

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1275/14.09.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει ****, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ***** (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ***** περί έγκρισης του υπ' αριθμ. ***** Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****.» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει *****, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη και να κατακυρωθεί σε αυτόν ο διαγωνισμός.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αίτεται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 645,20 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, την από 13.09.2020 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 129.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με τη με αριθμ. πρωτ. ***** διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος *****», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 160.000,00€ ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 3.06.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ***** καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ****.

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 13.09.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 4.09.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών του παρεμβαίνοντος και του οικονομικού φορέα «*****» ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος,

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντος και παρεμβαίνοντος αποτελεί η ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα «*****». Για το λόγο αυτό, πρέπει, εν προκειμένω, να προηγηθεί η εξέταση των λόγων της προσφυγής που βάλλουν κατά της προσφοράς του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντος.

Περαιτέρω, ο προσφεύγων αιτείται επίσης να κατακυρωθεί σε αυτόν η ως άνω σύμβαση, ωστόσο το αίτημα αυτό απαραδέκτως προβάλλεται, καθώς η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

7. Επειδή την 16.09.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1509/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 24.09.2020 στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 24.9.2020, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1594/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει οριστεί ανάδοχος του διαγωνισμού και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος υπέβαλε τη με αριθμ. συστήματος ***** προσφορά του. Με την υπ' αριθμ. 199/10.08.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχή ο παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, ο οικονομικός φορέας «*****» κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας, ενώ ο προσφεύγων τρίτος μειοδότης. Κατά της εν λόγω απόφασης δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή. Κατόπιν δε της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο παρεμβαίνων υπέβαλε τα σχετικά έγγραφα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 5/31.08.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος είναι πλήρη, εμπρόθεσμα και σε ισχύ. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

13. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τους όρους 2.2.9.2, 2.4.3.1, 2.4.3.2 και 3.2 της διακήρυξης και το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ . [...]

*B. Επίσης, ο συμμετέχων στον διαγωνισμό *****; συμμετείχε στον διαγωνισμό και κατόπιν ελέγχου του υποβαλλόμενου φακέλου, εντοπίστηκαν τα εξής:*

1. Στο ΤΕΥΔ δεν έχει δηλώσει ISO 9001 ή ισοδύναμο, ως οικονομικός φορέας, ενώ σύμφωνα με την παρ. 2.2.7 της Διακήρυξης ήταν απαιτητό ως όρος συμμετοχής και δεν έχει προσκομισθεί αντίστοιχο έγγραφο.

2. Προσκόμισε, σύμφωνα με την παρ. 2.4.3.1.γ, Υπεύθυνη δήλωση «ότι έλαβε γνώση και ότι δέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της διακήρυξης – μελέτης», η οποία ωστόσο δεν φέρει τα αναγκαία στοιχεία του διαγωνισμού στον οποίο απευθύνεται (αριθμό διακήρυξης, αντικείμενο κλπ), παρά μόνο ότι αποδέχεται όλους τους όρους της Διακήρυξης χωρίς να προσδιορίζεται, το έργο, ο αριθμός της Διακήρυξης και όλα τα απαραίτητα στοιχεία που απαιτούνται για την υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης και ότι αυτή αφορά στη συγκεκριμένη Διακήρυξη και τους όρους της.

*3. Για την παρ. 2.4.3.1.δ΄ Φύλλο τεχνικής προσφοράς [...], ο συμμετέχων προσκόμισε έντυπο με την ονομασία ΦΥΛΛΟ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ΄, χωρίς αυτό να αναλύει την πλήρη συμμόρφωση των ειδών σε αντιστοιχία με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης, και στο έντυπο που υπέβαλε, γίνεται γενική αναφορά στον προς προμήθεια εξοπλισμό, καταλίποντας αμφιβολίες για την σχετική συμμόρφωση, που επίσης αποτελεί ουσιώδη όρο συμμετοχής στον εν λόγω Διαγωνισμό. Επιπλέον, [...] ο συμμετέχων προσκόμισε τεχνικά φυλλάδια του προς προμήθεια προσφερόμενου εξοπλισμού από όπου προκύπτει ότι, ο προσφερόμενος εξοπλισμός ***** δεν καλύπτει γιατί η απόδοση θέρμανσης ως φαίνεται από το τεχνικό φυλλάδιο είναι 210,90 kW και ο παρούσα μελέτη απαιτεί $\geq 215\text{kW}$. Ακόμη, στα κατατιθέμενα τεχνικά φυλλάδια δεν έχει υποβληθεί Πιστοποίηση ISO της προσφερόμενης αντλίας *****, ώστε να αποδεικνύεται η καταλληλότητα της και επικυρωμένα τα υποβαλλόμενα Πιστοποιητικά ISO, της εταιρείας *****; τα οποία και δεν*

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση ακρίβειας εγγράφων, όπως αυτό απαιτείται από την παρ. 2.4.3.2 και ειδικότερα το εδαφ.3 [...]

