

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 14 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16-7-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 928/17-7-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «πρώτη προσφυγή» και «πρώτος προσφεύγων» αντίστοιχα).

Και την από 16-7-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 930/17-7-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «δεύτερη προσφυγή» και «δευτερος προσφεύγων» αντίστοιχα).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του δευτέρου προσφεύγοντος παρεμβαίνοντος προς απόρριψη της πρώτης προσφυγής.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, αμφότεροι οι προσφεύγοντες ζητούν την ακύρωση της με αρ. 647/2020 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, ο πρώτος καθ' ο μέρος απεκλείσθη και περαιτέρω ματαιώθηκε η διαδικασία, ο δε δεύτερος καθ' ο μέρος ματαιώθηκε η διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου «.....»|, εκτιμώμενης άνευ

ΦΠΑ αξίας 17.935.483,87 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 16-3-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ .....την 20-3-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α .....

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... και ποσού 15.000,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 14-7-2020 εμβάσματος τραπέζης .....και για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής το παράβολο με αρ. .... και ποσού 15.000,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, με τις εμπροθέσμως στρεφόμενες κατά της από 6-7-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών και ματαίωσης διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ και εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, και καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος, από 19-6-2020 κατατεθείσα προσφυγή του, ο προσφεύγων που δραστηριοποιείται στον κλάδο του συμβατικού αντικειμένου και έχει εύλογο συμφέρον συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσης της, στρέφεται κατά της από 4-6-2020 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξης, που λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Με τις με αρ. πρωτ. 8217/517/29-6-2020 Απόψεις της, η αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής. Επομένως, η προσφυγή πρέπει καταρχήν να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία, ενώ το επιμέρους έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος ανά ισχυρισμό του, θα τύχει εξέτασης στο πλαίσιο της επιμέρους εξέτασης των ειδικότερων αιτιάσεων του.

3. Επειδή, κατά τον όρο 22.Γ της διακήρυξης ορίζονται τα ακόλουθα περί κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας «i. Ίδια κεφάλαια ελάχιστου ύψους 2.250.000,00 €. Από τα Ίδια Κεφάλαια εξαιρούνται τα ποσά του μετοχικού κεφαλαίου για τα οποία δεν έχει ολοκληρωθεί η διαδικασία καταβολής τους και πιστοποίησης τους από τις εποπτικές αρχές, ii. Αξία ακινήτων ελάχιστου ύψους 135.000,00 €. Στα ακίνητα συμπεριλαμβάνονται τα ιδιοχρησιμοποιούμενα ακίνητα και τα επενδυτικά ακίνητα και ως ακίνητα λογίζονται τα γήπεδα, οικόπεδα, κτίρια, ορυχεία, μεταλλεία, λατομεία και αγροί. iii. Αξία μηχανολογικού εξοπλισμού ελάχιστου ύψους 135.000,00 €. Ως μηχανολογικός εξοπλισμός λογίζονται τα Μηχανήματα και τα Μεταφορικά Μέσα, που σχετίζονται με την κατασκευή τεχνικών έργων στα οποία συμπεριλαμβάνεται και το hardware αλλά όχι ο λοιπός εξοπλισμός γραφείων. iv. Αξία παγίων ελάχιστου ύψους 450.000,00 €. Ως πάγια ορίζεται το άθροισμα των Ακινήτων και του Μηχανολογικού εξοπλισμού όπως αναφέρθηκαν ανωτέρω (περ. ii και iii). Οι ανωτέρω απαιτήσεις θα πρέπει να είναι σύμφωνες με τα οριζόμενα αναλυτικά στις διατάξεις των Άρθρων 99 και 100 του ν.3669/2008, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν. Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. Τα επόμενα κριτήρια Β, Γ, & Δ ισχύουν τόσο για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα όσο και για τους αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς και συγκεκριμένα: Β. πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει ελάχιστο μέσο κύκλο εργασιών ίσο ή ανώτερο των 5.000.000,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. κατά την τελευταία τριετία (2016-2017-2018), τηρουμένης της συνθήκης του συνόλου του ελαχίστου κύκλου εργασιών της τριετίας 15.000.000 ευρώ. Γ. πρέπει να μην έχουν περισσότερες από μία φορά αρνητικό αποτέλεσμα (ζημία) οικονομικής χρήσης μετά από (συμπεριλαμβανομένων) φόρους, τόκους και αποσβέσεις στις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2016-2017-2018). Δ. Ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει χρηματοοικονομική και οικονομική ικανότητα για συνολικό ποσό τουλάχιστον τεσσάρων εκατομμυρίων (4.000.000) ευρώ, εκ των

οποίων ποσό δύο εκατομμυρίων (2.000.000) ευρώ να είναι διαθέσιμο για χορήγηση δανείων και ποσό δύο εκατομμυρίων (2.000.000) ευρώ να είναι διαθέσιμο για χορήγηση εγγυητικών επιστολών, για να αντιμετωπίσει τις ταμειακές ροές των υποχρεώσεων της σύμβασης και να αποδείξει την τρέχουσα ευρωστία/αξιοπιστία της οικονομικής κατάστασής του.» Κατά τον δε όρο 23.1 η τήρηση των κριτηρίων επιλογής πρέπει να δηλώνεται και να προκύπτει εκ του ΕΕΕΣ, πλην όμως κατά τον όρο 23.2 της διακήρυξης, περί απόδειξης και κριτηρίων επιλογής ορίζεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης ( ΕΕΕΣ ).» και επομένως, εφόσον στοιχεία εκ των ανωτέρω προκύπτουν από τέτοια βάση δεδομένων, στις οποίες εξάλλου περιλαμβάνεται και το ΓΕΜΗ που μεταξύ άλλων περιλαμβάνει και τις δημοσιευτές ετήσιες οικονομικές καταστάσεις του οικονομικού φορέα, ο τελευταίος δεν υποχρεούται να προβεί σε περαιτέρω απόδειξη και απαλλάσσεται από το βάρος απόδειξης του οικείου κριτηρίου επιλογής, εφόσον τούτο αποδεικνύεται ως προς την πλήρωση του από τις οικείες δημοσιευμένες ήδη στο ΓΕΜΗ οικονομικές καταστάσεις. Προς τούτο και το συνημμένο στη διακήρυξη ΕΕΕΣ ανέφερε στο ΜΕΡΟΣ VI αυτού ότι «Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται, εκτός εάν: α) Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχει τη δυνατότητα να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν [υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις απαραίτητες πληροφορίες (διαδικτυακή διεύθυνση, αρχή ή φορέα έκδοσης, επακριβή

στοιχεία αναφοράς των εγγράφων) που παρέχουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να το πράξει]...». Όσον αφορά πάντως το ΓΕΜΗ είναι προδήλως γνωστό σε κάθε εθνική αναθέτουσα αρχή ότι περιλαμβάνει τις αντίστοιχες πληροφορίες των οικονομικών καταστάσεων, άρα μεταξύ άλλων και όσον αφορά ανώνυμες εταιρίες, κατ' άρ. 149 παρ. 1 Ν. 4548/2019 και άρ. 1-2 Ν. 4250/2014, όπως ο πρώτος προσφεύγων τους εκ των καταστάσεων αποτελεσμάτων χρήσης προκύπτοντες ετησίως κύκλους εργασιών έως και το καθαρό κατ' έτος αποτέλεσμα χρήσης, άρα και το κέρδος ή τη ζημία της χρήσης, ενώ εξάλλου, τόσο η διαδικτυακή του διεύθυνση όσο και η εκ του πεδίου ΔΗΜΟΣΙΟΤΗΤΑ, αναζήτηση, ηλεκτρονική, άμεση και δωρεάν, ανά κάθε επιχείρηση των οικείων πληροφοριών, συνιστούν κατά την κοινή πείρα στοιχεία προδήλως γνωστά σε κάθε συναλλασσόμενο, άρα και κάθε δημόσια αρχή, όπως η νυν αναθέτουσα με αποτέλεσμα προδήλως να μη χρειάζονται περί τούτου ειδικές κατευθύνσεις, πληροφορίες, αναφορές σε διεύθυνση και φορέα και εν γένει καθοδηγητικές δηλώσεις εκ του οικονομικού φορέα. Σε κάθε περίπτωση με την παροχή του ΑΦΜ και της επωνυμίας του οικονομικού φορέα, ένα εκ των οποίων δύο στοιχείων αρκεί για την οικεία αναζήτηση, πληρούται η υποχρέωση του οικονομικού φορέα να παράσχει τις απαραίτητες για την πρόσβαση στα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία του στο ΓΕΜΗ και τη βάση δεδομένων αυτού, ενώ στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δημοσιεύει στην ιστοσελίδα του τις οικείες πληροφορίες, η παροχή της ηλεκτρονικής του διεύθυνσης ομοίως συνιστά δήλωση της οικείας βάσης δεδομένων δωρεάν και άμεσης πρόσβασης των οικείων οικονομικών στοιχείων. Εν προκειμένω, ο πρώτος προσφεύγων, εισηγμένη στο ΧΑΑ ανώνυμη εταιρεία υποχρεούται εκ του νόμου να δημοσιεύει ετησίως τις οικονομικές του καταστάσεις και δη τόσο στο ΓΕΜΗ όσο και στην ιστοσελίδα του, κατ' άρ. 135 Ν. 4403/2016 και πλέον άρ. 149 παρ. 8 Ν. 4548/2018, σε συνδυασμό με Κανονισμό (ΕΚ) 1606/2002, πράγμα που έπραξε, αφού πάντως οι οικείες καταστάσεις αποτελεσμάτων χρήσης του και λοιπές οικονομικές του καταστάσεις από το 2011 έως και το 2019 είναι δημοσιευμένες στην ιστοσελίδα του, που προσηκόντως δήλωσε, εξάλλου, στο ΕΕΕΣ του, αλλά και στα

δημοσιευμένα στοιχεία του ΓΕΜΗ, η πρόσβαση στα οποία είναι δυνατή δια του ΑΦΜ ή της επωνυμίας του, στοιχεία που ομοίως αμφότερα δήλωσε στο ΕΕΕΣ του, υπάγονται και οι εγκεκριμένες οικονομικές καταστάσεις ετών 2016, 2017 και 2018, εκ των οποίων προκύπτει ότι υπερβαίνει τα κατ' ελάχιστον απαιτηθέντα από τη διακήρυξη περί ετησίου, συνολικού τριετίας και μέσου κύκλου εργασιών, περαιτέρω προκύπτει και η ανά έκαστο εκ των ως άνω ετών, κερδοφορία του και η απουσία ζημιογόνου χρήσης.

4. Επειδή, ο όρος 22.Ε της διακήρυξης όρισε ότι «Ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να τηρεί τα συστήματα: α: Διασφάλισης Ποιότητας κατά το πρότυπο: ISO 9001:2008. β: Περιβαλλοντικής Διαχείρισης κατά το πρότυπο: EN ISO 14001:2015. γ: Διαχείρισης Υγιεινής & Ασφάλειας στην Εργασία κατά το πρότυπο: OHSAS 18001:2007.», όροι, η πλήρωση των οποίων έπρεπε να προκύπτει κατά την προσφορά με το ΕΕΕΣ, κατ' άρ. 23.1 της διακήρυξης και την προσήκουσα συμπλήρωση των ερωτημάτων του. Πλην όμως, το συνημμένο στη διακήρυξη και προς συμπλήρωση εκ των μετεχόντων ΕΕΕΣ, περιελάμβανε ερωτήματα μόνο για τα ανωτέρω υπό α και β, πρότυπα και όχι και για το υπό γ' που αφορά έτερο αντικείμενο, ήτοι υγιεινή και ασφάλεια στην εργασία και όχι διασφάλιση ποιότητας και περιβαλλοντική διαχείριση («Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα συστήματα διασφάλισης ποιότητας και/ή τα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης έχουν ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα τη διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη/γνωστοποίηση. Πιστοποιητικά από ανεξάρτητους οργανισμούς σχετικά με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας Θα είναι σε θέση ο οικονομικός φορέας να προσκομίσει πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες; Απάντηση: Ναι / Όχι εξηγήστε τους λόγους και διευκρινίστε ποια άλλα αποδεικτικά. Εξηγήστε τους λόγους και διευκρινίστε ποια άλλα αποδεικτικά μέσα μπορούν να προσκομιστούν όσον αφορά το σύστημα διασφάλισης

ποιότητας: - Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Ναι / Όχι Διαδικτυακή Διεύθυνση - Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων - Αρχή ή Φορέας έκδοσης - Πιστοποιητικά από ανεξάρτητους οργανισμούς σχετικά με συστήματα ή πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης Θα είναι σε θέση ο οικονομικός φορέας να προσκομίσει πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με τα απαιτούμενα συστήματα ή πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης; Απάντηση: Ναι / Όχι εξηγήστε τους λόγους και διευκρινίστε ποια άλλα αποδεικτικά μέσα μπορούν να προσκομιστούν όσον αφορά τα συστήματα ή πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης: - Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Ναι / Όχι Διαδικτυακή Διεύθυνση - Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων - Αρχή ή Φορέας έκδοσης»). Αβασίμως ο δεύτερος προσφεύγων επικαλείται ότι το γεγονός πως ο τίτλος του οικείου κεφαλαίου ερωτημάτων του ΕΕΕΣ ήταν ίδιος με αυτόν του όρου 22.Ε οδηγεί σε αβίαστο συμπέρασμα κάθε ευλόγου μετέχοντος ότι άρα, στο οικείο κεφάλαιο του ΕΕΕΣ σε κάποιο εκ των οικείων ερωτημάτων οφείλουν να δηλώσουν και το υπό γ' πρότυπο. Τούτο διότι πρωτίστως στο ΕΕΕΣ οι απαντήσεις τίθενται επί συγκεκριμένων ερωτημάτων και όχι επί του εν γένει ελευθέρως τυχόν προς συμπλήρωση κεφαλαίου και άρα και πάλι παραμένει το ζήτημα ότι αν τα παραπάνω γίνουν δεκτά, οι μετέχοντες όφειλαν κατά δική τους ερμηνεία να υπαγάγουν εσφαλμένα το ως άνω υπό γ' περί υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία πρότυπο, στα πρότυπα διαχείρισης ποιότητας ή στα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης. Ούτε είναι εύλογο και σύμφωνο με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του καλόπιστου διαγωνιζομένου από σφάλματα της αναθέτουσας αρχής, να αναμένεται από τους μετέχοντες, κατά δική τους προσωπική ερμηνεία να υπαγάγουν και δη, εσφαλμένα, το πιστοποιητικό τους περί υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία, σε μία εκ των δύο ανωτέρω, διαφορετικών κατηγοριών πιστοποιητικών και να μνημονεύσουν αυτό σε ερώτημα που αφορά άλλη κατηγορία πιστοποιητικού, αναλαμβάνοντας ούτως οι ίδιοι και φέροντες την αποκλειστική ευθύνη και κίνδυνο απόρριψης της προσφοράς τους, να διορθώσουν την παράλειψη της αναθέτουσας, περαιτέρω

όμως και απαντώντας εσφαλμένα με άσχετο πρότυπο στα οικεία ερωτήματα του ΕΕΕΣ που αφορούν άλλες κατηγορίες. Το δε πρότυπο περί υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία δεν ανήκει στα καταρχήν προβλεπόμενα εκ του αρ. 82 Ν. 4412/2016 πρότυπα, στα οποία προβλέπονται τα περί διαχείρισης ποιότητας (τύπου ISO 9001) και τα περί περιβαλλοντικής διαχείρισης, εξ ου και τα πρότυπα τεύχη ΕΕΕΣ, τα οποία αυτούσια ενέταξε στο κανονιστικό της περιεχόμενο η αναθέτουσα, δεν περιλαμβάνουν άλλα ερωτήματα για άλλες κατηγορίες προτύπων, όπως ασφάλειας ή υγιεινής στην εργασία ή άλλων κατηγοριών (επί παραδείγματι ενεργειακής κατανάλωσης κλπ), εξ όσων είθισται συχνά οι αναθέτουσες να απαιτούν και να θέτουν ως κριτήρια επιλογής. Και ναι μεν, οι αναθέτουσες, όπως και η προκείμενη δεν εμποδίζονται να εντάξουν και άλλες κατηγορίες προτύπων στις απαιτήσεις τους, πλην όμως στην περίπτωση αυτή, οφείλουν να αναδιαμορφώνουν τα προς συμπλήρωση ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και πάντως δεν δύνανται να αποκλείσουν οικονομικό φορέα που ευλόγως και ορθώς δεν αντιλήφθηκε ότι συνεπεία της ως άνω παράλειψης, οφείλει ο ίδιος να προβεί σε τεχνικά εσφαλμένη υπαγωγή των οικείων επιπλέον απαιτούμενων προτύπων στα πρότυπα διαχείρισης ποιότητας ή περιβαλλοντικής διαχείρισης, που έχουν όλως άλλο περιεχόμενο, σκοπό και αντικείμενο. Ούτε υφίσταται υποχρέωση των διαγωνιζομένων να υποθέσουν ελλείψεις στα έγγραφα της σύμβασης και με δικό τους βάρος ευθύνης να οφείλουν να καθοδηγήσουν την αναθέτουσα προς αναδιατύπωση των εγγράφων, προσθήκη ερωτημάτων ή διόρθωση σφαλμάτων, με υποχρέωση τους να ζητήσουν διευκρινίσεις (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 248/2020, περί πλημμελειών της αναθέτουσας και παραλείψεων της στη διατύπωση των ερωτημάτων του ΕΕΕΣ, συνεπεία των οποίων δεν δύναται να αποκλείσει διαγωνιζόμενο που δεν προέβη ο ίδιος σε αυτόβουλη διόρθωση ή συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και δεν ζήτησε διευκρινίσεις προς αλλαγή των εγγράφων της σύμβασης). Δια της παράλειψης τέτοιου ερωτήματος περί του συγκεκριμένου υπό γ. προτύπου στο ΕΕΕΣ, ευλόγως ο καλόπιστος διαγωνιζόμενος θα συμπεραίνει ότι αρκεί να υποβάλει το οικείο πιστοποιητικό με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, κατά τον όρο 23.7 της διακήρυξης. Τα ανωτέρω εξάλλου αναγνωρίστηκαν από την ίδια την



αναθέτουσα, η οποία μάλιστα, αφού διέγνωσε τη μη συμπλήρωση του ως άνω υπό γ. πιστοποιητικού στο ΕΕΕΣ 4 εκ των 7 μετεχόντων, αιτιολόγησε τη ματαίωση της διαδικασίας ως εξής «Β. Υπήρξε ασυμβατότητα μεταφοράς των όρων της διακήρυξης στη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ στο Μέρος ΙV.: Κριτήρια επιλογής, πεδίο Δ.: Συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (δεν υπήρχε πεδίο συμπλήρωσης για την ύπαρξη του πρότυπου Διαχείρισης Υγιεινής & Ασφάλειας όπως ζητείται στο 22.Ε της Διακήρυξης, με αποτέλεσμα την μη δυνατότητα να προαποδείξουν ότι πληρούν το κριτήριο αυτό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς), η οποία είχε σαν αποτέλεσμα τον αποκλεισμό πέντε (5) εκ των επτά (7) προσφορών κατά την κρίση της Επιτροπής (η Επιτροπή διαγωνισμού θα μπορούσε εφόσον διαπίστωσε την παραπάνω ασυμβατότητα να ζητήσει διευκρινήσεις για την ύπαρξη του παραπάνω πρότυπου , κατά το άρθρο 102 του Ν 4412/2016 . Γ. Εξ αιτίας της παραπάνω αστοχίας, για την οποία δεν ευθύνονται οι συμμετέχοντες υποψήφιοι, επηρεάστηκε σοβαρά ο ανταγωνισμός και επιβάλλεται η ματαίωση της διαδικασίας και η επανάληψη της, σύμφωνα με την διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 όπως ισχύει.». Πλην όμως, η αναθέτουσα όφειλε να μη χρησιμοποιήσει τη δική της παράλειψη εις βάρος των διαγωνιζομένων ούτε αρκεί η βλαπτική εν τέλει για όλους τους μετέχοντες ματαίωση του διαγωνισμού για να ανορθώσει την παράλειψη της αναθέτουσας να θεσπίσει οικείο ερώτημα. Σε κάθε περίπτωση, κατά τα ανωτέρω, ελλειπόντος του οικείου ερωτήματος στο ΕΕΕΣ της διακήρυξης, δεν υφίστατο εξ αρχής υποχρέωση των μετεχόντων να απαντήσουν μη τεθέν ερώτημα ούτε κατά την προσφορά τους να υποβάλουν κάτι άλλο, άρα δεν υφίσταται και πλημμέλεια των διαγωνιζομένων δικαιολογούσα τον προς τούτο αποκλεισμό τους και άρα, δεν υφίσταται νόμιμο έδαφος για κρίση περί μειωμένου ανταγωνισμού και μη συμφέροντος ως εκ τούτου αποτελέσματος από οικονομική άποψη και άρα, δεν υπάρχει νόμιμο πεδίο εφαρμογής της περί ματαίωσης περ. δ' της παρ. 2 του άρ. 106 Ν. 4412/2016 ούτε όμως, η μη συμπερίληψη στο ΕΕΕΣ της διακήρυξης ερωτήματος στο ΕΕΕΣ περί προσόντος που ούτως ή άλλως θα κληθεί προς απόδειξη με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, συνιστά κατ' άρ. 106 παρ. 2 περ.

α' Ν. 4412/2016 και παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας, δυνάμενη να αποτελέσει έδαφος ματαίωσης αυτής. Τούτο, πολλώ δε μάλλον, αφού η αναθέτουσα είχε ούτως ή άλλως εξαρχής την κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ευχέρεια όπως ζητήσει ήδη πριν την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, από το σύνολο των μετεχόντων, δικαιολογητικά οριστικής απόδειξης, όπως τα προβλεπόμενα του ως άνω κριτηρίου επιλογής 22.Ε.γ, ευχέρεια που μάλιστα κατά νόμο τίθεται ακριβώς προς τη διασφάλιση της ορθής διεξαγωγής της διαδικασίας. Τα ως άνω δε δεν συνιστούν υπέρβαση του πεδίου εξέτασης των προσφυγών δια του ελέγχου νομιμότητας αποκλεισμού άλλων προσφορών, αλλά αρμοδίως και νομίμως ελέγχονται στο πλαίσιο ελέγχου της περι- ματαίωσης αιτιολογίας της αναθέτουσας, η οποία ερείδεται κατά κρίσιμο μέρος της στον αποκλειστέο χαρακτήρα και δη, επί εσφαλμένης βάσης, των περισσοτέρων προσφορών, άνευ ευθύνης αυτών, όπως η ως άνω αιτιολογία αναφέρει, αλλά με εν τέλει αναγνωριζόμενη συνέπεια τη βλάβη επί του αναπτυχθέντος ανταγωνισμού. Περαιτέρω, ούτως ή άλλως και όπως και ο δεύτερος προσφεύγων επικαλείται, εσφαλμένα η αναθέτουσα ερείδει τη ματαίωση επί του άρ. 106 παρ. 3 Ν. 4412/2016, το οποίο δεν αφορά ματαίωση, αλλά μερική ακύρωση της διαδικασίας, ήτοι ακύρωση ενδιάμεσων σταδίων της και επανάληψη αυτών από το σημείο όπου εμφιλοχώρησε το σφάλμα. Όμως, εφόσον η αναθέτουσα εντόπισε τέτοιο σφάλμα που αφορά τη μη απόδειξη με την προσφορά του ως άνω κριτηρίου επιλογής δια του ΕΕΕΣ λόγω έλλειψης ερωτήματος, όλως νομίμως δύνατο αντί να ματαιώσει και μάλιστα, ακριβώς κατ' εφαρμογή του επικαλούμενου άρ. 106 παρ. 3, να ακυρώσει τη διαδικασία αξιολόγησης, να επανέλθει στην αξιολόγηση, να ζητήσει όχι κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως επικαλείται, αλλά κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 το οικείο προβλεφθέν ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, πιστοποιητικό από το σύνολο των μετεχόντων και εν συνεχεία να αξιολογήσει εκ νέου τις προσφορές, εξάγοντας εκ νέου πίνακα αποδεκτών μειοδοτών. Παρά αντί αυτού, η αναθέτουσα επέλεξε όχι απλώς την επαχθέστερη, αλλά και μη νόμιμη κατά τα ως άνω, βάσει του ιστορικού λύση, δηλαδή την εν όλω ματαίωση της διαδικασίας και μάλιστα, βλάπτοντας δι' αυτής τους καλόπιστους μετέχοντες,

αλλά και την πρόοδο της διαδικασίας. Εξάλλου, ασχέτως και επιπλέον των ανωτέρω, όπως βάσιμα και ο δεύτερος προσφεύγων ισχυρίζεται, η κατ' άρ. 106 παρ. 1, 2 και 3 Ν. 4412/2016 ματαίωση ή μερική ακύρωση της διαδικασίας προϋποθέτει ως κατά νόμο ουσιώδη τύπο την προηγούμενη «γνώμη του αρμοδίου οργάνου» αξιολόγησης, πριν την ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας και η γνώμη αυτή θα πρέπει να αφορά το ζήτημα της ματαίωσης ή μη, χωρίς η οικεία προϋπόθεση να πληρούται δια του απλού περί αποδοχής ή απόρριψης προσφορών γνωμοδοτικού πρακτικού, το οποίο όμως ουδόλως γνωμοδότησε ή κλήθηκε να γνωμοδοτήσει περί της ματαίωσης ή μη και δη, ενώ δεν έκρινε εξάλλου, κατ' άρ. 106 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αποκλειστέο το σύνολο των μετεχόντων, ώστε η ματαίωση να είναι υποχρεωτική, παρά αυτή εκτός των άλλων αποφασίστηκε στο πλαίσιο ενάσκησης διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας. Επομένως, εκτός του ότι μη νομίμως κατά τα ανωτέρω απεκλείσθη εν τέλει ο πρώτος προσφεύγων και δη, με μη νόμιμες αμφότερες τις βάσεις αποκλεισμού του, η απόφαση ματαίωσης της διαδικασίας, ασχέτως τούτου, πάσχει και λόγω ερείσματος σε εσφαλμένη προϋπόθεση και δη, αφενός του αποκλειστέου χαρακτήρα και δη, ειδικώς λόγω παράβασης του άρ. 23.1 της διακήρυξης, όσον αφορά το κριτήριο επιλογής 22.Ε.γ αυτής, αφετέρου της ελλείψεως δυνατότητας απόδειξης πριν την αποδοχή προσφορών, συνδρομής του κριτηρίου αυτού, αλλά και λόγω ως εκ τούτου εσφαλμένης αιτιολογίας, όπως και λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου και άρα, η απόφαση ματαίωσης είναι, ασχέτως μη νόμιμου αποκλεισμού του πρώτου προσφεύγοντος, ούτως ή άλλως μη νόμιμη και ακυρωτέα.

**8.** Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνουν δεκτές αμφότερες οι Προσφυγές. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκρινε αποκλειστέο τον πρώτο προσφεύγοντος, ως και καθ' ο μέρος ματαίωσε τη διαδικασία.

**9.** Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον πρώτο προσφεύγοντα το παράβολο με αρ. .... και

ποσού 15.000,00 ευρώ και στον δεύτερο προσφεύγοντα το παράβολο με αρ.  
.....και ποσού 15.000,00 ευρώ.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται αμφότερες τις Προδικαστικές Προσφυγές.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη της με αρ. 647/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποκλειστέο τον πρώτο προσφεύγοντα, ως και καθ' ο μέρος ματαίωσε τη διαδικασία.

Ορίζει την επιστροφή στον πρώτο προσφεύγοντα του παραβόλου με αρ. .... και ποσού 15.000,00 ευρώ και στον δεύτερο προσφεύγοντα του παραβόλου με αρ. .... και ποσού 15.000,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-8-2020 και εκδόθηκε στις 25-8-2020.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ**