

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 18/08/2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1036/10.07.2023, της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής «προσφεύγουσα»).

Κατά : «...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 17/21.6.2023 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , περί κατακύρωσης του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, για την ... (Α.Δ. .../2022), και ν' αξιολογηθεί η τεχνική και οικονομική προσφορά του Οικονομικού Φορέα να κατακυρωθεί δε σ' αυτόν ο διαγωνισμός κατά το μέρος, που αφορά στην ... των προϊόντων με α/α 18 και 20, για τα οποία υπέβαλε προσφορά.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή**

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως, στις 25.10.2022, προσφορά συμμετοχής στον Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ... , σύμφωνα με την υπ' αρ. .../2022 Διακήρυξη, μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Κατόπιν, στις 26.10.2022, απέστειλε ... φυσικό φάκελλο, περιέχοντα τα δικαιολογητικά συμμετοχής και δείγματα μετά των απαραίτητων δελτίων αποστολής και φωτογραφιών για τα προϊόντα με α/α 18

## Αριθμός Απόφασης: 1227/2023

και 20, για τα οποία υπέβαλε προσφορά, ο οποίος και πρωτοκολλήθηκε στην αρμόδια Υπηρεσία, υπ' αρ. πρωτ. .../26.10.2022. Εν συνεχεία, στις 2.11.2022, ο Οικονομικός Φορέας έλαβε ηλεκτρονικό μήνυμα, μέσω της πλατφόρμας Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., περί της επιτυχούς ολοκλήρωσης αποσφράγισης του σταδίου «Δικαιολογητικά / Τεχνική» του εν λόγω διαγωνισμού. Περαιτέρω, την ίδια ημέρα, έλαβε ένα δεύτερο ηλεκτρονικό μήνυμα, μέσω της ίδιας πλατφόρμας, περί της ολοκλήρωσης αξιολόγησης του σταδίου «Δικαιολογητικά / Τεχνική», όπου ανεγράφεται, ότι η προσφορά του Οικονομικού Φορέα «περιλαμβάνεται στην τελική λίστα για την επόμενη φάση αξιολόγησης (Οικονομική)». Σύμφωνα με την προσβαλλόμενη πράξη, η προσφεύγουσα, καίτοι υπέβαλε εμπροθέσμως προσφορά για τα είδη με α/α 18 και 20, αποκλείστηκε από τον Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, που προκηρύχθηκε με την υπ' αρ. .../2022 Διακήρυξη (αριθμός Διακήρυξης ΕΣΗΔΗΣ...), επειδή για μεν το είδος, με α/α 18, *«διότι για το προσφερόμενο προϊόν η εταιρεία προσφέρει ... μίας χρήσεως 35° ενώ στη διακήρυξη ζητούνται 34°»* για δε το είδος με α/α 20 *«διότι η εταιρεία δεν απέστειλε δείγμα το οποίο ήταν απαραίτητο σύμφωνα με τη διακήρυξη»*.

2. Επειδή ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 600,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε στις 20/7/2023 τις εμπρόθεσμες απόψεις της επί της ένδικης προσφυγής, δοθείσης της από 10/07/2023 κατάθεσης της προσφυγής, συνομολογώντας εν μέρει την βασιμότητα αυτής. Επ' αυτών, κατατέθηκε παραδεκτώς το από 24/07/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

## Αριθμός Απόφασης: 1227/2023

5. Επειδή οι οικείες προδιαγραφές, οι οποίες αποτελούν το δεσμευτικό πλαίσιο του οικείου διαγωνισμού για το είδος α/α 18, διατυπώνονται στο παράρτημα II της επίμαχης διακήρυξης και μεταξύ των άλλων ζητείται, οι ... να διαθέτουν γωνία κοπής 34°. Η επίμαχη διακήρυξη αναφέρει ρητά, τόσο στην παράγραφο 2.4.3.2 «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο 'Απαιτήσεις -Τεχνικές προδιαγραφές' του Παραρτήματος II της διακήρυξης περιγράφοντας ακριβώς πως οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται», όσο και στην παράγραφο 2.4.6 - Λόγοι απόρριψης προσφορών - όπου ορίζεται, ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

6. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η αρχή της διαφάνειας αποτελούν την βάση των κανόνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΔΕΚ C-213/07, Μηχανική, EU:C:2008:731, σκέψη 45). Ειδικότερα, η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η οποία έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, και η υποχρέωση διαφάνειας έχουν, μεταξύ άλλων, την έννοια, ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ισότιμη μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αξιολογούνται από την αναθέτουσα Αρχή (βλ., ΔΕΕ C-6/15, TNS Dimarso NV, ECLI:EU:C:2016:555, σκ. 22, C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., EU:C:2005:718, σκέψη 22, C-396/14, MT Højgaard και Züblin, EU:C:2016:347, σκέψη 37, C-538/13, eVigilo, EU:C:2015:166, σκέψη 33). Τις αρχές αυτές οφείλουν να τηρούν απαρεγκλίτως οι αναθέτουσες Αρχές, σε κάθε διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης. Τούτο συνεπάγεται, ειδικότερα, ότι οι αποφάσεις, που λαμβάνουν οι αναθέτουσες Αρχές προς διασφάλιση της νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, είτε εξ ιδίας πρωτοβουλίας είτε σε συμμόρφωση προς δικαστικές αποφάσεις, πρέπει να τηρούν τις ανωτέρω αρχές (ΔΕφΛαρ. 63/2023 σκ.7).

7. Επειδή οι όροι, που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από την διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού, ν'

## Αριθμός Απόφασης: 1227/2023

αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση των προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction 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).

8. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλλου, ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει, ότι, σύμφωνα με το στοιχείο «Α» του υπ' αρ. πρωτ. .../18.7.2023 εγγράφου της Επιτροπής Διενέργειας του υπό κρίση διαγωνισμού, το οποίο κοινοποιήθηκε δυνάμει του υπ' αρ. .../19.7.2023 εγγράφου της, η αναθέτουσα Αρχή αποδέχεται, ότι *«Ως προς το είδος με α/α 18 «... ... μίας χρήσης 34°» για το οποίο ο προσφεύγων δηλώνει ότι «έλαβε ηλεκτρονικό μήνυμα σύμφωνα με το οποίο έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά, κρίθηκε αποδεκτή με αποτέλεσμα η προσφορά να προκριθεί στην επόμενη φάση αξιολόγησης» σας γνωρίζουμε ότι η επιτροπή με το υπ' αρ. .../9-01-2023 πρακτικό δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής αξιολόγησης, για το είδος με α/α 18 «... μίας χρήσης 34°» απεφάνθη ότι η προσφορά της εταιρείας ... δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές «διότι για το προσφερόμενο είδος η εταιρεία προσφέρει ... μίας χρήσεως 35° ενώ στην διακήρυξη ζητούνται 34°». Η επιτροπή δεν εμπλέκεται στα σταλθέντα ηλεκτρονικά μηνύματα». Όπως διαλαμβάνεται στην προδικαστική προσφυγή και δεν αντικρούεται από την αναθέτουσα Αρχή, η προσφεύγουσα στις 02.11.2022 έλαβε ηλεκτρονικό μήνυμα από την Αναθέτουσα Αρχή, μέσω της πλατφόρμας Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., περί της επιτυχούς ολοκλήρωσης αποσφράγισης του σταδίου «Δικαιολογητικά/Τεχνική» του εν λόγω διαγωνισμού. Περαιτέρω, την ίδια ημέρα η προσφεύγουσα έλαβε ένα δεύτερο ηλεκτρονικό μήνυμα, μέσω της ίδιας πλατφόρμας, περί της ολοκλήρωσης αξιολόγησης του σταδίου «Δικαιολογητικά/Τεχνική», όπου ανεγράφετο, ότι η προσφορά του Οικονομικού φορέα «περιλαμβάνεται στην τελική λίστα για την επόμενη φάση αξιολόγησης (Οικονομική)». Ήτοι η αναθέτουσα Αρχή βεβαίωσε, δυνάμει των απεσταλμένων ηλεκτρονικών μηνυμάτων, ότι η αξιολόγηση είχε ήδη ολοκληρωθεί επιτυχώς, αναφορικά με την τεχνική προσφορά της*

## Αριθμός Απόφασης: 1227/2023

προσφεύγουσας, η οποία προσφορά είχε γίνει αποδεκτή και προκριθεί πλέον στο επόμενο στάδιο αξιολόγησης, ήτοι στο στάδιο αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς. Το γεγονός δε ότι η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού, ως διαλαμβάνεται στις απόψεις της, *«δεν εμπλέκεται στα σταλθέντα ηλεκτρονικά μηνύματα»*, ουδόλως αίρει ούτε θεραπεύει την παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης από την αναθέτουσα Αρχή. Η αναθέτουσα Αρχή, συνελόντι ειπείν, παραβίασε τις κείμενες νομοθετικές διατάξεις, αναφορικά με την διαδικασία αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών, και συγκεκριμένα την παρ. 2 του αρ. 100 του Ν. 4412/2016, καθώς και την παρ. 3.1.2.1. της σχετικής Διακήρυξης, επειδή παραδεκτως απεδέχθη και αξιολόγησε επιτυχώς την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας δεν προχώρησε, όμως, ως όφειλε, στην αξιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς, κατά τα προβλεπόμενα στον νόμο και στην σχετική διακήρυξη. Στον αντίποδα, συνομολόγησε, μέσω των απεσταλμένων ηλεκτρονικών μηνυμάτων, ότι η προσφορά της προσφεύγουσας προκρίθηκε στο στάδιο αξιολόγησης της οικονομικής της προσφοράς. Είναι δε απορριπτέος, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, τόσο ότι *«Επίσης η προσφεύγουσα αναφέρει επισταμένα στη προσφυγή της τα μηνύματα που έλαβε (τα έλαβαν και οι άλλοι συμμετέχοντες) μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 2-11-2022 και λανθασμένα τα θεωρεί αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, ενώ είναι γνωστό ότι τα μηνύματα αυτά ήταν η ενημέρωση των συμμετεχόντων εταιρειών για την ηλεκτρονική αποσφράγιση του διαγωνισμού. Μάλιστα είχε σταλεί απόφασή της Διοικήτριας (αρ. πρωτ. .../4-10-22) μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 5-10-2022 ότι θα γίνει στις 2-11-2022 η ηλεκτρονική αποσφράγιση του διαγωνισμού. Η ηλεκτρονική αποσφράγιση του διαγωνισμού δεν αποτελεί αξιολόγηση όπως λανθασμένα θεωρεί η προσφεύγουσα»*, όσο και ότι *«Είναι προφανές ότι, αυτό που ζητάει η προσφεύγουσα να αξιολογηθεί και να κατακυρωθεί η προσφορά της στο είδος με α/α 18 είναι ενάντια στους όρους της διακήρυξης και την ισχύουσα νομολογία, εφόσον δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για το είδος με α/α 18»*, διότι το επίδικο και το κρίσιμο εν προκειμένω δεν είναι, αν πράγματι η προσφορά της προσφεύγουσας ως προς το είδος α/α 18 συμμορφώνεται με τις τεχνικές προδιαγραφές της επίμαχης διακήρυξης, αλλά, ότι υπήρξε παραβίαση ουσιώδους τύπου της διοικητικής διαδικασίας, που

## Αριθμός Απόφασης: 1227/2023

καθιστά αυτήν ακυρωτέα, εφ' όσον ουδαμώς αμφισβητείται, ότι η προσφεύγουσα έλαβε ηλεκτρονικό μήνυμα, ότι η προσφορά της θ' αξιολογηθεί οικονομικώς, γεγονός που προϋποθέτει την προηγούμενη τεχνική της αποδοχή. Το γεγονός ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού, ως άλλωστε επαναλαμβάνει και στις απόψεις της, είχε εισηγηθεί την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας ως προς το είδος 18, είναι άμοιρο νομικής επιρροής προεχόντως λόγω του αμιγώς γνωμοδοτικού χαρακτήρα του εν λόγω πρακτικού.

9. Επειδή, ως προς το μέρος της προσφυγής, που αφορά στο είδος Α/Α 20, λεκτέα είναι τα κάτωθι. Συνεκδοχικώς, σύμφωνα με το στοιχείο «Β» του με αρ. πρωτ. .../18.7.2023 εγγράφου της, η Επιτροπή Διενέργειας του υπό κρίση διαγωνισμού παραδέχεται, ότι *«μετά από ενδελεχή έλεγχο των κατατεθέντων προσφορών διαπιστώθηκε ότι υπήρχε δείγμα του ανωτέρω είδους της εταιρείας ... , το οποίο είχε παραπέσει και δεν έγινε αντιληπτό από την επιτροπή, Η επιτροπή ζητά ειλικρινά ΣΥΓΝΩΜΗ από την προσφεύγουσα εταιρεία για την χωρίς δόλο αβλεψία της και θα προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αποκατάσταση της δίκαιης αξιολόγησης του συγκεκριμένου είδους»*. Με την ανωτέρω παραδοχή, η αναθέτουσα Αρχή συνομολογεί το περιεχόμενο της προδικαστικής προσφυγής και τους λόγους ακύρωσης της προβαλλόμενης πράξης, ήτοι της υπ' αρ. 17/21.6.2023 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας Αρχής, καθώς παραβίασε τις νομοθετικές διατάξεις περί της διαδικασίας αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών, προβαίνοντας σε μη σύννομη αξιολόγηση της προσφοράς της προσφεύγουσας. Συγκεκριμένα, η Αναθέτουσα Αρχή, αποδεχόμενη το υπ' αρ. .../9.1.2023 πρακτικό, απέκλεισε την προσφεύγουσα από την διαγωνιστική διαδικασία με την ακυρωτέα αιτιολογία, ότι δεν προσκόμισε δείγμα για το προϊόν με α/α 20, καίτοι η προσφεύγουσα παραδεκτώς απέστειλε δείγμα, το οποίο, όπως αποδέχεται διά των απόψεών της η αναθέτουσα Αρχή, *«παρέπεσε και δεν έγινε αντιληπτό»*. Δυνάμει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει ακυρότητα λόγω της μη σύννομης διαδικασίας αξιολόγησης της προσφοράς της προσφεύγουσας.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό,

**Αριθμός Απόφασης: 1227/2023**

ν' απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

**Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18/08/2023 και εκδόθηκε στις 06/09/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.**

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**