

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 31 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 23.11.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1718/24.11.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της «*****» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ***** της αναθέτουσας αρχής – κατ' αποδοχή του, από 14.10.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης Ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης - η οποία η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. **** Πρόσκλησης Συμμετοχής σε Διαπραγμάτευση Χωρίς Προηγούμενη Δημοσίευση για την «*****», εκτιμώμενης αξίας 610.500,00€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής.

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της ανωτέρω προσφεύγουσας και

όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η προς ανάθεση σύμβαση κατακυρώθηκε σε αυτήν.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. *****, ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων εξήντα δύο ευρώ 2.462,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 23.11.2020, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1718/24.11.2020, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. **** Πρόσκλησης διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, εκτιμώμενης αξίας 610.500,00€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 13.11.2020.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ***** Απόφασή της, η οικεία αναθέτουσα αρχή μη νομίμως έκανε δεκτή την Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «*****» *****, κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Σημειώνεται ότι η ανωτέρω προσβαλλόμενη Απόφαση της ***** εκδόθηκε προς συμμόρφωση με Απόφαση της Α.Ε.Π.Π, η οποία εκδόθηκε επί της υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1021/30.07.2020 Προδικαστικής Προσφυγής της νυν παρεμβαίνουσας εταιρίας «****», με την οποία η εν λόγω εταιρία στρεφόταν κατά της προγενέστερης υπ' αριθμ ***** της αναθέτουσας αρχής – κατ' αποδοχή του, από, 02.06.2020, ενιαίου Πρακτικού ελέγχου και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών, αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού – που ενέκρινε την τεχνική και οικονομική Προσφορά της «****» και ανέδειξε αυτήν προσωρινό ανάδοχο της οικείας σύμβασης. Επί της ανωτέρω διαφοράς, στην οποία σημειωτέον η εταιρία «*****» άσκησε εμπροθέσμως Παρέμβαση, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. *****, που δέχθηκε την Προσφυγή της *****.

Β) Όπως ειδικότερα αναφέρει η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της: *«II. Λόγοι προσφυγής Α. Λανθασμένη εφαρμογή της Απόφασης **** της ΑΕΠΠ από την Αναθέτουσα Αρχή*

Η προσβαλλόμενη απόφαση ανακαλώντας την από 17.07.2020 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής και αποδεχόμενη το 06.11.2020 Πρακτικό Αποσφράγισης,

Ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης και απορρίπτοντας την τεχνική προσφορά της εταιρείας μας σφάλλει ως προς τη σύνθεση των προς παράδοση συστημάτων κατά παράβαση της Απόφασης **** της ΑΕΠΠ ως προς τα ακόλουθα είδη:

1) Μη κατακύρωση του απαραίτητου αριθμού ****

Στην από 09.09.2020 Απόφαση **** της ΑΕΠΠ που δημοσιεύθηκε στις 28.09.2020 και ειδικότερα στη Σκέψη 35, 2ος λόγος προσφυγής στοιχεία β) και γ) και αναφορικά με τον απαραίτητο αριθμό **** ανά σύστημα αναγράφονται τα ακόλουθα: «... κατά τα ανωτέρω, η προσφορά της κάμερας είναι απαραίτητη (υποχρεωτική), ώστε να εκπληρωθούν οι λοιπές - ρητώς ορισθείσες στην Προσθήκη «1» ως υποχρεωτικές - τεχνικές απαιτήσεις του προσφερόμενου συστήματος.»

Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε στην προσβαλλόμενη απόφαση να περιλάβει και τις κάμερες για το σύνολο των συστημάτων που κατακύρωσε και ως εκ τούτου, θα έπρεπε να περιλαμβάνονται και **** κάμερες, και να αναφέρονται ρητά. Εντούτοις, στην από 12.11.2020 νέα κατακυρωτική απόφαση και συγκεκριμένα στο Παράρτημα «Α» - ***** δεν περιλαμβάνεται ισάριθμος αριθμός****. Αντιθέτως στην, από 17.07.2020, αρχική κατακυρωτική απόφαση στην οποία είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία μας, στον αντίστοιχο πίνακα αναγραφόταν ρητά η παροχή των **** ως στοιχείο θ. Στην νέα απόφαση τα εν λόγω επίμαχα υλικά δεν έχουν συμπεριληφθεί δημιουργώντας εύλογες απορίες σχετικά με τους στοιχειώδεις κανόνες διαφάνειας που οφείλουν να τηρούν οι Αναθέτουσες Αρχές, αλλά και την αρχή της ίσης μεταχείρισης στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς.

2) Μη κατακύρωση του απαραίτητου αριθμού ξηρών στοιχείων

α. Στην από 09.09.2020 Απόφαση **** της ΑΕΠΠ που δημοσιεύθηκε στις 28.09.2020 και ειδικότερα στη Σκέψη 35, 2ος λόγος προσφυγής στοιχείο δ) αναφορικά με τον απαραίτητο αριθμό ξηρών στοιχείων ανά σύστημα αναγράφονται τα ακόλουθα:

«Εν όψει των ανωτέρω, ο σχετικός με τη προσφορά της ζητούμενης ποσότητας ξηρών στοιχείων λόγος της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κρίνεται

βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός. Μάλιστα, δοθέντος ότι ο ανωτέρω εξεταζόμενος λόγος συμπλέκεται και με έτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής υπό τον τίτλο: «Μη οικονομικά συγκρίσιμες προσφορές ***** , γίνεται, κατά τα προρρηθέντα, δεκτός ως βάσιμος και ο λόγος αυτός (στοιχ. η) του 2ου λόγου Προσφυγής - βλ. αναλυτικότερα σκέψη 5 της παρούσας Απόφασης)». Συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε στην προσβαλλόμενη απόφαση να περιλάβει και τον συγκεκριμένο αριθμό ξηρών στοιχείων για το σύνολο των συστημάτων που κατακύρωσε.

Εντούτοις στην από 12.11.2020 νέα κατακυρωτική απόφαση και συγκεκριμένα στο Παράρτημα «Α» - ***** αναγράφεται ο ίδιος αριθμός ξηρών στοιχείων, που είχε κατακυρωθεί και στην εταιρεία μας και ο οποίος αναφερόταν ρητά και στην προσφορά μας. Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή δεν διαφοροποίησε την ποσότητα των ξηρών στοιχείων.

β. Εκ των ανωτέρω αποδεικνύεται ότι η κατατεθείσα, και αξιολογηθείσα προσφορά της εταιρείας μας ως προς τη σύνθεση των προς παράδοση συστημάτων, ταυτίζεται με την νέα Απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς η αρχική προσφορά μας, πριν μας ζητηθεί από την Επιτροπή να την «συμπληρώσουμε» (όπως απεφάνθη η ΑΕΕΠ), πληρούσε τους όρους της Διακήρυξης.

γ. Ως εκ τούτου, η συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής με την απόφαση της ΑΕΕΠ αποδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η προσφορά μας όπως κατατέθηκε περιείχε την ζητούμενη από την διακήρυξη σύνθεση υλικών. Επιπλέον, επισημαίνουμε ότι, τα προσφερθέντα από την εταιρεία μας είδη ήταν τεχνικά υπέρτερα της **** και προσφέρθηκαν σε χαμηλότερη τιμή.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η Αναθέτουσα προχώρησε στην κατακύρωση στην εταιρεία **** χωρίς να αιτηθεί την παροχή των στοιχείων της τεχνικής προσφοράς (καμερών και ξηρών στοιχείων) δηλαδή τα στοιχεία εκείνα ακριβώς για τα οποία η ΑΕΠΠ και στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή έκριναν την προσφορά μας μη αποδεκτή τεχνικά.

B. Μη σύννομη διαδικασία εφαρμογής της Απόφασης ΑΕΕΠ ****

1) Πιθανολογούμενη βλάβη του δημοσίου συμφέροντος

Αριθμός απόφασης:118/2021

α. Από μία απλή σύγκριση του πίνακα ειδών των δύο κατακυρωτικών αποφάσεων, δηλ. της από 12.11.2020 και 17.07.2020, μπορεί εύκολα να καταρτιστεί ο ακόλουθος πίνακας:

Αρχική Κατακυρωτική απόφαση 17.07.2020 Προσβαλλόμενη Κατακυρωτική απόφαση 12.11.2020

ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ (ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ) : 431.300,00€

(ΜΕ ΦΠΑ): 534.812,00€ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ (ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ): 440.914,00€

(ΜΕ ΦΠΑ): 546.733,36€

**** **** ασύρματων επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης με την παρακάτω σύνθεση: **** **** ασύρματων επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης με την παρακάτω σύνθεση:

α. Κεραίες και τυχόν διαμορφωτές α. Κεραίες και τυχόν διαμορφωτές

β. **** β. ****

γ. Δύο ξηρά στοιχεία για κάθε Σ/Α γ. Δύο ξηρά στοιχεία για κάθε Σ/Α

δ. Κεραία για λειτουργία του ενσωματωμένου GPS δ. Κεραία για λειτουργία του ενσωματωμένου GPS

ε. Το σύνολο των καλωδιώσεων για την ορθή και πλήρη αξιοποίηση των δυνατοτήτων του ε. Το σύνολο των καλωδιώσεων

για την ορθή και πλήρη αξιοποίηση των δυνατοτήτων του

στ. Καλωδίωση για την ορθή λειτουργία της κάμερας του κράνους με δυνατότητα ταχείας αποσύνδεσης (quick disconnect) στ. Καλωδίωση για την ορθή

λειτουργία της κάμερας του κράνους με δυνατότητα ταχείας αποσύνδεσης (quick disconnect)

ζ. 38 καλώδια για την ορθή λειτουργία ζ. 38 καλώδια για την ορθή λειτουργία

η. 2 φορτιστές η. 2 φορτιστές

θ. **** κάμερες (****). ΚΑΜΙΑ ΚΑΜΕΡΑ

β. Η εν λόγω προμήθεια διέπεται από τον ν. 4412/2016, όπως ισχύει, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά,

βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 86 και ακόμα, Σύμφωνα με την παρ. 1.3.3.1 προ βλέπεται μεταξύ άλλων ότι «... Εφόσον η τιμολόγηση της προμήθειας διενεργηθεί εντός του χρόνου που προβλέπεται στο Άρθρο 4 του ν. 4681/2020, δηλαδή μέχρι τις 24 Αυγ 20, (η τυχόν παράταση με μεταγενέστερη τροποποιητική θεσμική διάταξη), η δαπάνη απαλλάσσεται από ΦΠΑ, κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων ως και κάθε άλλης επιβάρυνσης, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία. Άλλως, σε περίπτωση τιμολόγησης πέραν της προβλεπόμενης νομοθεσίας (ν. 4681/2020), η προμήθεια υπόκειται σε ποσοστό ΦΠΑ (24%) και ο ανάδοχος οικονομικός φορέας επιβαρύνεται με κρατήσεις, ως και κάθε άλλης επιβάρυνσης, όπως αναλυτικά καθορίζονται στην παράγραφο 5.1.2 του παρόντος.»

δ. Η αρχική κατακυρωτική απόφαση, παρείχε επαρκή χρόνο στον ανάδοχο για επιτευχθεί εφαρμογή του Άρθρου 4 του ν. 4681/2020 ώστε το Δημόσιο να τύχει της ευεργετικής διάταξης απαλλαγής από ΦΠΑ του ν. 4681.

ε. Με την προσβαλλόμενη κατακυρωτική απόφαση το Δημόσιο, i) δεν προμηθεύεται κάμερες, οι οποίες σύμφωνα με την Προδικαστική Προσφυγή της **** ανέρχεται κατ' εκτίμηση σε 30.000 € ii) θα επιβαρυνθεί με τη διαφορά της καθαρής αξίας των ειδών, ήτοι 9.614,00 € iii) θα επιβαρυνθεί συνολικά με ΦΠΑ συνολικού ύφους 105.8****,36€. Συνεπώς η πιθανολογούμενη ζημία του Δημοσίου εκτιμάται σε 145.433,36 €.

2) Προδήλως εσφαλμένη εφαρμογή των προβλεπόμενων διαδικασιών

α. Σύμφωνα με την παρ. 3.1.2.1.2.2.3 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Πριν την έναρξη της αξιολόγησης/βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών, αλλά και κατά τη διάρκεια της εν λόγω διαδικασίας σύναψης σύμβασης θα διενεργηθεί, σε όση έκταση απαιτείται διαπραγμάτευση με τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, των οποίων τα δικαιολογητικά καλύπτουν την απαίτηση της προηγούμενης παραγράφου, δηλαδή, είναι πλήρη, κανονικά και νόμιμα.»

β. Όταν η εταιρεία μας κλήθηκε από την επιτροπή αξιολόγησης και αφού της είχε γνωστοποιηθεί σε δημόσια συνεδρίαση ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά της ήταν αποδεκτά και η προσφερθείσα τιμή χαμηλότερη του έτερου υποψηφίου, προσήλθε με καλή πίστη και με την ακράδαντη πεποίθηση

ότι έχουν ολοκληρωθεί όλα τα προηγούμενα προβλεπόμενα στάδια και ότι διενεργείται η προαναφερθείσα «διαπραγμάτευση» ως προσωρινή ανάδοχος πλέον.

γ. Στο πλαίσιο αυτής της «διαπραγμάτευσης» προσέφερε, κατόπιν απαίτησης της Επιτροπής Αξιολόγησης πρόσθετο αριθμό **** και τα σχετικά καλώδια, δεδομένου ότι τα εν λόγω είδη δεν απαιτούνταν από τη διακήρυξη. Τούτο επιβεβαιώθηκε i) στο από 02.06.2020 Πρακτικό Αποσφράγισης, Ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής, Τεχνικών Προσφορών και Οικονομικών Προσφορών ii) στην από 17.07.2020 απόφαση της **** και iii) στο από 06.08.2020 έγγραφο της [***** (Σχετικό 10)], με το οποίο γνωστοποίησε τις απόψεις της, στην ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα δηλώνει ρητά ότι «η προσφορά της εταιρείας «*****» έγινε αποδεκτή, καθόσον καλύπτει τις προαναφερθείσες απαιτήσεις, της παραγράφου 2.1.3 και 2.5.1 του Παραρτήματος «Α» της υπ' αριθμ 35/20 πρόσκλησης διαπραγμάτευσης, στις οποίες δεν αναφέρεται ότι η εξωτερική κάμερα περιλαμβάνεται στα παραδοτέα υλικά» και ακόμα ότι «Κατόπιν της διαπραγμάτευσης με την επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού (ΕΔΔ), πρόσφερε επιπλέον για κάθε σύστημα σταθμού ασυρμάτου που θα παραδώσει και μία κάμερα με την απαιτούμενη καλωδίωση (σύνολο ****)». Αναφορικά με τα ξηρά στοιχεία, η εταιρεία μας δεν διαφοροποίησε ουδέν.

δ. Σύμφωνα με την παρ. 1.1.3.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Ειδικότερα οι προφορικές επικοινωνίες με τους προσφέροντες οι οποίες θα μπορούσαν να έχουν σημαντικό αντίκτυπο στο περιεχόμενο και την αξιολόγηση των προσφορών τεκμηριώνονται επαρκώς και με τα ενδειγμένα μέσα, όπως με γραπτά ή ηχητικά αρχεία ή συνόψεις των βασικών στοιχείων της επικοινωνίας». Συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή και τα εντεταλμένα όργανα αυτής όφειλαν, να εξασφαλίσουν το αδιάβλητο της διαδικασίας, σύμφωνα με την οποία μας κάλεσαν να προσκομίσουμε πρόσθετα υλικά καίτοι δεν είχε ολοκληρωθεί η αξιολόγηση των προσφορών.

ε. Παρ' όλα ταύτα, η ΑΕΠΠ στην απόφασή της, απεφάνθη ότι η εταιρεία μας συμπλήρωσε την προσφορά της, ως μη όφειλε, προκειμένου αυτή να καταστεί σύμφωνη με τις απαιτήσεις. Προφανώς, η ΑΕΕΠ, αγνόησε τη ρητή περί τούτου

θέση της Αναθέτουσας Αρχής και προσδιόρισε τη απαιτούμενη σύνθεση των υλικών, κρίνοντας εκ των ενεργειών της Επιτροπής και διότι δεν είχε ολοκληρωθεί, η αξιολόγηση, με αποκλειστική ευθύνη της Αναθέτουσας Αρχής και της Επιτροπής. Η εταιρεία μας, δεν είχε κανένα λόγο να μεταβάλλει την προσφορά της, διότι γνώριζε ότι ήταν σύμφωνη με τις απαιτήσεις και ότι η προσφερόμενη τιμή της προσφοράς ήταν χαμηλότερη του έτερου διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα. Το έπραξε κατά απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής και μόνο. Εξάλλου, σύμφωνα με το Άρθρο 98 παρ. 1 εδάφιο ζ) του ν. 4412 που διέπει την προμήθεια, προβλέπεται ότι: «ζ) Σε κάθε περίπτωση που κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, πραγματοποιείται πρώτα σε ένα στάδιο η αποσφράγιση του φακέλου Δικαιολογητικών και του φακέλου τεχνικών προσφορών, και μετέπειτα, σε διακριτό στάδιο η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών». Μάλιστα, η εταιρεία μας, κατά τη φάση της αξιολόγησης των δικαιολογητικών και της τεχνικής προσφοράς είχε υποβάλει ξεχωριστή επιστολή στην Επιτροπή αναφορικά με πλημμέλειες και ελλείψεις επί των δικαιολογητικών και της τεχνικής προσφοράς της ****.

στ. Ακολούθως, όταν εκδόθηκε η από 17.07.2020 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής και ανακηρυχθήκαμε προσωρινοί ανάδοχοι, έχοντας πλήρη εμπιστοσύνη στις ενέργειες των αρμοδίων οργάνων και την Αναθέτουσα Αρχή, απωλέσαμε το προβλεπόμενο εκ του νόμου δικαίωμα Προδικαστικής Προσφυγής κατά αυτής, διότι αφενός μεν η απόφαση απεστάλη μόνο στην ****, αλλά όχι στην εταιρεία μας κατά παράβαση των προβλεπόμενων από τον Ν. 4412/2016 και αφετέρου δεν είχαμε έννομο δικαίωμα αφού ήμαστε οι προσωρινοί ανάδοχοι. Δηλαδή μέχρι και την απαλοιφή του δικαιώματός μας, ήμασταν πεπεισμένοι ότι η Αναθέτουσα Αρχή ακολουθεί πιστά όλες τις προβλεπόμενες διαδικασίες σεβόμενη την αρχή της τυπικότητας που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις.

ζ. Στην πράξη, όμως αποδείχθηκε ότι η Αναθέτουσα Αρχή, με τις πράξεις της ή/και τις παραλείψεις της και την ήδη προσβαλλόμενη απόφασή της, διαμόρφωσε την ακόλουθη, παράδοξη νομικά και δυσμενή για την εταιρεία μας, κατάσταση:

i) Να απορρίπτει την προσφορά της εταιρείας μας, επειδή συμμορφώθηκε με τις υποδείξεις της και προσήλθε σε «διαπραγμάτευση» πριν ολοκληρωθεί το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καίτοι προβλέπεται στον νόμο ii) Να αγνοεί γεγονότα που έλαβαν χώρα στο πλαίσιο της διαπραγμάτευσης, όπως την εννοούσαν τα αρμόδια όργανά της και να κατακυρώνει στον νέο προσωρινό ανάδοχο άλλα είδη από αυτά που ζήτησε από την εταιρεία μας, (από την εταιρεία μας ζήτησε άλλες 18 κάμερες και αντίστοιχα καλώδια και από την **** επιπλέον συστήματα). iii) Να διαφωνεί ως προς τη σύνθεση των προς παράδοση υλικών με τον νέο προσωρινό ανάδοχο, αλλά και την ΑΕΠΠ, και στην προσβαλλόμενη πράξη να αποφασίζει να προμηθευτεί είδη που κατά δήλωσή της εξητούντο από τη διακήρυξη αλλά και δεν επιθυμεί (δηλ. ακουστικά). iv) Να επικαλείται συμμόρφωση με την Απόφαση της ΑΕΠΠ, αλλά να μην περιλαμβάνει ρητά τις κάμερες στην προσβαλλόμενη απόφαση. v) Να διατηρεί σε ισχύ τη βαθμολογία της ****, αποδεχόμενη το από 06.11.2020 Πρακτικό Αποσφράγισης, Ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης, ενώ θα έπρεπε να την βαθμολογήσει εξ αρχής ως μόνη υποψήφια, αφού απέκλεισε την εταιρεία μας.

στ. Συνεπώς, αποδεικνύεται εν τοις πράγμασι, ότι η Αναθέτουσα Αρχή, όφειλε i) να είχε εκδώσει την απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου πριν μας καλέσει για διαπραγμάτευση ii) να μην μας είχε ζητήσει τα συγκεκριμένα είδη, αφού κατά την ίδια δεν απαιτούνταν δίνοντας το δικαίωμα στον έτερο υποψήφιο οικονομικό φορέα και νυν προσωρινό ανάδοχο να ισχυριστεί, και την ΑΕΠΠ να αποφανθεί, ότι τροποποιήσαμε την προσφορά μας. Πράττοντας τοιουτοτρόπως, η Αναθέτουσα Αρχή απέτυχε να μας παρέξει την απαιτούμενη ασφάλεια δικαίου και παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων με αποτέλεσμα τη διαστρέβλωση της ελευθερίας του ανταγωνισμού (άρθρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016). Δηλαδή ουσιαστικά εισήγαγε κριτήρια αξιολόγησης υποψηφίων που δεν υπήρχαν στην Προκήρυξη, ούτε προβλέπονται από την εφαρμοστέα νομοθεσία και ξεκίνησε τη διαπραγμάτευση σε χρόνο πρωθύστερο της έκδοσης απόφασης προσωρινού αναδόχου, οδηγώντας στον αποκλεισμό

μας, καίτοι πληρούσαμε το κριτήριο ανάθεσης, με αποκλειστική της υπαιτιότητα, όλως παρανόμως και ουσιαστικά και νόμω αβάσιμα.

11) ΑΙΤΗΜΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Επειδή έσφαλλε η Αναθέτουσα Αρχή κατά την συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ απορρίπτοντας την τεχνική προσφορά μας και αποδεχόμενη το από 06.11.2020 Πρακτικό Αποσφράγισης, Ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης [...] Επειδή οι προσβαλλόμενες πράξεις, κατά το μέρος ως προς το οποίο προσβάλλονται, είναι προδήλως παράνομες, για όλους τους προαναφερθέντες λόγους, οι οποίοι είναι νόμιμοι, βάσιμοι και αληθείς. [...]».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (04.12.2020), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 24.11.2020 σε αυτήν, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία η οικεία σύμβαση κατακυρώθηκε σε αυτήν. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτός και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αναφέρει, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι: «[...] 5. Ενόψει των παραπάνω, με την από 30 Ιουλ 20 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας μας «*****» (Γ.Α.Κ. 1021/30-07-2020), ενώπιον της ΑΕΠΠ, (ΣΧΕΤΙΚΟ 4) προσβάλαμε:

α) την προαναφερθείσα με αρ. πρωτ. ***** Ιουλ 2020 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος ως προς το οποίο μας έβλαπτε, δηλαδή κατά το μέρος ως προς το οποίο, με την απόφαση αυτή, αφού εγκρίθηκε το προαναφερθέν από 02.06.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, α) έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της **** με την προαναφερθείσα βαθμολογία, β) έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της **** με τον αναφερόμενο σε αυτή λόγο λ γ) ανέδειξε ως προσωρινή ανάδοχο την

εταιρία **** καθώς και κάθε άλλη συναφή, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη, για τους εκεί προβαλλόμενους νόμιμους, βάσιμους και αληθείς λόγους και ιδίως γιατί η Τεχνική Προσφορά της **** ήταν ελλιπής ως προς τα βασικά συστατικά των συστημάτων ασύρματων επικοινωνιών, καθώς δεν περιλάμβανε στην Προσφορά της κάμερες και μικροφωνοακουστικά ανά σύστημα και για όλα τα προσφερόμενα από αυτήν συστήματα, ούτε τη ζητούμενη από την Πρόσκληση ποσότητα ξηρών στοιχείων, πού ήταν αναγκαία και ουσιώδη για την ασφαλή, ορθή και πλήρη επιχειρησιακή λειτουργία τους και ως εκ τούτου απέκλινε σαφώς από τις απαιτήσεις της Πρόσκλησης και οι οικονομικές μας προσφορές ήταν μη συγκρίσιμες.

6. Κατά της ως άνω προσφυγής μας η εταιρία ***** άσκησε την από 07.08.2020 παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ (ΣΧΕΤΙΚΟ 5) .

7. Η ΑΕΠΠ με την υπ' αριθμ. **** από 28.09,2020 Απόφαση του 7ου Κλιμακίου της (ΣΧΕΤΙΚΟ 6)

1) έκανε δεκτή την ως άνω από 30.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή μας,
2) ακύρωσε την υπ' αριθμ. ***** απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του από, 02.06.2020, Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, κατά το μέρος που αποδέχθηκε την τεχνική προσφορά της «*****» και ανέδειξε αυτήν προσωρινό ανάδοχο της προς ανάθεση σύμβασης και

3) απέρριψε την από 07.08.2020 σχετική παρέμβαση της ****

8. Η ΑΕΠΠ κοινοποίησε προς την *****την άνω υπ' αριθμ. **** από 28.09,2020 Απόφαση του 7ου Κλιμακίου της με το από 28 Σεπτεμβρίου 2020 2:21 ΜΜ μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κοινοποιούμενο ταυτοχρόνως και προς την Αναθέτουσα Αρχή και την **** (ΣΧΕΤΙΚΟ 7).

9. Κατά της ως άνω υπ' αριθμ. **** από 28.09.2020 Αποφάσεως του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ δεν ασκήθηκε ένδικο μέσο και δη ούτε αίτηση αναστολής εκτελέσεως, ούτε αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του καθ' ύλην αρμόδιου Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ούτε από την αποκλεισθείσα εταιρεία με την επωνυμία «*****», ούτε από την αναθέτουσα αρχή, και συνεπώς ο αποκλεισμός της **** από τη διαγωνιστική διαδικασία κατέστη οριστικός.

10. Εν συνεχεία η Αναθέτουσα Αρχή, συμμορφούμενη, ως είχε υποχρέωση, με την απόφαση υπ' αριθμ. **** της ΑΕΠΠ εξέδωσε την υπ' αρ. ***** απόφαση (ΣΧΕΤΙΚΟ 8) με την οποία αποφάσισε:

1) Τη συμμόρφωση, σύμφωνα με το άρθρο 367 παράγραφος 3 του Ν.4412/2016, προς την υπ' αριθμ. **** (κ) σχετική απόφαση του 7ου κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., η οποία δέχεται την από 30 Ιουλ 20 με Γενικό Αριθμό Καταχώρισης (ΓΑΚ) 1021 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «*****» και ακυρώνει τη (ιη) σχετική απόφαση ****, κατά το μέρος που αποδέχτηκε την τεχνική προσφορά της εταιρείας «*****».

2) Την ανάκληση της (ιη) σχετικής κατακυρωτικής απόφασης της *** ως προς το μέρος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «*****».

3) Την αποδοχή του (κα) σχετικού πρακτικού ελέγχου, της αρμόδιας επιτροπής, για την υπ' αριθμ. 35-20 πρόσκληση διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, για σύναψη σύμβασης, με σκοπό την προμήθεια****, για την ****, ως προς τη νομιμότητα και κανονικότητα αυτού, σύμφωνα με το άρθρο 221 του Ν.4412/2016.

4) Την μη αποδοχή, της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «*****» που συμμετείχε στην υπ' αριθμ. 35/20 πρόσκληση διαπραγμάτευσης, για την προμήθεια του θέματος, σύμφωνα με τα (κ) και (κα) σχετικά.

5) Την ανάδειξη ως νέας προσωρινής αναδόχου, την εταιρεία «*****», για την προμήθεια (με την προσαύξηση, σύμφωνα με την παράγραφο 1.3.5 της εν λόγω πρόσκλησης με επιπλέον 2 **** ασύρματων επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης), της υπ' αριθμ. **** πρόσκλησης διαπραγμάτευσης καθόσον η προσφερθείσα οικονομική προσφορά της είναι εντός της προϋπολογισθείσας αξίας και ως εκ τούτου κρίνεται ως αποδεκτή (συμφέρουσα) για την Υπηρεσία, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 2.3 της εν λόγω πρόσκλησης και στα άρθρα 32, 32Α, 86 και 100 του Ν.4412/2016.

6) Την αποδοχή των αποτελεσμάτων ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου εταιρείας «*****»

καθόσον κατέθεσαν όλα τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στους όρους της εν λόγω πρόσκλησης και στα άρθρα 32, 32Α, 73, 75, 80 και 103 του Ν.4412/2016».

και ενέκρινε και κατακύρωσε τα αποτελέσματα, της υπ' αριθμ. 35/20 διαγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, για τη σύναψη και εκτέλεση σύμβασης στην εταιρία μας [...]

II. Λόγοι απόρριψης της υπό κρίση προσφυγής

A. Απαράδεκτο λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος

15. Το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ρυθμίζει την προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά πράξεων της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται πριν από τη σύναψη της σύμβασης. Το δικαίωμα άσκησης προσφυγής αναγνωρίζεται για κάθε οικονομικό φορέα που έχει συμφέρον να του ανατεθεί η σύμβαση και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη (ατομική ή κανονιστική) ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ενωσιακής ή εθνικής νομοθεσίας. Συνεπώς, προϋπόθεση αποτελεί η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος, που συνίσταται στην ανάγκη έννομης προστασίας του ασκούντος την προδικαστική προσφυγή, που συγκεκριμενοποιείται στο αναγνωριζόμενο από τον νόμο δικαίωμα αυτού για συμμετοχή του στη διαγωνιστική διαδικασία και την ολοκλήρωσή της. Επισημαίνεται ότι το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό (ατομικό), άμεσο και ενεστώς (παρόν).
Βλ. ΕΑ ΣτΕ 147/2016, 16/2015.

16. Ακόμη, ενδιαφερόμενος που έχει αποκλειστεί οριστικά από τον επίδικο διαγωνισμό, στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει λόγους που αφορούν την περαιτέρω εξέλιξή του, (Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 430/2012, 371, 681/2003, 748/2007). δεδομένου ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτό, τρίτος. Εξάλλου, ως οριστικά αποκλεισθείς από δημόσιο διαγωνισμό νοείται ο συμμετέχων του οποίου η προσφορά αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού, και ο οποίος είτε δεν άσκησε εμπροθέσμως τα προβλεπόμενα ένδικα μέσα κατά του αποκλεισμού του (όπως εν προκειμένω που η ***** δεν άσκησε αίτηση αναστολής κατά της υπ. αριθ. **** Απόφασης της ΑΕΠΠ), είτε τα άσκησε και αυτά απερρίφθησαν τελεσίδικα από τα αρμόδια δικαιοδοτικά όργανα.

Τέτοιο δε έννομο συμφέρον δεν θα μπορούσε να θεμελιώσει ούτε και η προσδοκία προκήρυξης νέου διαγωνισμού και συμμετοχής σε αυτόν (Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 430/2012, 960/2008, 877/2010). Όπως δε έχει κρίνει και η νομολογία ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείς (βλ. ΕΑ ΣτΕ 180/20****), ΕΑ Ολομ. ΣτΕ 235/20****).

17. Επισημαίνεται δε ότι, σύμφωνα με την αρχή της επίκαιρης επίκλησης των πλημμελειών, η οποία διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και η οποία έχει καθιερωθεί για λόγους ασφάλειας δικαίου και αποφυγής υπέρμετρης καθυστέρησης της διαδικασίας ανάθεσης, σε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και ακολούθως σε αίτηση αναστολής και ακύρωσης ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου, υπόκεινται οι πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής κατά το οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν επιτρέπεται στον ενδιαφερόμενο η αμφισβήτηση της νομιμότητας αυτών σε μεταγενέστερο στάδιο.

18. Τέλος, στο άρθρο 362 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου. Ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος θίγεται από την απόφαση της ΑΕΠΠ, οφείλει να ασκήσει απευθείας κατ' αυτής αίτηση αναστολής ή αίτηση ακύρωσης ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου. (Βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 423/2011. Πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 618/2010, ΔΕφΘεσ 53/2014).

****. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπως αναλυτικά εκτίθεται στο ως άνω Ιστορικό της παρούσας (βλ. παρ. (10) 1-15), η προσφεύγουσα **** μην έχοντας ασκήσει ένδικο μέσο κατά της αποφάσεως υπ' αριθμ. **** της ΑΕΠΠ, κατέστη οριστικώς αποκλεισθείσα και τρίτη ως προς τον διαγωνισμό.

20. Περαιτέρω, οφείλουμε να υπογραμμίσουμε ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής ουδόλως βλάπτονται τα συμφέροντα της προσφεύγουσας εταιρείας, ώστε να δύναται αυτή να ασκήσει την εξεταζόμενη προσφυγή. Πράγματι ποια είναι η ζημία της εταιρείας ****, η οποία έχει ήδη αποκλειστεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού, ώστε να νομιμοποιείται αυτή να

προσφύγει κατά της ήδη προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής ; Αν θεωρούσε ότι υφίσταται ζημία, θα μπορούσε να ασκήσει αίτηση αναστολής κατά της **** Απόφασης της ΑΕΠΠ που διέταξε τον αποκλεισμό της, και να διεκδικήσει την εκ νέου αποδοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία. Μη πράττοντας αυτό, έθεσε εαυτόν εκτός διαγωνισμού, με αποτέλεσμα να ΜΗΝ υφίσταται και την παραμικρή ζημία από την όποια εξέλιξη του άσκηση της κρινομένης προσφυγής, η οποία, για το λόγο αυτό, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

B. Αβάσιμο των λόγων προσφυγής.

22. Η έλλειψη των στοιχείων για τα οποία κρίθηκε μη αποδεκτή τεχνικά η προσφορά της προσφεύγουσας έχει κριθεί ήδη οριστικά και ο αποκλεισμός της **** είναι, σύμφωνα με όσα αναφέρονται στα κεφάλαια I και A. ανωτέρω, οριστικός και δεν μπορεί να τεθεί πλέον υπό αμφισβήτηση ούτε επιδέχεται διορθωτική πράξη. Η έλλειψη δε αυτή σε σχέση με την πληρότητα της προσφοράς της εταιρίας μας είναι και η αιτία που η ΑΕΠΠ έκρινε ότι οι οικονομικές προσφορές της εταιρίας μας ***** είναι μη συγκρίσιμες, αποδεχόμενη το σχετικό λόγο της από 30 Ιουλ 20 Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρίας μας (Γ.Α.Κ. 1021/30-07- 2020)

23. Επισημαίνουμε ότι η τεχνική προσφορά της εταιρίας μας έχει γίνει αποδεκτή ως ορθή και πλήρης από την Αναθέτουσα Αρχή, ήδη από την πρώτη κατακυρωτική απόφαση (ΣΧΕΤΙΚΟ 3), κατά της οποίας ουδέν ένδικο μέσο άσκησε η προσφεύγουσα, όταν έλαβε πλήρη γνώση αυτής και δεν τίθεται πλέον υπό αμφισβήτηση.

24. Ενόψει όλων των προαναφερθέντων, οι σχετικοί λόγοι της υπό κρίση προσφυγής πρέπει να απορριφθούν.

25. Επιπλέον, σε σχέση με τα παραδοτέα αναφέρουμε τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. **** απόφαση της ΑΕΠΠ) και τον «Κατάλογο προσφερόμενου Εξοπλισμού, Λογισμικού και Υλικών», όπως αυτός αναλύεται στο κεφάλαιο 11, της παραπομπής Π12 (Τεχνικής Περιγραφής Προμήθειας) της Τεχνικής Προσφοράς μας, η εξωτερική κάμερα και τα μικροφωνοακουστικά

ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ στη βασική σύνθεση καθενός φορητού συστήματος ασύρματης επικοινωνίας φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας, ως αναγκαία και ουσιώδη συστατικά για την ορθή, ασφαλή και πλήρη λειτουργία του συστήματος και επομένως, η ύπαρξή τους εξυπακούεται και παρέλκει η ξεχωριστή μνημόνευσή τους στην νέα προσβαλλόμενη με την προσφυγή απόφαση κατακύρωσης. Σε περίπτωση που η ΑΕΠΠ κρίνει ότι επιβάλλεται η ρητή τους αναφορά, θα πρέπει να διατάξει την αναθέτουσα να τροποποιήσει τον πίνακα παραδοτέων και όχι βέβαια να προβεί σε ματαίωση του διαγωνισμού μόνο για τον λόγο αυτόν. Εν πάσει περιπτώσει και προς άρση οποιασδήποτε τυχόν δυνατότητας παρερμηνείας, η εταιρία μας ***** θα παραδώσει σύμφωνα με την Τεχνική Προσφορά της (που έχει γίνει ήδη δεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή με την πρώτη κατακυρωτική απόφαση) και την οριστική και αμετάκλητη πλέον απόφαση της ΑΕΕΠ **** και κατόπιν της άσκησης του δικαιώματος επαύξησης κατά δύο συστήματα, ΟΛΑ τα ακόλουθα, τα οποία διασφαλίζουν πλήρως το δημόσιο συμφέρον και τις απαιτήσεις της Πρόσκλησης αναφορικά με την ορθή, ασφαλή και πλήρη επιχειρησιακή λειτουργία των συστημάτων :

*****, καθένα από τα οποία περιλαμβάνει:

1. *****
2. *****
3. *****,
4. *****
5. *****
6. *****
7. *****

τα οποία θα συνοδεύονται από την παρακάτω σύνθεση παρελκομένων:

- α. *****
- β. *****
- γ. *****
- δ. *****

ε. Το σύνολο των καλωδιώσεων για την ορθή και πλήρη αξιοποίηση των δυνατοτήτων του.

στ. Καλωδίωση για την ορθή λειτουργία της κάμερας του κράνους με δυνατότητα ταχείας αποσύνδεσης (quick disconnect).

ζ. 38 καλώδια για την ορθή λειτουργία (για ολόκληρη την ποσότητα των συστημάτων ασυρμάτων).

η. 2 φορτιστές (για ολόκληρη την ποσότητα των συστημάτων ασυρμάτων).»

Ενόψει όλων των παραπάνω, όλοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ελλείψεων στα παραδοτέα από την εταιρία μας και διασπάθισης του δημοσίου συμφέροντος είναι απολύτως अपαράδεκτοι, αβάσιμοι και παραπλανητικοί. [...]».

8. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. ***** έγγραφο Απόψεών της, η οικεία αναθέτουσα αρχή αναφέρει - μεταξύ άλλων - τα κάτωθι: «[...] (6) Σύμφωνα με το άρθρο 372 του Ν.4412/2016, καθορίζεται ότι όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή εκτέλεσης απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της Αναθέτουσας Αρχής (ΑΑ), μέσα σε προθεσμία 10 ημερών από την κοινοποίηση ή την πλήρη γνώση της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής, το οποίο αποφαίνεται αμετακλήτως.

(7) Από τα παραπάνω εκτεθέντα αυτοτελώς και συνδυαστικά ερμηνευόμενα καθίσταται σαφές ότι η μη άσκηση αναστολής εκτέλεσης της (η) σχετικής απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου, μέσα σε προθεσμία 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής (28 Σεπ 20), δηλαδή έως 08 Οκτ 20, οπότε στερείται αυτοδικαίως το παραπάνω δικαίωμα και η προσφεύγουσα εταιρεία αποκλείεται οριστικά από τον εν λόγω διαγωνισμό και δεν έχει πλέον έννομο συμφέρον. Ως εκ τούτου, η εν λόγω άσκηση προδικαστικής προσφυγής, κρίνεται κατά την άποψή μας ως προδήλως αβάσιμη.

β. Ως προς την μη κατακύρωση του απαραίτητου αριθμού*****

(1) Στη σελίδα 63, παράγραφος β της (η) σχετικής απόφασης της ΑΕΠΠ, μεταξύ των άλλων αναφέρονται τα παρακάτω:

Συνεπώς, όπως προκύπτει από το συνδυασμό των όρων της Προσθήκης «1»:

α) ένας πλήρης κόμβος του συστήματος επικοινωνιών, θα πρέπει να αποτελείται από τον Σταθμό ασυρμάτου με όλα τα παρελκόμενά του για την ορθή λειτουργία του συστήματος (βλ. παρ. 2.1.4.1 έως 2.1.4.3.),

β) το σύστημα πρέπει να «εξασφαλίζει τη μεταφορά εικόνας σε πραγματικό χρόνο μέσω κατάλληλης κάμερας που θα φέρεται στο κράνος του μαχητή...»(βλ. παρ. 1.1.),

γ) το σύστημα θα πρέπει να «Μεταδίδει ταυτόχρονα εικόνα και φωνή σε ξεχωριστά δίκτυα.» (βλ. παρ. 1.3).

Από τους ανωτέρω όρους προκύπτει σαφώς ότι κάθε κόμβος (ανταποκριτής) του υπό προμήθεια συστήματος επικοινωνιών που θα φέρεται από έναν μαχητή, θα πρέπει να διαθέτει μία (1) τέτοια κάμερα για τη μεταφορά εικόνας στο Τακτικό Κέντρο Επιχειρήσεων της Μονάδας. Συνεπώς, απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τους οποίους η εξωτερική κάμερα δεν ήταν απαιτητή, κατά τους όρους του Παρατήματος Ι της εν λόγω Πρόσκλησης.

(2) Στην τεχνική προσφορά που υπέβαλλε η εταιρεία «****» (Π12, σελίδα 20), φαίνεται από τον παρακάτω πίνακα της προσφοράς της, τόσο η σύνθεση του Φορητού συστήματος ασύρματης επικοινωνίας φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης όσο και οι προσφερόμενες από την εταιρία ποσότητες, όπου προκύπτει ότι η κάμερα αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του κάθε κόμβου (ανταποκριτή) του υπό προμήθεια συστήματος επικοινωνιών και αυτές είναι όσες και τα προσφερόμενα συστήματα επικοινωνιών (σύνολο 17), το οποίο και αποτυπώθηκε στο (δ) σχετικό πρακτικό.

(3) Στην (ι) σχετική απόφαση της **** στον πίνακα του παραρτήματος «Α», δεν συμπεριλήφθηκε στη σύνθεση του εν λόγω συστήματος επικοινωνιών, η κάμερα.

(4) Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η μη αναγραφή στον πίνακα του παραρτήματος «Α» της (ι) σχετικής απόφασης της **** της κάμερας έγινε προφανώς εκ παραδρομής, και στο σχέδιο της προς υπογραφής σύμβασης που θα υποβληθεί στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στον τομέα Εθνικής Άμυνας, θα προστεθεί και το παραπάνω στοιχείο.

γ. Ως προς την μη κατακύρωση του απαραίτητου αριθμού ξηρών στοιχείων

(1) Σύμφωνα, με την παρ. 2.5.1. της «ΠΡΟΣΘΗΚΗΣ «1» (Τεχνική Προδιαγραφή προς Προμήθεια Υλικών) του Παραρτήματος Ι: «Κάθε σύστημα κατά την παράδοσή του να συνοδεύεται απαραίτητα από τα παρακάτω παρελκόμενα, τα οποία θα συμπεριλαμβάνονται στην τιμή της προσφοράς: [...] 2.5.1.3. Δύο ξηρά στοιχεία για κάθε Σ/Α [...]».

(2) Στην (ι) σχετική κατακυρωτική απόφαση της ***** στον πίνακα του παραρτήματος «Α», έχουν αναγραφεί 2 ξηρά στοιχεία για κάθε Σ/Α.

(3) Από το παραπάνω δεν προκύπτει ότι η ΑΑ δεν κατακύρωσε το αριθμό ξηρών στοιχείων που απαιτούνται, δηλαδή 38 ξηρά στοιχεία για τα **** συστήματα επικοινωνιών.

δ. Ως προς την εσφαλμένη εφαρμογή των προβλεπόμενων διαδικασιών

(1) Στη σελίδα 64, παράγραφος β της (η) σχετική απόφαση της ΑΕΠΠ, μεταξύ των άλλων αναφέρονται τα παρακάτω:

Θα πρέπει, όμως, στο σημείο αυτό να υπομνησθεί ότι, κατά τα παγίως νομολογιακά κριθέντα, στις δημόσιες συμβάσεις, ισχύει ο κανόνας της κατά στάδιο προβολής των λόγων κατά των βλαπτικών πράξεων των οργάνων του Διαγωνισμού, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η Προσφυγή κατ' Αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της Προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (βλ. Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, Υπόθεση C-241/06, Lammerzahl, Συλλογή 2007, σ. I-8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Περαιτέρω, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, ο καθορισμός εύλογων αποκλειστικών προθεσμιών πληροί, καταρχήν, την επιταγή περί αποτελεσματικότητας που απορρέει από την Οδηγία 89/665, καθόσον συνιστά εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της ασφάλειας δικαίου. Η πλήρης εκπλήρωση του επιδιωκόμενου με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ σκοπού θα διακυβευόταν αν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες μπορούσαν νομίμως να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτόν την αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (αποφάσεις *Universale-Bau* κ.λπ., C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψεις 75 και 76 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, *Lammerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, σκέψεις 50 και 51, καθώς και *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*, C-456/08, EU:C:2010:46, σκέψεις 51 και 52, C-538/13, e *Vigilo*, ECLI:EU:C:2015:166 σκ. 51).

(2) Η εταιρεία «*****», δεν προέβη σε υποβολή προδικαστικής προσφυγής, ως είχε το δικαίωμα, σχετικά με την διαδικασία που ακολουθήθηκε από την ΑΑ σε κανένα στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αντιθέτως αποδέχτηκε την ακολουθούσα διαδικασία και επιπλέον αποδέχτηκε και την (η) σχετική απόφαση της ΑΕΠΠ, δίχως να ασκήσει ένδικο μέσα ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου.

(3) Από τα παραπάνω εκτεθέντα, καθίσταται σαφές, ότι οι προβαλλόμενοι λόγοι από την προσφεύγουσα εταιρεία, αναφορικά με εσφαλμένη εφαρμογή των προβλεπόμενων διαδικασιών, κρίνονται κατά την άποψη μας ως προδήλως αβάσιμοι και πλέον δεν έχει έννομο συμφέρον για την υπ' αριθμ. 35/20 πρόσκλησης διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, για τη σύναψη σύμβασης, με σκοπό την προμήθεια 17 ****επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης [...].

9. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρ. 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, Υπόμνημα στο οποίο αναφέρει τα εξής: «[...] Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. ****από 12-11-2020 απόφαση της ****σε εκτέλεση και συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. **** απόφασής Σας (Αρχής

Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - Α.Ε.Π.Π.), ενέκρινε και κατακύρωσε τα αποτελέσματα της υπ' αριθ. 35/20 διαγωνιστικής διαδικασίας στην εταιρία *****. Με την προηγούμενη υπ' αριθ. ***** απόφαση της, η καθ' ης η παρούσα Αναθέτουσα Αρχή είχε εγκρίνει και κατακυρώσει τα αποτελέσματα του ανωτέρω υπ' αριθ. 35/20 διαγωνισμού στην εταιρία μας. Η απόφαση αυτή ακυρώθηκε ύστερα από την από 30-07-2020 Προδικαστική Προσφυγή Ενώπιον Σας της συμμετέχουσας στον ίδιο διαγωνισμό ως άνω εταιρίας ***.

ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Η ***** ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ της με ΘΕΜΑ: «Συμβάσεις- Διαγωνισμοί {Η υπ' αριθμ. 35/20 Πρόσκληση Συμμετοχής σε Διαπραγμάτευση Χωρίς Προηγούμενη Δημοσίευση. *****}».

ΠΡΟΣΚΑΛΕΣΕ την εταιρία μας και την άνω εταιρία **** να συμμετάσχουμε σε διενέργεια διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια 17 φορητών συστημάτων ασυρμάτων επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης με προϋπολογισμό ποσού εξακοσίων δέκα χιλιάδων πεντακοσίων ΕΥΡΩ (610.500 €), σύμφωνα με τα καθοριζόμενα από την Πρόσκληση και τα παραρτήματά της.

Εμπρόθεσμα και νόμιμα υποβάλαμε οι δύο προσκληθείσες εταιρίες τις προσφορές μας μέχρι λήξης της, μετά από παράταση ορισθείσης τελικής προθεσμίας, με ημερομηνία 25-05-2020. Η αρχική ημερομηνία υποβολής τους ήταν η 12-05-2020. Παρά την ύπαρξη αρκετού χρόνου, μετά την παράταση μάλιστα, καμία από τις προσκληθείσες εταιρίες δεν υπέβαλε προσφυγή ή αίτημα διόρθωσης της Πρόσκλησης για τυχόν αμφιβολίες τους σε σχέση με τους όρους της, το αντικείμενο της, την περιγραφή των υλικών και των παρελκομένων της, όπως προσδιορίζονται αυτά στα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ της και κυρίως στο Παράρτημα 1 με τις προσθήκες της.

Ακολούθησε το στάδιο της Αξιολόγησης των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών και συντάχθηκε το από 02-06-2020 ΠΡΑΚΤΙΚΟ της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών. Με αυτό η Επιτροπή εισηγείται την αποδοχή των προσφορών αμοτέρων των συμμετεχουσών εταιριών, την ανάδειξη της εταιρίας μας σε ανάδοχο και την

κατακύρωση της σύμβασης στην εταιρία μας. Η καθής η προσφυγή μας Αναθέτουσα Αρχή έκανε δεκτή την εισήγηση της Επιτροπής και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού με την άνω απόφασή της την εταιρία μας. Κατά της αποφάσεως αυτής η μόνη άλλη συμμετέχουσα εταιρία **** άσκησε την αναφερομένη ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον Σας. Η προσφυγή αυτή έγινε δεκτή με την υπ' αριθ. **** απόφαση σας, σε συμμόρφωση προς την οποία εκδόθηκε η προσβαλλομένη από την εταιρία μας απόφαση με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή. Η Προσβαλλομένη δέχεται το Πρακτικό Αποσφράγισης Ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης, που συντάχθηκε από την αρμόδια Επιτροπή, που επανασυγκλήθηκε με το υπ' αριθ. **** από 14-10-2020 έγγραφο και αποφασίζει, όπως περιληπτικά εκτίθεται πιο κάτω:

- Τη συμμόρφωση, σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ.3 του Ν. 4412/2016 προς την υπ' αριθ. **** απόφαση της Α.Ε.Π.Π.
- Την ανάκληση της προηγούμενης κατακυρωτικής απόφασής της, ως προς το μέρος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρίας μας.
- Την μη αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρίας μας
- Την ανάδειξη ως νέας προσωρινής αναδόχου της εταιρίας « *****» για την προμήθεια της υπ' αριθ. 35/20 πρόσκλησης διαπραγμάτευσης.
- Την αποδοχή των αποτελεσμάτων ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου και τέλος,
- Εγκρίνει και κατακυρώνει τα αποτελέσματα της υπ' αριθ. 35/20 διαγωνιστικής διαδικασίας.

Την εν λόγω απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής προσβάλλουμε ως παράνομη, αναιτιολόγητη, αόριστη, για έλλειψη ενιαίου μέτρου κρίσης στην αντιμετώπιση των συμμετεχουσών εταιριών και παραβίαση της υπ' αριθ. **** αποφάσεως της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τους αναγραφόμενους λόγους της προσφυγής μας, επί των οποίων αναφερόμαστε και αναπτύσσουμε ως κατωτέρω.

Ζητούμε την ακύρωσή της, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει, από τα όσα αναγράφονται στο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και

Αξιολόγησης Προσφορών, το οποίο κάνει δεκτό η προσβαλλομένη απόφαση και το συνημμένο παράρτημά της, επιβεβαιώνονται πλήρως οι ισχυρισμοί της υπό κρίση προσφυγής μας. Γι' αυτό πρέπει να γίνει δεκτή.

Για το παραδεκτό της προσφυγής μας αναφερόμαστε επίσης στο περιεχόμενο του ***** εγγράφου με τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, αλλά και στο περιεχόμενο της από 24-11-2020 παρέμβασης της προσωρινής αναδόχου **** κατά το μέρος που μας ωφελούν.

Αρνούμαστε ρητά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας και της Αναθέτουσας Αρχής περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος μας καθώς και αυτούς περί του απαραδέκτου της προσφοράς μας στα πλαίσια του διαγωνισμού 35/20 και ζητούμε την απόρριψή τους.

A. ENNOMO SYMΦERON

Επειδή, η κρινομένη προσφυγή ασκείται παραδεκτώς με πρόδηλο το έννομο συμφέρον μας, το οποίο συνίσταται στην δια της ακυρώσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως διατήρηση της εταιρίας μας στο διαγωνισμό και τον αποκλεισμό της ανταγωνίστριας εταιρίας.

Με την ασκηθείσα, ενώπιον Σας Παρέμβασή της η εταιρία ****, αλλά και η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της ισχυρίζονται ότι η υπό κρίση προσφυγή μας είναι अपαράδεκτη ελλείπει εννόμου συμφέροντος, διότι δεν ασκήσαμε τα ένδικα μέσα της Αίτησης Αναστολής και Ακυρώσεως ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου κατά της υπ' αριθ. **** απόφασης στην οποία συμμορφώθηκε, κατά τους ισχυρισμούς τους, η προσβαλλομένη, με αποτέλεσμα, ως τρίτη πλέον η εταιρία μας, να μην έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της παρούσας προσφυγής.

Ο ισχυρισμός τους αυτός είναι αβάσιμος, δεδομένου ότι έχουμε ασκήσει εμπροθέσμως την από 27-11-2020 με αριθμό καταθέσεως ΑΚ1817 Αίτηση Ακυρώσεως ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, την οποία προσκομίζουμε ενώπιον σας με την σχετική πράξη κατάθεσής της (Σχετικό 2).

Εξάλλου, σύμφωνα με διαμορφωθείσα από το ΔΕΕ και το Συμβούλιο της Επικράτειας πάγια νομολογία υφίσταται έννομο συμφέρον του "μη οριστικώς αποκλεισθέντος" να προβάλλει λόγους περί αποκλεισμού της προσφοράς ανθυποψηφίων του στηριζόμενη στην (πραγματική) προϋπόθεση ότι αυτός

προβάλλει τις αιτιάσεις κατά των προσφορών των ανθυποψηφίων του ευθέως (και προφανώς και επικαίρως) με προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων με τις οποίες αυτές έγιναν δεκτές.

Επιπρόσθετα, «η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο, ως εν προκειμένω η αιτούσα, εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων της κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, ως εν προκειμένω, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως προδικαστικών προσφυγών με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από τους ανθυποψηφίους του, είτε εκείνων των οποίων οι προσφορές έχουν γίνει ομοίως δεκτές είτε και όσων δεν έχουν οριστικώς αποκλεισθεί, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος.» (ΣΤΕ 1573/20****).

Επιδη, το έννομο συμφέρον μας είναι πρόδηλο και ενόψει της νομολογίας του Δ.Ε.Ε. (Bietergemeinschaft C-355/15, σκ. 34-35), σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ.3 και 2α της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως ισχύουν, διασφαλίζουν το δικαίωμα άσκησης αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνο την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλειστεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, 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» [βλ. ΣΤΕ (ΕΠΑν) 30, 180, 235/20****.

Ειδικότερα, η εταιρία μας δεν είναι οριστικά αποκλεισθείσα, αφού, σε κάθε περίπτωση, τόσο κατά της **** απόφασης της ΑΕΠΠ που δημοσιεύθηκε στις 28-09-2020, όσο και κατά της προσβαλλόμενης κατακυρωτικής πράξης που εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την τελευταία (ήτοι την ΑΕΠΠ ****), δεν έχουν παρέλθει οι προθεσμίες δικαστικής προσβολής τους, ασκήσαμε δε όπως προαναφέραμε την ανωτέρω αίτηση ακυρώσεώς μας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου κατά της **** απόφασης ΑΕΠΠ. Εντεύθεν, η εταιρία μας, ενόψει της συμμετοχής της στον επίδικο διαγωνισμό, αλλά και της εν γένει δραστηριότητάς της στον ίδιο επαγγελματικό χώρο με την ανταγωνίστρια εταιρία που αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, επιδιώκει με έννομο συμφέρον την ανάδειξή της ως αναδόχου και, πάντως, την αποτροπή της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην ανταγωνίστρια μας «*****» (βλ. και ΟλομΣΤΕ 1189/2009).

Με βάση την ανωτέρω νομολογία και οι λοιποί ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος είναι αβάσιμοι νομικά και πρέπει να απορριφθούν.

B. ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΜΑΣ

1. Επί του λόγου Α1 της υπό κρίσης προσφυγής μας - Μη κατακύρωση του απαραίτητου αριθμού****

Με τον πρώτο λόγο (Α) της προσφυγής μας αποδίδεται στην προσβαλλομένη απόφαση η πλημμέλεια της μη συμμόρφωσής της προς τις διατάξεις της υπ' αριθ. **** απόφασης της ΑΕΠΠ, διότι τα κριθέντα ως αναγκαία υλικά, με την απόφαση αυτή, για το νόμιμο της προσφοράς των συμμετεχουσών στη διαγωνιστική διαδικασία της υπ' αριθ. **** Πρόσκλησης διαπραγμάτευσης εταιριών δεν περιλαμβάνονται στο συμπροσβαλλόμενο από 06-11-2020 Πρακτικό Αποσφράγισης ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης.

Συγκεκριμένα στον (Α1) λόγο γράφουμε ότι σύμφωνα με την άνω απόφαση **** της ΑΕΠΠ, η προσβαλλομένη έπρεπε να περιλάβει και τις κάμερες για το σύνολο

των συστημάτων που κατακύρωσε και ως εκ τούτου, θα έπρεπε να περιλαμβάνονται και **** κάμερες, που κατακυρώνονται προς παράδοση από την αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχο ****, και να αναφερθούν ρητά στο σχετικό πίνακα.

Εν τούτοις στην από 12-11-2020 κατακυρωτική απόφαση στο Παράρτημα «Α»- ΠΙΝΑΚΑΣ ΥΛΙΚΩΝ ΠΟΥ ΚΑΤΑΚΥΡΩΝΟΝΤΑΙ ΣΤΗΝ ΕΤΑΙΡΙΑ «*****» της προσβαλλόμενης δεν περιλαμβάνεται ισάριθμος των συστημάτων αριθμός **** για την προσφορά της άνω εταιρίας. Γράφουμε στην προσφυγή μας: «Αντιθέτως στην από 17.07.2020 αρχική κατακυρωτική απόφαση στην οποία είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος η εταιρία μας, στον αντίστοιχο πίνακα αναγραφόταν ρητά η παροχή **** ως στοιχείο 0. Στη νέα απόφαση τα εν λόγω επίμαχα υλικά δεν έχουν συμπεριληφθεί, δημιουργώντας εύλογες απορίες σχετικά με τους στοιχειώδεις κανόνες διαφάνειας που οφείλουν να τηρούν οι Αναθέτουσες Αρχές, αλλά και την αρχή της ίσης μεταχείρισης στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς».

Σύμφωνα με την προσθήκη 1 στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης 35/20, το σύστημα αποτελείται από ένα πλήρη κόμβο (ανταποκριτή) του οποίου η σύνθεση περιγράφεται στην παράγραφο 2.1.3 και 2.5 για τα παρελκόμενα. Εντούτοις, η σύνθεση του συστήματος που κατακυρώθηκε στην Εταιρεία μας με βάση την απόφαση *****, είναι διαφορετική από εκείνη που αναφέρεται στην απόφαση **** και διαφορετική από την σύνθεση του συστήματος που αναφέρει η παρεμβαίνουσα εταιρεία «*****» στην παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ αναφορικά με την προσφυγή της Εταιρίας μας. Συγκεκριμένα:

Η απόφαση **** της 17-07-2020 αναφέρει:

Α/Α ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΠΟΣΟΤΗΤΑ ΥΠΟ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ

1. **** διεκπεραίωσης με την παρακάτω σύνθεση:

Α. *** β. **** γ. ****, δ. ****

ε. Το σύνολο των καλωδιώσεων για την ορθή και πλήρη αξιοποίηση των δυνατοτήτων του.

στ. Καλωδίωση για την ορθή λειτουργία της κάμερας του κράνους με δυνατότητα ταχείας αποσύνθεσης (****).

ζ. 38 καλώδια για την ορθή λειτουργία.

Η. 2 φορτιστές

θ. *****

Η απόφαση ***** της 12-11-2020 αναφέρει την εξής σύνθεση:

ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ

**** **** ασύρματων Επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης με την παρακάτω σύνθεση

α. ***** β. ***** γ Δύο ξηρά στοιχεία για κάθε Σ/Α. δ. *****.

ε. Το σύνολο των καλωδιώσεων για την ορθή και πλήρη αξιοποίηση των δυνατοτήτων του

στ. Καλωδίωση για την ορθή λειτουργία της κάμερας του κράνους με δυνατότητα ταχείας αποσυνδεσης (quick disconnect).

ζ. 38 καλώδια για την ορθή λειτουργία

η. 2 φορτιστές.

Σύμφωνα με την παρεμβαίνουσα η σύνθεση του συστήματος για την ορθή, ασφαλή και πλήρη επιχειρησιακή λειτουργία των συστημάτων είναι η εξής:

**** **** ασύρματων Επικοινωνιών Φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης καθένα από τα οποία περιλαμβάνει:

1. *****,
2. *****,
3. Θήκη μεταφοράς για προστασία του tablet,
4. Σετ καλωδίων διασύνδεσης έξυπνης συσκευής tablet με Η/Υ και Σ/Α,
5. Εξωτερική Κάμερα,
6. Πλατφόρμα Λογισμικού (άδειες λογισμικού),
7. Μικροφωνοακουστικά για επικοινωνία φωνής,

τα οποία θα συνοδεύονται από την παρακάτω σύνθεση παρελκομένων

α. *****

β. *****

γ. *****

δ. *****

ε. Το σύνολο των καλωδιώσεων για την ορθή και πλήρη αξιοποίηση των δυνατοτήτων του.

στ. Καλωδίωση για την ορθή λειτουργία της κάμερας του κράνους με δυνατότητα ταχείας αποσυνδεσης (quick disconnect)

ζ. 38 καλώδια για την ορθή λειτουργία (για ολόκληρη την ποσότητα των συστημάτων ασυρμάτων).

η. 2 φορτιστές (για ολόκληρη την ποσότητα των συστημάτων ασυρμάτων).»

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν εκφράζει σταθερή και συνεπή άποψη αναφορικά με την απαίτηση ή μη συγκεκριμένου αριθμού **** του συστήματος. Συγκεκριμένα, κατά την υποστήριξη των απόψεών της με την ****, αναφέρει ότι (παράγραφος 3 β. (1)): «Κατόπιν των καθοριζομένων στις παραγράφους 3^α(1),(2) και 3α(3) του παρόντος, η προσφορά της εταιρείας «****» έγινε αποδεκτή, καθόσον καλύπτει τις προαναφερθείσες απαιτήσεις, της παραγράφου 2.1.3 και 2.5.1 του Παραρτήματος «Α» της υπ' αριθμ 35/20 πρόσκλησης διαπραγμάτευσης, στις οποίες δεν αναφέρεται ότι η εξωτερική κάμερα περιλαμβάνεται στα παραδοτέα υλικά.».

Αντίθετα, κατά την υποστήριξη των απόψεών της με την ****, στην υπό εξέταση προσφυγή μας, αναφέρει ότι (παράγραφος 1) β. (1)) «Από τους ανωτέρω όρους προκύπτει σαφώς ότι κάθε κόμβος (ανταποκριτής) του υπό προμήθεια συστήματος επικοινωνιών που θα φέρεται από έναν μαχητή, θα πρέπει να διαθέτει μία (1) τέτοια κάμερα για τη μεταφορά εικόνας στο Τακτικό Κέντρο Επιχειρήσεων της Μονάδας. Συνεπώς, απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τους οποίους η εξωτερική κάμερα δεν ήταν απαιτητή, κατά τους όρους του Παραρτήματος Ι της εν λόγω Πρόσκλησης».

Συνεπώς, η Αναθέτουσα αρχή επικαλείται το ίδιο Παράρτημα της πρόσκλησης για να στηρίξει δύο εκ διαμέτρου αντίθετες απόψεις.

Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η σύνθεση του κάθε κόμβου (ανταποκριτή), αλλά και του συστήματος για την ορθή λειτουργία είναι πλημμελώς καθορισμένη και ελλιπής, ενώ γίνεται αντιληπτή με διαφορετικό τρόπο από την Αναθέτουσα Αρχή, αλλά και την παρεμβαίνουσα. Επιπροσθέτως,

η κατακυρωθείσα σύνθεση του συστήματος δεν περιλαμβάνει την σύνθεση την οποία η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι απαιτείται για την ομαλή, ασφαλή και πλήρη επιχειρησιακή λειτουργία του συστήματος (παράλειψη κατακύρωσης, ****, έξυπνης συσκευής τύπου tablet με την σχετική προστασία του και συλλογής καλωδίων για τη διασύνδεσή του με τον Σ/Α, πλατφόρμα λογισμικού, μικροφωνοακουστικά κτλ).

2. Επί του λόγου Α 2 της υπό κρίση προσφυγής μας - Μη κατακύρωση απαραίτητου αριθμού ξηρών στοιχείων :

Με βάση το σκεπτικό της απόφασης **** της ΑΕΠΠ, «η εταιρία «*****», όπως προκύπτει από την επεξεργασία της τεχνικής προσφοράς της, περιλαμβάνει στη σύνθεση των προσφερόμενων από αυτήν παρελκόμενων μόνο ένα ξηρό στοιχείο για κάθε Σ/Α, ήτοι συνολικά δέκα επτά (17), και όχι τριάντα τέσσερα (34), ως όφειλε, σύμφωνα με την προαναφερθείσα απαίτηση της Πρόσκλησης».

Από την απόφαση της ΑΕΕΠ προκύπτει ότι η εταιρία μας, όφειλε να συμπεριλάβει 34 ξηρά εφεδρικά στοιχεία και 17 κύρια ξηρά στοιχεία τοποθετημένα επί των Σ/Α, ήτοι σύνολο 3 ξηρά στοιχεία ανά σταθμό ασυρμάτου.

Η απόφαση κατακύρωσης ****, αναφέρει πως η εταιρία «*****» θα προσκομίσει 2 ξηρά στοιχεία για κάθε Σ/Α, χωρίς να παρέχονται αναλυτικά στοιχεία της σύνθεσης που κατακυρώνεται και χωρίς να απορρέει, με τρόπο αδιαμφισβήτητο, ότι ο συνολικός αριθμός παρεχομένων ξηρών στοιχείων από την παρεμβαίνουσα, εναρμονίζεται με την απόφαση της ΑΕΠΠ.

Η συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής, όφειλε να καταδεικνύει αφενός μεν την αναλυτική σύνθεση του σταθμού ασυρμάτου και αφετέρου το συνολικό αριθμό ξηρών στοιχείων, διευκρινίζοντας ρητά πόσα ξηρά θα είναι τοποθετημένα επί αυτών και πόσα θα παρέχονται ως παρελκόμενα.

Επίσης, στη συνέχεια στον (Α2) λόγο της προσφυγής μας γράφουμε ότι η ίδια απόφαση **** της ΑΕΠΠ, σε συμμόρφωση προς την οποία εκδόθηκε η προσβαλλομένη, αναφορικά με τον απαραίτητο αριθμό ξηρών στοιχείων ανά σύστημα γράφει: «Εν όψει των ανωτέρω, ο σχετικός με τη προσφορά της ζητούμενης ποσότητας ξηρών στοιχείων λόγος της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κρίνεται βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός. Μάλιστα, δοθέντος ότι ο

ανωτέρω εξεταζόμενος λόγος συμπλέκεται και με έτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής υπό τον τίτλο: «Μη οικονομικά συγκρίσιμες προσφορές ****», γίνεται, κατά τα προρρηθέντα, δεκτός ως βάσιμος και ο λόγος αυτός (στοιχ. η) του 2ου λόγου Προσφυγής - βλ. αναλυτικότερα σκέψη 5 της παρούσας Απόφασης).».

Συνεπώς, η προσβαλλομένη απόφαση όφειλε να περιλάβει και τον συγκεκριμένο αριθμό ξηρών στοιχείων, που προβλέπει η άνω απόφαση της ΑΕΠΠ για την εταιρεία μας σε σχέση με το σύνολο των συστημάτων που κατακύρωσε. Παρά ταύτα στον ίδιο άνω ΠΙΝΑΚΑ του Παραρτήματος της αναγράφεται ο ίδιος αριθμός ξηρών στοιχείων, που είχε κατακυρωθεί στην εταιρία μας και αναγραφόταν ρητά στην προσφορά μας με την προηγούμενη ακυρωθείσα απόφαση, όπως ο ίδιος αριθμός αναγράφεται και για την παρεμβαίνουσα.

Συνεπώς, η ανωτέρω απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής σφάλει πρώτον διότι δεν υποδεικνύει την ακριβή ποσότητα**** και ξηρών στοιχείων προς συμμόρφωση με τα όσα καταλογίζει η ΑΕΠΠ μέσω της υπ' αριθ. ***** απόφασης και δεύτερον διότι δεν αναφέρει τίποτα επί των επιπτώσεων επί της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της δικής μας από την μη προσφορά**** ή η προσφορά ίδιου αριθμού ξηρών στοιχείων, μολονότι αυτό επιβαλλόταν από την αιτιολογία της υπ' αριθ. ***** αποφάσεως και το όλο πνεύμα της προς προστασία του Δημοσίου Συμφέροντος, όπως θα αναλύσουμε κατωτέρω.

3. Επί της μη προσφοράς**** και ξηρών στοιχείων

Η εν λόγω απόφαση της ΑΕΠΠ με το διατακτικό της ακυρώνει την προηγούμενη υπ' αριθμ. ***** Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος η εταιρία μας, κατά το μέρος που αποδέχθηκε την τεχνική προσφορά μας. Όμως, η ακύρωση αυτή όπως προκύπτει από την αιτιολογία της, έλαβε χώρα σε συνδυασμό και με τις οικονομικές προσφορές των συμμετεχουσών εταιριών.

Συγκεκριμένα γράφει η υπ' αριθμ. **** απόφαση στη σελίδα 65-66:

«Περαιτέρω, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, ο καθορισμός εύλογων αποκλειστικών προθεσμιών πληροί, καταρχήν, την επιταγή περί αποτελεσματικότητας που απορρέει από την Οδηγία 89/665, καθόσον συνιστά

εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της ασφάλειας δικαίου. Η πλήρης εκπλήρωση του επιδιωκόμενου με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ σκοπού θα διακυβευόταν αν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες μπορούσαν νομίμως να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτόν την αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (αποφάσεις *Universale-Bau* κ.λπ., €-470/99, *EU:C:2002:746*, σκέψεις 75 και 76 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, *Lammerzahl*, *C-241/06*, *EU:C:2007:597*, σκέψεις 50 και 51, καϋώς και Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, *C-456/08*, *EU:C:2010:46*, σκέψεις 51 και 52, *C-538/13*, *e Vigilo*, *ECLI:EU:C:2015:166* σκ.51). Επομένως, αφής στιγμής το επίμαχο άρθρο 3 του Παραρτήματος I της εν λόγω Πρόσκλησης δεν προσεβλήθη επικαίρως από την προσφεύγουσα, νομίμως τυγχάνει εφαρμογής στην εξεταζόμενη περίπτωση. Παρόλα αυτά, η μη προσφορά της ζητούμενης κάμερας και της σχετικής καλωδίωσης για τα 17 προς προμήθεια συστήματα ενδοεπικοινωνιών κατά την υποβολή των προσφορών, αλλά μόνο στο πλαίσιο της διαπραγμάτευσης επί τη βάση του άρθρου 3 του Παραρτήματος I, είχε άμεση επίπτωση στην οικονομική προσφορά της καθής η Προσφυγή, καθόσον συνεπάγεται πρακτικά (και αντικειμενικά) μικρότερο κόστος για την εταιρία «****» σε σχέση με την Προσφορά της προσφεύγουσας, που περιλαμβάνει τις απαιτούμενες για τις ανάγκες της εν λόγω διαδικασίας ποσότητες των επίμαχων ειδών (κάμερα και καλωδίωση). Συνεπώς, εάν είχαν συνυπολογισθεί στην οικονομική προσφορά της καθής η Προσφυγή, οι αναγκαίες ποσότητες των ζητούμενων ειδών, θα είχε διαμορφωθεί διαφορετικά ο μικρότερος αριθμός Λ, που κατά τον τύπο που περιγράφεται στο άρθρο 2.3.2 της επίμαχης Πρόσκλησης, αναδεικνύει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Λ= Προσφερθείσα τιμή (ΠΤ): Συνολική βαθμολογία τεχνικής προσφοράς.».

Με βάση τα ανωτέρω που δέχεται η υπ' αριθμ. **** απόφαση προκύπτει ότι η προσφορά των**** δεν προσβλήθηκε εγκαίρως από την παρεμβαίνουσα προ της έκδοσης της προηγούμενης απόφασης και ο σχετικός ισχυρισμός της

προδικαστικής προσφυγής της **** κρίνεται απορριπτέος, αλλά λόγω των επιπτώσεών της στην οικονομική προσφορά μας (μειωμένη λόγω της μη προσφοράς τους), ο σχετικός λόγος της προσφεύγουσας τότε και παρεμβαίνουσας τώρα, έγινε δεκτός με αποτέλεσμα η άνω προηγουμένη απόφαση, που είχε αναδείξει την εταιρία μας προσωρινή ανάδοχο να ακυρωθεί. Σύμφωνα, λοιπόν, με τα ανωτέρω η προηγούμενη απόφαση ακυρώθηκε για τη μη προσφορά των**** σε συνδυασμό με την οικονομική προσφορά μας. Η προσβαλλομένη όμως, χωρίς καμία αναφορά εάν πράγματι η μη προσφορά των**** επηρεάζει την οικονομική προσφορά μας, δηλαδή είναι μειωμένη εκ του λόγου αυτού, κήρυξε την τεχνική προσφορά μας απαράδεκτη. Πρώτα, έπρεπε να ασχοληθεί η προσβαλλομένη με τις επιπτώσεις της μη προσφοράς των**** στις οικονομικές προσφορές και όταν διαπίστωνε ότι πράγματι επηρεάζονται αυτές, με τον μικρότερο αριθμό «Λ» σε βάρος μας, τότε να κηρύξει απαράδεκτη τη δική μας προσφορά. Αν όμως δεν την επηρέαζε, όπως πράγματι συνέβαινε, διότι προσφέρονταν δωρεάν οι κάμερες, και βέβαια δεν επηρέαζε ούτε την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, διότι τελικά αποδεικνύεται, όπως γράφουμε πιο κάτω, κι απ' αυτή προσφέρονταν δωρεάν, όπως και τώρα, τότε έπρεπε να επιμείνει στην πρώτη της απόφαση. Η σύγκριση κατά τα άνω επιβαλλόταν για λόγους ίσης μεταχείρισης των συμμετεχουσών εταιριών και από τη υποχρέωση συμμόρφωσης της προσβαλλομένης προς την **** απόφαση της ΑΕΠΠ για να διαπιστωθεί ο μικρότερος αριθμός «Λ» σε ποια ανήκει, όπως προβλέπεται στην αιτιολογία της επί των****.

Την σοβαρότατη πλημμέλεια της μη ύπαρξης ισαρίθμου με τα συστήματα αριθμού**** στο Παράρτημα «Α»-*****» της προσβαλλόμενης, δηλαδή της μη αναγραφής στον πίνακα κατακύρωσης υλικών των**** και συνεπώς, της μη ύπαρξης υποχρέωσης παράδοσής των, συνομολογεί εμμέσως, πλην σαφώς, η παρεμβαίνουσα στη σελίδα (9) της παρέμβασής της, όπου γράφει:

«Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. **** απόφαση της ΑΕΠΠ και τον «κατάλογο προσφερομένου εξοπλισμού, Λογισμικού και υλικών» όπως αυτός αναλύεται στο κεφάλαιο 11, της παραπομπής Π12 (Τεχνική Περιγραφή Προμήθειας) της Τεχνικής Προσφοράς μας, η εξωτερική κάμερα και τα μικροφωνοακουστικά

ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ στη βασική σύνθεση καθενός φορητού συστήματος ασύρματης επικοινωνίας φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας, ως αναγκαία και ουσιώδη συστατικά για την ορθή, ασφαλή και πλήρη λειτουργία του συστήματος και επομένως η ύπαρξη τους εξυπακούεται και παρέλκει η ξεχωριστή μνημόνευσή τους στη νέα προσβαλλόμενη με την προσφυγή απόφαση κατακύρωσης. Σε περίπτωση που η ΑΕΠΠ κρίνει ότι επιβάλλεται η ρητή τους αναφορά, θα πρέπει να διατάξει την αναθέτουσα να τροποποιήσει τον πίνακα παραδοτέων και όχι βέβαια να προβεί σε ματαίωση του διαγωνισμού μόνο για τον λόγο αυτό». Και συνεχίζει: «Εν πάσει περιπτώσει και προς άρση οποιασδήποτε τυχόν δυνατότητας παρερμηνείας, η εταιρία μας ***** θα παραδώσει, σύμφωνα με την τεχνική προσφορά της (που έχει γίνει ήδη δεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή με την πρώτη κατακυρωτική απόφαση) και την οριστική και αμετάκλητη πλέον απόφαση της ΑΕΠΠ **** και κατόπιν της άσκησης του δικαιώματος επαύξησης κατά δύο συστήματα ΟΛΑ τα ακόλουθα, τα οποία διασφαλίζουν πλήρως το δημόσιο συμφέρον και της απαιτήσεις της Πρόσκλησης αναφορικά με την ορθή, ασφαλή και πλήρη επιχειρησιακή λειτουργία των συστημάτων» και συνεχίζει αναγράφοντας τα **** **, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνει και τις κάμερες και τα ξηρά στοιχεία. [...]».

Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα αντικρούει τα επιχειρήματα της παρεμβαίνουσας ως προς τις κάμερες που προσφέρει, δυνατότητα, όμως, που δεν προβλέπεται στον νόμο, αφού, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το Υπόμνημα ασκείται προς αντίκρουση των αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και ουχί της παρεμβαίνουσας.

Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει τα κάτωθι: «...Επειδή κατά ταύτα οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής μας είναι νόμιμοι, βάσιμοι κι αληθείς, αποδεικνύονται δε από έγγραφα και πρέπει αυτή να γίνει δεκτή. Επειδή πρέπει να απορριφθεί κάθε περί του αντιθέτου ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής. [...] Επειδή έσφαλλε η Αναθέτουσα Αρχή κατά την συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ απορρίπτοντας την τεχνική προσφορά μας και αποδεχόμενη το, από 06.11.2020, Πρακτικό Αποσφράγισης, Ελέγχου και Αξιολόγησης

Δικαιολογητικών Κατακύρωσης. Επειδή η Αναθέτουσα προχώρησε στην κατακύρωση στην εταιρεία **** χωρίς να αιτηθεί την παροχή των στοιχείων της τεχνικής προσφοράς (καμερών και ξηρών στοιχείων) δηλαδή τα στοιχεία εκείνα ακριβώς για τα οποία η ΑΕΠΠ και στη συνέχεια η Αναθέτουσα Αρχή έκριναν την προσφορά μας μη αποδεκτή τεχνικά.

Επειδή εν όψει των προρρηθέντων, η συμμόρφωση με την Απόφαση **** της ΑΕΠΠ δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και την εφαρμοστέα νομοθεσία. Επειδή η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, στο μέτρο που απέρριψε την προσφορά της εταιρείας μας είναι παράνομη και ακυρωτέα. Επειδή κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων που προβλέπουν την εξαίρεση δικαστών στον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (πδ 18/20****) και ΚΠολΔ ζητούμε να εξαιρεθούν τα μέλη της Επιτροπής σε περίπτωση, που τα ίδια δεν ζητήσουν την εξαίρεση κι αν αυτό δεν είναι εφικτό να οριστεί άλλο Κλιμάκιο αρμόδιο για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής μας για τους λόγους που αναφέρουμε ανωτέρω. [...]».

10. Επειδή, στην προσβαλλόμενη με την υπό κρίση Προσφυγή Απόφαση της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται ότι: « [...] Α π ο φ α σ ί ζ ο υ μ ε

α. Τη συμμόρφωση, σύμφωνα με το άρθρο 367 παράγραφος 3 του Ν.4412/2016, προς την υπ' αριθμ. **** (κ) σχετική απόφαση του 7ου κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., η οποία δέχεται την από 30 Ιουλ 20 με Γενικό Αριθμό Καταχώρισης (ΓΑΚ) 1021 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «*****» και ακυρώνει τη (ιη) σχετική απόφαση της ****, κατά το μέρος που αποδέχτηκε την τεχνική προσφορά της εταιρείας «*****».

β. Την ανάκληση της (ιη) σχετικής κατακυρωτικής απόφασης της *****ως προς το μέρος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «*****».

γ. Την αποδοχή του (κα) σχετικού πρακτικού ελέγχου, της αρμόδιας επιτροπής, για την υπ' αριθμ. 35-20 πρόσκληση διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, για σύναψη σύμβασης, με σκοπό την προμήθεια ****, ως προς τη νομιμότητα και κανονικότητα αυτού, σύμφωνα με το άρθρο 221 του Ν.4412/2016.

δ. Την μη αποδοχή, της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «*****» που συμμετείχε στην υπ' αριθμ. 35/20 πρόσκληση διαπραγμάτευσης, για την προμήθεια του θέματος, σύμφωνα με τα (κ) και (κα) σχετικά.

ε. Την ανάδειξη ως νέας προσωρινής αναδόχου, την εταιρεία «*****», για την προμήθεια (με την προσαύξηση, σύμφωνα με την παράγραφο 1.3.5 της εν λόγω πρόσκλησης με επιπλέον 2 **** ασύρματων επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης), της υπ' αριθμ. **** πρόσκλησης διαπραγμάτευσης καθόσον η προσφερθείσα οικονομική προσφορά της είναι εντός της προϋπολογισθείσας αξίας και ως εκ τούτου, κρίνεται ως αποδεκτή (συμφέρουσα) για την Υπηρεσία, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 2.3 της εν λόγω πρόσκλησης και στα άρθρα 32, 32Α, 86 και 100 του Ν.4412/2016.

στ. Την αποδοχή των αποτελεσμάτων ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου εταιρείας«*****» καθόσον κατέθεσαν όλα τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στους όρους της εν λόγω πρόσκλησης και στα άρθρα 32, 32Α, 73, 75, 80 και 103 του Ν.4412/2016.

3. **Ε γ κ ρ ί ν ο υ μ ε και Κ α τ α κ υ ρ ώ ν ο υ μ ε**

τα αποτελέσματα, της υπ' αριθμ. 35/20 διαγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, για τη σύναψη και εκτέλεση σύμβασης στην εταιρεία «*****», σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 3.3 του Παραρτήματος «Α» της υπ' αριθμ. 35-20 πρόσκλησης σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και στο άρθρο 105 του Ν.4412/2016, όπως στον πίνακα του Παραρτήματος «Α» του παρόντος.

4. **Λοιπά όπως (η) σχετικό.**

5. **Το 7ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, στο οποίο κοινοποιείται το παρόν, παρακαλείται για την ενημέρωσή του [...].**

11. Επειδή, στο άρθρο 346 («Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων») του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της

παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

12. Επειδή, στο άρθρο 360 («Δικαίωμα άσκησης Προσφυγής») του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

13. Επειδή, στο άρθρο 362 («Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης») του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. ... Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. ...4. Δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου.».

14. Επειδή, στο άρθρο 367 («Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής ... και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, ... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς

ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου..»

15. Επειδή ως έχει κριθεί στα πλαίσια του προϊσχύσαντος δικαίου (Ν. 3886/2010, Ν. 2522/****97), το οποίο δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από την διάταξη του άρθ. 362 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής μία μόνον Προσφυγή και, αντιστοίχως, μία αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της ρητής ή σιωπηρής απορρίψεως της Προσφυγής του. Συνεπώς, είναι απαράδεκτη τόσο δεύτερη Προσφυγή κατά της αυτής πράξεως, όσο και Προσφυγή κατά πράξεως, η οποία έχει εκδοθεί επί Προσφυγής του ιδίου προσώπου (ΕΑ 128/2015, 65/2012, 383/2011 κ.α.) για ζητήματα, δηλαδή, τα οποία έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο διοικητικής προδικασίας, δεν χωρεί δεύτερη Προσφυγή, παρά μόνο αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (πρβλ. ΕΑ 128/2015, 5/2014, 423/2011, ΔΕφΠειρ 33/2015 (ΑΣΦ)).

16. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές

πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣΤΕ 4720/2012).

17. Επειδή αφενός μεν οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π, αφετέρου δε η ίδια η Α.Ε.Π.Π δεσμεύεται από τις Αποφάσεις της, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε Απόφαση (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Συνεπώς, δεν ασκείται παραδεκτώς Προδικαστική Προσφυγή προς αμφισβήτηση του σκεπτικού ή του διατακτικού Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π (ad hoc Α.Ε.Π.Π 916/2020, 6ο Κλιμάκιο). Εξάλλου, η έννομη προστασία παρέχεται από την Α.Ε.Π.Π άπαξ και παρέχεται η δυνατότητα δικαστικής προσβολής της ορθότητας των αποφάσεών της, των συναφών προγενέστερων ή μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής νοούμενων ως συμπροσβαλλομένων, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και των πράξεων που εκδόθηκαν προς συμμόρφωση στις Αποφάσεις αυτές οι οποίες αποτελούν και το νόμιμο έρεισμά τους (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 239/2011). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και τον νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο

αιτιολογικό της αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 791/2011, 677/2010 ΟΛ., 1512/2009, ****86/2000, 2854/****85 ΟΛ. ΔΕφΑθ 3228/2015).

18. Επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή πράξη, η Α.Ε.Π.Π δεν έχει την εξουσία να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αποκατάσταση της νομιμότητας (βλ. Σ. Κυβέλος Η συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και των δικαστηρίων κατά το προσυμβατικό στάδιο, Εισήγηση στο Επιμορφωτικό Σεμινάριο που διοργάνωσε η Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργών με τίτλο «Δημόσιες Συμβάσεις Κρατικές Ενισχύσεις», Θεσσαλονίκη, 15-16 Οκτωβρίου 2018). Την υποχρέωση αυτή έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η ισχύς της Απόφασης Α.Ε.Π.Π κατόπιν άσκησης των ενδίκων βοηθημάτων του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 οφείλει κατ' αρχήν να συμμορφωθεί με την Απόφαση της Α.Ε.Π.Π (ΣΤΕ 204/20****). Η αναθέτουσα αρχή έχει την υποχρέωση όχι μόνο να θεωρήσει ως ανίσχυρη την πράξη που ακυρώθηκε, αλλά να προβεί στις αναγκαίες ενέργειες για αναμόρφωση της υφιστάμενης νομικής κατάστασης. Η Απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία συμμορφώνεται με την Απόφαση της Α.Ε.Π.Π δεν μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ως προς τα ήδη κριθέντα με την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Άλλως, θα παραβίαζε τις διατάξεις του άρθρου 372 και 367 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία οι κρίσεις της Α.Ε.Π.Π δύνανται να προσβληθούν μόνο με τα συγκεκριμένα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και ακύρωσης (ΣΤΕ 54/2018), καθώς και τις διατάξεις που προβλέπουν την ταχεία άσκηση αίτησης αναστολής και την αποκλειστική προθεσμία εντός της οποίας υποχρεούται να εκδώσει Απόφαση η Α.Ε.Π.Π (ΔΕφΠειρ ΕΑ 2****/2018). Έχει, επίσης, κριθεί ότι η Απόφαση της Α.Ε.Π.Π δεσμεύει και την ίδια εκτός αν μεταβληθεί το νομικό καθεστώς επί του οποίου βασίσθηκε η εν λόγω Απόφαση (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018, ΔΕφΠειρ ΕΑ 2****/2018). Η Α.Ε.Π.Π αυτοδεσμεύεται, δηλαδή, από τις Αποφάσεις που η ίδια εκδίδει και δεν

δύναται ούτε να επανεξετάσει, ούτε να μεταβάλει την κρίση της σε σχέση με την ίδια υπόθεση πέρα από την ως άνω αναφερθείσα περίπτωση μεταβολής του νομοθετικού πλαισίου (βλ. και Ιωάννα Πουλικίδου ΑΠΘ Διπλωματική Εργασία: «Η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», Επιβλέπων Καθηγητής Μιχαήλ Πικραμένος, Θεσσαλονίκη Δεκέμβριος 20****, με εκτενείς βιβλιογραφικές και νομολογιακές αναφορές).

****. Επειδή, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της εν λόγω υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής:

- Η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. ***** Απόφαση της αναθέτουσας αρχής συνιστά αδιαμφισβήτητη Απόφαση συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. **** Απόφαση της Α.Ε.Π.Π, με την οποία έγινε δεκτή η Προσφυγή της (νυν) παρεμβαίνουσας εταιρίας «****» και ως εκ τούτου, ακυρώθηκε προγενέστερη Απόφαση της οικείας αναθέτουσας αρχής, που είχε κρίνει ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά της (νυν) προσφεύγουσας εταιρίας με τον δ.τ. «*****» και είχε ανακηρύξει αυτήν ως προσωρινή ανάδοχο της οικείας σύμβασης. Μετά δε την έκδοση της υπ' αριθμ. **** Απόφασης της Α.Ε.Π.Π, και σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα σε αυτήν, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία παρέμεινε ως μόνη αποδεκτή προσφορά, η προσφορά της (νυν) παρεμβαίνουσας («****»). Τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζονται ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος προς άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθόσον η εταιρία «*****» δεν έχει ασκήσει τα προβλεπόμενα στον νόμο ένδικα βοηθήματα κατά της υπ' αριθμ. **** Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Ωστόσο, οι σχετικοί ισχυρισμοί τους κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι, όπως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, διότι η προσφεύγουσα άσκησε την, από 27.11.2020, αίτηση ακύρωσης με αριθμό **** ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, γεγονός που αποδεικνύεται από το σχετικό (συνημμένο στην Προσφυγή) έγγραφο, επιβεβαιώθηκε δε κατόπιν σχετικού ελέγχου από την Εισηγήτρια ότι δεν έχει εισέτι εκδοθεί Απόφαση από το αρμόδιο Δικαστήριο. Επομένως, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή ασκείται καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος καθόσον η προσφεύγουσα δεν έχει καταστεί τρίτη στο

διαγωνισμό. Ειδικότερα, ως έχει κριθεί (βλ. υπ' αριθμ. ΕΑ ΣΕ 235/20**** σκέψη 28) «... από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. [...]».

- Κατά την προσφεύγουσα, στην, από 12.11.2020, νέα κατακυρωτική Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (προσβαλλόμενη) και συγκεκριμένα στο Παράρτημα «Α» - ΠΙΝΑΚΑΣ ΥΛΙΚΩΝ ΠΟΥ ΚΑΤΑΚΥΡΩΝΟΝΤΑΙ ΣΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ «*****»: α) δεν αναγράφεται ο αριθμός των προσφερόμενων εκ μέρους του προσωρινού μειοδότη****, που θα πρέπει, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. ***** Απόφαση της Αρχής, να είναι τόσες, όσα και τα υπό προμήθεια συστήματα ασύρματων επικοινωνιών φωνής και διακίνησης δεδομένων υψηλής ταχύτητας διεκπεραίωσης, ήτοι, σύνολο 17 και ως εκ τούτου, η επίμαχη Προσφορά πρέπει να απορριφθεί και β) ο αναγραφόμενος αριθμός ξηρών

στοιχείων είναι ακριβώς ίδιος με τον αριθμό που αναφερόταν στην προγενέστερη Απόφαση**** , που ανέδειξε την ίδια ως προσωρινό ανάδοχο, ήτοι, «Δύο ξηρά στοιχεία για κάθε Σ/Α», συνεπώς, 34 (17Χ2) ξηρά στοιχεία και ως εκ τούτου, μη νομίμως απορρίφθηκε η δική της Προσφορά με την υπ' αριθμ. **** Απόφαση της Αρχής.

Επί των ανωτέρω δύο (2) λόγων Προσφυγής, δέον ειπείν τα εξής:

Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η ελλιπής αναφορά του προαναφερθέντος είδους (κάμερα) στον σχετικό Πίνακα, συνεπάγεται - άνευ άλλου ετέρου - ότι ΔΕΝ υποβλήθηκε στην προκείμενη περίπτωση ορθή τεχνική προσφορά, ήτοι, ότι η εταιρία «****», κατά παράβαση των όρων της οικείας Πρόσκλησης, δεν προσέφερε τις ζητούμενες κάμερες (1^{ος} λόγος Προσφυγής). Επίσης, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η αναφορά στην προσβαλλόμενη πράξη του ίδιου αριθμού ξηρών στοιχείων που αναφερόταν και στην προγενέστερη Απόφαση κατακύρωσης της ****, όπου προσωρινός ανάδοχος είχε αναδειχθεί η ίδια, συνεπάγεται ότι η Προσφορά της μη νομίμως απορρίφθηκε (2^{ος} λόγος Προσφυγής).

Ωστόσο θα πρέπει να σημειωθεί ότι στην εξεταζόμενη - καταρχάς μετ' εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα - Προσφυγή της, η προσφεύγουσα εταιρία «*****» δεν προβάλλει την μη προσήκουσα υποβολή κάποιου εκ των πενήντα τριών (53) υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. συμπροσβαλλόμενο, από 14.10.2020, Πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης εκ μέρους της μοναδικής εναπομείνουσας - μετά την απόρριψη της δικής της προσφοράς - συμμετέχουσας εταιρίας: «****»), αλλά, κατ' ουσίαν, ανατρέχει στον χρόνο ελέγχου των τεχνικών προσφορών, δηλαδή σε προγενέστερο στάδιο της οικείας διαδικασίας, στο οποίο κρίθηκε η πληρότητα ή μη των υποβληθεισών δύο (2) τεχνικών προσφορών. Συνεπώς, παρά την ορολογία που χρησιμοποιείται σε αρκετά σημεία της εξεταζόμενης Προσφυγής (π.χ συμπερίληψη φράσεων, όπως: «...Η συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής...» ή «..προς συμμόρφωση με τα όσα καταλογίζει η ΑΕΠΠ μέσω της υπ' αριθ. ****...»), οι προβαλλόμενοι λόγοι, ως αναλύονται ανωτέρω, καθώς και στη σκέψη 5 της παρούσας Απόφασης, άπτονται σαφώς της πληρότητας/ορθότητας της τεχνικής

προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρίας «****» (προσωρινός μειοδότης) και ουδόλως αφορούν στα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

Μάλιστα, ως υποστηρίζει η****, η παράλειψη αναφοράς των προσφερόμενων**** στον Πίνακα υλικών που περιλαμβάνεται στο τέλος της προσβαλλόμενης κατακυρωτικής Απόφασής της, δεν συνεπάγεται αυτομάτως την μη προσφορά τους, ούτε, βεβαίως, δύναται -από δικονομικής απόψεως- να οδηγήσει σε επανέλεγχο της τεχνικής προσφοράς της συγκεκριμένης διαγωνιζόμενης, καθόσον πρόκειται σαφώς για τυπικό σφάλμα της οικείας Απόφασης και όχι για ουσιαστική πλημμέλεια της επίμαχης Προσφοράς, ως, άλλωστε, επιβεβαιώνεται και από την επισκόπηση του περιεχομένου της (βλ. π.χ ηλεκτρονικό αρχείο: Π12, σελ. 20, όπου αναφέρεται: «*****»).

Θα πρέπει, συνεπώς, στο σημείο αυτό να υπομνησθεί ότι, κατά τα παγίως κριθέντα, στις δημόσιες συμβάσεις, ισχύει ο κανόνας της κατά στάδιο προβολής των λόγων κατά των βλαπτικών πράξεων των οργάνων του Διαγωνισμού, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως.

Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η Προσφυγή κατ' Αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της Προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (βλ. Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, Υπόθεση C-241/06, Lämmerzahl, Συλλογή 2007, σ. I-8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Περαιτέρω, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, ο καθορισμός εύλογων αποκλειστικών προθεσμιών πληροί, καταρχήν, την επιταγή περί αποτελεσματικότητας που απορρέει από την Οδηγία 89/665, καθόσον συνιστά

εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της ασφάλειας δικαίου. Η πλήρης εκπλήρωση του επιδιωκόμενου με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ σκοπού θα διακυβευόταν αν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες μπορούσαν νομίμως να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτόν την αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (Αποφάσεις *Universale-Bau* κ.λπ., C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψεις 75 και 76 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, *Lämmerzahl*, C 241/06, EU:C:2007:597, σκέψεις 50 και 51, καθώς και Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, C-456/08, EU:C:2010:46, σκέψεις 51 και 52, C-538/13, e *Vigilo*, ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 51). Εν όψει των ανωτέρω, η υπό κρίση Προσφυγή ασκείται ανεπικαίρως και ως εκ τούτου, απαραδέκτως. Εξάλλου, η ήδη εδώ προσφεύγουσα παρά τους περί του αντιθέτου και αβάσιμους ισχυρισμούς της στην υπό κρίση προσφυγή, είχε έννομο συμφέρον να στραφεί ως προσωρινή ανάδοχος κατά του συνυποψηφίου αυτής και ήδη παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα είχε ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, δεν αναιρούσε το έννομο συμφέρον της πρώτης ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή αίτηση αναστολής κατά της πράξης αποδοχής της προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς της τελευταίας. Τούτο δε διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την παρεμβαίνουσα προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία η αιτούσα είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά της να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου, ως εν προκειμένω, τελικώς, συνέβη. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus* κατά *Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo* σκ. 36) κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας σύμβασης είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο

συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18 και ΣΕ 1573/20**** σκ. 10).

Επίσης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι με την υπό κρίση Προσφυγή της, η «*****» απαραδέκτως προβάλλει ισχυρισμούς, (όπως για παράδειγμα «...η προσβαλλομένη όμως, χωρίς καμία αναφορά εάν πράγματι η μη προσφορά των**** επηρεάζει την οικονομική προσφορά μας, δηλαδή είναι μειωμένη εκ του λόγου αυτού, κήρυξε την τεχνική προσφορά μας απαράδεκτη. Πρώτα, έπρεπε να ασχοληθεί η προσβαλλομένη με τις επιπτώσεις της μη προσφοράς των**** στις οικονομικές προσφορές και όταν διαπίστωνε ότι πράγματι επηρεάζονται αυτές, με τον μικρότερο αριθμό «Λ» σε βάρος μας, τότε να κηρύξει απαράδεκτη τη δική μας προσφορά. ...», ή «...Επειδή η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, στο μέτρο που απέρριψε την προσφορά της εταιρείας μας είναι παράνομη και ακυρωτέα», κλπ), που **αφορούν στην ορθότητα (αυτοτελώς ή συνδυαστικά με την οικονομική της προσφορά) της δικής της τεχνικής προσφοράς**, ήτοι, σε ζητήματα που έχουν ήδη κριθεί με την υπ' αριθμ. **** Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία - εν τέλει - απορρίφθηκε η Προσφορά της για τους λόγους που αναλύονται στην Απόφαση αυτή. Και τούτο, διότι η Απόφαση της αναθέτουσας αρχής που συμμορφώνεται με Απόφαση της Α.Ε.Π.Π δεν μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ως προς τα ήδη κριθέντα με την Απόφαση της Α.Ε.Π.Π, άλλως, θα παραβίαζε τις διατάξεις του άρθρου 372 και 367 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία οι κρίσεις της Α.Ε.Π.Π δύνανται

να προσβληθούν μόνο με τα συγκεκριμένα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και ακύρωσης (ΣτΕ 54/2018), δικαίωμα, άλλωστε, που ασκήθηκε, εν προκειμένω, εκ μέρους της προσφεύγουσας με την κατάθεση της, από 27.11.2020, αίτησης ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Πέραν των ανωτέρων λόγων, η προσφεύγουσα και αλυσιτελώς προβάλλει στην υπό κρίση Προσφυγή της (2^{ος} λόγος Προσφυγής), ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η Προσφορά της επειδή ο αναγραφόμενος στην νυν προσβαλλόμενη Απόφαση αριθμός ξηρών στοιχείων είναι ίδιος με τον αριθμό ξηρών στοιχείων που αναφερόταν στην προγενέστερη κατακυρωτική Απόφαση της *****, με την οποία προσωρινός ανάδοχος είχε αναδειχθεί η ίδια και τούτο διότι η σχετική αιτίαση θα προβάλλεται λυσιτελώς, εφόσον είχε ασκηθεί επικαίρως, μόνο προς απόρριψη της προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας και όχι προς αποδοχή, για λόγους ίσης μεταχείρισης, και της δικής της απορριφθείσας προσφοράς (Φ. Αρναούτογλου «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010», 2^η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 100, παρ. 141). Ως, άλλωστε, προελέχθη το εν λόγω ζήτημα, δηλαδή η ορθότητα της προσφοράς της νυν προσφεύγουσας έχει ήδη κριθεί με Απόφαση της Αρχής, η οποία έχει ήδη προσβληθεί με αίτηση ακύρωσης και δεν δύναται παραδεκτως να κριθεί εκ νέου στο πλαίσιο της υπό κρίση Προσφυγής.

Τέλος, θα πρέπει να επισημανθεί ότι το αίτημα του προσφεύγοντος, όπως εξαιρεθεί το παρόν Κλιμάκιο από την εξέταση της υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1718/24.11.2020 Προδικαστικής Προσφυγής, για μόνο τον λόγο ότι έκρινε την υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1021/30.07.2020 Προσφυγή της «****» και εξέδωσε την υπ' αριθμ. **** Απόφαση με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, απορρίπτεται ως αβάσιμο και απαράδεκτο, καθόσον ο εισηγητής του αρμόδιου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π. δύναται μεν να ζητήσει την εξαίρεσή του από την εξέταση Υποθέσεως που του ανατέθηκε με Πράξη του/της Προέδρου του οικείου σχηματισμού, μόνο, όμως, στην περίπτωση που συνδέεται με ειδική σχέση με κάποιον εκ των διαδίκων, με συνέπεια να μην δύναται να αποφασίσει με πλήρη αμεροληψία και ευσυνειδήτως επί της διαφοράς, συνθήκη, όμως, που ουδόλως συντρέχει εν προκειμένω. Εξάλλου, οι

Αριθμός απόφασης:118/2021

προδικαστικές προσφυγές χρεώνονται στα Κλιμάκια με απόφαση του Προέδρου της Αρχής (βλ. και από 2.10.20**** περί μη δυνατότητας αποχρέωσης).

Με βάση το σύνολο των προαναφερθέντων, οι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής που αφορούν στην τεχνική προσφορά της εταιρίας με τον δ.τ. «****» απορρίπτονται ως ανεπιταίρως προβληθέντες και συνεπώς, ως απαράδεκτοι.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και για τον λόγο αυτόν δεν εξετάζεται η ασκηθείσα Παρέμβαση.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το Παραβόλο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων εξήντα δύο ευρώ 2.462,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 20 Ιανουαρίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα