

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος (Εισηγητής) και Αργυρώ Τσουλούφα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15-10-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1062/16-10-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 5-10-2018 υπ'αριθμ. 656/2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας ως προς τη «Λήψη Απόφασης επί του Πρακτικού Διενέργειας και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου για την εκτέλεση της προμήθειας με τίτλο «Προμήθεια Τροφίμων και λοιπών Αναλώσιμων Ειδών Παντοπωλείου» (Απόσπασμα από το πρακτικό της 34/2018 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 16.5.2018 με την οποία εγκρίνεται το από 3.10.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου για την εκτέλεση της ως άνω προμήθειας), καθ' ο μέρος δι' αυτής κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου ..., καθώς και κατά κάθε προγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας, η οποία επικυρώνεται με την παραπάνω προσβαλλόμενη απόφαση ή στην οποία αυτή εδράζεται, καθώς και κατά κάθε μεταγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας, η οποία εδράζεται στην προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση. Η διαφορά αναφύεται

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. 22688/3-8-2018 Διακήρυξη Διεθνή Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια Τροφίμων και λοιπών Αναλωσίμων Ειδών Παντοπωλείου για τον Δήμο Γλυφάδας και το Κ.Α.Π.ΠΑ» εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 830.878,47 ευρώ για το σύνολο των τμημάτων και αθροιστικής επιμέρους άνευ ΦΠΑ αξίας για τα τμήματα Α1 και Β6 που αφορά η προσφυγή (209.073,63+97.918,50=) 306.992,13 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 3-8-2018, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 7-8-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC003539474 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 7-8-2018 με συστημικό α/α 62376.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 23932440995812140076, ποσού 1.535,00 ευρώ), που πληρώθηκε με το από 15-10-2018 έμβασμα της Τράπεζας EUROBANK.

2. Επειδή, η προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού, καθ' ο μέρος κρίθηκε ως αποδεκτή η οικονομική προσφορά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου και εν τέλει αναδείχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα Α1 και Β6. Ειδικότερα, ο προσφεύγων που αποκλείστηκε από τα ίδια τμήματα στα οποία υπέβαλε προσφορά, αποκλεισμό που δεν αμφισβητεί, αιτείται τον αποκλεισμό και του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου των ίδιων τμημάτων ήδη από το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, αφενός βάσει της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης και λόγω της ομοιότητας των λόγων για τους οποίους ο ίδιος

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

αποκλείστηκε και των λόγων για τους οποίους αιτιάζεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να αποκλειστεί, αφετέρου και αυτοτελώς από τα ανωτέρω, διότι με την απόρριψη της προσφοράς του τελευταίου, θα κριθεί άγονος ο διαγωνισμός στα 2 ως άνω τμήματα, ελλείψει έτερης αποδεκτής προσφοράς για αυτά, γεγονός που θα οδηγήσει στην επαναπροκήρυξή του και θα επιτρέψει στον ίδιο την υποβολή νέας προσφοράς, όπως ρητά δια της προσφυγής του επικαλείται. Σημειωτέον, ότι στα τμήματα Α1 και Β6 υπήρξε μόνο μία αποδεκτή προσφορά, αυτή του νυν προσωρινού αναδόχου, οπότε όντως ο αποκλεισμός αυτού θα οδηγήσει κατ'άρ. 106 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 σε ματαίωση του διαγωνισμού ως προς τα οικεία τμήματα. Συγκεκριμένα, η προσφορά του προσφεύγοντος αποκλείστηκε για τους εξής λόγους από το τμήμα Α1. Ως προς το είδος αλεύρι σίτου (συσσκευασία 1 κιλού), της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1., διότι *"δεν αναγράφεται στην συσκευασία ότι το αλεύρι είναι υψηλής ποιότητας/πολυτέλειας όπως απαιτείται. Σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης: «Αλεύρι σίτου συσκευασία 1 κιλού»: το προϊόν να προέρχεται από μαλακό σιτάρι υψηλής ποιότητας (Π) πολυτέλειας με υψηλό πρωτεϊνικό περιεχόμενο και ισορροπημένα δυνατά.»*, ως προς το είδος γαρίφαλο (συσσκευασία 30 γρ.) της Ομάδας Α.1, υποομάδα Α.1.2 διότι *"κατατέθηκε δείγμα σε 2 συσκευασίες των 15 γρ. και όχι 1 συσκευασία των 30 γρ. όπως απαιτείται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης «Οι συμμετέχοντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν δείγμα εντελώς όμοιων ειδών με τα προσφερόμενα κατά περίπτωση είδη για τις Ομάδες Α.1. (1 τεμάχιο ή 1 κιλό για το κάθε άρθρο των υποομάδων Α.1.1., Α.1.2. και Α.1.3.) [...] και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης [...]"*, ως προς το είδος δημητριακά ολικής άλεσης (συσσκευασία 450 γρ.) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι *"κατατέθηκε δείγμα 500 γρ. και όχι 450 γρ. όπως απαιτείται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης [...] και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης [...]"*, ως προς το είδος δυόσμος (συσσκευασία 25 γρ.) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι *"κατατέθηκε δείγμα 30 γρ. και όχι 25 γρ. όπως απαιτείται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης [...] και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης [...]"*, ως προς το είδος τοματοπολτός απλός συμπυκνωμένος και τύπου πουμαρό (συσσκευασία 400 γρ.) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι υπάρχει *"απόκλιση γραμμαρίων στο δείγμα του*

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

τοματοπολτού τύπου πουμαρό -500 γρ. αντί για 400 γρ. Σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης «Τοματοπολτός απλός συμπυκνωμένος και τύπου πουμαρό «... θα διατίθεται σε συσκευασία μεταλλική ή χάρτινη 400 γρ.)». Υφίσταται επίσης ανακολουθία μεταξύ της προσφοράς και του κατατεθειμένου δείγματος.", ως προς το είδος κίμινο (συσκευασία 30 γρ.) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι "κατατέθηκε δείγμα 50 γρ. και όχι 30 γρ. όπως απαιτείται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης [...] και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης [...]", ως προς το είδος μοσχοκάρυδο (συσκευασία 30 γρ.) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι "κατατέθηκε δείγμα σε 2 συσκευασίες των 15 γρ. και όχι 1 συσκευασία των 30 γρ. όπως απαιτείται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης [...]", ως προς το είδος χυμός λεμόνι (φιάλη πλαστική 330 – 400ml) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι "δεν έχει προσκομιστεί πιστοποιητικό ISO 22000 του παραγωγού (Τόπαλης Ιωάννης) παρά μόνο φύλλο συμμόρφωσης για πιστοποίηση IFS και δεν αναγράφεται στη συσκευασία η φράση «Άρτυμα λεμονιού» αλλά σάλτσα (dressing) λεμονιού. [...]", ως προς το είδος πιπέρι (συσκευασία 100 γρ.) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι "κατατέθηκε δείγμα σε 2 συσκευασίες των 50 γρ. και όχι 1 συσκευασία των 100 γρ. όπως απαιτείται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης [...]", ως προς το είδος ρίγανη (συσκευασία 100 γρ.) της Ομάδας Α.1, Υποομάδα Α.1.2 διότι "κατατέθηκε δείγμα σε 2 συσκευασίες των 50 γρ. και όχι 1 συσκευασία των 100 γρ. όπως απαιτείται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 90/2018 μελέτης [...]. Από το τμήμα Β.6 αποκλείστηκε για τους ακόλουθους λόγους. Ως προς το είδος ice – tea ροδάκινο 24αδα 250ml της Ομάδας Β.6, Υποομάδα Β.6.1 διότι "στα δείγματα που έχουν κατατεθεί υπάρχει απόκλιση στα ml των συσκευασιών 330ml αντί για 250ml που απαιτούνται [...] από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης «Οι συμμετέχοντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν δείγμα εντελώς όμοιων ειδών με τα προσφερόμενα κατά περίπτωση είδη για τις Ομάδες [...] Β.6. (1 τεμάχιο για το κάθε άρθρο των υποομάδων Β.6.1 [...] και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 54/2018 μελέτης «ΕΙΔΗ ΚΥΛΙΚΕΙΟΥ Τα είδη κυλικείου θα είναι όμοια ως προς την ποσότητα, όπως ακριβώς αναγράφονται στον ενδεικτικό

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

προϋπολογισμό [...]».", ως προς το είδος αναψυκτικά τύπου coca-cola τύπου light 330ml 24άδα της Ομάδας Β.6, Υποομάδα Β.6.1 διότι "το δείγμα που κατατέθηκε είναι τύπου zero και όχι light [...] όπως απαιτείται από το άρθρο 8.4.1. της διακήρυξης [...] και την τεχνική περιγραφή της υπ' αρ. 54/2018 μελέτης [...]».", ως προς τα είδη φυσικός χυμός βύσσινο 1lt 12άδα και φυσικός χυμός ροδάκινο 1lt 12άδα διότι "δεν κατατέθηκε πιστοποιητικό ISO 22000 παραγωγού (Σκλαβενίτης-Χυμοί Μαράτα) σύμφωνα με το άρθρο 8.4.2. της διακήρυξης [...]"., ως προς το είδος γαλλικός καφές 500 γρ. διότι "δεν κατατέθηκε πιστοποιητικό IFS Food Standard σύμφωνα με το άρθρο 8.4.2. της διακήρυξης [...]". Ο δε προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο επιμέρους ισχυρισμό του, ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπέβαλε αποδεκτό δείγμα στην Ομάδα Α1 ως προς το είδος τοματοπολτός απλός συμπυκνωμένος, κατά παράβαση του όρου 8.4.1 της διακήρυξης κατά το οποίο «Οι συμμετέχοντες υποχρεούνται με ποινή αποκλεισμού να προσκομίσουν δείγμα εντελώς όμοιων ειδών με τα προσφερόμενα κατά περίπτωση είδη για τις Ομάδες Α1 (1 τεμάχιο ή 1 κιλό για το κάθε άρθρο των υποομάδων Α.1.1, Α.1.2 και Α.1.3)», αλλά υπέβαλε δείγμα για τοματοπολτό διπλής συμπύκνωσης 400 γραμμαρίων. Επομένως, υπάρχει διάσταση δείγματος που προσκομίζει και τεχνικής προσφοράς του, όπως συνέτρεχε και για τον προσφεύγοντα, τόσο ως προς τη ζητούμενη ποιότητα, όσο και σε σχέση με τη συσκευασία. Ομοίως, το δείγμα που υπέβαλε για φυσικό χυμό βύσσινο και φυσικό χυμό ροδάκινο στην Ομάδα Β6, τελικώς αντιστοιχεί σε φρουτοποτό βύσσινο και νέктar ροδάκινο, σε καμία δε περίπτωση σε φυσικό χυμό, ενώ και η ίδια παραγωγός εταιρεία δηλώνει σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της 9-10-2018 ότι παράγει ως προς το βύσσινο μόνο φρουτοποτό και ως προς το ροδάκινο σε νέκταρ, ενώ από φυσικούς χυμούς παράγει μόνο γκρέηπφρουτ. Άρα, σύμφωνα με τον δεύτερο επιμέρους ισχυρισμό του, και ως προς την ομάδα Β6 υπάρχει διάσταση δείγματος και προσφερόμενου προϊόντος. Επιπλέον, ο προσφεύγων επικαλείται με τον τρίτο επιμέρους ισχυρισμό του, ότι ο προσωρινός ανάφοχος κατά παράβαση του αρ. 8.2.6 της διακήρυξης δεν υπέβαλε βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, αλλά μόνο την από 31-8-2018 επιστολή της Τράπεζας Πειραιώς «σε απάντηση του από 31.08.2018 έγγραφου αιτήματός σας, βεβαιώνουμε ότι η συνεργασία σας με την Τράπεζά μας διεξάγεται σε ικανοποιητικό επίπεδο και

## **Αριθμός Απόφασης: 1011/2018**

*αποτελείται για εμάς, μέχρι σήμερα έναν συνεπή και αξιόπιστο πελάτη. Η παρούσα επιστολή δεν συνεπάγεται καμία ανάληψη ευθύνης από την Τράπεζά μας και τα στελέχη της, κατ' άρθρο 729 ΑΚ, ούτε συνιστά ανάληψη οποιασδήποτε υποχρέωσης και συνεπώς δεν παράγει έννομα αποτελέσματα.».*

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις με αρ. πρωτ. 29124/17-10-2018 και κοινοποιηθείσες στην ΑΕΠΠ Απόψεις της, υποστηρίζει τα εξής. Ότι δεν συντρέχει εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης. Το γεγονός ότι το δείγμα του προσωρινού αναδόχου, που αφορά τον τοματοπολτό αναγράφει διπλής συμπύκνωσης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι απέχει από τις τεχνικές προδιαγραφές καθότι αφορά «πελτέ» κι όχι απλής συμπύκνωσης το οποίο παραπέμπει σε σάλτσα ντομάτας «τύπου πουμαρό», ενώ ως προς τον τοματοπολτό ο προσφεύγων αποκλείστηκε λόγω των γραμμαρίων του δείγματος. Εξάλλου, ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος από το τμήμα Α1 αφορούσε αποκλίσεις σε 10 είδη. Όσον αφορά την Ομάδα Β6, η αναθέτουσα επικαλείται ότι το σύνολο των μετεχόντων σε αυτήν κατέθεσαν φυσικούς χυμούς βύσσινο και ροδάκινο με τις ίδιες ποιοτικές προδιαγραφές και δεν τέθηκαν ζητήματα αμφισβήτησης ως προς την ποιότητα και την ποσότητα. Ο δε προσφεύγων κατέθεσε δείγματα που κατά τις ετικέτες τους ανέφεραν ότι αφορούν φρουτοποτό από συμπυκνωμένο χυμό βύσσινο και από συμπυκνωμένο πολτό ροδάκινου αντίστοιχα, αλλά δεν απεκλείσθη για αυτόν τον λόγο όσον αφορά τους συγκεκριμένους χυμούς, αλλά για μη κατάθεση ISO 22000 του παραγωγού. Επιπλέον, στη συγκεκριμένη ομάδα, ο προσφεύγων αποκλείστηκε για αποκλίσεις σε 6 είδη. Όσον αφορά το ζήτημα της βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας, η αναθέτουσα επικαλείται ότι δεν υπάρχει αναγνωρισμένο πρότυπο για αυτές ούτε ζητήθηκαν από τη διακήρυξη αναφορές σε ανώτατα όρια χρηματοδότησης και έκδοσης εγγυητικών ή σε δήλωση περί καλής συνεργασίας.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία ανάθεσης σύμβασης προμήθειας άνω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, υπάγεται δε λόγω της τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, ως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του

## **Αριθμός Απόφασης: 1011/2018**

Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α), αφού ασκήθηκε την 15-10-2018 και η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 5-10-2018. Περαιτέρω, η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος στο οικείο προδιατυπωμένο έντυπο.

5. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 644/2018), το έννομο συμφέρον μετέχοντος σε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή των έτερων διαγωνιζομένων που κρίθηκαν αποδεκτοί από την προσβαλλόμενη, εξαρτάται από την κρίση περί της νομίμου δικής του συμμετοχής (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 119 και 208/2017). Και αυτό, επειδή εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του, παρέλκει, ως αλυσιτελής η εξέταση των τυχόν λόγων που προβάλλει κατά έτερου μετέχοντος (ΔΕφΑΘ 892/2010). Αυτό, καθώς, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ ΕΑ 106/2013, 64, 380-79/2012, 671/2011, 1156, 329, 43/2010, 695, 311, 952/2009, 1194,833, 569/2008, 786/2005, ΣτΕ 1265/2011) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (ΔΕφΠειρ Ασφ. 9/2013). Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, δύναται ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να προβάλλει με έννομο συμφέρον ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνου που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του. Το δε ως άνω ενιαίο μέτρο κρίσης, έχει την έννοια ότι τυχόν αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δύναται να αιτηθεί τον αποκλεισμό έτερου διαγωνιζόμενου για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ίδιος, αλλά ότι μπορεί να προβάλλει παρά μόνον αιτιάσεις κατά της, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και του ενιαίου μέτρου κρίσεως,

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

αποδοχής της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, παρόλο που και σε εκείνη συνέτρεχε λόγος απορρίψεως ίδιος με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία απορρίψεως της δικής της προσφοράς και να ζητήσει ούτως και τον αποκλεισμό του έτερου μετέχοντος από τον διαγωνισμό, για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ήδη αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος (βλ. ΣτΕ 1265/2011, ΣτΕ ΕΑ 311/2009, ΔΕφΠειρ Ασφ. 33/2015). Η δε έννοια του ως άνω «ίδιου λόγου» σημαίνει ότι η αναθέτουσα, ενώ εν τέλει συνέτρεχε η ίδια πλημμέλεια στη μία περίπτωση έκρινε τη μία προσφορά αποκλειστέα και την άλλη όχι και ότι ερμήνευσε και αξιολόγησε το ίδιο τεχνικό, νομικό ή πραγματικό στοιχείο στη μία περίπτωση ως καλύπτον τους όρους και τις προδιαγραφές του διαγωνισμού και στην άλλη, ακριβώς αντίστροφα, πως όχι. Αυτό είναι και το νόημα της κατ' εξαίρεση των ως άνω αναφερθέντων περί εξαρτήσεως του εννόμου συμφέροντος προς προσβολή της αποδοχής μιας έτερης προσφοράς από το νόμιμο της προσφοράς του προσφεύγοντος και άρα της μη ιδιότητάς του ως «τρίτου» και δη νομίμως καταστάντα ως «τρίτου» και «ξένου» ως προς τον προκείμενο διαγωνισμό, αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης. Εξ ου και η εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης ερείδεται στην αποδοχή έτερης προσφοράς *“παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του επικαλούμενου τον αποκλεισμό της”* (ΣτΕ ΕΑ 349/2017, σκ. 19 με παραπομπές σε ΣτΕ 3921/2013, 715/2011, ΕΑ 344/2017, 106/2013, 274/2012, 66/2012, 74/2010, 952/2009). Δηλαδή, σκοπός της αρχής και άρα κριτήριο της εφαρμογής του ενιαίου μέτρου κρίσης είναι να μην παραμένει στον διαγωνισμό μια προσφορά με τα ίδια στοιχεία, άρα παρά τον ίδιο λόγο για τον οποίο μία άλλη απεκλείσθη, κατάσταση που θα καθιστούσε όλως αυθαίρετη και άνιση τη μεταχείριση των διαγωνιζομένων και θα υπονόμειε την εμπιστοσύνη των οικονομικών φορέων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Για τη δε θεμελίωση παραβιάσεως του ίσου μέτρου κρίσεως, κρίσιμο είναι το αν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (αυτολεξεί ΣτΕ 2186/2013). Η εφαρμογή δηλαδή του ενιαίου μέτρου κρίσης δεν είναι δυνατόν να υποκαθιστά το ελλείπον έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου οδηγώντας σε διάχυτη κρίση της εν γένει νομιμότητας της αποδοχής προσφοράς έτερου διαγωνιζομένου, ούτε καν



στην κρίση παρόμοιων ζητημάτων καθώς ούτως η κατάσταση θα κατέληγε μία συνεχή, αδιάξοδη και όλως υποκειμενική αξιολόγηση του βαθμού ομοιότητας των λόγων αποκλεισμού του αποκλεισθέντος και των έτερων διαγωνιζομένων. Τα ως άνω απαιτούν αντικειμενική ταύτιση των υπό κρίση λόγων. Κατ' αποτέλεσμα, δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής η παραπάνω αρχή και το εξαιρετικό έννομο συμφέρον που καθιερώνει για επικλήσεις παραβάσεων εκ μέρους άλλης προσφοράς προδιαγραφών και όρων πέραν των συγκεκριμένων για τους οποίους απεκλείσθη ο προσφεύγων και μάλιστα παραβάσεων που έλαβαν χώρα με οιονδήποτε άλλο τρόπο πλην αυτού για τον οποίο εκρίθη ότι παραβίασε τον οικείο όρο ο προσφεύγων. Ουδόλως δε έχει έννομη σημασία αν ο όποιος τυχόν όρος ανήκει στο ίδιο παράρτημα, κεφάλαιο, άρθρο και παράγραφο της διακήρυξης ή να αφορά εν γένει το ίδιο θέμα, νομικό ή πραγματικό ζήτημα ή μέρος του συμβατικού αντικειμένου ή εξάρτημα ή τμήμα των τεχνικών στοιχείων του προϊόντος ή της υπηρεσίας, αλλά θα πρέπει να υφίσταται ταύτιση μεταξύ του επικαλούμενου ως παραβιασθέντα από τον έτερο διαγωνιζόμενο και αυτού για τον οποίο απεκλείσθη ο προσφεύγων, καθώς μόνο έτσι μπορεί να κριθεί ότι το ίδιο στοιχείο αξιολογήθηκε με αντίθετο τρόπο και ότι η ίδια πραγματική συνθήκη κατέληξε σε αντίστροφο αποτέλεσμα. Συνεπώς, το ενιαίο μέτρο κρίσης δεν προϋποθέτει απλά παρόμοια νομική και πραγματική βάση (μεταξύ βάσης συντελεσθέντος αποκλεισμού και επικαλούμενης βάσης αποκλεισμού άλλης προσφοράς) ή παράβαση του ίδιου κανόνα της διακήρυξης, αλλά ίδιο τρόπο απόκλισης από τους όρους της διαδικασίας.

6. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, προκύπτει και ότι είναι όλως αδιάφορο αν συγκεκριμένη βάση αποκλεισμού αποτέλεσε τη μόνη ή μία εκ περισσοτέρων σωρευτικών αιτιολογιών που συνιστούν έρεισμα του ως άνω αποκλεισμού του προσφεύγοντος, αρκεί η βάση αυτή και μόνη της να αρκεί για τον αποκλεισμό της προσφοράς (εξ ου και ο επικαλούμενος λόγος αποκλεισμού θα πρέπει να ταυτίζεται με εκείνον που αποτέλεσε, ήτοι συμπεριελήφθη στην εν γένει αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντος, βλ. ΣΤΕ ΕΑ 349/2017, και όχι με εκείνον που αποτέλεσε τη μόνη αιτιολογία του αποκλεισμού αυτού). Άρα, η εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης για συγκεκριμένο λόγο είναι άσχετη με το αν ο προσφεύγων και επικαλούμενος αυτήν, αποκλείστηκε και για άλλους

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

πρόσθετους και σωρευτικούς λόγους. Και τούτο διότι ούτως ή άλλως, αν η συγκεκριμένη αιτιολογική βάση αποκλεισμού του και μόνη της αρκούσε για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του προσφεύγοντος, συνάγεται ότι ακόμη και αν δεν υφίσταντο, δεν διαπιστώνονταν από το όργανο αξιολόγησης ή καταρρίπτονταν οι λοιποί σωρευτικοί λόγοι αποκλεισμού του και πάλι αυτός θα παρέμενε αποκλεισθείς, κατά τους όρους του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης. Πέραν τούτου, είναι ομοίως αδιάφορο αν ο τυχόν ίδιος λόγος συντρέχει σε διαφορετικά είδη του ίδιου τυχόν τμήματος της διαδικασίας. Και τούτο διότι τα διαφορετικά είδη ή υπηρεσίες που αποτελούν μέρη του ίδιου επιμέρους αντικειμένου τελούν σε συνέχεια και ενότητα μεταξύ τους και συνεπώς, η αξιολόγησή τους θα πρέπει να διέπεται από ενιαίο μέτρο κρίσης και λαμβάνεται υπόψη ως ενιαία διαδικασία. Στην περίπτωση αυτή όμως, θα πρέπει και πάλι η αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης να εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση ταύτισης συντρέχοντος και επικαλούμενου λόγου απόκλισης από τους όρους της διαδικασίας. Άρα, και με δεδομένο ότι έκαστο είδος φέρει άλλες προδιαγραφές, δεν είναι δυνατόν η τυχόν εν γένει μη συμμόρφωση με τις προδιαγραφές του ενός επιμέρους είδους να συγκροτεί ταυτότητα λόγου με την τυχόν μη συμμόρφωση με άλλες προδιαγραφές ενός άλλου είδους. Και τα αντίστοιχα ισχύουν όταν δεν υφίσταται περίπτωση περισσοτέρων ειδών εντός του ίδιου τμήματος, αλλά και σε κάθε παρόμοια κατάσταση, όπως στην περίπτωση περισσοτέρων τεχνικών ή διαδικαστικών μερών ενιαίου αγαθού (στην περίπτωση του αγαθού και επιμέρους εξαρτημάτων) ή υπηρεσίας, όπου δεν αρκεί η παραβίαση των επιμέρους προδιαγραφών για κάποιο εξ αυτών, προκειμένου να συγκροτηθεί για τους σκοπούς εφαρμογής της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, ταυτότητα λόγου με την τυχόν παραβίαση επιμέρους προδιαγραφών κάποιου άλλου μέρους. Αλλά αντίθετα, θα πρέπει στην περίπτωση των περισσοτέρων ειδών του ίδιου τμήματος ή των περισσοτέρων διαφορετικών μερών-εξαρτημάτων του ίδιου αγαθού-υπηρεσίας, ο τρόπος με τον οποίο το ένα είδος ή μέρος δεν συμμορφώνεται με τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη, σε πραγματική ή νομική βάση ή κατά το αιτιολογικό έρεισμα που εν τέλει επικαλείται η αναθέτουσα, να είναι ίδιος με αυτόν που επικαλείται ο προσφεύγων ότι συντρέχει σε άλλο είδος-μέρος επί της προσφοράς του έτερου μετέχοντος.

7. Επειδή, κάθε προσφέρων έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση (ΔΕΕ, C- 100/12, Fastweb [2013] EU:C:2013:448, σκ. 33, C- 689/13, PFE [2016] EU:C:2016:199, σκ. 27), ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού των μετεχόντων οι οποίοι άσκησαν προσφυγή (βλ. ΔΕΕ, PFE, σκ. 19). Τούτο διότι αφενός, ο αποκλεισμός του ενός προσφέροντος μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας. Αφετέρου, στην περίπτωση αποκλεισμού αμφοτέρων των προσφερόντων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο (βλ. ΔΕΕ, PFE, σκ. 27). Εξάλλου, η Οδηγία 2007/66/EK έχει την έννοια ότι στην περίπτωση, όπου μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, δηλαδή κατόπιν ματαιώσεως λόγω κηρύξεως του διαγωνισμού ως άγονου (ΔΕΕ, C-131/16, Archus & Gama [2017] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 59). Από την άλλη πλευρά, ουδόλως αποκλείεται η άρνηση παροχής σε έναν προσφέροντα, ο οποίος έχει αποκλεισθεί από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως με απόφαση της αναθέτουσας αρχής που κατέστη οριστική, της δυνατότητας να ασκήσει προσφυγή κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της οικείας δημόσιας συμβάσεως και κατά της συνάψεως της συμβάσεως, σε περίπτωση που μόνον αυτός ο αποκλεισθείς προσφέρων και ο ανάδοχος της συμβάσεως έχουν υποβάλει προσφορές και ο εν λόγω προσφέρων υποστηρίζει ότι η προσφορά του αναδόχου έπρεπε επίσης να έχει απορριφθεί (ΔΕΕ, C-355/13, Bietergemeinschaft Technische

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

Gebäudebetreuung und Caverion Österreich [2016] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 36). Επιπλέον, το σημείο διαφοράς μεταξύ των ως άνω Αποφάσεων C-131/16 και C-355/13, ήταν ακριβώς η οριστικοποίηση του αποκλεισμού προσφέροντος προ της απόφασης ως προς τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου. Και τούτο ακριβώς διότι η παρεχόμενη σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα δυνατότητα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις ταυτόχρονες, αλλά και μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του, προϋποθέτει ότι ο προσφέρων δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, το οποίο ορίζει ότι *«Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή.»* (ΣΤΕ ΕΑ 106/2018, σκ. 8). Για αυτόν τον λόγο, και με την Απόφαση C-131/16 (Archus και Gama, σκ. 54-59), το ΔΕΕ, κατά τα ανωτέρω, έκρινε ότι στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης που κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η μία απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η άλλη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων που ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, γεγονός το οποίο μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στην κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεδομένου ότι, εφ' όσον η απόφαση περί απορρίψεως της προσφοράς του και η απόφαση ανάθεσης της σύμβασης εκδόθηκαν συγχρόνως, αυτός δεν μπορεί να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία (ΣΤΕ ΕΑ 144/2018, σκ. 7). Ως εκ τούτου, έχει κριθεί ότι ένας προσφέρων δεν έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί σε άμεση ματαίωση του διαγωνισμού ούτε έμμεσο συμφέρον ματαιώσεως του εν εξελίξει διαγωνισμού ανεξάρτητο από την έκβαση προσφυγής του με την οποία επιδιώκει την αποδοχή της προσφοράς του ώστε να μην θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείς,

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

να μην περιέλθει δηλαδή σε κατάσταση που δεν του επιτρέπει να συμμετάσχει στο τελικό στάδιο αναθέσεως. Εφόσον δε έχει ασκήσει προσφυγή κατά του αποκλεισμού του και κατόπιν αίτηση ακύρωσης κατά τυχόν απόρριψής της, η απόφαση που θα εκδοθεί επί της αιτήσεως ακυρώσεως θα περιέχει κρίση, σύμφωνα με την οποία είτε θα επιβεβαιώνεται με ισχύ οριστικού δεδουλευμένου ο αποκλεισμός της, οπότε θα περιέλθει σε κατάσταση 'οριστικώς αποκλεισθέντος' είτε αντιθέτως θα κρίνεται, οριστικώς, ότι αποκλεισμός αυτός δεν υπήρξε νόμιμος (ΣτΕ ΕΑ 349/2017, σκ. 19). Τούτο αναγνωρίζεται και από την Απόφαση ΣτΕ ΕΑ 22/2018, καίτοι κατά την επικρατήσασα πλειοψηφία ακολουθήθηκε διασταλτική προσέγγιση σε σχέση με την ερμηνεία της ως άνω Απόφασης ΔΕΕ C-131/16, ως προς το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος προς αμφισβήτηση της αποδοχής άλλου μετέχοντος και δη, άνευ συσχέτισης με το στάδιο αποκλεισμού του και τον αριθμό των λοιπών μετεχόντων, χωρίς όμως να αμφισβητηθεί ότι ουδόλως έχει οιοδήποτε τέτοιο συμφέρον ο οριστικώς αποκλεισθείς, ήτοι και ο μη αμφισβητών τον ίδιο τον αποκλεισμό του (σκ. 73 *"στερείται πράγματι εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επομένων σταδίων της διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος εκείνος, ο αποκλεισμός του οποίου σε προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας επικυρώθηκε με δύναμη δεδουλευμένου στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας (Για την ταυτότητα δε του λόγου, στερείται ομοίως του ως άνω εννόμου συμφέροντος ο διαγωνιζόμενος που δεν αμφισβήτησε παντάπασι τον αποκλεισμό του)."*) Κατ' αποτέλεσμα όλων των ανωτέρω, εφόσον καθ' οιοδήποτε τρόπο, ένας προσφέρων κατέληξε ως οριστικώς αποκλεισθείς, υπό την ως άνω έννοια, περίπτωση που συντρέχει και με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης αποκλεισμού του ή την άσκηση προσφυγής με αποκλειστικό περιεχόμενο τον αποκλεισμό του έτερου μετέχοντος, όπως εν προκειμένω, και ανεξαρτήτως αν ο τελευταίος ήταν ή όχι ο μόνος αποδεκτός διαγωνιζόμενος, ουδόλως έχει έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της αποδοχής της προσφοράς του έτερου μετέχοντος ακόμη και επί τω τέλει κήρυξης του διαγωνισμού ως άγονου και επαναπροκηρύξεώς του, παρά μόνο υπό τις αποκλειστικές προϋποθέσεις και το στενό πλαίσιο που ορίζει η αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης κατά τις ως άνω σκ. 5-6. Επομένως, δεδομένου ότι

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

εν προκειμένω, ο προσφεύγων ουδόλως αμφισβήτησε έως τώρα ή αμφισβητεί δια της προκείμενης προσφυγής του τον αποκλεισμό του, ενώ αποδέχεται αυτόν πλήρως δια της απράκτου παρελεύσεως της οικείας προθεσμίας με άσκηση προσφυγής αποκλειστικά κατά της αποδοχής του προσωρινού αναδόχου (όπως προκύπτει τόσο από τους ισχυρισμούς του, όσο και από το σαφές αιτητικό της προσφυγής του) και άρα, κατέστη οριστικώς αποκλεισθείς από την προκείμενη διαδικασία, δεν έχει εφαρμογή η ως άνω νομολογία που προεκτίθεται στην παρούσα σκέψη και απορρίπτεται η κατά τη σκ. 2 δεύτερη αυτοτελής βάση του εννόμου συμφέροντός του. Το δε έννομο συμφέρον του προς αμφισβήτηση της αποδοχής του προσωρινού αναδόχου θα κριθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο του ενιαίου μέτρου κρίσης, κατά τις ανωτέρω σκ. 5-6.

8. Επειδή, κατά τον όρο 8.5.5 της διακήρυξης ορίζεται ότι *«Οι συμμετέχοντες μπορούν να καταθέσουν προσφορά είτε για το σύνολο των ομάδων είτε για κάθε ομάδα [A1-A2-B1-B2-B3-B4-B5-B6] ξεχωριστά.»*. Άρα, ο διαγωνισμός διεξήχθη κατά τα ως άνω 8 τμήματα (αναφερόμενα ως ομάδες), για έκαστο εκ των οποίων ήταν δυνατή αυτοτελής προσφορά και κατακύρωση, πλην όμως η προσφορά έπρεπε επί ποινή αποκλεισμού να καλύπτει το σύνολο των προϊόντων και των τυχόν υποομάδων, κάθε ως άνω ομάδας-τμήματος. Δηλαδή, η अपαράδεκτη για οιονδήποτε λόγο προσφορά και έλλειψη έστω και για ένα επιμέρους προϊόν κάποιας ομάδας, θα καθιστούσε την προσφορά ούτως ή άλλως και άνευ ετέρου αποκλειστέα για το σύνολο της οικείας ομάδας, ανεξαρτήτως του παραδεκτού, της πληρότητας ή των ελλείψεων επί άλλων προϊόντων της ίδιας ομάδας. Εξάλλου, κατά τον όρο 8.5.3 *«Δεν θα λαμβάνεται υπόψη, επί ποινή αποκλεισμού, προσφορά, η οποία θα δίδεται για μέρος μόνο των ποσοτήτων του είδους και ότι θα καλύπτουν όλη την ποσότητα του προσφερόμενου είδους της κάθε ομάδας που αναγράφεται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό.»*. Σημειωτέον δε, ότι κατά τη διακήρυξη η Ομάδα A1 χωρίζεται σε 3 υποομάδες A.1.1, A.1.2 και A.1.3, έκαστη περιλαμβάνει περισσότερα επιμέρους είδη, η δε Ομάδα B6 σε 2 υποομάδες B6.1 και B.6.2. Άρα, το παραδεκτό της προσφοράς για το σύνολο των ομάδων A1 και B6 προϋπέθετε το παραδεκτό για κάθε ένα αυτοτελές είδος κάθε επιμέρους υποομάδας εξ όσων συγκροτούνται.

9. Επειδή, κατά τον όρο 8.4.1 της διακήρυξης, περί προσκόμισης δειγμάτων, ορίζεται ότι «8.4.1 Οι συμμετέχοντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν δείγμα εντελώς όμοιων ειδών με τα προσφερόμενα κατά περίπτωση είδη για τις εξής Ομάδες: Α.1 (1 τεμάχιο ή 1 κιλό για το κάθε άρθρο των υποομάδων Α1.1, Α1.2 και Α1.3). Ομάδα Α.2 (για τα άρθρα 1 και 2 από 1 κιλό) (για το άρθρο 3, ένα (1) κοτόπουλο), (για το άρθρο 4, ένα (1) κατσίκι με σφραγίδα ελέγχου) και (για το άρθρο 5 μία γαλοπούλα εισαγωγής κατεψυγμένη). Ομάδα Β.1 (1 τεμάχιο ή 1 κιλό για το κάθε άρθρο των υποομάδων Β1.1, Β1.2 και Β1.3). Ομάδα Β.2 (1 τεμάχιο ή 1 κιλό για το κάθε άρθρο, εκτός των άρθρων 26,27 και 35). Ομάδα Β.3 (για τα άρθρα 1 και 2 από 1 κιλό και για το άρθρο 3 ένα ολόκληρο κοτόπουλο). Ομάδα Β.4 (1 κιλό για κάθε άρθρο). Ομάδα Β.5 (1 τεμάχιο ή 1 κιλό ή 1 λίτρο για το κάθε άρθρο των υποομάδων Β5.1 και Β5.2). Ομάδα Β.6 (1 τεμάχιο για το κάθε άρθρο των υποομάδων Β6.1, Β6.2)». Άρα, για την παραδεκτή συμμετοχή στις ως άνω Ομάδες, μεταξύ των οποίων οι Α1 και Β6 και δη για το σύνολο των ειδών εκάστης υποομάδας αυτών, η διακήρυξη απαιτούσε ρητά επί ποινή αποκλεισμού την υποβολή δειγμάτων ακριβώς ίδιων με τα προσφερόμενα, άρα και τα ζητούμενα και περιγραφόμενα στη διακήρυξη και στην οικεία ανά είδος ανάλυση κάθε ομάδας. Επομένως, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης που ανεπιφύλακτα έγιναν αποδεκτοί από τους μετέχοντες, η υποβολή δείγματος έστω και για ένα είδος εκάστης υποομάδας των ως άνω ομάδων, το οποίο απέκλινε για οιονδήποτε λόγο και καθ' οιονδήποτε τρόπο από τα ρητώς ζητούμενα και προσφερόμενα, δηλαδή δεν αντιστοιχούσε ακριβώς στις οικείες ανά είδος περιγραφές και προδιαγραφές, αρκούσε για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό της προσφοράς για το σύνολο της ομάδας. Εξάλλου, κατά παγία πρακτική της ΑΕΠΠ, συμφώνως προς τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων προκύπτουν τα εξής (βλ. ενδεικτικά Αποφάσεις ΑΕΠΠ 65, 127, 170, 174, 239/2017 και 28, 48, 69, 80, 171/2018). Η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, 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, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω, ως επί ποινή αποκλεισμού και επομένως ουσιώδεις ελλείψεις που, κατά το άρ. 91 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, δύνανται μόνες τους να επιφέρουν τον αποκλεισμό μιας προσφοράς θεωρούνται, εκτός άλλων και όσες προβλέπονται ως τέτοιες από τη διακήρυξη και δη με σαφή, ρητό και ειδικό όρο με συγκεκριμένη παραπομπή ως προς την οικεία απαίτηση, η έλλειψη της οποίας είναι ουσιώδης (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 236/2017), ιδίως εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, οπότε 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), άλλως δε θα προέκυπτε άνιση μεταχείριση μεταξύ όσων μετεχόντων τους τήρησαν συμμορφούμενοι με το παραπάνω κανονιστικό πλαίσιο και όσων, παρά τη σαφή παραπάνω διατύπωση, παρέλειψαν να τους τηρήσουν. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές και εν γένει όροι του διαγωνισμού, που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, όπως και τα οικεία δικαιολογητικά και ζητούμενα έγγραφα εξάλλου, πρέπει να συντρέχουν και όποτε ζητείται τούτο, να δηλώνονται και να προσκομίζονται από τους προσφέροντες, με την υποβολή της προσφοράς τους και σε κάθε περίπτωση κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣτΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣτΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, τυχόν υποκειμενικών ή προσωπικών στοιχείων συγκεκριμένου προσφέροντος ή προσαρμογή της διακήρυξης σε μεταγενέστερα



της υποβολής προσφορών στοιχεία και δεδομένα ή η ερμηνεία της διακήρυξης, προς απαλλαγή μετέχοντος ή μετεχόντων από απαίτηση που θέσπισε η διακήρυξη, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την αξιολόγηση κατακυρωτική κρίση σε υποκειμενικά στοιχεία, αυθαίρετες κρίσεις, ως και τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

**10.** Επειδή, ο προσφεύγων αποκλείστηκε από την Ομάδα Α1 μεταξύ άλλων και σωρευτικά, επειδή κατέθεσε δείγμα αποκλίνουσας ποσότητας από αυτό της ζητούμενης συσκευασίας σε 8 περιπτώσεις ειδών της υποομάδας Α1.2, στην οποία ανήκει και με α/α 6 και ο «*τοματοπολτός απλός συμπυκνωμένος και τύπου πουμαρό (συσκευασία 400 γρ.)*» και συγκεκριμένα, για τα προϊόντα α/α 2, α/α 4, α/α 5, α/α 6, α/α 9, α/α 10, α/α 14 και α/α 15, με το όργανο αξιολόγησης να επισημαίνει ότι δεν δύνανται να συμπληρώνονται τα γραμμάρια που ζητούνται ανά συσκευασία με κατάθεση 2 συσκευασιών, καθώς ούτως δημιουργούνται ζητήματα μείζονος σημασίας τόσο στην τιμολόγηση όσο και στην παραλαβή αυτών, διότι αυξάνονται οι ποσότητες του ενδεικτικού προϋπολογισμού, με αποτέλεσμα την αλλαγή των όρων της διακήρυξης, της μελέτης και του ενδεικτικού προϋπολογισμού. Λόγω των ως άνω αποκλίσεων, αλλά και άλλων πρόσθετων αποκλίσεων, ο προσφεύγων κρίθηκε ως αποκλειστέος από την Ομάδα Α1, ρητά δε αναγράφηκε στο οικείο Πρακτικό που εγκρίθηκε με την προσβαλλομένη και ενσωματώθηκε ως αιτιολογία της σε αυτήν ότι αποκλείεται επειδή δεν κατέθεσε παραδεκτά δείγματα και τα δείγματα δεν ήταν παραδεκτά, ακριβώς γιατί μεταξύ άλλων υφίσταντο μεταξύ άλλων και οι παραπάνω αποκλίσεις ποσοτήτων ανά συσκευασία σε σχέση με τις ζητούμενες συσκευασίες ανά είδος. Πλην όμως, ουδόλως αιτιάζεται ούτε

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

προκύπτει ότι οιοδήποτε δείγμα προσκόμισε ο προσωρινός ανάδοχος τελεί σε ποσοτική απόκλιση από το ζητούμενο ανά συσκευασία είδους περιεχόμενο. Περαιτέρω, ο προσφεύγων αποκλείστηκε στην Ομάδα A1 μεταξύ άλλων και επειδή στην υποομάδα A1.1 το αλεύρι σίτου που προσκόμισε ως δείγμα δεν αναγράφει στη συσκευασία του ότι είναι υψηλής ποιότητας/πολυτελείας όπως απαιτείται από τη διακήρυξη, δηλαδή δεν εμφανίστηκε συγκεκριμένη ένδειξη χαρακτηριστικού στη συσκευασία περί του ότι το προϊόν ανήκει σε συγκεκριμένο επιμέρους τύπο (αλεύρι πολυτελείας), ενώ στην υποομάδα A1.2, ήτοι την ίδια όπου ανήκει ο τοματοπολτός, εκτός των άλλων δεν αναγράφεται στη συσκευασία η φράση «άρτυμα λεμονιού», αλλά «σάλτσα (dressing) λεμονιού», δηλαδή πρόκειται για συγγενές, αλλά άλλου τύπου προϊόν και πάντως αναγράφεται διαφορετικός ειδικός προσδιορισμός προϊόντος στη συσκευασία. Περαιτέρω, αποκλείστηκε και στην ομάδα B6, επειδή στα είδος με α/α 5 της υποομάδας B6.1, το δείγμα του δεν πληρούσε τις προδιαγραφές, αφού αφορούσε συγγενές, αλλά άλλου συγκεκριμένου τύπου-είδους προϊόν ήτοι coca-cola zero και όχι light. Άρα, στις παραπάνω 3 περιπτώσεις, ο προσφεύγων κρίθηκε ότι τελεί σε ουσιώδη έλλειψη, που οδήγησε σε αποκλεισμό του και δη σε αμφότερες τις ομάδες που αφορά η προσφυγή του, ακριβώς επειδή τα δείγματα που υπέβαλε στο πλαίσιο αυτών, εμφάνιζαν απόκλιση σε συγκεκριμένο ειδικό προσδιορισμό που έπρεπε να αναγράφουν στη συσκευασία και αποτελούσαν συγγενή μεν, διαφορετικό δε τύπο προϊόντος, από τον ζητούμενο και επομένως εξ αυτού του ειδικού λόγου, ήτοι της μη ακριβούς σύμπτωσης τύπου προϊόντος δείγματος και απαίτησης της διακήρυξης, κρίθηκε (εκτός των άλλων) η απόκλιση των δειγμάτων του και άρα, επήλθε η απόρριψη της προσφοράς του. Εξάλλου, βλ. παραπάνω σκ. 6, είναι όλως άσχετο ότι ο προσφεύγων κρίθηκε για αμφότερες τις ομάδες αποκλειστέος για περισσότερους σωρευτικούς λόγους και αιτιολογικές βάσεις και δη για έκαστη εξ αυτών, αφού και μόνοι τους οι ως άνω λόγοι περί μη ταύτισης προϊόντος κατά τύπο και ειδική αναφορά στη συσκευασία του δείγματος, αρκούσαν κατά τη διακήρυξη και κατά την αιτιολογία της αναθέτουσας ούτως ή άλλως, για τον αποκλεισμό της προσφοράς του και συνεπώς, και αν ακόμη δεν υφίσταντο άλλες βάσεις αποκλεισμού του και πάλι θα είχε κριθεί εκ μόνων των ως άνω λόγων αποκλειστέος άνευ ετέρου για κάθε μία εκ των ομάδων A1 και

B6.

11. Επειδή, επομένως, υφίσταται πλήρης ταύτιση μεταξύ λόγου, για τους οποίους (μεταξύ περισσοτέρων) ο προσφεύγων αποκλείστηκε και λόγου που προβάλλει κατά της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Και τούτο τόσο για την Ομάδα Α1 όσο και για την Ομάδα Β6. Για τη μεν πρώτη, διότι ακριβώς αιτιάται ότι τόσο η συσκευασία που ο τελευταίος προσκόμισε για τον τοματοπολτό απλό και τύπου πουμαρό, δεν αναφέρει ότι είναι απλής αλλά διπλής συμπύκνωσης, όσο και αφού τούτο συνιστά συγχρόνως, εκτός από έλλειψη αναγραφής στη συσκευασία και διάσταση μεταξύ ζητούμενου και προσφερόμενου είδους από τη μία πλευρά και είδους δείγματος από την άλλη. Για τη δε δεύτερη ομάδα, διότι αιτιάται ότι ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε δείγμα για φρουτοποτό και νέκταρ βυσσίνου και ροδακίνου αντίστοιχα, πάντως όχι φυσικού χυμού και συνεπώς και πάλι, η αιτίασή του αφορά τόσο έλλειψη αναφοράς στη συσκευασία του δείγματος του οικείου απαιτούμενου περί φυσικού χυμού χαρακτηριστικού, όσο και διάσταση ειδών. Άρα, δεν συντρέχει απλώς παρόμοιος χαρακτήρας επικαλούμενων παραβάσεων ούτε απλώς ταυτόσημος όρος που παραβιάσθηκε και συγκεκριμένα ο όρος 8.4.1 της διακήρυξης περί απόλυτης ομοιότητας δειγμάτων με τα ζητούμενα είδη και την προσφορά, αλλά και ίδιος ειδικότερος και συγκεκριμένος τρόπος επικαλούμενης παραβίασης του κανόνα για την ομοιότητα δειγμάτων, βλ. παραπάνω σκ. 6, ήτοι με υποβολή δείγματος είδους συγγενούς μεν, αλλά διαφορετικού από το ζητούμενο και καταρχήν υποβαλλόμενο προς προσφορά. Και τούτο, συντρέχει και στις δύο επίδικες ομάδες, ενώ ο προσφεύγων και αυτός αποκλείστηκε ακριβώς για τον ίδιο λόγο σχετικά με είδη τόσο της μίας όσο και της άλλης ομάδας. Συνεπώς, κατ' εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης μετ' εννόμου συμφέροντος ο προσφεύγων προβάλλει τις δύο ως άνω ειδικότερες αιτιάσεις του, έκαστη εκ των οποίων αφορά την αποδοχή του προσωρινού αναδόχου κατά το στάδιο τεχνικών προσφορών, στην Ομάδα Α1 και την Ομάδα Β6 αντίστοιχα. Αντίθετα, δεν προκύπτει καμία ταύτιση λόγου αποκλεισμού του με τον επικαλούμενο λόγο του κατά του προσωρινού αναδόχου περί βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας και επομένως, άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλεται ο ως άνω ειδικότερος ισχυρισμός. Κατ' αποτέλεσμα, η κρινόμενη

προσφυγή ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος και δη ως προς τους δύο ως άνω ειδικότερους ισχυρισμούς της (το παραδεκτό, ήτοι η μετ' εννόμου συμφέροντος επίκληση έστω και ενός, αρκεί για το καταρχήν παραδεκτό της προσφυγής), οπότε πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία ειδικώς όσον αφορά τους δύο ανωτέρω ισχυρισμούς.

12. Επειδή, ασχέτως της απαραδέκτου κατά τα ως άνω προβολής του, ο τρίτος ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας είναι απορριπτέος και ως αβάσιμος. Τούτο διότι ο όρος 8.2.6 της διακήρυξης προβλέπει σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των διαγωνιζομένων, ότι οι προσφέροντες οφείλουν να καταθέσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους και στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «*Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά*» και «*Ι. Βεβαίωση Τραπεζής για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης*». Ουδέν άλλο προβλέφθηκε σχετικά με τον τύπο, περιεχόμενο, σκοπό και αντικείμενο της ως άνω βεβαίωσης, αν πρέπει τυχόν να βεβαιώνει ετοιμότητα δανειοδότησης και παροχής εγγυήσεων και για ποια τυχόν ποσά και γενικώς ουδέν συγκεκριμένο ορίστηκε, ο δε όρος παρέμεινε όλως γενικός, αόριστος και ασαφής, χωρίς ούτως να επάγεται οιαδήποτε συγκεκριμένη έννομη υποχρέωση για τους προσφέροντες, πέραν ενός εγγράφου προερχόμενου από τράπεζα που απλώς γενικώς μνημονεύει ότι ο προσφέρων διαθέτει εν γένει εχέγγυα φερεγγυότητας, χωρίς αυτό να συνεπάγεται δέσμευση συγκεκριμένης δανειοδότησης και χρηματοδότησης εκ μέρους της τράπεζας, δηλαδή έχει ρόλο εν τοις πράγμασι συστατικής επιστολής και όχι αυτής καθαυτής «βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας» κατά το περιεχόμενο της έννοιας στην τραπεζική πρακτική. Ο δε προσωρινός ανάδοχος προσκόμισε την από 31-8-2018 επιστολή Τραπέζης Πειραιώς, η οποία απλώς βεβαιώνει ότι η συνεργασία του με αυτήν διεξάγεται σε ικανοποιητικό επίπεδο και αποτελεί συνεπή και αξιόπιστο πελάτη, χωρίς όμως να επάγεται ανάληψη ευθύνης και υποχρέωσης από την τράπεζα και δεν παράγει έννομο αποτέλεσμα. Ήτοι, η ως άνω επιστολή έχει ακριβώς χαρακτήρα συστατικής επιστολής και βεβαίωσης καλής συνεργασίας και συνέπειας του προσωρινού αναδόχου. Όμως (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 49, 413 και 967/2018), και μιν ο κανονιστικός χαρακτήρας της διακήρυξης (ΣΤΕ ΕΑ 352/2016) δεσμεύει

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

τόσο την αναθέτουσα όσο και τους συμμετέχοντες, οι οποίοι οφείλουν να υποβάλουν τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχουν νομίμως στο διαγωνισμό. Αυτά όμως, προϋποθέτουν ρητό και σαφή όρο ή έστω σαφή παραπομπή σε σαφή έτερη διάταξη και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν με σαφήνεια από την ίδια τη διακήρυξη (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2017). Εξάλλου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 173/2018), σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά. Εξάλλου, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Τα ως άνω σημαίνουν, όπως προκύπτει δε και από παγία πρακτική της ΑΕΠΠ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018), ότι δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με πλήρη σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης. Συνεπώς, δεδομένου ότι τίποτα συγκεκριμένο κατά αντικείμενο και περιεχόμενο δεν ζητείτο κατά τη διακήρυξη από τον όλως ασαφή όρο περί βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας, δεν είναι δυνατόν ο όρος αυτός να συγκεκριμενοποιηθεί το πρώτον πλέον, προς αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου, δια της διαστολής του περιεχομένου του, ώστε να επάγεται πως είχε εξαρχής και επί ποινή αποκλεισμού του, υποχρέωση προσκόμισης συγκεκριμένου εγγράφου με συγκεκριμένο περιεχόμενο. Επομένως, ο οικείος ισχυρισμός του προσφεύγοντος κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου (εν όλω, ήτοι στο σύνολο των τμημάτων που αφορά η προσφυγή), πρέπει να απορριφθεί σε κάθε

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

περίπτωση και ως νόμω αβάσιμος και δη ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης.

13. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο επιμέρους ισχυρισμό της προσφυγής, προκύπτει ότι για την παραδεκτή προσφορά στην ομάδα Α1 μεταξύ άλλων απαιτείτο στην υποομάδα Α.1.2 και η προσφορά του είδους με α/α 6 «*Τοματοπολτός απλός συμπυκνωμένος και τύπου πουμαρό*». Επομένως, σύμφωνα με την ως άνω περιγραφή (η οποία αναφέρεται στη χαμηλή συμπύκνωση και συγχρόνως επεξηγηματικά/περιγραφικά παραπέμπει σε εμπορική επωνυμία ευρείας χρήσεως που όμως κατά τις εμπορικές και καταναλωτικές συναλλαγές έχει τραπήει και χρησιμοποιείται για την περιγραφή τύπου προϊόντος και συγκεκριμένα τύπου «πασσάτα») και τα διδάγματα της κοινής πείρας ζητείτο προϊόν στραγγισμένου πολτού/πουρέ τομάτας ελαφράς συμπύκνωσης και υψηλής αραιότητας. Ο δε προσωρινός ανάδοχος, όπως προκύπτει από τις φωτογραφίες των δειγμάτων που υπέβαλε, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω ΕΣΗΔΗΣ στον προσφεύγοντα την 9-10-2018, υπέβαλε μεν δείγμα τοματοπολτού διπλής συμπύκνωσης, συγχρόνως όμως, υπέβαλε και δείγμα άλλου τοματοπολτού ελαφράς συμπύκνωσης τύπου πασσάτα, όπως προκύπτει από τις φωτογραφίες των δειγμάτων, αμφότερα δε σε μεταλλική συσκευασία της ζητούμενης από τη διακήρυξη ποσότητας των 400 γραμμαρίων. Επομένως, ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε δείγματα 2 προϊόντων για το ως άνω ζητούμενο είδος. Συνεπώς, προκύπτει ασάφεια ως προς το αντικείμενο της τεχνικής προσφοράς του, ήτοι περί του ποιο από τα 2 δείγματα αφορά το αληθώς προσφερόμενο προϊόν, η δε αναθέτουσα έσφαλε καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την ως άνω προσφορά χωρίς κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 να καλέσει αυτόν προς άρση της παραπάνω ασάφειας με διευκρινίσεις, όπως κατά δεσμία αρμοδιότητά της οφείλει προ της οριστικής κρίσης ως προς την αποδοχή της προσφοράς. Κατ' αποτέλεσμα, ο οικείος ισχυρισμός της προσφυγής πρέπει μεν καταρχήν να γίνει δεκτός, πλην όμως ειδικώς όσον αφορά την κατά παράλειψη της παραπάνω κλήσης για διευκρινίσεις αποσαφήνισης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, αποδοχής της τελευταίας, απορριπτομένου του αιτητικού περί άνευ ετέρου ακυρώσεως της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου στην Ομάδα Α1. Και

## Αριθμός Απόφασης: 1011/2018

τούτο διότι στην περίπτωση ασάφειας της τεχνικής προσφοράς, η αναθέτουσα οφείλει πριν αποκλείσει, να καλέσει τον προσφέροντα προς αποσαφήνιση κατά την ως άνω διάταξη του άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016. Άρα, κατά εν μέρει αποδοχή του ως άνω πρώτου ειδικότερου ισχυρισμού της προσφυγής, η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί καθ' ο μέρος εκρίθη ο προσωρινός ανάδοχος αποδεκτός στην Ομάδα Α1, κατά παράλειψη προηγούμενης άρσης της ως άνω ασάφειας περί του ποιο από τα 2 προϊόντα συνιστά το αληθώς προσφερόμενο για το ως άνω είδος με α/α 6. Να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 σε κλήση του νυν προσωρινού αναδόχου για διευκρινίσεις προς αποσαφήνιση των ανωτέρω.

14. Επειδή, όπως προβάλλει ο προσφεύγων και συνομολογεί η αναθέτουσα, αλλά και προκύπτει από τις φωτογραφίες των δειγμάτων που υπέβαλε, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω ΕΣΗΔΗΣ στον προσφεύγοντα την 9-10-2018, όσον αφορά την Ομάδα Β6, ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπέβαλε δείγμα για τα ζητούμενα είδη της υποομάδας Β.6.1 με α/α 9 και 12, ήτοι φυσικό χυμό βύσσινο και φυσικό χυμό ροδάκινο αντίστοιχα, αλλά δείγμα για φρουτοποτό βύσσινο και νέκταρ ροδάκινου. Όμως, κανένα από αυτά τα είδη δεν συνιστά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και όπως δεν αμφισβητεί εξάλλου η αναθέτουσα, «φυσικό χυμό», αλλά μίγματα συμπυκνώματος χυμού με πρόσθετα σάκχαρα και γλυκαντικά και συνεπώς, δεν προκύπτει πλήρης ταύτιση προσκομιζόμενου δείγματος και ζητούμενου είδους, ως και είδους που αποτελεί το αντικείμενο της οικείας προσφοράς, αλλά προσφορά είδους συγγενούς μεν, διαφορετικού συγκεκριμένου τύπου όμως, από το ζητούμενο. Αλυσίτελώς δε προβάλλει η αναθέτουσα ότι δεν τέθηκε ζήτημα αμφισβήτησης κατά την αξιολόγηση των προσφορών, ιδίως δε ότι δεν βρέθηκε κατόπιν έρευνας της αναθέτουσας, γνωστή εταιρεία που προμηθεύει την αγορά σε συσκευασία 1 λίτρου φυσικό χυμό βύσσινου και ροδάκινου, ισχυρισμός δια του οποίου μεν συνομολογεί το ανέφικτο του οικείου όρου, χωρίς όμως αυτό να μεταβάλλει το γεγονός ότι η ίδια θέσπισε τους όρους και το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και ούτως, όφειλε να τηρεί αυτό απαρέγκλιτα, εφόσον δε βρέθηκε τέτοιο σφάλμα στις προδιαγραφές κατά την αξιολόγηση,

## **Αριθμός Απόφασης: 1011/2018**

όφειλε να ματαιώσει τη διαδικασία για το οικείο τμήμα, πράγμα που δεν έπραξε. Αντιθέτως, η αναθέτουσα με τον τρόπο αυτό συνομολογεί ότι καίτοι αντελήφθη το οικείο σφάλμα της, απλώς αποδέχτηκε προϊόντα με ουσιώδη απόκλιση από επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης, προσβάλλοντας όμως ούτως τις αρχές της τυπικότητας και της διαφάνειας, αφού κατ' αυτόν τον τρόπο ανεπίτρεπτα μετέβαλε το πρώτον, κατά την αξιολόγηση τις τεχνικές προδιαγραφές της οικείας ομάδας, ήτοι των παραπάνω ειδών που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της ομάδας. Επομένως, εσφαλμένα η αναθέτουσα απεδέχθη την προσφορά του προσωρινού αναδόχου, ως και κάθε τυχόν άλλου μετέχοντος ως προς το συγκεκριμένο είδος (ασχέτως ότι οι υπόλοιποι αποκλείστηκαν για άλλες πλημμέλειες), στη συγκεκριμένη Ομάδα Β.6, αφού η απόκλιση από τις προδιαγραφές και την απαίτηση απόλυτης ομοιότητας του δείγματος με το αντικείμενο της προσφοράς (που εξάλλου έπρεπε να ταυτίζεται ακριβώς με το ζητούμενο ανά περίπτωση είδος), έστω και ενός είδους, αρκούσε κατά τους όρους της διακήρυξης για την εν όλω απόρριψη της προσφοράς για το σύνολο της Ομάδας. Κατ' αποτέλεσμα, είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη και καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του προσωρινού αναδόχου στην Ομάδα Β6.

**15.** Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει, ήτοι, πρώτον, όσον αφορά την κατά παράλειψη ζήτησης διευκρινίσεων προς απσοαφήνιση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου περί του αληθώς προσφερόμενου προϊόντος για το είδος με α/α 6 της Ομάδας Α1, άνευ ετέρου αποδοχή του και δεύτερον, όσον αφορά την αποδοχή του ιδίου στην Ομάδα Β6. Να ακυρωθεί δε η προσβαλλόμενη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή και δη ήδη από το στάδιο των τεχνικών προσφορών, την προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου για τις Ομάδες Α1 και Β6 (ειδικώς για την Ομάδα Α1 κατά την προηγούμενη παράλειψη πρότερης απσοαφήνισης, ενώ όσον αφορά την Ομάδα Β6 ο νυν προσωρινός ανάδοχος έπρεπε να αποκλειστεί άνευ ετέρου). Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί σε όσα ορίζονται στην παραπάνω σκ. 13 ειδικώς όσον αφορά την Ομάδα Α1.

**16.** Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί



στον προσφεύγοντα το παράβολο που κατέβαλε ποσού 1.535,00 ευρώ.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ'αριθμ. 656/2018 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής Δήμου Γλυφάδας, καθ' ο μέρος έκρινε την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» ως άνευ ετέρου και κατά παράλειψη πρότερης κλήσης του προς αποσαφήνιση, αποδεκτή στην Ομάδα Α1 σύμφωνα με τις ως άνω σκ. 13 και 15 και ως αποδεκτή στην Ομάδα Β6 της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης «Προμήθεια Τροφίμων και Λοιπών Αναλώσιμων Ειδών Παντοπωλείου για τον Δήμο Γλυφάδας και το Κ.Α.Π.ΠΑ.» σύμφωνα με τις ως άνω σκ. 14 και 15.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να καλέσει τον ως άνω οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις προς αποσαφήνιση της τεχνικής προσφοράς του ειδικώς επί της Ομάδας Α1, σύμφωνα με όσα αναφέρονται στις ανωτέρω σκ. 13 και 15, κατόπιν δε αυτών να επανέλθει σε σχετική ως προς την τυχόν αποδοχή του κρίσης.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.535,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-11-2018 και εκδόθηκε την 23-11-2018.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ**