

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 15^η Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος - Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Νικόλαος Σαββίδης (πράξη 75/2020 Προέδρου της Αρχής), Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7/08/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 1109/12.08.2020, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον «...», οδός «...», αρ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «αναθέτων φορέας»), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί καθ' ερμηνεία του εγγράφου η υπ' αριθμ. 3732/20-07-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και το συνημμένο σε αυτή από 10-6-2020 Πρακτικό Ελέγχου Διαγωνισμού της Επιτροπής Ελέγχου Διαγωνισμού, έτσι ώστε η ίδια να αναδειχθεί ανάδοχος και για τα εξής τμήματα του διαγωνισμού: 5, 13, 22, 47, 49, 50, 84, 98, 103, 106, 115, 120, 124 και 134.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο, ύψους ευρώ 600,00 (βλ. Παράβολο με αριθμό «...», β) Αποδεικτικό περί εξόφλησης του ανωτέρω παραβόλου μέσω «...» την 7.08.2020, γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»). Επισημαίνεται ότι ο συνολικός προϋπολογισμός των ειδών/τμημάτων για τα οποία ασκείται η προσφυγή (5,13, 22, 47,49, 50, 84,98, 103, 106, 115,120,125 και 134) ανέρχεται στο ποσό των 15.773,00 ευρώ βάσει του Παραρτήματος V της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός προκηρύχθηκε από την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» (και διακριτικό τίτλο «...»). Η εταιρεία αυτή ιδρύθηκε κατόπιν απορροφήσεως των εταιρειών «...» και «...» από την «...», και μετονομασία της τελευταίας, κατά τις διατάξεις του ν. 3920/2011, δυνάμει της 28737/2637/10.6.2011 κοινής αποφάσεως των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων (Β' 1454/17.6.2011). Η «...» υπάγεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ. 1 του ν. 3920/2011, στον ν. 3429/2005 περί Δημοσίων Επιχειρήσεων και Οργανισμών και έχει ως κύρια αρμοδιότητα την εκτέλεση δημοσίου συγκοινωνιακού έργου μέσα στα όρια της Περιφέρειας «...» με μέσα σταθερής τροχιάς. Η «...» από την 1.1.2018 αποτελεί θυγατρική της «... Α.Ε., η οποία λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος, σύμφωνα με τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας, και εξυπηρετεί ειδικό δημόσιο σκοπό, οι μετοχές της οποίας ανήκουν στο σύνολό τους στο Ελληνικό Δημόσιο (βλ. άρθρα 184 παρ.1, 185 παρ. 1, 187 παρ. 1, 197 παρ. 1 και Παράρτημα Δ του ν. 4389/2016 Α'94). Επομένως, η «...» αποτελεί «αναθέτονα φορέα» στον τομέα των μεταφορών, κατά την έννοια των άρθρων 224 παρ.1 και 2 του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 και 2 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ (ΕΕ L 94) (βλ. ΕΑ 43/2019, πρβλ. ΕΑ 133/2019), όπως, άλλωστε, είχε κριθεί και υπό την ισχύ της οδηγίας 2004/17/ΕΕ (βλ. Ε.Α. 220-226/2013, 108/2014, 386/2015, 10/2017 κ.ά.), Επιπλέον, η επίδικη υπό ανάθεση σύμβαση έχει ως αντικείμενο την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΤΥΠΩΝ ΛΑΜΠΤΗΡΩΝ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΣΥΡΜΟΥΣ, ΤΙΣ ΚΤΙΡΙΑΚΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ , ΤΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΙ ΤΟΝ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ ΤΩΝ ΓΡΑΜΜΩΝ 1, 2 & 3 ΚΑΙ TRAM ΤΗΣ «...» (CPV «...»)), αντικείμενο προμήθειας που τελεί σε άμεση σχέση με την εκτέλεση του συγκοινωνιακού έργου που έχει ανατεθεί στον εν λόγω αναθέτονα φορέα (πρβλ. Ε.Α. 20/2020, 20/2013, 224/2012).