Για την παρ. 2.4.3.1.ε [...] ο συμμετέχων δεν έχει υποβάλει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά όπως αναλύονται στις παρ. 2.2.6 & 2.2.7.

Επομένως, από τα ανωτέρω, είναι σαφές, ότι ούτε η τεχνική προσφορά του 2ου καταταγέντος, βάσει τιμής, Οικονομικού Φορά, *****, κάλυπτε τις τεχνικές προδιαγραφές της προκήρυξης και δεν έπρεπε να συνεχίσει η διαδικασία αξιολόγησής του από την αρμόδια Επιτροπή του Διαγωνισμού και συνεπώς η τεχνική προσφορά και του ίδιου κρίνεται πλημμελής, σοβαρώς αποκλίνουσα και μη επαρκής.[...]

Εκ των ανωτέρω προκύπτει, ότι η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού άσκησε αρμοδιότητα σε αντίθεση με τις αναγκαστικές διατάξεις του Ν. 4412/2016 και η οποία, εκ τούτου, δεν είχε περιληφθεί ούτε στην επίμαχη Διακήρυξη, αποδεχόμενη την προσφορά τόσο του επιλεγέντος ως μειοδότη ***** και με δ.τ. *****, μόνο λόγω τιμής, όσο και του 2^{ου} καταταγέντος βάσει τιμής *****, παραγκωνίζοντας και παραβλέποντας σκοπίμως ότι η τεχνική προσφορά αμφοτέρων έπασχε εγκυρότητας και επάρκειας, ενώ συνέτρεχε στο πρόσωπό τους λόγος ακυρότητας και αποκλεισμού των προσφορών τους. [...]

Επειδή, περαιτέρω, η προσφορά, δηλαδή το σύνολο των δικαιολογητικών που υποβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ήτοι τα τυπικά δικαιολογητικά μαζί με την οικονομική προσφορά και κατά περίπτωση την τεχνική προσφορά, πρέπει να συμμορφώνεται με τους όρους της διακήρυξης και τα συναφή έγγραφα (συμβατικά τεύχη), όπου η περιγραφή της προς σύναψη σύμβασης είναι τόσο λεπτομερειακή, ώστε η οποιαδήποτε παρέκκλιση ή επιφύλαξη του προσφέροντος να τον θέτει εκτός διαγωνισμού, καθ' όσον θεωρείται ως μη επιτρεπόμενη εναλλακτική προσφορά, η οποία αλλοιώνει τους όρους του διαγωνισμού και «καθιστά την προσφορά με παρεκκλίσεις μη συγκρίσιμη με τις υπόλοιπες». Η μη υποβολή οποιουδήποτε από τα δικαιολογητικά συμμετοχής που προβλέπονται στη διακήρυξη, καθιστά την προσφορά απαράδεκτη.

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

Επειδή, ακολούθως, η Αναθέτουσα Αρχή έχει την ευχέρεια να ελέγξει ότι οι προηγούμενες πράξεις των οργάνων της ήταν νομικώς πλημμελείς με την ανακήρυξη ως οριστικού αναδόχου της ***** και με δ.τ. ****, αλλά και του 2^{ου} καταταγέντος βάσει τιμής ***** και επιβάλλεται να τις ανακαλέσει για τον λόγο αυτόν, σύμφωνα με τις γενικές αρχές ανάκλησης μη σύννομης διοικητικής πράξης.

