

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

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

Για να εξετάσει την από 17-9-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 932/18-9-2018 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΕΠΙΤΕΛΕΙΟ ΝΑΥΤΙΚΟΥ/ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΝΑΥΤΙΚΟΥ/ ΤΜΗΜΑ ΕΦΟΔΙΑΣΜΟΥ ΜΟΝΑΔΩΝ ΠΟΛΕΜΙΚΟΥ ΝΑΥΤΙΚΟΥ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της σε αυτόν κοινοποιηθείσας από 7-9-2018 υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου Φ.604/8/284773 πράξης του Τμήματος: Ε1-III του Γενικού Επιτελείου Ναυτικού περί απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, ματαίωσης του ως άνω διαγωνισμού και επαναπροκήρυξής του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών άνω των ορίων, που διακηρύχθηκε με την υπ' αρ. 2/2018 Διακήρυξη Ανοικτού Μειοδοτικού Διαγωνισμού για τη «Σύναψη Συμφωνίας-Πλαίσιο Προμήθειας Οπωροκηπευτικών στο πλαίσιο κάλυψης αναγκών Π.Πλοίων και Ν.Υπηρεσιών Περιοχών Σαλαμίνας, Αττικής, και ΚΕ ΠΟΡΟΣ, για Έντεκα (11) Μήνες ή Μέχρι Αποδόσεως Διαγωνισμού Διακλάδικού Χαρακτήρα, Εκτιμώμενου Π/Υ 968.000

Ευρώ (άνευ ΦΠΑ), Όποιο εκ των Τριών (3) Γεγονότων Επέλθει Πρώτο», που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 24-4-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-4-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC002989958 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 24-4-2018 με συστημικό α/α 57127.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 233427135958111300944, ποσού 4.840,00 ευρώ), που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 17-9-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 7-9-2018 Απόφασης της αναθέτουσας περί απορρίψεως της προσφοράς του (και μόνου προσφέροντος) ήδη από το στάδιο των-τεχνικών προσφορών, ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναπροκηρύξεώς του. Η δε προσβαλλόμενη αιτιολογεί τον παραπάνω αποκλεισμό του προσφεύγοντος επί τη βάση ότι κατά παράβαση του όρου 5 παρ. β' περ. 3 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β της διακήρυξης παρέλειψε να δηλώσει στην εκεί ζητούμενη υπεύθυνη δήλωσή του, ότι οι νόμιμοι εκπρόσωποι των δηλούμενων παραγωγών των προσφερόμενων από αυτόν προϊόντων, έχουν αποδεχθεί έναντι του προσφεύγοντος την εκτέλεση της προμήθειας σε περίπτωση αναδείξεώς του ως αναδόχου και για όλο το διάστημα της υπό σύναψη συμφωνίας πλαισίου. Η δε αναθέτουσα ζήτησε κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 τη συμπλήρωση της παραπάνω έλλειψης και κατόπιν τούτου με το πρακτικό 2/2018 της Ανώτατης Επιτροπής Προμηθειών της, η τελευταία εισηγήθηκε την αποδοχή του φακέλου δικαιολογητικών-τεχνικής

προσφοράς του προσφεύγοντος. Εν συνεχεία, αποσφραγίσθηκε η οικονομική προσφορά του η οποία ανέρχεται σε συνολική αξία άνευ ΦΠΑ 832.961,26 ευρώ και συνεπώς είναι μικρότερη από την ανώτατη εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Η δε προσβαλλόμενη όμως, η οποία εκδόθηκε προς επικύρωση των πρακτικών της Ανώτατης Επιτροπής Προμηθειών, αντιθέτως με την τελευταία, έκρινε την παραπάνω παράλειψη ως επαγόμενη τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος από τον διαγωνισμό και κατ' αποτέλεσμα τούτου, αποφάσισε τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού. Ο δε προσφεύγων βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης, επί τη βάση ότι κατά τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, αυτή εκδόθηκε κατά παράλειψη της ειδικής αιτιολογήσεώς του, παραβιάζοντας το άρ. 106 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί ματαιώσεως διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως και δη κατ'α παράβαση της περ. α' αυτής σχετικά με την περίπτωση παρατύπου διεξαγωγής της διαδικασίας, η οποία κατά τον προσφεύγοντα χωρεί όχι κατά δεσμία αρμοδιότητα, αλλά κατά διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, ελεγχόμενη ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της και τούτο μη νομίμως, αφού η όποια πλημμέλεια που εμφιλοχώρησε ήταν όλως τυπική και οφειλόμενη σε παραδρομή. Η προσβαλλόμενη όμως δεν περιλαμβάνει ειδική αιτιολογία για τον τρόπο με τον οποίο η πλημμέλεια αυτή επηρεάζει το σύννομο του διαγωνισμού και πλήττει ουσιωδώς τη νομιμότητά του, ενώ ακόμη και αν η πλημμέλεια αποτελούσε η ίδια επαρκή προς τούτου αιτιολογία είχε ήδη θεραπευθεί μετά από κλήση της Ανώτατης Επιτροπής Προμηθειών, κατ' άρ. 102 παρ. 4 Ν. 4412/2016, πράγμα μη αναφερθέν στην αιτιολογία της προσβαλλομένης. Άρα, η οικεία αιτιολογία είναι και αντιφατική αφού τελεί σε αντιδιαστολή με την παραπάνω κλήση προς συμπλήρωση. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται σε συνέχεια του πρώτου ως άνω λόγου του ότι νομίμως συμπληρώθηκε η οικεία έλλειψη της υπεύθυνης δήλωσης της τεχνικής προσφοράς του, αφού ήταν ήσσονος, κατά τον προσφεύγοντα σημασίας, η δε αποκατάστασή της συνίστατο μόνο στην υποβολή διορθωτικής δήλωσης και όχι σε τροποποίηση της αρχικώς υποβληθείσας προσφοράς, αφού ουδέν κρίσιμο στοιχείο εισφέρει στην τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος. Η οικεία αρχική δήλωση ανέφερε εξάλλου, την