3. Επειδή, με την με αριθμό ΤΑ-054/19 του Δεκεμβρίου 2019 διακήρυξη ο αναθέτων φορέας προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΛΑΜΠΤΗΡΩΝ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΣΥΡΜΟΥΣ, ΤΙΣ ΚΤΙΡΙΑΚΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ, ΤΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΙ ΤΟΝ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ ΤΩΝ ΓΡΑΜΜΩΝ 1, 2&3 ΚΑΙ TRAM ΤΗΣ «...» προϋπολογισμού ογδόντα τέσσερις χιλιάδες διακόσια ογδόντα πέντε ευρώ και δεκαπέντε λεπτά (84.285,15 €) πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

προσφορά μόνο βάσει τιμής ανά τμήμα. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 24-12-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος «...». Στον εν θέματι διαγωνισμό κατατέθηκαν δύο προσφορές, ήτοι της προσφεύγουσας με αρ. πρωτ.: «...»/16.01.2020 και της εταιρείας «...» με αρ. πρωτ.: «...»/17.01.2020. Στις 31.07.2020 κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες η με αρ. 940/20-07-2020 Απόφαση του αναθέτοντος φορέα μετά της με αριθ. πρωτ.: 10747 από 28.07.2020 επιστολής. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αναδείχθηκε δυνάμει της ανωτέρω απόφασης προσωρινή ανάδοχος όσον αφορά 32 τμήματα έναντι του τιμήματος των 9.471,75 ευρώ αναφέροντας αυτολεξεί «*Τα τμήματα που περιγράφονται στον παρακάτω πίνακα συνολικού προϋπολογισμού 9.471,75 € χωρίς Φ.Π.Α είναι σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και αντιστοιχούν σε εγκεκριμένους από την «...» τύπους όπως αυτοί περιγράφονται στον πίνακα 1 - Τεχνικές Προδιαγραφές υλικά:*» ΠΑΡΑΤΙΘΕΤΑΙ ΠΙΝΑΚΑΣ. Κατά τα λοιπά η προσβαλλόμενη απόφαση έχει ως εξής «*Η επιτροπή κατόπιν έλεγξε τα υποβληθέντα έγγραφα, καθώς και τις οικονομικές προσφορές.*

Από τον έλεγχο προέκυψαν τα εξής:

Στον πίνακα 2 "Πίνακας τεχνικής προσφοράς" οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να συμπληρώσουν για κάθε προσφερόμενο Τμήμα τη στήλη "χρόνος παράδοσης" που δεν μπορεί να υπερβαίνει τους τρεις (3) μήνες, τη στήλη "Προσφερόμενο Υλικό" με τα στοιχεία του συγκεκριμένου υλικού που προσφέρεται - κατασκευαστής, P/N, κλπ - και το οποίο πρέπει να συμμορφώνεται πλήρως με τις προδιαγραφές του ΠΙΝΑΚΑ 1 - Τεχνικές Προδιαγραφές του παραρτήματος V.

Η «...» στον παραπάνω πίνακα στην στήλη "Προσφερόμενο Υλικό" δεν αναφέρει σε κανένα Τμήμα αυτής, κατασκευαστή, P/N κλπ στοιχεία των υλικών που προσφέρει με αποτέλεσμα η Επιτροπή να μην είναι σε θέση να αξιολογήσει την προσφορά.

Ως εκ τούτου σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6, β του τεύχους του Διαγωνισμού, η προσφορά περιέχει "ατέλειες ελλείψεις ασάφειες ή σφάλματα" και λόγω αυτών απορρίπτεται.

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

Η προσφορά της «...» αφορά στά τμήματα 1, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 47, 49, 50, 52, 57, 58, 60, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 80, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 110, 112, 113, 114, 115, 118, 120, 122, 124, 125, 126, 127, 130, 132, 133, 134, 135.

Από αυτά τα τμήματα : 1, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 36, 39, 49, 50, 57, 65, 80, 84, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 112, 114, 115, 120, 124, 132, 134, 135, δεν αντιστοιχούν σε εγκεκριμένους από την εταιρεία τύπους όπως αυτοί περιγράφονται στον πίνακα 1 - Τεχνικές Προδιαγραφές (Διαφορετικός κατασκευαστής ή P/N) και σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6. της Διακήρυξης απορρίπτονται.

Στα τμήματα 24, 91, και 97 η προσφερόμενη τιμή υπερβαίνει την τιμή του αντίστοιχου τμήματος στον προϋπολογισμό της σύμβασης και γι αυτό το λόγο σύμφωνα την παράγραφο 2.4.4 απορρίπτονται ως απαράδεκτες».

4. Επειδή η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 7.08.2020 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού, ήτοι εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης την 31/07/2020. Επισημαίνεται ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην ΑΕΠΠ στις 11.08.2020 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ωστόσο, δεν κοινοποιήθηκε στην έτερη συμμετέχουσα, η οποία κατά την παρέλευση άπρακτης της προθεσμίας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, είχε ήδη καταστεί τρίτη σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, η προσφυγή ασκήθηκε μετ' εννόμου συμφέροντος από οικονομικό φορέα, ο οποίος ως προς τα επίμαχα τμήματα αποκλείστηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε προς την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις του επί της προσφυγής στις 10.09.2020, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν προς την προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

7. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, όπως αυτές ίσχυαν και ερμηνεύθηκαν πριν τη νομοθετική μεταβολή που επέφερε το άρθρο 43 παρ. 42 του ν.4605/2019 (Ε.Α. ΣΤΕ 395/2018, 159/2019, ΣΤΕ 780/2019), η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. από τον ενδιαφερόμενο που υφίσταται ζημία από παράνομη εκτελεστή πράξη ή παράλειψη αναθέτουσας αρχής ή αναθέτοντος φορέα στο στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίας σύμβασης αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση ακολούθως του σχετικού ενδίκου βοηθήματος κατά της εκτελεστής πράξης ή παράλειψης, δεν επιτρέπεται δε η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που στοιχειοθετούν, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, την προβαλλόμενη παρανομία, παρέχεται δε η δυνατότητα τόσο στην αναθέτουσα αρχή να εκθέσει τις απόψεις της επί της προσφυγής, παραθέτοντας μάλιστα αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία για την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, όσο και σε τρίτους, οι οποίοι θίγονται ενδεχομένως από την αποδοχή της προσφυγής, να ασκήσουν παρέμβαση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., προβάλλοντας τους δικούς τους ισχυρισμούς επί της προσφυγής. Η Α.Ε.Π.Π. εξετάζει την προδικαστική προσφυγή και αποφαινεται αιτιολογημένα επί των προβαλλομένων νομικών και πραγματικών αιτιάσεων, λαμβάνοντας υπόψη κατά τον ασκούμενο έλεγχο νομιμότητας, ο οποίος περιλαμβάνει και έλεγχο της αιτιολογίας των εκφερομένων από την αναθέτουσα αρχή περί πραγμάτων κρίσεων, τους ισχυρισμούς και τα στοιχεία που επικαλούνται ο προσφεύγων, η αναθέτουσα αρχή και οι τυχόν παρεμβαίνοντες. Από τις ίδιες διατάξεις συνάγεται, περαιτέρω, ενόψει και του σκοπού τους που συνίσταται στην αποτελεσματική παροχή προστασίας σε στάδιο προηγούμενο της ασκήσεως ενδίκων βοηθημάτων, ότι κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. δεν προβλέπεται μεν δημόσια συζήτηση, με παράσταση των μερών ενώπιον της, πρέπει, όμως, να παρέχεται η δυνατότητα στον ασκήσαντα την προσφυγή να λαμβάνει γνώση τόσο των απόψεων της

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής, όσο και της τυχόν ασκηθείσας παρεμβάσεως, προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις της ουσιαστικής αντιμωλίας. Με το άρθρο 43 παρ. 42 του ν. 4605/2019 προβλέφθηκε ρητώς η υποχρέωση προηγούμενης κοινοποίησης στον προσφεύγοντα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. της τυχόν συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και δόθηκε η δυνατότητα στον προσφεύγοντα να αντικρούσει αυτή εγγράφως έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής (ΕΑ ΣτΕ 159, 179/2019).

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας αν και εκλήθη νομίμως προς τούτο, υπέβαλε τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στην ΑΕΠΠ στις 10/09/2020 επί της υπό εξέταση προσφυγής, κοινοποιώντας τες κατά την ίδια ημερομηνία στην προσφεύγουσα. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, δεν λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο, εφόσον κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα σε διάστημα λιγότερο των 10 ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και δεδομένης της μη κατάθεσης υπομνήματος δεν τηρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις αντιμωλίας (ΣΤΕ 780/2019).

9. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει στην προσφυγή της αυτολεξεί τα εξής *«Η εταιρεία μας σχετικά με τον ως άνω διαγωνισμό υπέβαλε μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ στην αρμόδια υπηρεσία της «...» τη 15-1-2020 τόσον την τεχνική μας προσφορά όσο και την οικονομική προσφορά μας, μαζί με όλα τα δικαιολογητικά έγγραφα.*

Η οικονομική μας προσφορά έχει ως εξής:» ΠΑΡΑΤΙΘΕΝΤΑΙ ΟΙ ΠΙΝΑΚΕΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ

«Σημειώνουμε ότι η ως άνω προσφορά μας αφορούσε ογδόντα έξι (86) εκ των εκατό τριάντα έξι (136) ειδών λαμπτήρων που προέβλεπε ο ως άνω διαγωνισμός. Η προσφορά μας για τα προαναφερθέντα ογδόντα έξι (86) είδη ήταν συνολικού ποσού Ευρώ 42.600,50 πλέον ΦΠΑ. Στον ίδιο ως άνω διαγωνισμό συμμετείχε με σχετική προσφορά της άλλης μόνο μία εταιρεία, ήτοι η εταιρεία «...».

Το Διοικητικό Συμβούλιο της «...» εξετάζοντας τις ως άνω προσφορές, δηλαδή τη δική μας και την προσφορά της εταιρείας «...», με την υπ' αριθμ. 3732/20-07-2020 απόφαση του και το συνημμένο σε αυτή από 10-6-2020 «Πρακτικό

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

Ελέγχου Διαγωνισμού» της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, απεφάσισε τα εξής: Πρώτον, απέρριψε εξ ολοκλήρου την προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «...» και Δεύτερον, ανέδειξε τη δική μας εταιρεία ως προσωρινή ανάδοχο του εις ως άνω θέμα του διαγωνισμού έναντι συμβατικού τμήματος Ευρώ 9.471,75 (εννέα χιλιάδων τετρακοσίων εβδομήντα ενός ευρώ και εβδομήντα πέντε λεπτά) πλέον ΦΠΑ, μόνον όμως για μερικά τμήματα του διαγωνισμού, όπως αυτά αναφέρονται στο από 10-6-2020 ως άνω πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού. Συγκεκριμένα η Επιτροπή του διαγωνισμού δεν έκανε δεκτή την προσφορά μας σχετικά με τα τμήματα 1, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 36, 39, 49, 50, 57, 65, 80, 84, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 112, 114, 115, 120, 124, 132, 134 και 135 για το λόγο τάχα ότι δεν αντιστοιχούν σε εγκεκριμένους από την εταιρεία, δηλαδή τη «...» τύπους όπως αυτοί περιγράφονται στον Πίνακα 1 - Τεχνικές Προδιαγραφές «Διαφορετικός κατασκευαστής ή P/N» και σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης. Με την παρούσα προδικαστική προσφυγή μας προσβάλλουμε την ως άνω υπ' αριθμ. 3732/20-07-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου και το ως άνω Πρακτικό Ελέγχου Διαγωνισμού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που δεν δέχθηκε την προσφορά μας ως προς τα ως κατωτέρω τμήματα του διαγωνισμού με αριθμούς 5, 13, 22, 47, 49, 50, 84, 98, 103, 106, 115, 120, 124 και 134 συνολικού ποσού Ευρώ 12.725,20 (δώδεκα χιλιάδων επτακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και είκοσι λεπτών), πλέον ΦΠΑ. Ειδικότερα είναι παντελώς αβάσιμη η παραδοχή της ως άνω υπ' αριθμ. 3732/20-07-2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και του συνημμένου σε αυτή Πρακτικού, ότι η προσφορά μας σχετικά με τα τμήματα 5, 13, 47, 98, 120, 124 και 134 του διαγωνισμού δεν αντιστοιχεί με εγκεκριμένους από την εταιρεία τύπους, διότι από απλή σύγκριση της ως άνω τεχνικής μας προσφοράς προς τον ενσωματωμένο στη Διακήρυξη Πίνακα 1 - Τεχνικές προδιαγραφές [ΤΔ-054/19], αποδεικνύεται πλήρως η απόλυτη αντιστοιχία της προσφοράς μας ως προς τα ως άνω τμήματα προς τους εγκεκριμένους από την εταιρεία τύπους. Ωσαύτως είναι παντελώς αβάσιμη η παραδοχή της ως άνω υπ' αριθμ. 3732/20-07-2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» και του συνημμένου σε αυτή Πρακτικού, ότι η προσφορά μας σχετικά με τα τμήματα 22, 49, 50, 84,

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

103, 106 και 115 του Διαγωνισμού, αφορούν διαφορετικό κατασκευαστή, διότι κατά τον ενσωματωμένο στη διακήρυξη Πίνακα 1 - Τεχνικές προδιαγραφές [ΤΔ-054/19], τα ζητούμενα είδη ζητούνται ως ενδεικτικά είδη και βεβαίως η προσφορά μας κάλυπτε πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών αυτών που ζητούνταν ενδεικτικά».