Εξ άλλου, εν όψει, τόσο της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς και της κατ' αρχήν αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή, σε κάθε περίπτωση, δεν μπορεί να υποκαταστήσει τυχόν ελλείψεις απαιτούμενου από την προκήρυξη στοιχείου (λ.χ. υπεύθυνης δήλωσης, πιστοποιητικού, μετάφρασης, επικύρωσης κ.λπ.), ανατρέχοντας σε άλλα έγγραφα που περιλαμβάνονται στην υποβληθείσα προσφορά είτε ανατρέχοντας σε προηγούμενους διαγωνισμούς, στους οποίους είχε συμμετάσχει ο προσφέρων με την ίδια αρχή ούτε να ζητήσει την τροποποίηση της προσφοράς, διότι τούτο στην πράξη θα συνεπαγόταν την ανεπίτρεπτη και απαράδεκτη υποβολή νέας προσφοράς εκ μέρους των άνω οικονομικών φορέων, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των συμμετεχόντων και της αρχής της διαφάνειας και της ειλικρίνειας. Το απαράδεκτο της προσφοράς μπορεί να εξετάζει η αναθέτουσα αρχή και πέραν του χρόνου κρίσης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων.

Συγκεκριμένα, στις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, η αναθέτουσα αρχή δεν κωλύεται ακόμη και κατά την κατακύρωση να απορρίψει προσφορά ως απαράδεκτη λόγω μη τήρησης απαράβατου όρου της διακήρυξης.

Δηλαδή, μέχρι την ολοκλήρωση του προκηρυχθέντος διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να ελέγξει αν προηγούμενες πράξεις οργάνων της είναι νομικώς πλημμελείς και να τις ανακαλέσει για τον λόγο αυτό, σύμφωνα με τις γενικές αρχές ανάκλησης μη σύννομης διοικητικής πράξης. Τούτο ισχύει, λοιπόν, και στην περίπτωση της κατακύρωσης, εφόσον

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

η νομιμότητα της κατακυρωτικής απόφασης, δηλαδή της πράξης με την οποία ολοκληρώνεται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού, εξαρτάται από τη νομιμότητα των προηγούμενων πράξεων της οικείας διοικητικής διαδικασίας.

Εξ άλλου, ενόψει τόσο της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς και της κατ' αρχήν αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή, σε κάθε περίπτωση, δεν μπορεί να υποκαταστήσει τυχόν ελλείψεις απαιτούμενου από την προκήρυξη στοιχείου (λ.χ. υπεύθυνης δήλωσης), ανατρέχοντας σε άλλα έγγραφα που περιλαμβάνονται στην υποβληθείσα προσφορά, είτε ανατρέχοντας σε προηγούμενους διαγωνισμούς, στους οποίους είχε συμμετάσχει ο προσφέρων με την ίδια αρχή. Πάντως, ο κανόνας που θέτει και η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), συνίσταται στην απαγόρευση τροποποίησης (λ.χ. βελτίωσης) της προσφοράς ή διόρθωσης των λαθών της. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και η εξ αυτής απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν, στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής, οποιαδήποτε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και μεμονωμένων υποψηφίων

Επειδή, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας επιβάλλουν σαφήνεια και ακρίβεια στους όρους της εκάστοτε Διακήρυξης, ώστε να επιτρέπεται στους ενδιαφερόμενους, οι οποίοι είναι καλώς πληροφορημένοι και επιμελείς, να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, και, αφ' ετέρου, να παρέχεται επαρκής εγγύηση περί της εφαρμογής τους από τη Διοίκηση κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο ως προς όλους τους προσφέροντες. Η προκείμενη σαφής έλλειψη από μέρους των άνω διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, περί των τεχνικών προδιαγραφών της προκήρυξης, και αντιθέτως η αποδοχή της προσφοράς τους και ο μη αποκλεισμός τους από τη διαγωνιστική διαδικασία, παραβιάζει τις άνω αρχές έναντι ημών και ως εκ τούτου η προσωρινή επιλογή του προσωρινού μειοδότη, αλλά και η κατάταξη ως 2^{ου} κατά σειρά βάσει τιμής συμμετέχοντος του *****, πρέπει να κριθεί άκυρη και ανίσχυρη.

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

Σύμφωνα ομοίως με τη νομολογία του ΔΕΕ, η αρχή της διαφάνειας πρέπει να τυγχάνει εφαρμογής σε όλα τα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης, ιδίως δε στο στάδιο της επιλογής των υποψηφίων, ακόμη κι εάν δεν υπάρχει σχετική πρόβλεψη περί τούτου, ώστε να καθίσταται δυνατή η πραγμάτωση της αρχής της παροχής ίσων ευκαιριών στους υποβάλλοντες την προσφορά. Θεμελιώνει, δε, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, από την αρχή της διαφάνειας, να ακολουθεί την ίδια ερμηνεία των κριτηρίων ανάθεσης καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας και τέλος κατά την αξιολόγηση των προσφορών τα κριτήρια αυτά να εφαρμόζονται κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο για όλους τους προσφέροντες. Συνακόλουθα, η υποχρέωση διαφάνειας έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό να αποκλείει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.

