

Η ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 102 Ν. 4412/2016 ΑΠΟ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΚΑΙ Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΤΥΠΙΚΟΤΗΤΑΣ ΤΕΛΙΚΑ ΕΠΗΛΘΕ ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΑΓΗ ΣΤΗΝ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΜΕ ΤΟΝ Ν. 4782/2021¹;

Χρήστος Π. Δετσαρίδης
Αν. Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου
Νομικής Σχολής ΔΠΘ

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Παρά την τροποποίηση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, η προσέγγιση της εθνικής νομολογίας δεν είναι πάγια σε σχέση με το πότε είναι δυνατή η συμπλήρωση της υποβληθείσας προσφοράς. Σχετική λύση δεν έδωσε ούτε η νομολογία του ΔΕΕ, η οποία αποδέχεται την κανονιστική ρύθμιση της προκήρυξης ως το μοναδικό εφαρμοζόμενο κανονιστικό πλαίσιο, επιτρέποντας τη συνέχιση της αρχής της τυπικότητας.

ABSTRACT

Despite the amendment of article 102 of Law 4412/2016, the approach of the national case law is not fixed in relation to when it is possible to complete the submitted offer. Nor did the case law of the Court of Justice of the European Union provide a relevant solution, which accepts the regulation of the announcement as the only applicable regulatory framework, allowing the continuation of the principle of formality.

¹ Η μελέτη αποτέλεσε εισήγηση που παρουσιάστηκε στα πλαίσια του 11ου Ετήσιου Επιστημονικού Συνεδρίου της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, με θέμα *Το Ευρωπαϊκό Δημόσιο Δίκαιο σε ρόλο πρωταγωνιστή στις πολιτικές και κοινωνικές εξελίξεις*, που διοργανώθηκε σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Θεσσαλονίκης και τη Νομική σχολή ΑΠΘ και έλαβε χώρα στη Θεσσαλονίκη στις 5 και 6 Απριλίου 2024.

I. ΤΟ ΑΡΘΡΟ 102 Ν. 4412/16 ΚΑΙ Η ΕΞΕΛΙΞΗ ΤΟΥ

Την απόλυτη και αυστηρή εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας έκαμψε σε σοβαρό βαθμό το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, με το οποίο ο νομοθέτης επέβαλε τον έλεγχο να εστιάζεται μόνο σε ουσιώδεις πλημμέλειες και σε μη πρόδηλα σφάλματα της προσφοράς². Με τη διάταξη ενσωματώθηκε στην εθνική έννομη το αντίστοιχο άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σύμφωνα με το οποίο οι οικονομικοί φορείς έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν ή να αποσαφηνίζουν προσφορές τους, μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής, τηρουμένων απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας³. Κατά τη βούληση του ενωσιακού αρχικά και στη συνέχεια του εθνικού νομοθέτη, η τυχόν διευκρίνιση ή η συμπλήρωση από τον οικονομικό φορέα στοιχείων της προσφοράς που έλλειπαν ήταν επιτρεπτή, αλλά δεν έπρεπε να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης⁴. Κατά την τότε νομοθετική πρόβλεψη δίνονταν η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, μετά από πρόσκληση και με σκοπό τη διάσωση των προσφορών, οι οποίες κατά τα λοιπά θα ήταν παραδεκτές, αλλά κινδύνευαν μόνο από επουσιώδεις ελλείψεις, να ζητήσει διευκρινίσεις, διόρθωση ή συμπλήρωση της προσφοράς υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις⁵. Βασική προϋπόθεση για την εφαρμογή της διάταξης ήταν η διαπίστωση ότι η προσφορά περιείχε ασάφειες ή ήσσονος σημασίας πλημμέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα, που η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι μπορούσαν να θεραπευτούν. Η ευχέρεια αυτή μετατρέπονταν σε υποχρέωση, όταν επέκειτο αποκλεισμός από την πλημμέλεια του υποψηφίου αναδόχου. Ειδικότερα, εφόσον απειλούνταν ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα, η αναθέτουσα ήταν υποχρεωμένη να κάνει χρήση του άρθρου 102 παρ. 5 ν. 4412/2016 και να καλέσει αυτόν προς συμπλήρωση ή αποσαφήνιση του ελλείποντος στοιχείου της προσφοράς του, πριν προβεί στην απόρριψη αυτής, αφού κάτι τέτοιο δεν θα προσέφερε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον υποψήφιο ανάδοχο έναντι των συνυποψηφίων του, ούτε θα εισήγαγε στην προσφορά του ένα νέο στοιχείο, το οποίο δεν είχε καταστεί εξαρχής γνωστό στην αναθέτουσα με τα λοιπά στοιχεία της προσφοράς του⁶.

Με τον νόμο 4782/2021 τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και πλέον δίνεται η

² Χ. Δετσαρίδης, *Η αρχή της τυπικότητας ως δικλείδα ασφαλείας για τη σύννομη διεξαγωγή του διαγωνισμού ή τροχοπέδη στην ανάγκη για ταχεία συμβασιοποίηση των προκηρυσσόμενων διαγωνισμών*; ΘΠΔΔ 2022, σελ. 1277· Κ. Σαμαρτζής, *Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς*. Σχόλιο στην ΔΕφΑθ 410/2020, ΘΠΔΔ 2021, σελ. 258 επ. (259).

³ Άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «... 3. Όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν –εφόσον δεν ορίζεται άλλως από την εθνική νομοθεσία με την οποία εφαρμόζεται η παρούσα οδηγία– να ζητούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός εύλογης προθεσμίας υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά αιτήματα υποβάλλονται τηρουμένων απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας...».

⁴ Χ. Δετσαρίδης, *Η αρχή της τυπικότητας*, ό.π., σελ. 1278 επ.

⁵ Ε. Σωτηροπούλου, *Νομικά ζητήματα μέσα από τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ*, Δημόσιο Δίκαιο 2018, διαθέσιμο στο [link](#), σελ. 423 επ.

⁶ ΣτΕ 505/2021.

δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, να ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης⁷. Με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 που τροποποίησε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ουσιαστικά αποκαταστάθηκε η ορθή μεταφορά του άρθρου 56 παρ. 3 της Οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη⁸. Με τη σχετική διάταξη της Οδηγίας η επιθυμία του ενωσιακού νομοθέτη ήταν να δοθεί η δυνατότητα στα κράτη μέλη να περιορίσουν τις περιπτώσεις στις οποίες οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν εντός εύλογης προθεσμίας τις πληροφορίες ή τα έγγραφα που φέρονται ως ελλιπή, εσφαλμένα ή ελλείποντα, τηρουμένων απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας⁹.

Παράλληλα, όπως αναφέρει και η αιτιολογική έκθεση, επιχειρείται με σκοπό την ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού η κάμψη της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και η διευκόλυνση της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος¹⁰. Με τη ρύθμιση αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχή¹¹. Παρέχεται δηλαδή διακριτική ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές να ζητήσουν να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα τα οποία είναι αντικειμενικά. Και τούτο διότι σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, μια εθνική ρύθμιση που αφορά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης

⁷ Ν. 4782, ΦΕΚ Α 36/09.03.2021, «Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία».

⁸ Χ. Καζιρή, *Κανόνες προαπόδειξης ως προς τη (μη) συνδρομή λόγου αποκλεισμού και την πλήρωση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής*, ΘΠΔΔ, σελ. 1338 επ. (1340).

⁹ Γ. Δελλής/Γ. Κροκίδας/Α.Τσιρωνάς/Π. Πούγγουρα, *Το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Γενική ανάλυση του νέου Ν 4782/2021*, 2021, σελ. 31 επ.

¹⁰ Μ.-Χ. Βλάχου-Βλαχοπούλου, *Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 1894/2022 (Ν 3900/2010) – Το νέο καθεστώς συμπλήρωσης/διευκρίνισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και οι περιπτώσεις επιτρεπτής αναδρομικής τροποποίησης όρων διακήρυξης: «ενέσεις» ρεαλισμού και ευελιξίας στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων ή πηγή ανισοτήτων και αδιαφάνειας*, ΘΠΔΔ 2022, σελ. 1405 επ. (1410).

¹¹ Χ. Δετσαρίδης, *Η αρχή της τυπικότητας*, ό.π. σελ. 1284 επ.

και που έχει ως σκοπό να διασφαλιστεί η ίση μεταχείριση των προσφερόντων δεν πρέπει να βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού¹².

Πριν από τη νομοθετική αυτή πρωτοβουλία η εφαρμογή του άρθρου 102 δεν επέτρεπε στην αναθέτουσα αρχή μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής την αποδοχή δικαιολογητικού σε αντικατάσταση ελλιπούς. Όπως δε γινόταν παγίως δεκτό, δεν όφειλε, ούτε μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις, αφού δεν ήταν δυνατή η εκ των υστέρων συμπλήρωση ή διευκρίνιση μη υποβληθέντος ή μη νομίμως υποβληθέντος δικαιολογητικού, αφού αυτό αποτελούσε μη θεραπεύσιμη πλημμέλεια¹³. Ωστόσο μετά την εισαγωγή των διατάξεων του ν. 4782/2021 και σχετικά με το τροποποιηθέν άρθρο 103 ν. 4412/2016 κρίθηκε ότι δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου λόγω διαπιστωθεισών πλημμελειών στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν από την κλήση του τελευταίου αυτού να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά και την πάροδο της σχετικής ταχθείσας προθεσμίας¹⁴. Διευκρινίζεται μάλιστα ότι σε περίπτωση δε που δεν τηρηθεί η υποχρέωση αυτή προς κλήση του προσωρινού αναδόχου, η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να εκπληρώσει την υποχρέωσή της και να καλέσει τον οικονομικό φορέα να παράσχει διευκρινίσεις¹⁵.

II. Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΤΥΠΙΚΟΤΗΤΑΣ ΩΣ ΑΡΧΗΣ ΤΑΥΤΙΣΜΕΝΗ ΜΕ ΤΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΑΝΑΘΕΣΗΣ ΚΑΙ Η ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΟΥ ΔΕΕ

Με μια πρώτη προσέγγιση η τροποποίηση του άρθρου 102 ν. 4412/2016 φαίνεται να συγκρούεται με την παγιωμένη στη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων αρχή της τυπικότητας¹⁶, που αποσκοπεί, σύμφωνα με τη νομολογία, αφενός στην εφαρμογή της τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως και αφετέρου στην εξασφάλιση της ευχερούς σύγκρισής τους, της ανάγκης αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της έλλειψης ασαφειών¹⁷. Έτσι σύμφωνα με την αρχή όλες οι διατάξεις της διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο από ρητή διάταξη

¹² Χ. Καξίρη, *Κανόνες προαπόδειξης*, ό.π., σελ. 1340. Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο*, 2018, τόμ. 1, σελ. 951-960. Μ. Διαθεσόπουλος, *Τα νέα άρθρα 102 και 310 Ν 4412/2016 μετά το Ν 4782/2021 και το νέο καθεστώς διόρθωσης και συμπλήρωσης προσφορών*, ΠειρΝομ 2021, σελ. 4.

¹³ ΣτΕ 1983/2018. ΣτΕ 781/2020. ΣτΕ 505, 388/2021. ΣτΕ ΕπΑν 135/18. ΣτΕ ΕπΑν 238/19. ΣτΕ ΕπΑν 42/2020. ΣτΕ ΕπΑν 1551/2021. ΣτΕ ΕπΑν 985/2021.

¹⁴ ΣτΕ 1020/2022. ΣτΕ 1894/2022.

¹⁵ Δ. Γούπου, *Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 1894/2022 (Ν 3900/2010) - Σκέψεις επ' αφορμή της ΣτΕ 1894/2022 ως προς την λυσιτέλεια της προδικαστικής προσφυγής και της αιτήσεως ακυρώσεως στις περιπτώσεις μη προηγούμενης εφαρμογής του άρθρου 102 του Ν 4412/2016 από την Αναθέτουσα Αρχή*, ΘΠΔΔ 2023, σελ. 328 επ.

¹⁶ Για την αρχή της τυπικότητας Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων συμβάσεων*, 3^η έκδ., 2019, σελ. 193 επ. Α. Γέροντας, *Δίκαιο Δημοσίων Έργων*, 2009, σελ. 371 επ. Κ. Σαμαρτζής, *Η αρχή της τυπικότητας*, ό.π., σελ. 258 επ. Κ. Καφτάνη, *Η αρχή της τυπικότητας στους δημοσίους διαγωνισμούς. Ακραιφνής τυπολατρεία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας*, Διδικ 2012, σελ. 545 επ. (546). Χ. Δετσαρίδης, *Η αρχή της τυπικότητας*, ό.π., σελ. 1277 επ.

¹⁷ ΣτΕ 1819/2020. ΣτΕ 194/2011. ΣτΕ 1046/2010. ΣτΕ 804/2010. ΣτΕ 279/2008. ΣτΕ 3084/2008. ΣτΕ ΕπΑν 816/2007. ΣτΕ ΕπΑν 1168/2007. ΣτΕ ΕπΑν 877/2006. ΣτΕ ΕπΑν 1201/2006. ΕλΣυν Τμ. VI 230/2020. ΔΕφΑΘ 347/2020. ΔΕφΑΘ 192/2020. ΔΕφΠειρ 116/2020. ΔΕφΘεσσ 7/2020. ΔΕφΘεσσ 47/2020. ΔΕφΚομ 25/2020.

του νόμου ή της ίδιας της διακήρυξης¹⁸. Κατά συνέπεια η παράβαση ουσιωδών διατάξεων του κανονιστικού πλαισίου οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού¹⁹. Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους²⁰. Με βάση την αρχή της τυπικότητας όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που προβλέπουν τύπους που επιβάλλεται να τηρηθούν κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, θεωρούνται ουσιώδεις όροι²¹ και για τον λόγο αυτό η παραβίασή τους οδηγεί υποχρεωτικά και αναγκαία στον αποκλεισμό των υποψηφίων αναδόχων²².

Η ρύθμιση αυτή, ωστόσο, δεν συνεπάγεται και απόλυτη παράκαμψη της αρχής της τυπικότητας, όπως έχει τουλάχιστον ερμηνευτεί και από το ΔΕΕ²³. Σύμφωνα με τις παραδοχές του Δικαστηρίου γίνεται αποδεκτή η αρχή της τυπικότητας, μέσα από την επιβαλλόμενη προσήλωση των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης²⁴. Οι κανόνες της διακήρυξης, που αποτελούν και το κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης, απαγορεύουν με ιδιαίτερη αυστηρότητα κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις τους και θεωρείται ότι η παραβίασή τους συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου και κυρίως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία αποτελεί και τη βάση των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις²⁵. Κατά τη νομολογία η αρχή της τυπικότητας συνδέεται άμεσα με την αρχή της διαφάνειας, η οποία, μαζί με την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αποσκοπεί στη διασφάλιση ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν σε όλα τα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες, όταν υποβάλλουν τις προσφορές τους²⁶. Σύμφωνα με την πάγια θέση του Δικαστηρίου, οι αρχές αυτές δεν απαγορεύουν, κατ' αρχήν, τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως λόγω μη τηρήσεως υποχρεώσεως, η οποία επιβάλλεται ρητώς επί ποινή αποκλεισμού, από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα ή από τις ισχύουσες διατάξεις του εθνικού δικαίου. Στην περίπτωση αυτή η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δέχεται συμπληρώσεις ή διορθώσεις λόγω παραλείψεων κατά την υποβολή της υποψηφιότητας του οικονομικού φορέα, ερμηνεύοντας διαφορετικά τους

¹⁸ Χ. Δετσαρίδης, *Η αρχή της τυπικότητας*, ό.π., σελ. 1277 επ.

¹⁹ ΣτΕ Ολ 2137/1993· ΣτΕ ΕπΑν 240/2019· ΔΕφΠειρ 42/2020· ΔΕφΠειρ 116/2020.

²⁰ ΣτΕ ΕπΑν 248/2020· ΣτΕ ΕπΑν 50/2020· ΣτΕ ΕπΑν 159/2019· ΣτΕ ΕπΑν 30/2019· ΣτΕ 194/2011· ΣτΕ 804/2010· ΣτΕ 3084/2008· ΣτΕ ΕπΑν 42/2020· ΣτΕ ΕπΑν 127/2015· ΣτΕ ΕπΑν 79/2009· ΣτΕ ΕπΑν 733/2009· ΣτΕ ΕπΑν 264/2009· ΕλΣυν Τμήμα VI 1949/2009· ΕλΣυν Τμήμα V Πράξη 115/2008 Ι· ΕλΣυν Τμήμα VI Πράξη 10/2008· ΕλΣυν Τμήμα VI Πράξη 22/2005.

²¹ ΣτΕ 2456/2020· ΣτΕ 1573/2019· ΣτΕ 1490/2019· ΣτΕ 1046/2010· ΣτΕ 2841/2006· ΣτΕ ΕπΑν 241/2020· ΣτΕ ΕπΑν 689/2011, ΕλΣυν Τμημ. VI 2495/200.

²² ΣτΕ ΕπΑν 233/2020· ΣτΕ ΕπΑν 27/2018· ΣτΕ ΕπΑν 28/2017· ΣτΕ ΕπΑν 112/2016· ΣτΕ ΕπΑν 374/2013· ΔΕφΑθ 370/2020.

²³ ΔΕΕ 02.05.2019, *Lavorogna Srl*, υπόθ C-309/18, σκ 21, 22· ΔΕΕ 07.09.2021, *Klaidos regiono atlieku tvarkymo centras*, υπόθ C-927/19, σκ. 92-94.

²⁴ Χ. Δετσαρίδης, *Η αρχή της τυπικότητας*, ό.π., σελ. 1280 επ.

²⁵ ΔΕΕ 07.09.2021, *Klaidos regiono atlieku tvarkymo centras*, υπόθ C-927/19, σκ. 92-94· ΔΕΕ 02.06.2018, *Pizzo*, υπόθ. C-27/15, σκ. 49.

²⁶ ΔΕΕ 06.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, υπόθ C-42/13, σκ. 46 και 48· ΔΕΕ 02.06.2018, *Pizzo*, υπόθ. C-27/15, σκ. 49.

κανόνες της διακήρυξης ή παραβιάζοντας την προβλεπόμενη από τους κανόνες αυτούς αρχή της τυπικότητας²⁷.