επωνυμία και την έδρα, ως και τα στοιχεία επικοινωνίας έκαστης παραγωγού επιχειρήσεως, ενώ ήταν πρόδηλο ότι η ένταξη αυτών των επιχειρήσεων στην προσφορά του, σημαίνει τη συμφωνία μαζί τους. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού και των άρ. 100 παρ. 1 και 2 Ν. 4412/2016 περί αυτοτέλειας διαγωνιστικών σταδίων, τονίζει δε ότι εφόσον ανευρεθεί πλημμέλεια περί του παραδεκτού της συμμετοχής διαγωνιζόμενου, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, η αναθέτουσα δεν μπορεί να επανέλθει σε προηγούμενο στάδιο, αλλά μόνο να ματαιώσει τον διαγωνισμό. Η τελευταία όμως αυτή, δυνατότητα κατά τον προσφεύγοντα, της αναθέτουσας πρέπει να εμνηυθεί στενά ως έσχατη λύση και μόνο σε περίπτωση συνδρομής ουσιώδους νομικής πλημμέλειας, ήτοι πλημμέλειας μη δυνάμενης να αποκατασταθεί παρά μόνο με ακύρωση της διαδικασίας, άλλως πλήττεται η αρχή της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι με τον αποκλεισμό του μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, η οικονομική προσφορά του κατέστη γνωστή στους ανταγωνιστές του, με αποτέλεσμα να περιέρχεται σε δυσμενή έναντι αυτών θέση στον τυχόν επαναληπτικό διαγωνισμό. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση των αρχών της προστατευτέας εμπιστοσύνης του και της χρηστής διοίκησης από την αιφνιδιαστική ενέργεια αποκλεισμού του.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 25-9-2018 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της επικαλείται ότι η προσφορά του προσφεύγοντος δεν ήταν σύμφωνη με την παρ. 5β(3) του άρθρου 2 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης περί ελαχίστου περιεχομένου τεχνικής προσφοράς, κατά το οποίο απαιτείται η υποβολή μετά της τεχνικής προσφοράς, της υπεύθυνης δήλωσης, της οποίας το ακριβές περιεχόμενο πρέπει κατά τον ρητό ως άνω όρο, σε περίπτωση που ο προσφέρων προσφέρει προϊόντα παραγωγού διαφορετικού από τον ίδιο, να περιλαμβάνει και τα ακόλουθα που κατά λέξη ορίζονται στην Προσθήκη Ι(Β) Παραρτήματος Γ' και συνίστανται στα εξής «*Επιπρόσθετα δηλώνω ότι οι νόμιμοι*

εκπρόσωποι των ανωτέρω εταιρειών έχουν αποδεχθεί έναντι μου την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης στην εταιρεία μου, καθ' όλη την διάρκεια ισχύος της υπογραφείσας συμφωνίας-πλαίσιο.», περιεχόμενο που όμως δεν συμπεριελήφθη στην υποβληθείσα από τον προσφεύγοντα με την προσφορά του υπεύθυνη δήλωση, καίτοι κατά τον ως άνω όρο της παρ. 5β(3) του άρθρου 2 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, «προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις κατά περίπτωση ανωτέρω Υ/Δ θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη». Επειδή δε, η υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης με το περιεχόμενο που τάσσεται προς τούτο από την οικεία διακήρυξη συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό, η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης με ελλιπές περιεχόμενο, όπως εν προκειμένω καθιστά την προσφορά εξ αρχής απαράδεκτη, χωρίς δυνατότητα συμπλήρωσης του περιεχομένου που λείπει από αυτή με κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεις.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του 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 παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 7-9-2018 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 17-9-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τους νόμιμους εκπροσώπους του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού δια της προσβαλλόμενης απεκλείσθη από τον διαγωνισμό και έτσι προδήλως ευνοείται από την αντίστοιχη ακύρωσή της. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 413 και 644/2018) η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και

δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κ.λπ.). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Εξάλλου (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 254/2018), από τον συνδυασμό των άρ. 91 παρ. 1 περ. α' και 94 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ως και του άρ. 54 του ίδιου νόμου, προκύπτει ότι, ελλείψει ειδικότερης αντίθετης πρόβλεψης της διακήρυξης, εφόσον προσφερόμενο προϊόν αποδεικνύεται ότι δεν πληροί τις τεθείσες από αυτήν τεχνικές προδιαγραφές (βλ. και ΣΤΕ ΕΑ 61/2011, 1740/2004), η τεχνική προσφορά είναι απορριπτέα κατά το αντίστοιχο μέρος της (ήτοι όσον αφορά διαγωνισμό διενεργούμενο σε τμήματα, όσον αφορά το προκείμενο προϊόν, ενώ αν η προσφορά και ανάδειξη του αναδόχου αφορά το σύνολο της προμήθειας για όλα τα είδη είναι εν όλω απορριπτέα η προσφορά). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ C-19/00, Siac Construction Ltd, Απόφαση της 18.10.2001, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση της 25.04.1996, σκέψη 54 κ.λπ.). Επιπλέον, η αναθέτουσα η οποία διενεργεί τον διαγωνισμό υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται στη διακήρυξη, χωρίς μεταγενέστερες το πρώτον κατά την αξιολόγηση νέες ερμηνείες που μεταβάλλουν το περιεχόμενό της ανά περίπτωση (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003). Η δε παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης, 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). Εξάλλου (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 17, 65, 66, 70, 94, 115, 121,

148, 174, 181, 182, 214/2017 και 28, 96, 140, 145 και 177, 146, 147, 171, 174, 191, 195, 237/2018), σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους ή χαρακτηρίζει όρους ως «απαράβατους», είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (πρβλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Εξάλλου, εν προκειμένω ο όρος 5.β.3 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης, με σαφήνεια όρισε ότι «Προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις κατά περίπτωση ανωτέρω Υ/Δ θα απορρίπτεται ως απαραδέκτη», ενώ ακριβώς ανωτέρω είχε διακρίνει δύο περιπτώσεις, ήτοι πρώτον αυτή που ο προσφέρων είναι και παραγωγός των προσφερόμενων ειδών και δεύτερον, αυτή που δεν είναι, οπότε και όφειλε εκτός των λοιπών απαιτήσεων αναγραφής συγκεκριμένου περιεχομένου κατά τον όρο 5.β.3, επιπλέον να υποβάλει και έτερη υπεύθυνη δήλωση *«στην οποία θα δηλώνεται ότι η παραγωγή ή συσκευασία ή τυποποίηση του τελικού προϊόντος (ως τέτοιο νοείται το προς παράδοση στον τελικό καταναλωτή) θα γίνει από την εταιρεία στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά την μονάδα παραγωγής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας αυτής, έχει αποδεχθεί έναντι τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον οικονομικό φορέα υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. (Υπόδειγμα ως προσθήκη Ι(Β) παραρτήματος «Γ»)*». Επομένως, ο ως άνω όρος θεσπίστηκε ρητά ως απαράβατος και συνεπώς, η παραβίασή του και μόνη της αρκούσε για την απόρριψη μιας προσφοράς (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣτΕ 436/2002), όπως δεν είναι δυνατή και η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε 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, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Κατά τα ως άνω, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). 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, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά και πανηγυρικά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή απόρριψης ή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή απαιτήσεων για

προσκόμιση εγγράφων στοιχειοθέτησης της τεχνικής προσφοράς, οι οποίες απαιτήσεις προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη (Απόφαση ΑΕΠΠ 195/2018). Ούτως, η διακήρυξη δεν επιτρέπεται να ερμηνεύεται το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης δημιουργικά και με τρόπο που καταργεί τις απαιτήσεις που η ίδια είχε θέσει, ώστε να διασώζονται προσφορές που τις έχουν παραβεί και να καλύπτονται οι ουσιώδεις ελλείψεις αυτών. Εξάλλου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 171/2018), ισχυρισμοί που αφορούν τη νομιμότητα, αναγκαιότητα, καταλληλότητα και σκοπιμότητα όρων διακήρυξης που δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως, δεν δύνανται να τύχουν παραδεκτής επίκλησης το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών, αφού δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακηρύξεως ως και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι μετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οιοδήποτε έννομο συμφέρον για τη μεταγενέστερη προβολή τους, λόγω και της αρχής της αυτοτέλειας των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Αυτή έχει ως συνέπειά της την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, άρα και του παρεμπόπτοντος ελέγχου των όρων της διακήρυξης κατά την εξέταση προσφυγής που αφορά το στάδιο της αξιολόγησης και μάλιστα, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Τα ως άνω θεμελιώνονται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989).

6. Επειδή όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 157/2017, 10, 36 και 173/2018) οι πράξεις των

οργάνων αξιολόγησης των διαγωνισμών τόσο κατά τον έλεγχο τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών έχουν χαρακτήρα απλής γνώμης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας και ως εκ τούτου, συνιστούν μη εκτελεστές γνωμοδοτικής φύσεως πράξεις (βλ. ΣτΕ 323/2012 και ΣτΕ ΕΑ 421/2014, 423/2013, 464/2012, 251, 419, 721/2011, 115, 631, 1279/2009, 818/2008, 107, 645/2007, 115/2009, 420, 153, 46/2006, 860, 352, 43/2005, 57, 375, 806/2002). Περαιτέρω, και μεν κατ' άρ. 221 Ν. 4412/2016 τα ως άνω όργανα αξιολόγησης έχουν αρμοδιότητα, όπως διενεργούν κάθε πράξη στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης προσφορών, η οποία κατατείνει στην πληρέστερη διερεύνηση του αποδεκτού και του συμφέροντος αυτών, ουδόλως όμως, οι οικείες ενέργειες και πράξεις τους, συμπεριλαμβανόμενου του τυχόν αιτήματος προς παροχή διευκρινίσεων, συνιστά σε κάθε περίπτωση πράξη με εκτελεστό περιεχόμενο, υπό την έννοια ότι δεν παράγει έννομες συνέπειες υπέρ ή κατά των διαγωνιζομένων, αφού τα ως άνω όργανα δεν έχουν εξ αρχής την αρμοδιότητα να αποδέχονται ή να απορρίπτουν τις προσφορές, παρά μόνο να εισηγούνται σχετικώς στο μόνο προς τούτο αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας, του οποίου η κρίση περί της αποδοχής ή μη των προσφορών, δεν είναι δυνατόν να προκαταλαμβάνεται από ενέργειες των μη αρμοδίων προς τούτο, οργάνων αξιολόγησης, αφού όπως νομίμως δύναται να αφίσταται από τις οικείες εισηγήσεις εν όλω ή εν μέρει. Κατ' αποτέλεσμα, η όπως γνωμοδοτική φύση της αρμοδιότητας των οργάνων αυτών σημαίνει ότι δεν είναι δυνατόν το τυχόν εκ μέρους αίτημα διευκρινίσεων προς συμπλήρωση ή αποσαφήνιση προσφοράς, να συνεπάγεται ρητή ή σιωπηρή αποδοχή αυτής, αφού εξ αρχής τα όργανα αυτά δεν μπορούν να κρίνουν τούτο είτε ρητώς είτε σιωπηρώς. Άρα, ουδόλως εμποδίζεται το μόνο φέρον την αρμοδιότητα έκδοσης εκτελεστής πράξης αποδοχής ή απόρριψης προσφοράς, αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας (ως την έκδοση της οποίας το οικείο διαγωνιστικό στάδιο ή στάδια, δεν έχει εισέτι περατωθεί, αλλά η προσφορά τελεί ακόμη υπό αξιολόγηση, χωρίς ακόμη να δύναται να θεωρηθεί αποδεκτή ή απορριφθείσα, ακόμη και αν το όργανο αξιολόγησης έχει υποβάλει την οικεία περί αποδοχής ή απόρριψης ή αποδοχής

ή απόρριψης κατόπιν διευκρινίσεων, εισήγησή του προς το αποφαινόμενο όργανο (η έγκριση της οποίας ουδόλως είναι βεβαία ούτε δεσμία). Επομένως, δεν παράγεται οιοδήποτε δικαίωμα ή αξίωση του προσφέροντος δια μόνης της θετικής για την έγκριση της προσφοράς του -κατόπιν διευκρινίσεων- εισήγησης του οργάνου αξιολόγησης, άρα ούτε νοείται δικαίωμα εύλογης προσδοκίας του προσφέροντος προς σύναψη σύμβασης ή της προστασίας της εμπιστοσύνης του προς την αναθέτουσα (αφού δεν υφίσταται καν δικαιολογημένη και εύλογη πεποίθηση περί αποδοχής της προσφοράς του, κατά το διάστημα που η αξιολόγηση δεν έχει εισέτι περατωθεί με έκδοση εκτελεστής πράξης του αποφαινόμενου οργάνου, αλλά απλώς εισήγηση προς έκδοσή της, εκ μέρους του οργάνου αξιολόγησης, η οποία μόνη της δεν παράγει έννομες συνέπειες). Ούτε η αναθέτουσα τυχόν αντιφάσκει και παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης, για τον μόνο λόγο ότι το κατά νόμον αποφαινόμενο όργανο εν τέλει αποφαίνεται διαφορετικά από την εισήγηση του οργάνου αξιολόγησης, καθώς σε αντίθετη περίπτωση δεν θα υπήρχε καν νόημα στην οικεία αποφασιστική αρμοδιότητά του και τον χαρακτήρα της εισήγησης του οργάνου αξιολόγησης ως μη εκτελεστής πράξης αλλά γνωμοδότησης (αφού ούτως, θα υπολαμβάνονταν η εισήγησή του, ως άμεση έγκριση ή απόρριψη της προσφοράς, από την οποία δεν θα μπορούσε να αποστεί το αποφαινόμενο όργανο, η αρμοδιότητά του οποίου θα κατέληγε όλως τυπική και άνευ ουσίας). Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο τέταρτος λόγος της προσφυγής.

7. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι το άρ. 106 Ν. 4412/2016 διακρίνει μεταξύ δύο κατηγοριών βάσεων ματαίωσης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εκ των οποίων η πρώτη (παρ. 1) αφορά λόγους που κατά δεσμία αρμοδιότητα και υποχρεωτικά οδηγούν στη ματαίωση και η δεύτερη (παρ. 2) αναφέρεται σε περιπτώσεις, όπου η αναθέτουσα απλώς δύναται και κατ' ενάσκηση διακριτικής της ευχέρειας, να ματαιώσει. Συγκεκριμένα κατ' άρ. 106 παρ. 1 ορίζεται ότι *“Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α)*

εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης...”, ενώ κατά την παρ. 2 προβλέπεται ότι “Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης...”. Είναι προφανές, ότι η ως άνω περ. α’ της παρ. 1 του άρ. 106 Ν. 4412/2016 (που αναφέρεται σε δεσμία αρμοδιότητα) περί άγονης διαδικασίας λόγω μη υποβολής προσφορών ή αποκλεισμού όλων των υποβληθείσων ή της μόνης υποβληθείσας προσφοράς, η ματαίωση του διαγωνισμού ελλείπει δυνάμενου να αναλάβει τη σύμβαση οικονομικού φορέα, ως και ελλείπει κατάλληλης και πλήρους τεχνικής προσφοράς, κατά τις απαιτήσεις της διαδικασίας, είναι αυτονόητη. Άλλως, η αναθέτουσα θα δύνατο τυχόν να κρίνει ως αποδεκτές προσφορές που παραβιάζουν τους όρους της διακήρυξης για τον μόνο λόγο ότι δεν υφίστανται άλλες αποδεκτές προσφορές, εκδοχή που παραβιάζει ευθέως την αρχή της τυπικότητας, ως και της διαφάνειας (πολλώ δε μάλλον, διότι ούτως ελλείψει που θα έπρεπε να οδηγήσουν σε αποκλεισμό, αγνοούνται για τον συμπτωματικό λόγο έλλειψης άλλων προσφορών, καίτοι ενδέχεται αυτές να υπεβλήθησαν και να αποκλείσθηκαν σε προηγούμενο στάδιο ή να μην υπεβλήθησαν διότι οι λοιποί ενδιαφερόμενοι προς συμμετοχή γνώριζαν εξ αρχής ότι δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης). Συνεπώς, η ως άνω περ. α’ της παρ. 1 του άρ. 106 Ν. 4412/2016 ιδρύει δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας προς ματαίωση του διαγωνισμού, ως αυτόθροη συνέπεια μεταξύ άλλων και της κρίσης περί αποκλεισμού της μόνης υποβληθείσας προσφοράς ή όλων των προσφορών, χωρίς η ματαίωση να έχει αυτοτελές εν τέλει κατ’ ουσία περιεχόμενο από τον αποκλεισμό των προσφορών (εξάλλου, θα ήταν και αδύνατο να διατηρείται διαγωνισμός σε ισχύ, χωρίς προσφορές, άρα ουδεμία αυτοτέλεια υφίσταται μεταξύ ματαίωσης και αποκλεισμού της μόνης προσφοράς ή όλων των προσφορών). Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται την περ. α’

της παρ. 2 του άρ. 106 Ν. 4412/2016, αφού εν προκειμένω, εκ του περιεχομένου της προσβαλλόμενης και της εξέλιξης της διαδικασίας, είναι προφανές πως η ματαίωση επήλθε ως αυτόθροη και αυτόματη κατά τα ως άνω, συνέπεια του αποκλεισμού του και άρα, της έλλειψης αποδεκτών προσφορών, δηλαδή κατά την περ. α' της παρ. 1 του άρ. 106, και όχι λόγω εν γένει παράτυπης διαδικασίας. Ο αποκλεισμός δηλαδή της προσφοράς του προσφεύγοντος, ήτοι της μοναδικής ουσιαστικά υποβληθείσας προσφοράς έθεσε σε εφαρμογή τη διάταξη της περ. α' της παρ. 1 του άρ. 106 Ν. 4412/2016 και κατά τούτο αποτελεί την ίδια την αιτιολογία της ματαίωσης του διαγωνισμού. Πολλώ δε μάλλον που και ο ίδιος ο αποκλεισμός της προσφοράς του προσφεύγοντος παρίσταται αιτιολογημένος. Συνεπώς, ουδεμία παραιτέρω αυτοτελή αιτιολόγηση όφειλε η αναθέτουσα να παραθέσει ως προς τη ματαίωση, πέραν του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, ο οποίος αποκλεισμός υπήρξε μόνη επαρκής συνθήκη για την υποχρέωση ματαίωσης της διαδικασίας, ο οποίος αποκλεισμός πάντως ρητά αναφέρθηκε ήδη στο σώμα της προσβαλλομένης, ως η αιτία της ματαίωσης της διαδικασίας. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος, οι δε περαιτέρω αιτιάσεις του περί όλως τυπικού σφάλματος και πλημμέλειας που ήρθη, θα εξεταστούν στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου της προσφυγής, με τον οποίο συνεχονται και στον οποίο επαναλαμβάνονται.

8. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι κατ' άρ. 100 παρ. 2 και 4 Ν. 4412/2016 (όπως η παρ. 4 αντικαταστάθηκε με το άρ. 107 παρ. 18 Ν. 4497/2017, ΦΕΚ Α 171/13.11.2017, και πλέον ισχύει) προβλέπεται πως *“2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ή στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται*

κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο. Το αρμόδιο όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών δεν αποσφραγίζονται, αλλά μονογράφονται και σφραγίζονται από το παραπάνω όργανο και τοποθετούνται σε ένα νέο φάκελο ο οποίος επίσης σφραγίζεται και υπογράφεται από το ίδιο όργανο και φυλάσσεται, προκειμένου να αποσφραγισθεί την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την πρόσκληση. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης. γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την ειδική πρόσκληση και ακολουθεί σχετική ανακοίνωση τιμών. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως άνω στάδια α' και β' οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται, αλλά επιστρέφονται.... 4. Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες. Ειδικά, για τις συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, πλέον ΦΠΑ, που δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, εκδίδεται μία απόφαση, κατά τα ανωτέρω, ανεξαρτήτως του κριτηρίου ανάθεσης. Για τις συμβάσεις με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και...". Επομένως, από τη θέση σε ισχύ της ως άνω τροποποιημένης διάταξης, σε περιπτώσεις διαδικασιών προμήθειας αγαθών με

κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά την τιμή, όπως εν προκειμένω, οι αναθέτουσες, όχι απλώς δύνανται, αλλά υποχρεούνται, να επικυρώνουν το σύνολο των σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών (και άρα και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου) με μία και μόνη εκτελεστή πράξη, η οποία θα εγκρίνει εν μέρει ή εν όλω ή θα απορρίπτει τα οικεία γνωμοδοτικά πρακτικά των οργάνων αξιολόγησης, επί των ως άνω σταδίων της διαδικασίας. Ουδόλως δε, ούτως αίρεται ο διακριτός χαρακτήρας των ως άνω σταδίων, τα οποία κατά την ανωτέρω παρ. 2 του άρθρου 100 Ν. 4412/2016, εξακολουθούν και λαμβάνουν χώρα διαδοχικά και κατά την ανωτέρω σειρά, πλην όμως έπαυσε πλέον η αυτοτέλειά τους ειδικώς ως προς την έγκριση αυτών δια έκδοσης εκτελεστής πράξης (όσον αφορά τις διαδικασίες που υπάγονται στην παρ. 4 του άρθρου 100), με αποτέλεσμα η κρίση της αναθέτουσας να παραμένει εκκρεμής ως και την έκδοση αυτής, ήτοι όταν ολοκληρωθεί και το στάδιο οικονομικών προσφορών, χωρίς όμως η οικεία αξιολόγηση να έχει εισέτι οριστικά περατωθεί, πράγμα που προϋποθέτει και την οριστική αποφασιστική κρίση της αναθέτουσας επί των εισηγούμενων από τα όργανα αξιολόγησης, αποτελεσμάτων της, έως σε αυτό το σημείο διαδικασίας. Εξάλλου, βλ. παραπάνω σκ. 6, προ της έγκρισης ή απόρριψης της εισήγησης του οργάνου αξιολόγησης επί των αποτελεσμάτων της διαδικασίας από το αποφαινόμενο όργανο, δεν υφίσταται εκτελεστή πράξη ούτε απόφαση περί αποδοχής ή μη των προσφορών και επομένως, εφόσον η εκτελεστή αυτή επικυρωτική πράξη εκδίδεται ομού για το σύνολο των ως άνω σταδίων (και προ αυτής, τα στάδια τελούν σε εκκρεμότητα ως προς την έγκριση της οικείας γνώμης του οργάνου αξιολόγησης), δεν είναι δυνατόν να προκύψει παραβίαση της αυτοτέλειας των σταδίων, λόγω απλώς της μη έγκρισης εν όλω ή εν μέρει της οικείας γνώμης του οργάνου αξιολόγησης επί επιμέρους σταδίου, αφού υπό αντίθετη εκδοχή, θα αιρόταν η αποφασιστική και εγκριτική αρμοδιότητα του αποφαινόμενου οργάνου, η δε γνώμη του οργάνου αξιολόγησης θα τρεπόταν σε εκτελεστή απόφαση παράγουσα άμεσες έννομες συνέπειες, κατά παράβαση των οικείων προβλέψεων του νόμου. Εν προκειμένω μάλιστα, η αναθέτουσα δεν επανήλθε σε τυχόν περατωθέν στάδιο αλλά το πρώτον έκρινε ότι η έλλειψη

της οικείας υπεύθυνης δήλωσης συνιστούσε λόγο άνευ ετέρου αποκλεισμού της προσφοράς, ο οποίος δεν ήταν δυνατόν να αρθεί παρά τις ζητηθείσες από το όργανο αξιολόγησης διευκρινίσεις (αφού το όργανο αυτό παρότι τις ζήτησε δεν ήταν αρμόδιο να αποφασίσει την αποδοχή της προσφοράς). Οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντα ότι διακινδυνεύεται η θέση του δια της ματαίωσης μετά την αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του, λόγω αποκάλυψης της σε ανταγωνιστές του που εν συνεχεία σε επόμενο διαγωνισμό θα προετοιμάσουν καταλλήλως τις προσφορές τους, είναι απορριπτέοι, αφού πρώτον, ο προσφεύγων φέρει κάθε ευθύνη για την εκ μέρους του μη πλήρωση των όρων της διακήρυξης, δεύτερον, διότι υπό το σκεπτικό του, θα ήταν αδύνατος ο αποκλεισμός προσφοράς που παραβιάζει τους όρους της διακήρυξης, μετά το άνοιγμα οικονομικών προσφορών ως και η για κάθε λόγο ματαίωση διαγωνισμού (ακόμη και λόγω αποκλεισμού του συνόλου των μετεχόντων ή του μόνου μετέχοντος βάσει απαράδεκτης οικονομικής προσφοράς ή αδικαιολόγητα χαμηλής τιμής ή λόγω μη επίτευξης έκπτωσης και ασυμφόρου, καίτοι τα συμπεράσματα αυτά αυτονόητα προϋποθέτουν άνοιγμα οικονομικών προσφορών), ασχέτως δε του ότι έτεροι οικονομικοί φορείς δεν είναι δυνατόν να έχουν πρόσβαση στα έγγραφα της προσφοράς του στο ΕΣΗΔΗΣ, αφού δεν μετείχαν στη διαδικασία (παρά ήταν ο μόνος μετέχων). Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο τρίτος λόγος της προσφυγής.

9. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι το άρ. 8.γ του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, συμφώνως και με το περιεχόμενο του άρ. 102 Ν. 4412/2016, ορίζει ότι *“Η Αναθέτουσα Αρχή απευθύνει αιτήματα στους συμμετέχοντες χρήστες – οικονομικούς φορείς για παροχή διευκρινίσεων επί υποβληθέντων δικαιολογητικών και οι χρήστες – οικονομικοί φορείς παρέχουν τις διευκρινίσεις εντός των κατά περίπτωση προθεσμιών που τους ορίζονται. Η εκάστοτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή*

εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμα και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Η διευκρίνιση δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις υπόλοιπες.”. Εξάλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208, 231 και 253/2017), κατ’ άρ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται στην αναθέτουσα ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ελέγχεται τόσο ως προς την εκ μέρους της άσκηση, όσο και παράλειψη άσκησης, βάσει των κανόνων του άρ. 102 Ν. 4412 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187 και 208/2017). Η δε παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει καταρχήν ότι η αναθέτουσα την διαθέτει πράγματι, η ευχέρεια όμως αυτή σε κάθε περίπτωση, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα, αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι μεταξύ άλλων η επιτρεπτή συμπλήρωση πρέπει να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην παρέχει σε προσφέροντα εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν

είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε ή για την το πρώτον προσκόμιση ρητά ζητούμενων με την προσφορά του εγγράφων που δεν προσκόμισε ή δήλωση συγκεκριμένου είδους πληροφοριών ή ανάληψη συγκεκριμένης δέσμευσης που ο ίδιος παρέλειψε να υποβάλει ή συμπερίληψη σε δήλωση ή σε περιέχον περισσότερα επιμέρους περιεχόμενα, απαντήσεις σε ερωτήματα και ζητούμενες δηλώσεις, έγγραφό του συγκεκριμένου περιεχομένου, απάντηση σε συγκεκριμένα ερωτήματα ή αναφορά συγκεκριμένης πληροφορίας που δεν συμπεριέλαβε. Περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ. συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκ. 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκ. 31). Επιπλέον, η αίτηση διευκρίνισης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκ. 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκ. 36). Τέλος, και γενικά, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή

τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκ. 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκ. 37). Έτσι, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα δεδομένα που περιλαμβάνονται σε έναν τέτοιο φάκελο, αρκεί η αίτηση αυτή να αφορά στοιχεία ή δεδομένα των οποίων είναι αντικειμενικά δυνατόν να εξακριβωθεί ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκ. 39-40).

Εν προκειμένω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι δια των διευκρινίσεων που του ζητήθηκαν από το όργανο αξιολόγησης του διαγωνισμού στις 6.6.2018 και της συμπληρωματικής δήλωσης που αυτός απέστειλε την ίδια ημέρα, θεραπεύθηκε η πλημμέλεια που αποτέλεσε το λόγο αποκλεισμού του από το διαγωνισμό. Ωστόσο από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα: ο όρος της διακήρυξης υπ' αριθμ. 5. *Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» β. Τεχνική Προσφορά περ. (3)* ορίζει ότι στην τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνεται: *«Υπεύθυνη δήλωση επί της καταγωγής των προσφερόμενων ειδών. Αυτή θα περιλαμβάνει δήλωση της επιχειρηματικής μονάδας (που παράγει ή τυποποιεί ή συσκευάζει το τελικό προϊόν), του τόπου εγκατάστασης της και την χώρα καταγωγής των προσφερόμενων ειδών, τόσο στην περίπτωση στην οποία η συμμετέχουσα εταιρεία παράγει η ίδια αυτά τα προϊόντα, όσο και στην περίπτωση που κάποια άλλη επιχειρηματική μονάδα τα παράγει αντί αυτής. (Υπόδειγμα ως προσθήκη I(A) παραρτήματος «Γ»)*. Στη δεύτερη περίπτωση, απαιτείται επιπλέον και η

υποβολή έτερης Υπεύθυνης Δήλωσης της συμμετέχουσας εταιρείας, στην οποία θα δηλώνεται ότι η παραγωγή ή συσκευασία ή τυποποίηση του τελικού προϊόντος (ως τέτοιο νοείται το προς παράδοση στον τελικό καταναλωτή) θα γίνει από την εταιρεία στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά την μονάδα παραγωγής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας αυτής, έχει αποδεχθεί έναντι τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον οικονομικό φορέα υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. (Υπόδειγμα ως προσθήκη Ι(Β) παραρτήματος «Γ»). Προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις κατά περίπτωση ανωτέρω Υ/Δ θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι ως άνω δηλώσεις φέρουν την ψηφιακή υπογραφή του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα και δεν απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής». Η δε Προσθήκη Ι(Β) Παραρτήματος «Γ» ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΥΠΕΥΘΥΝΗΣ ΔΗΛΩΣΗΣ ΑΠΟΔΟΧΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης και στο οποίο ρητώς παραπέμπει ο ως άνω όρος της διακήρυξης έχει το εξής περιεχόμενο: «(Συμπληρώνεται και κατατίθεται μόνο στην περίπτωση που ο συμμετέχων δεν είναι και ο παραγωγός του τελικού προϊόντος)

ΠΡΟΣ: ΠΟΝ

ΑΠΟ: (ΠΛΗΡΗ ΣΤΟΙΧΕΙΑ)

ΘΕΜΑ: ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΠΟΝ υπ. αρ. /

Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν.1599/86, δηλώνω ότι η παραγωγή των τελικών προϊόντων που προσφέρω στον εν λόγω διαγωνισμό θα πραγματοποιηθεί από τις κάτωθι εταιρείες στις οποίες ανήκουν ή οι οποίες εκμεταλλεύονται ολικά ή μερικά τις Μονάδες παραγωγής των τελικών προϊόντων:

α) β) γ) κ.λ.π.

Επιπρόσθετα δηλώνω ότι οι νόμιμοι εκπρόσωποι των ανωτέρω εταιρειών έχουν αποδεχθεί έναντι μου την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας σε

περίπτωση κατακύρωσης στην εταιρεία μου, καθ' όλη την διάρκεια ισχύος της υπογραφείσας συμφωνίας – πλαίσιο».

Στην υπό κρίση περίπτωση, η υποβληθείσα από τον προσφεύγοντα υπεύθυνη δήλωση η οποία στο ΕΣΗΔΗΣ φέρει τον τίτλο Υπεύθυνη Δήλωση 03, και υπεβλήθη προς πλήρωση του ως άνω όρου της διακήρυξης, ο οποίος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, αναφέρει μεν τους παραγωγούς των τελικών προϊόντων παραλείπει όμως ολόκληρη τη φράση *«Επιπρόσθετα δηλώνω ότι οι νόμιμοι εκπρόσωποι των ανωτέρω εταιρειών έχουν αποδεχθεί έναντι μου την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης στην εταιρεία μου, καθ' όλη την διάρκεια ισχύος της υπογραφείσας συμφωνίας – πλαίσιο».* Η ως άνω όμως δήλωση περί αποδοχής εκτέλεσης της συγκεκριμένης προμήθειας αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της ως άνω υποβληθείσας υπεύθυνης δήλωσης, η οποία μάλιστα τίθεται προκειμένου να παρασχεθεί στην αναθέτουσα αρχή η βεβαιότητα ότι ο πραγματικός παραγωγός των τελικών προϊόντων, από τον οποίο αυτονόητα εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό η δυνατότητα του προσφέροντος να εκτελέσει τη σύμβαση, αναλαμβάνει πράγματι την ευθύνη εκτέλεσης της συγκεκριμένης προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης της σύμβασης στον προσφέροντα οικονομικό φορέα. Ως τέτοιο δε ουσιώδες στοιχείο, η έλλειψη αυτή δεν δύναται να συμπληρωθεί δια διευκρινίσεων διότι στην περίπτωση αυτή δεν προκύπτει ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ο προσφέρων και νυν προσφεύγων ανέλαβε έναντι της αναθέτουσας αρχής την ευθύνη ότι οι παραγωγοί των τελικών προϊόντων έχουν αποδεχθεί να τον προμηθεύουν καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Συνακόλουθα δεν προκύπτει ότι κατά το χρόνο υποβολής της αρχικώς υποβληθείσας υπεύθυνης δήλωσης οι παραγωγοί των προϊόντων είχαν όντως αναλάβει την εν λόγω δέσμευση, κατά παράβαση του άρ. 104 Ν. 4412/2016 κατά το οποίο οι όροι συμμετοχής στον διαγωνισμό πρέπει να συντρέχουν ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και μάλιστα η οικεία έλλειψη δεν δύναται εξ' αντικειμένου να θεραπευθεί. Επομένως νομίμως το κατά νόμο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας, το οποίο όπως ανωτέρω αναλύεται δεν δεσμεύεται κατά την κρίση του από την γνώμη του οργάνου αξιολόγησης,

δεν δέχθηκε την ετεροχρονισμένη συμπλήρωση της παραπάνω επί ποινή αποκλεισμού ζητούμενης υπεύθυνης δήλωσης και έκρινε τον προσφεύγοντα ως άνευ ετέρου αποκλειστέο. Συνεπεία των ανωτέρω ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή ύστερα από τα παραπάνω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή κατ' αποτέλεσμα της προηγούμενης σκέψης πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο ποσού 4.840,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22-10-2018 και εκδόθηκε την 9-11-2018.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