Επίσης, σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας, η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να προβαίνει σε χρήση σαφών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης. Η διαδικασία επιλογής του άνω διαγωνιζόμενου, ως οριστικού αναδόχου, **** και με δ.τ. ***** , όσο και του 2ου καταταγέντος βάσει τιμής***** , παρά την έλλειψη από μέρους τους ουσιωδών τεχνικών χαρακτηριστικών για την ανάληψη του έργου, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, βρίθει νομικών ελαττωμάτων, καθ' ότι τα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς τους είναι ελλιπή και ανεπαρκή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης.

Περαιτέρω, όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας πρέπει να χαρακτηρίζονται από τη διασφάλιση του αμερόληπτου αυτής. Σε κανένα στάδιο δεν πρέπει να δίνεται υποψία μεροληπτικής συμπεριφοράς. Διαφάνεια – Ίση μεταχείριση και Αμεροληψία είναι το τρίπτυχο το οποίο πρέπει να καλύπτει κάθε δημόσια σύμβαση έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας, από το προσυμβατικό στάδιο μέχρι και την ολοκλήρωση της σύμβασης και την παράδοση του αγαθού ή την παροχή της υπηρεσίας. Επίσης, η έλλειψη των ορθών γνωρισμάτων της τεχνικής προσφοράς αμφοτέρων των άνω Οικονομικών Φορέων αντίκειται και στην αρχή της τυπικότητας, βάσει της

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

οποίας η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Συναφώς, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς. Με βάση την εν λόγω αρχή, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους (τύπους), με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο. Η αρχή της τυπικότητας εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας και της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, τυχόν δε μη συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης επάγεται τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου, ακόμη κι εάν η οικεία προκήρυξη δεν διαγράφει ρητά τη συνέπεια αυτή. Σημειώνουμε, ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού, χωρίς να είναι επιτρεπτή η, μετά την κατάθεση της προσφοράς, επέμβαση επί των στοιχείων αυτής από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο ή τον νόμιμο εκπρόσωπό του. Επομένως, βάσει των ανωτέρω αναλύσεων, με νομική πλημμέλεια επελέγη ως οριστικός ανάδοχος του έργου ο οικονομικός φορέας, ***** και με δ.τ. *****, αλλά και συνέχισε στην αξιολογική διαδικασία του διαγωνισμού, καταταγείς 2ος κατά σειρά βάσει τιμής ο *****.

Επομένως, η αιτούμενη, με τη διακήρυξη, παροχή υπηρεσιών δεν μπορεί να εκτελεστεί από την επιλεγείσα ως άνω, ως οριστική μειοδότηρια, εταιρεία που συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά ούτε και από τον 2ο κατά σειρά επιλεγέντα *****, και στη θέση τους πρέπει να επιλεγεί η δική μας εταιρεία,

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

ως 3η καταταγείσα βάσει προσφερόμενης τιμής και με πληρότητα και επάρκεια του προσφερόμενου τεχνικού εξοπλισμού».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται τα ακόλουθα: « 1. Για τον προσωρινό ανάδοχο “*****”. Για τον λόγο ΑΙ Ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλει φορολογική ενημερότητα α) για το διάστημα από 20.06.2020 έως ημ/νία λήξης 20.07.2020, δηλαδή σε ισχύ κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού την 26.06.2020, και β) από 18.08.2020 έως ημ/νία λήξης 18.09.2020, δηλαδή σε ισχύ μετά από την αρ. ***** πρόσκληση για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης αρθ. 2.2.9.2 και τον Ν.4412/2016, η άποψή μας είναι ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού επειδή δεν υπέβαλλε φορολογική ενημερότητα για το μεσοδιάστημα από 21.07.2020 έως 17.08.2020.