Αυτή ήταν η προσέγγιση της πάγιας νομολογίας του Δικαστηρίου της Ένωσης και στην ερμηνεία των διατάξεων της Οδηγίας 2004/18/EK²⁸, η οποία στηρίζεται ιδίως στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως²⁹. Η θέση αυτή συνεχίζει να εφαρμόζεται κατ' αναλογία και στο πλαίσιο του άρθρου 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24, με το Δικαστήριο να δέχεται ότι δεν είναι δυνατή η θεραπεία της παράλειψης προσκόμισης εγγράφων των οποίων κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, αφού η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει³⁰. Εναπόκειται δηλαδή κατά το ενωσιακό δίκαιο στα κράτη μέλη να καθορίσουν τις περιπτώσεις στις οποίες οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν εντός εύλογης προθεσμίας τις πληροφορίες ή τα έγγραφα που φέρονται ως ελλιπή, εσφαλμένα ή ελλείποντα³¹. Σύμφωνα με το Δικαστήριο δεν απαγορεύεται η διόρθωση ή συμπλήρωση της προσφοράς για απλή διευκρίνιση ή διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, όταν η τροποποίηση αυτή δεν συνεπάγεται στην πράξη την υποβολή νέας προσφοράς³². Έτσι, η αρχή της τυπικότητας όχι μόνο δεν κάμπτεται, αλλά εφαρμόζεται και λειτουργεί, χάριν της διάσωσης της σύμβασης και προς προστασία του ανταγωνισμού, με την έννοια ότι επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να μην δέχεται οποιαδήποτε διόρθωση παραλείψεων, οι οποίες κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του

²⁷ ΔΕΕ 02.05.2019, *Lavorgna Srl*, υπόθ C-309/18, σκ. 21, 22.

²⁸ Ανάλογη θέση έλαβε το ΔΕΕ και για το άρθρο 51 της Οδηγίας 2004/18/EK που προέβλεπε «...Άρθρο 51. Συμπληρωματική τεκμηρίωση και πληροφορίες. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώνουν ή να διευκρινίζουν τα πιστοποιητικά και έγγραφα που υπέβαλαν κατ' εφαρμογή των άρθρων 45 έως 50». Ειδικότερα με τη ΔΕΕ 28.02.2018, *MA.T.I. SUD SpA κατά Centostazioni SpA*, υπόθ C-523/16, σκ. 44-46, «...Πρώτον, πρέπει να υπομνησθεί ότι το άρθρο 51 της οδηγίας 2004/18 προβλέπει ότι, στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους επιχειρηματίες να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά και έγγραφα που υπέβαλαν κατ' εφαρμογή των άρθρων 45 έως 50 της εν λόγω οδηγίας. Επομένως, η διάταξη αυτή προβλέπει απλώς τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τους προσφέροντες που υπέβαλαν προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας υποβολής προσφορών να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα που πρέπει να προσκομίσουν στο πλαίσιο της εκτιμήσεως των προϋποθέσεων του παραδεκτού της προσφοράς τους, αποδεικνύοντας την χρηματοοικονομική επάρκεια και τις επαγγελματικές και τεχνικές γνώσεις ή ικανότητές τους. Ούτε η διάταξη αυτή ούτε κάποια άλλη διάταξη της οδηγίας 2004/18 περιέχουν διευκρινίσεις για τους τρόπους με τους οποίους μπορεί να πραγματοποιηθεί η τακτοποίηση αυτή ή για τις προϋποθέσεις από τις οποίες μπορεί, ενδεχομένως, να εξαρτηθεί. Επομένως, τα κράτη μέλη, στο πλαίσιο των μέτρων που πρέπει να λάβουν για τη μεταφορά της οδηγίας 2004/18 στο εσωτερικό δίκαιο, είναι κατ' αρχήν ελεύθερα, όπως παρατήρησε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 57 των προτάσεών του, όχι μόνο να θεσπίσουν μια τέτοια δυνατότητα τακτοποίησης των προσφορών στο εθνικό τους δίκαιο (βλ. υπό την έννοια αυτή απόφαση της 24.05.2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκ. 35), αλλά επίσης και να προβλέψουν τους σχετικούς κανόνες...».

²⁹ ΔΕΕ 29.03.2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, υπόθ C-599/10, σκ. 40· ΔΕΕ 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, υπόθ C:2013:647, σκ. 36 και 40· και ΔΕΕ 28.02.2018, *MA.T.I. SUD και Duemme SGR*, υπόθ C-523/16 και C-536/16 σκ. 51 και 52.

³⁰ ΔΕΕ 02.05.2019, *Lavorgna Srl*, υπόθ C-309/18, σκ. 21, 22· ΔΕΕ 07.09.2021, *Klaidēdos regiono atlieku tvarkymo centras*, υπόθ C-927/19, σκ. 92-94.

³¹ Χ. Καξιρή, *Κανόνες προαπόδειξης*, ό.π., σελ. 1342 επ.· Χ. Δετσαρίδης, *Η αρχή της τυπικότητας*, ό.π., σελ. 1280 επ.

³² ΔΕΕ 23.03.2012, *SAG ELV Slovensko a.s κτλ*, υπόθ 599/10.

διαγωνισμού συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του ενδιαφερόμενου προσφέροντος, άλλα μόνο τις από το κανονιστικό και εθνικό πλαίσιο προβλεπόμενες³³.

Στην πρόσφατη νομολογία του το ΔΕΕ, ερμηνεύοντας την διάταξη του άρθρου 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, δέχθηκε ότι, αν και η διάταξη αυτή δίνει τη δυνατότητα της υποβολής από τους οικονομικούς φορείς δικαιολογητικών με σκοπό να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν την προσφορά τους, τελεί υπό δύο βασικές και απόλυτα αυστηρές προϋποθέσεις, να ορίζεται στο κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διαδικασία και η εν λόγω προσκόμιση να μην θίγει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας³⁴. Κατά συνέπεια η έκταση του δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής να επιτρέπει στον ανάδοχο να συμπληρώνει ή να διευκρινίζει εκ των υστέρων την αρχική προσφορά του εξαρτάται από την τήρηση των διατάξεων του άρθρου 56 παρ. 3, της Οδηγίας 2014/24, λαμβανομένων ειδικότερα υπόψη το πλαίσιο που διέπει τον διαγωνισμό και τις επιταγές της αρχής της ίσης μεταχείρισης, που επιβάλλουν να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους. Με τον τρόπο αυτό, εκτιμά το Δικαστήριο, αποκλείεται ο κίνδυνος ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής³⁵. Το Δικαστήριο ειδικότερα έκρινε ότι οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης λόγω μη τήρησης εκ μέρους του υποχρέωσης, η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και απαιτούμενων εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας³⁶. Ως εκ τούτου και εξ αντιδιαστολής, οι ίδιες αρχές δεν απαγορεύουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που επιβάλλονται ρητά και με ποινή αποκλεισμού από τις ισχύουσες διατάξεις του εθνικού δικαίου³⁷.

Με την προσέγγιση αυτή το Δικαστήριο εναποθέτει στον εθνικό νομοθέτη να καθορίσει το πλαίσιο και την έκταση των διορθώσεων και συμπληρώσεων της ήδη υποβληθείσας υποψηφιότητας του. Η αρχή της τυπικότητας διατηρείται κατά τον έλεγχο της διαγωνιστικής διαδικασίας στον βαθμό που ο εθνικός νομοθέτης, καθορίζοντας τους όρους του διαγωνισμού, θέτει το αυστηρό πλαίσιο στη δυνατότητα προσκόμισης η συμπλήρωσης εγγράφων από τον οικονομικό φορέα μετά την υποβολή της προσφοράς του. Ο καθορισμός ότι η παραβίαση συγκεκριμένων διατάξεων οδηγεί στον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα στερεί ρητά από την αναθέτουσα αρχή, κατά την ερμηνεία της διάταξης της Οδηγίας από το Δικαστήριο, τη δυνατότητα να παρακάμψει την αρχή της τυπικότητας και να προβεί σε άλλου είδους ερμηνεία προκειμένου να διασώσει την ελλιπή προσφορά.

³³ ΔΕΕ 10.11.2016, *Ciclat Soc*, υπόθ C-199/15, σκ. 30· ΔΕΕ 06.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, υπόθ C-42/13, σκ. 46.

³⁴ ΔΕΕ 07.09.2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, υπόθ. C-927/19, σκ. 92-94.

³⁵ ΔΕΕ 02.05.2019, *Lavorgna Srl*, υπόθ C-309/18, σκ. 19· ΔΕΕ 02.06.2016, *Pizzo*, υπόθ. C-27/15.

³⁶ ΔΕΕ 02.05.2019, *Lavorgna Srl*, υπόθ C-309/18, σκ. 20· ΔΕΕ 02.06.2016, *Pizzo*, υπόθ C-27/15 σκ. 51· ΔΕΕ 10.11.2016, *Spinosa Costruzioni Generali και Melfi*, υπόθ C-162/16, σκ. 32.

³⁷ ΔΕΕ 02.05.2019, *Lavorgna Srl*, υπόθ C-309/18, σκ. 21.

III. Η ΘΕΣΗ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ ΓΙΑ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 102 Ν. 4412/2016 ΜΕΤΑ ΤΟΝ Ν. 4782/2021

Μετά την τροποποίηση της διάταξης του άρθρου 102 ν. 4412/2016 δεν φαίνεται να επήλθε ουσιαστική διαφορά σε σχέση με το παρελθόν στην αντιμετώπιση του θέματος από τη νομολογία³⁸. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί και ερμηνευθεί η εφαρμογή της διάταξης από το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο και τα Διοικητικά Εφετεία, οι διευκρινίσεις-συμπληρώσεις λαμβάνονται υπόψη μόνο εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο κατά τη διαγραφόμενη διαδικασία και μόνο εφόσον έχουν απόλυτο συμπληρωματικό χαρακτήρα, δηλαδή αποσαφήνισης με προσκόμιση εγγράφων, νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι την αναπλήρωση της έλλειψης τέτοιων στοιχείων, με την προσκόμιση αυτών το πρώτον μεταγενεστέρως³⁹. Σε διαφορετική περίπτωση κατά τη νομολογία επέρχεται παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων με την ουσιαστική αλλοίωση της αρχικής προσφοράς του οικονομικού φορέα, γεγονός που δίνει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις υπόλοιπες⁴⁰. Έτσι δεν είναι δυνατή γενικά η διόρθωση παραλείψεων, που, κατά τις ρητές διατάξεις της διακήρυξης, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του προσφέροντος⁴¹. Και τούτο διότι, κατά τη νομολογία, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο να διευκρινίσει την προσφορά του δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο, ούτε μπορεί να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτό η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων⁴².

Από την επισκόπηση της νομολογίας σαφώς προκύπτει ότι γενικά η αντιμετώπιση του άρθρου 102 γίνεται μέσω συσταλτικής ερμηνείας. Με τον τρόπο αυτό έχει κριθεί ότι το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, προκειμένου να διασφαλίζονται οι προβλεπόμενες στην παρ. 1 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η τήρηση των οποίων αποτελεί ζήτημα θεμελιώδους σημασίας για την εφαρμογή της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, αποκλείει στην αναθέτουσα αρχή, πολύ δε περισσότερο στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, τη μετά την υποβολή των προσφορών τους και κατά το στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης αυτών από την αναθέτουσα αρχή μεταγενέστερη αντικατάσταση ή συμπλήρωση δικαιολογητικών και εγγράφων, που αξιώνονται από την οικεία διακήρυξη επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς, ώστε να μην καθίσταται επιγενομένως αυτή παραδεκτή⁴³. Με τη συγκεκριμένη προσέγγιση η περίπτωση της μη προσκόμισης ενός δικαιολογητικού ουσιώδους κατά τη διακήρυξη, για το οποίο απειλείται ο αποκλεισμός του υποψηφίου, δεν θα πρέπει να αντι-

³⁸ ΣτΕ 827/2019 επτ.· ΣτΕ ΕπΑν 237/2021· ΣτΕ ΕπΑν 248/2020· ΣτΕ 1490/2019· ΣτΕ ΕπΑν 1647/2022· ΣτΕ ΕπΑν 241/2020· ΣτΕ ΕπΑν 184/2017.

³⁹ ΣτΕ 301/2019· ΣτΕ ΕπΑν 401/2018· ΔΕφΚομ 168/2023· ΔΕφλωαν 15/2023· ΔΕφΧαν 38/2023· ΔΕφΤριπ 21/2023.

⁴⁰ ΣτΕ 7μ 827/2019· ΣτΕ ΕπΑν 248/2020· ΣτΕ 7μ 1490/2019· ΣτΕ ΕπΑν 241/2020· ΣτΕ 184/2017.

⁴¹ ΣτΕ 7μ. 147/2022.

⁴² ΣτΕ 300/2023· ΔΕφΚομ 168/2023· ΔΕφλωαν 15/2023· ΔΕφΤριπ 26/2023.

⁴³ ΣτΕ ΕπΑν 30/2019· ΣτΕ ΕπΑν 204/2019· ΣτΕ ΕπΑν 42/2020· ΣτΕ ΕπΑν 58/2019· ΣτΕ ΕπΑν 117/2018· ΣτΕ ΕπΑν 239/2019· ΣτΕ ΕπΑν 135/2018· ΔΕφΧαν 5/2021.

μετωπίζεται ως προϊόν ασάφειας, η οποία θα ήταν δυνατό να αρθεί με την παροχή διευκρινήσεων κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016⁴⁴. Αιτιολογείται μάλιστα από τη νομολογία η αρχή της τυπικότητας, ως αρχή που αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας, στην αποφυγή κινδύνου αλλοιώσεων των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς σύγκρισης μεταξύ τους, και για τον λόγο αυτό αποκλείεται η συμπλήρωση οικονομικής προσφοράς υποψηφίου σε διαγωνισμό μετά την κατάθεσή της και κατά το μεταγενέστερο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών από την αναθέτουσα αρχή⁴⁵.

Το ζήτημα όμως της συμπλήρωσης εγγράφων μετά την υποβολή της προσφοράς από τον οικονομικό φορέα παραμένει σε σχέση πάντα με την ερμηνεία, που θα πρέπει να δοθεί στη διάταξη του άρθρου 102 ν. 4412/16. Τελικά ποιο είναι το ασφαλές κριτήριο, ώστε να θεωρηθεί επιτρεπτή η εκ των υστέρων συμπλήρωση και η κατά διακριτική ευχέρεια νόμιμη κλήση της αναθέτουσας αρχής στον υποψήφιο ανάδοχο να προσκομίσει το έγγραφο που λείπει; Εκτός από τις περιπτώσεις όπου στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης ορίζονται σαφώς κάποιες παραλήψεις ως λόγοι αποκλεισμού, πρέπει να προβληματιστούμε στο τι γίνεται στις υπόλοιπες περιπτώσεις, όπου δεν υπάρχει τέτοια πρόβλεψη στη διακήρυξη. Στην περίπτωση αυτή ποιο είναι το σταθερό φίλτρο για να θεωρηθεί μια τέτοια συμπλήρωση ως νόμιμη, ποιο είναι το σταθερό δεδομένο, ώστε να θεωρηθεί μια εκ των υστέρων συμπλήρωση νόμιμη; Με την κατά καιρούς θέση της νομολογίας περί ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης και πάλι οδηγούμαστε στην ανασφάλεια του αβέβαιου χαρακτηρισμού⁴⁶.

Λόγω έλλειψης σταθερών κριτηρίων η γενικότερη αυτή ανασφάλεια εμφανίζεται και μέσα από τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων. Έτσι χαρακτηριστικά έγινε δεκτό σε διαγωνισμό για τη συντήρηση των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων στις εγκαταστάσεις λιμένος ότι δεν επιδέχεται συμπληρωματικής διόρθωσης η οικονομική προσφορά στην οποία δηλώθηκε, ως σύνολο αποδοχών προσωπικού, το άθροισμά τους με τις ασφαλιστικές εισφορές που βαρύνουν τους εργαζομένους και εξειδικεύθηκε ανακριβώς, αφού οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να αναγράψουν στο αντίστοιχο συμπληρωτέο πεδίο του πίνακα ανάλυσης δαπάνης, ο οποίος επισυνάπτεται στην οικονομική προσφορά τους, το ακριβές ποσό των αποδοχών και των εισφορών, ώστε να διαπιστώνεται σαφώς ότι το ύψος του δεν υπολείπεται των ελάχιστων νομίμων ορίων εργασιακού κόστους⁴⁷. Ομοίως σε άλλη απόφαση που αφορούσε την προμήθεια ενός απορριματοφόρου τύπου

⁴⁴ ΣτΕ 505/2021· ΣτΕ ΕπΑν 234/2020· ΔΕφΧαν 18/2022.

⁴⁵ ΔΕφΧαν 5/2021.

⁴⁶ ΔΕφΑθ 414/2023· ΔΕφ Πειρ 315/2023· ΔΕφΤριπ 23/2023.

⁴⁷ ΔΕφίωαν 15/2023 «...Η αντίθετη παραδοχή θα προσέκρουε στην αρχή της τυπικότητας των διενεργούμενων διαγωνισμών, όπως ο ένδικος, θα αποδέσμευε τον αναθέτοντα φορέα από την αυστηρή τήρηση των κριτηρίων επιλογής αναδόχου, τα οποία έθεσε, με την διακήρυξη ανάθεσης της σύμβασης της επίμαχης παροχής υπηρεσιών, θα οδηγούσε στην υποβολή ουσιαστικά νέας ή εναλλακτικής οικονομικής προσφοράς από το αιτούν (βλ. ΣτΕ 2646-7/2022, 2514/2022, 1894/2022) και θα παρείχε σε αυτό αθέμιτο πλεονέκτημα, σε σύγκριση με το παρεμβαίνον (βλ. αιτιολογική έκθεση στο σχέδιο του νόμου 4782/2021). Τέλος, η διόρθωση της οικονομικής προσφοράς του αιτούντος στα επίμαχα κεφάλαιά της, μετά από σχετικό αίτημα του αναθέτοντος φορέα θα αντέκειτο στις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας, οι οποίες εφαρμόζονται, κατ' άρθρο 18 (§ 1) ν. 4412/2016, σε διαγωνιστικές διαδικασίες, όπως η επίδικη. Η εφαρμογή των αρχών αυτών επιτάσσει να καθορίζονται σαφώς, σε προγενέστερο χρόνο, να δημοσιοποιούνται δε οι ουσιαστικές και διαδικαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ιδίως, μάλιστα, οι υποχρεώσεις των διαγωνιζομένων, ώστε, αφενός να μπορούν οι ενδιαφερόμενοι να γνωρίζουν επακριβώς

περιστρεφόμενου τυμπάνου, για να χρησιμοποιηθεί για τις ανάγκες αποκομιδής απορριμμάτων δήμου, όπου ο υποψήφιος οικονομικός φορέας περιέλαβε στην τεχνική προσφορά του σχέδιο της χοάνης τροφοδοσίας παραλείποντας να αναφέρει τη συνολική της χωρητικότητα, άλλα την απέδειξε έμμεσα από τις αναγραφόμενες διαστάσεις, έγινε δεκτό ότι δεν απέδειξε την πλήρωση του εν λόγω απαιτούμενου όρου της διακήρυξης, αφού μόνο από τις αναγραφόμενες διαστάσεις δεν ήταν ευχερές να υπολογισθεί ο ζητούμενος όγκος, λόγω της χρήσης μαθηματικών τύπων και περίπλοκων μεθόδων, και κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε περίπτωση κλήσεως της αιτούσας από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να υποβάλει διευκρινίσεις επί του επίμαχου σημείου της προσφοράς του, κατ' επίκληση της διάταξης του άρθρου 102 ν. 4412/2016, αφού πρόκειται για μη πλήρωση κρίσιμου τεχνικού χαρακτηριστικού που δεν επιδέχεται συμπλήρωσης και διευκρινίσεων⁴⁸.

Αντίθετα σε διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών φύλαξης κρίθηκε νόμιμη η κλήση της αναθέτουσας αρχής για προσκόμιση «συμπληρωματικά» νέων υπεύθυνων δηλώσεων, σχετικά με την αλήθεια των πληροφοριών που περιλαμβάνονται στο βιογραφικό τους, λόγω του ότι οι κατατεθείσες αρχικά είχαν βεβαιωμένο το γνήσιό τους από αναρμόδια αρχή και συγκεκριμένα από δικηγόρο και όχι ψηφιακά. Η εφαρμογή του άρθρου 102 στηρίχθηκε στο επουσιώδες κατά την κρίση του δικαστηρίου ελαττώματος της προσφοράς και ειδικότερα της μη προσήκουσας υποβολής εγγράφου, χωρίς να θεωρείται αποδοχή ουσιωδώς τροποποιηθείσας προσφοράς, που προσδίδει αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συνδιαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας⁴⁹. Επίσης στον επουσιώδη χαρακτήρα της πλημμέλειας της προσφοράς στηρίχθηκε το δικαστήριο δεχόμενο ότι συνιστά επουσιώδη παράλειψη, η οποία μπορεί να διορθωθεί με την εφαρμογή από την αναθέτουσα Αρχή της διαδικασίας του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, η μη υποβολή πιστοποιητικών CE για τα προσφερόμενα από τον υποψήφιο ανάδοχο είδη, μεταφρασμένων στην ελληνική γλώσσα⁵⁰.

τις απαιτήσεις της οικείας διαδικασίας και να εμφορούνται από την πεποίθηση ότι εκείνες ισχύουν για κάθε υποψήφιο ανάδοχο, αφετέρου να είναι εφικτό στον αναθέτοντα φορέα να ασκήσει αποτελεσματικό, με ίσους όρους, έλεγχο της εναρμόνισης των υποβαλλομένων οικονομικών προσφορών προς τα κριτήρια που απαιτούνται, για την κατακύρωση (βλ. ΣτΕ 1894/2022, 983/2021)».

⁴⁸ ΔΕφΧαν 38/2023.

⁴⁹ ΔΕφΠειρ 315/2023 «...Ενόψει των ανωτέρω, εσφαλμένη παρίσταται η κρίση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ότι οι προαναφερθείσες πλημμέλειες στις υπεύθυνες δηλώσεις οδηγούν άνευ ετέρου σε αποκλεισμό της αιτούσας από τη διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο διότι η αποδοχή των εν λόγω δικαιολογητικών από την αναθέτουσα Αρχή δεν ισοδυναμεί, όπως προειπώθηκε, με αποδοχή ουσιωδώς τροποποιηθείσας προσφοράς, ούτε προσδίδει αθέμιτο πλεονέκτημα στην αιτούσα έναντι των λοιπών συνδιαγωνιζομένων, υπό την έννοια ότι την περιάγει σε αδικαιολόγητα ευμενή θέση, κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, όπως εσφαλμένα δέχθηκε η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., καθόσον, η αιτούσα πληρούσε εξ αρχής την ανωτέρω ουσιαστική προϋπόθεση συμμετοχής, ο δε αποκλεισμός της θα βασιζόταν μόνο στον ανωτέρω τυπικό επουσιώδη λόγο μη προσήκουσας υποβολής εγγράφου. Συνεπώς, η ανωτέρω αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης δεν είναι νόμιμη, κατ' αποδοχήν των σχετικών λόγων της κρινόμενης αίτησης, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων προβαλλόμενων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας...».

⁵⁰ Αφορούσε προμήθεια συσκευών τηλεδιάσκεψης στο πλαίσιο της δράσης, ΔΕφΑΘ 414/2023 «...6. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων και των όρων της Διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί τον διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣτΕ Ολ. 1819/2020, ΣτΕ 1440/2022 κ.ά.), τα έγγραφα της προσφοράς οφείλουν, καταρχάς να είναι συντεταγμένα στην Ελληνική Γλώσσα, ή, μεταφρασμένα σε αυτήν, εκτός αν πρόκειται για τα αμιγώς τεχνικά φυλλάδια που εξαιρούνται από την υποχρέωση αυτή (πρβλ. ΣτΕ 1089/2020 Ολ., 827/2019 7μ κ.ά.)... Το Δικαστήριο, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην 6η σκέψη, λαμβάνοντας υπόψη ότι η πλήρωση

Μέσα από αυτή την ενδεικτική αναφορά στη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων προκύπτει σαφώς ότι η εφαρμογή του άρθρου 102 ν. 4412/2016 κινείται στα πλαίσια μιας νομολογιακής κατά περίπτωση θεμελίωσης, χωρίς να εξαιρούνται οι συχνές αποκλείσεις της νομολογίας για το ίδιο νομικό και πραγματικό ζήτημα. Και αυτό είναι λογικό για διοικητικά δικαστήρια της χώρας και συγκεκριμένα τα διοικητικά εφετεία, που καλούνται χωρίς ξεκάθαρο ασφαλές κριτήριο να κρίνουν τον τρόπο εφαρμογής του άρθρου 102 από τις ποικίλες κάθε φορά διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης. Ωστόσο, τελικά αυτό που πρέπει να απαντηθεί είναι εάν ο ενωσιακός νομοθέτης και κατ' επέκταση ο εθνικός ήθελε μια τέτοια προσέγγιση του άρθρου 102 σε σχέση με τη διάσωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη διατήρησης της καλύτερης προσφοράς.

IV. ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση, με την τροποποίηση του άρθρου επιχειρήθηκε η διεύρυνση του ανταγωνισμού με τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών προσφορών για έλλειψη στοιχείων, που θα μπορούσαν να συμπληρωθούν, χωρίς να διακυβεύεται βέβαια η αρτιότητα των φακέλων των προσφορών αυτών⁵¹. Άλλωστε, ο νόμος προβλέπει τον ενδελεχή έλεγχο της επάρκειας των πρόσθετων πληροφοριών, που θα προσκομισθούν από τον προσφέροντα μετά από σχετική κλήση του. Ο σκοπός του νομοθέτη είναι να συμβάλει στην αποφυγή των υπερβολών κατά την εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας και του δυσμενούς αποτελέσματος να αποκλείονται για επουσιώδεις παραλείψεις οικονομικοί φορείς με συνέπεια τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Το βέβαιο είναι ότι ο νομοθέτης εναρμονιζόμενος με τη ratio του άρθρου 56 παρ. 3 της Οδηγίας επιθυμεί να δώσει τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να συμπληρώνουν εκ των υστέρων ελλείψεις των δηλώσεων και των προσφορών τους και να αντικαθιστούν έγγραφα που είχαν παραλείψει, διασώζοντας τις ελαττωματικές τους προσφορές.

Σίγουρα η σημερινή αντιμετώπιση των διαγωνιστικών διαδικασιών στα πλαίσια του άρθρου 102 δεν συμβάλλει στον ως άνω στόχο. Αυτό που από την πρώτη στιγμή διατρανώθηκε μέσα από τις Οδηγίες ήταν η διάσωση της προσφοράς με την εφαρμογή των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ώστε να επιτευχθεί ο βασικός στόχος που είναι η σύναψη της σύμβασης στη βάση της επιδίωξης του στόχου value for money. Με τη διάταξη επιχειρήθηκε να ξεπεραστεί το καθεστώς της απόρριψης των προσφορών για επουσιώδη τυπικά ελαττώματα τα οποία σίγουρα δεν ωφέλησαν στο τελικό αποτέλεσμα και δεν ωφελούν στον παραπάνω στόχο.

Για την εξέλιξη της εφαρμογής του άρθρου 102 ν. 4412/2016 σημαντικό ρόλο έπαιξε και η

των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης αποδεικνύεται από τα τεχνικά φυλλάδια των προσφερόμενων από την αιτούσα εταιρεία προϊόντων και από τα υποβληθέντα αμετάφραστα πιστοποιητικά CE, γεγονός που δεν αμφισβητείται από το ως άνω έγγραφο απόψεων της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και συνεκτιμώντας και το σχετικό ορθό σκεπτικό της προσβαλλόμενης απόφασης, ανεξαρτήτως του διατακτικού της, που αποκλίνει ανατιολόγητα από το σκεπτικό αυτό, κρίνει ότι η μη υποβολή των ανωτέρω πιστοποιητικών CE για τα προσφερόμενα από την αιτούσα εταιρεία είδη, μεταφρασμένων στην ελληνική γλώσσα συνιστά επουσιώδη παράλειψη, η οποία μπορεί να διορθωθεί με την εφαρμογή από την αναθέτουσα Αρχή της διαδικασίας του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, κατά τον σχετικό βασίμως προβαλλόμενο λόγο της αίτησης ακυρώσεως-αναστολής...».

⁵¹ Δ. Ράικος, Προσέγγιση πρόσφατων τροποποιήσεων του Ν. 4412/2016 υπό το πρίσμα των σύγχρονων προκλήσεων του δικαίου δημοσίων συμβάσεων στην post Covid-19 εποχή, Διδικ 2022, σελ. 353 επ. (362).

ερμηνεία που δόθηκε στο άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ από το ΔΕΕ, το οποίο επιφύλαξε τελικά στον εθνικό νομοθέτη τη δυνατότητα να θέτει τους κανόνες που μπορούν ουσιαστικά να καταστήσουν ανενεργό τον παραπάνω στόχο. Σε σχέση με τη δυνατότητα συμπλήρωσης και διόρθωσης μιας ελαττωματικής προσφοράς, ουσιαστικά μέσα από τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου διατηρήθηκε η αρχή της τυπικότητας και μάλιστα σε κάποιες περιπτώσεις με την αυστηρή μορφή της, όπως την είχαμε γνωρίσει τα προηγούμενα χρόνια. Με βάση αυτή την προσέγγισή του ΔΕΕ, το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο και τα διοικητικά εφετεία περιορίστηκαν να ερμηνεύσουν τη διάταξη με βάση επιταγές του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης. Ενδεχόμενα κάθε άλλη διαφορετική προσέγγιση να ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου.

Αυτό πλέον που χρειάζεται με βάση όλα τα παραπάνω είναι η ενδεχόμενη σαφέστερη και πιο αναλυτική παρέμβαση του νομοθέτη να αποσαφηνίσει τις περιπτώσεις, ώστε να θεωρείται επιτρεπτή η συμπλήρωση ή διόρθωση ελαττωματικής προσφοράς, επιβάλλοντας ταυτόχρονα κανόνες σχετικά με ποιες προϋποθέσεις στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης θα ορίζονται ως λόγοι αποκλεισμού της προσφοράς. Μόνο έτσι θα μπορέσουμε ουσιαστικά να επιτύχουμε στη διαγωνιστική διαδικασία την ουσιαστική εφαρμογή του άρθρου 102 ν. 4412/2016. □