10. Επειδή στους οικείους όρους της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής :

i) «2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από τον αναθέτοντα φορέα με το κεφάλαιο "Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος V της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά βάση των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης. Αναλυτικότερα απαιτείται: α) Συμπληρωμένος ο Πίνακας 2 - Πίνακας τεχνικής προσφοράς του Παραρτήματος V της παρούσας διακήρυξης, και β) Υπεύθυνη Δήλωση υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο τους, στην οποία να δηλώνουν ότι αποδέχονται τους όρους του διαγωνισμού και ότι τα προσφερόμενα υλικά αρίστης ποιότητας, καινούργια και αμεταχείριστα και είναι σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και των επισυναπτόμενων σχεδίων όπως αυτές αποτυπώνονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V - Τεχνικές προδιαγραφές, της παρούσας διακήρυξης. Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν». ii) 2.4. 6. Λόγοι απόρριψης προσφορών Ο αναθέτων φορέας με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 310 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ. γ της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

12. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

13. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

14. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013,

Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

15. Επειδή, η προσφεύγουσα προς αντίκρουση της βασιμότητας της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης όσον αφορά τα τμήματα 5,13,47, 98, 120, 124 και 134 αναφέρει ότι από απλή σύγκριση των επίμαχων πινάκων (διακήρυξης και προσφοράς της) προκύπτει η απόλυτη αντιστοιχία αυτών.

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016, «*Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της*».

17. Επειδή τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του *non liquet*, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμογής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (*Beweislastentcheidung*). Οπότε η περίπτωση του *non liquet* εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάπτυπο από το περιοδικό «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο,2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

18. Επειδή, επομένως, υπό το φως των ανωτέρω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ως προς τα τμήματα που αναφέρονται στην σκέψη 15 είναι όλως αόριστοι, γιατί πέραν της αμφισβήτησης της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης άλλως άρνησης των κριθέντων από την αναθέτουσα αρχή με παραπομπή στην προσφορά και την διακήρυξη γενικά προσκομίζοντας τα

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

οικεία αρχεία, ουδέν ειδικότερο προσφέρουν σε ισχυρισμό ή/και αποδεικτικό στοιχείο, κατατείνοντας εν πολλοίς σε αίτημα επαναξιολόγησης της προσφοράς από την ΑΕΠΠ κατά ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής ή/και του ίδιου του προσφεύγοντος ως προς την προσήκουσα τεκμηρίωση των ισχυρισμών του, ενώ σε κάθε περίπτωση δεν είναι σαφές τι υπολαμβάνει η προσφεύγουσα ως «εγκεκριμένο τύπο» ως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση (πρβλ ενδεικτικώς ΔεφΑθ 452/2018, ΔεφΚομ Ν9/2018, ΔεφΚομ Ν22/2017, ΔεφΠατ Ν47/2017, Δεφ Λαρ. 49/2017).

19. Επειδή, έτι περαιτέρω, ως προς τα τμήματα 22, 49, 50, 84, 103, 106, 115 του διαγωνισμού, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας προς αντίκρουσης της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης περιορίζεται στο ζήτημα της μνείας εντός της προσφοράς διαφορετικού κατασκευαστή, ενώ η προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρει συλλήβδην για όλα τα επίμαχα τμήματα- εξαιρουμένων των τμημάτων 24, 91,97 - *«δεν αντιστοιχούν σε εγκεκριμένους από την εταιρεία τύπους όπως αυτοί περιγράφονται στον πίνακα 1 - Τεχνικές Προδιαγραφές (Διαφορετικός κατασκευαστής ή P/N) και σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6. της Διακήρυξης απορρίπτονται»*. Επομένως, σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς, στρέφεται η προσφεύγουσα κατά μέρους μόνο της αιτιολογίας απόρριψης της προσφοράς της για τα εν θέματι τμήματα (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ2015, τ. 2, σελ. 256-257).

20. Επειδή, έτι επικουρικότερα, ακόμη και υποτιθέμενου ως βασίμου του ισχυρισμού της προσφεύγουσας ότι τα είδη που αναφέρονται είναι ενδεικτικά κι επομένως καθ' ερμηνεία του εγγράφου της προσφυγής, δεν απαιτείται επί ποινή απαραδέκτου ο συγκεκριμένος κατασκευαστής- , δεδομένου ότι πλήττεται με την προσφυγή η αιτιολογία της προσβαλλόμενης μόνο κατ' ουσίαν και όχι ως προς την επάρκειά της, όλως αορίστως προβάλλει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της κάλυπτε πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών που ζητούνται ενδεικτικά (βλ. ΔεφΑθ 151/2020, ΔεφΠειρ 277/2019).

21. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Αριθμός απόφασης: 1242/2020

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του ποσού του παραβόλου ύψους 600,00 €, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15η Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 5^η Οκτωβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Ευαγγελία Μιχολίτση

Ο Γραμματέας
Μαρία Κατσαρού