.

17. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος των άρθρων 102 και 310 παρ. 3 και των άρθρων 18 και 253 Ν. 4412/2016 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 και 310 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. 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 των άρθρων 102 και 310 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 393/2019). Επειδή, επομένως, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5). Αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (ΣτΕ 1968/2013, ΣτΕ 82/2014, Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 192/2012,

291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011). Περαιτέρω, ουσιώδης θεωρείται όχι μόνον η απόκλιση υποβληθείσης προσφοράς από όρους της προκηρύξεως που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαράβατοι, αλλά και η έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του, καταλληλότητα, και αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε προκηρύξεως (πρβλ. ΣτΕ 395/2004, 557/2005, 720,725/2006, 1052/2008).

18. Επειδή, περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139).

19. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει - όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

20. 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 περι

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 (AEBTPI) σκ. 71].

21. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Όπως έχει κριθεί νομολογιακώς, οι τεχνικές προσφορές που υποβάλλουν οι υποψήφιοι πρέπει να ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές που θέτει η διακήρυξη, τυχόν δε ελλείψεις ή ουσιώδεις αποκλίσεις τους δεν

αναπληρώνονται από δηλώσεις των υποψηφίων περί συμμόρφωσής τους στους όρους της διακήρυξης (ΕΑ ΣτΕ 883/2008, ΔΕΑ 980/2013) ή μεταγενέστερες βεβαιώσεις αυτών.

22. Επειδή, υπό το φως των ανωτέρω, από την συνδυαστική ανάλυση των στοιχείων του φακέλου παρέπεται, ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, είναι νόμω και ουσία βάσιμες και ως εκ τούτου πρέπει να γίνουν δεκτές. Τούτο, διότι οι επίμαχοι όροι της διακήρυξης κατά τα ειδικώς κριθέντα στην σκέψη υπ' αριθμ. 8 της παρούσας είναι σαφείς κατά το λεκτικό νόημα τους και δεν δύνανται να δημιουργήσουν αμφιβολία σε οιοδήποτε μέσο ενημερωμένο επιμελή υποψήφιο και δη στην εταιρία «...», ή να θεωρηθούν αμφίσημοι σχετικά με την απαίτηση προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, στο σταθερό και ορισμένο χρονικά σημείο υποβολής της προσφοράς και δη με το οικείο περιγραφέν περιεχόμενο επί ποινή αποκλεισμού. Εξάλλου, η ίδια η αναθέτουσα αρχή με το από 01-06-2020 προδιαληφθέν πρακτικό της κατά την εξέταση των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών της συμμετέχουσας εταιρείας «...» διαπίστωσε, ότι δεν συμπεριλαμβάνεται η απαιτούμενη εκ της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση που δηλώνει ότι οι προσφερόμενες υπηρεσίες θα είναι σύμφωνες με τις οριζόμενες προδιαγραφές και ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους του διαγωνισμού. Τούτο έλαβε χώρα, διότι αν και η εταιρία «...» ανήρτησε αρχείο με τίτλο ομοιάζοντα στο απαιτούμενο περιεχόμενο της επίμαχης απαιτούμενης υπεύθυνης δήλωσης , εντούτοις ανοίγοντας ηλεκτρονικά το αρχείο διαπιστώνεται, ότι υπήρχε το διάφορο ως προς τον τίτλο του αρχείου περιεχόμενο «....ως Νόμιμος Εκπρόσωπος της εταιρείας «...», με ΑΦΜ 800410090, δηλώνω ότι ως ανάδοχος της υπηρεσίας της παρούσης η εταιρία θα είναι αποκλειστικός υπεύθυνος διαχείρισης των συλλεχθέντων υλικών (κάθε κατηγορία αυτών), ενώ η «...» ουδεμία ευθύνη θα έχει για την διαχείριση», που προφανώς ουδεμία σχέση έχει με την απαιτούμενη εκ της διακήρυξης «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ-ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΜΕ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ». Τούτη, η συμπεριφορά της εταιρίας «...», είχε ως αποτέλεσμα να μη καταθέσει μια εκ των απαιτούμενων υπεύθυνων δηλώσεων αλλά αντιθέτως να καταθέσει δύο πανομοιότυπες και με το αυτό περιεχόμενο

δηλώσεις ήτοι την υπεύθυνη δήλωση περί αποκλειστικού υπευθύνου διαχείρισης. Επομένως, δοθέντος ότι η εταιρία «...» δεν προσκόμισε κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς της την επίμαχη απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση, παρίσταται, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, ο αποκλεισμός της λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν τους όρους της διακήρυξης και άρα μη σύννομα εκλήθη από την αναθέτουσα αρχή με την διαδικασία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 να συμπληρώσει την προσφορά της καθώς η εν λόγω πλημμέλεια δεν δύναται να θεραπευθεί (ΔΕΦΑΘ 229/2020). Συνεπώς, παρέπεται με σαφήνεια, κατά τα ήδη κρινόμενα στην σκέψη υπ' αριθμ. 10 της παρούσας, ότι η αναθέτουσα αρχή έκανε κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας, κατά το μέρος που κάλεσε κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 την εταιρία «...» να συμπληρώσει την αρχικώς κατατεθείσα υπεύθυνη δήλωση της (ΔεφΧαν10/2019). Περαιτέρω, απορρίπτονται ως αβασίμως προβαλλόμενα, τα ισχυριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή, ήτοι ότι οι τροποποιήσεις στην υποβληθείσα δήλωση αφορούν απλώς λεκτικές διορθώσεις ήσσονος σημασίας, αφού από την επσκόπηση του φακέλου και την συναφή συνομολόγηση διά των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκύπτει με σαφήνεια, ότι η παρεμβαίνουσα αν και είχε ήδη υποβάλει υπεύθυνη δήλωση με όνομα αρχείου «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ-ΚΑΘ Α.Ε. ΕΝΑΡΜΟΝΗΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΜΕ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ», τούτο είχε εσφαλμένο περιεχόμενο όλως διάφορο από το απαιτούμενο εκ της διακήρυξης το οποίο και συνιστά την «ουσία» του εγγράφου σε αντιδιαστολή με τον χαρακτηρισμό και την ονομασία που αυτό λαμβάνει είτε από τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, είτε από το ηλεκτρονικό σύστημα.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ύψους 625,00€ που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

25. Επειδή, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα να τροποποιηθεί ή ανακληθεί η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης,

να απορριφθεί ως απαράδεκτη η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας και να αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, να γίνει δεκτή η προσφορά της και να κηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμ. 615/6/19-06-2020 απόφαση του Δ.Σ. της «...» καθ' ο μέρος αποδέχθηκε την προσφορά της εταιρείας «...».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με κωδικό «...», ύψους 625,00 € στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στις 20 Αυγούστου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Μαρία Κατσαρού