Για τον λόγο ΑII

Ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλει υπεύθυνη δήλωση για το κύκλο εργασιών 2019, 2018 και 2017, καθώς και καταστάσεις οικονομικών στοιχείων από επιχειρηματική δραστηριότητα Ε3 για τα φορολογικά έτη 2019, 2018, 2017 με τις καταστάσεις φορολογικής αναμόρφωσης. Σχετικά με την παρ. Β.3. της διακήρυξης, η άποψή μας είναι ότι τα δικαιολογητικά αυτά είναι επαρκή για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρ. 2.2.5, και ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού.

Για το λόγο ΑIII

Ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλει ΦΑΚΕΛΟ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παρ. 2.2.6 σύμφωνα με παρ. Β.4. της διακήρυξης, όπου εμπεριέχεται και υπεύθυνη δήλωση με ημερομηνία 22.06.2020. Η άποψή μας είναι ότι η υπεύθυνη δήλωση ισχύει για τρεις μήνες από την έκδοσή της κατ’ αντιστοιχία των ένορκων βεβαιώσεων και λοιπών δικαιολογητικών, και ότι δεν είναι λόγος μείζονος σημασίας για τον αποκλεισμό του για λόγους ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού .

Για τους λόγους ΑIV και AV

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

Ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλει διάφορα δικαιολογητικά για την εκπροσώπηση της εταιρίας. Η άποψή μας είναι ότι τα δικαιολογητικά αυτά είναι επαρκή (όπως καταστατικό, πιστοποιητικά πρωτοδικείου, κλπ) και ότι δεν είναι λόγος αποκλεισμού και για λόγους ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού.

Επίσης, τα πιστοποιητικά με ονομασία «05.03.06 Πιστοποιητικό ISO 14001****» και «05.04.05 Πιστοποιητικό ISO 9001****» είναι γνήσια αντίγραφα των πρωτοτύπων σύμφωνα με υπεύθυνη δήλωση. Άποψή μας είναι ότι δεν είναι λόγος αποκλεισμού καθώς είναι σε ισχύ έως 15.05.2022 και 18.01.2022 αντίστοιχα.

2. Για τον συμμετέχων στο διαγωνισμό *****

Για τον συμμετέχων στο διαγωνισμό *****, τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά και καταγράφονται στο Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών Προσφορών και Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, η επιτροπή έκρινε ότι είναι επαρκή για την συμμετοχή στο διαγωνισμό, και ότι οποιαδήποτε απόκλιση του προσφερόμενου εξοπλισμού θα καλυφθεί σύμφωνα με τις τεχνικές απαιτήσεις της μελέτης στα όρια της οικονομικής προσφοράς του, καθώς όλοι οι συμμετέχοντες έχουν λάβει γνώση και δέχονται ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της διακήρυξης-μελέτης. Άποψη μας είναι ότι δεν είναι λόγοι αποκλεισμού.

Γενικά κατά την διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού έκρινε ότι οι προσφορές των συμμετεχόντων καλύπτουν τις τεχνικές απαιτήσεις της μελέτης και δεν παρουσιάζουν ουσιαστικές/σημαντικές ελλείψεις ή αποκλίσεις από αυτήν.

Επί πλέον, επειδή το κριτήριο κατακύρωσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, σε συνδυασμό με τις υποβληθείσα τεχνική προσφορά, και για λόγους δημοσίου συμφέροντος, θεωρούμε ότι οι παραπάνω αναφερόμενοι λόγοι δεν επηρεάζουν τη διαγωνιστική διαδικασία και πρέπει να απορριφθούν.».

15. Επειδή ο παρεμβαίνων προβάλλει τα ακόλουθα : «Σκέψη 1η Έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας. Όπως φαίνεται αρχικά μόνο από τον

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

τίτλο της με αριθμό ***** «Έγκριση του υπ'αριθμ.5 πρακτικού της επιτροπής Διαγωνισμού και κατακύρωση του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού «Προμήθεια και εγκατάσταση *****» η απόφαση αφορά την έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που κατέθεσε η ε-ταιρεία μας και τίποτα άλλο. Η προσφεύγουσα με την προσφυγή της στο πρώτο αίτημά της (δεύτερη παράγραφος) στρέφεται κατά της απόφασης, όπως σαφώς χρονικά αλλά όχι έννομα κατά την άποψή μας, έχει δικαίωμα να κάνει κι επειδή δεν της βγαίνει αυτό που ζητά, εφόσον η ακύρωσή μας από την συνέχεια του διαγωνισμού δεν παράγει έννομο συμφέρον για αυτήν, προσθέτει και ένα αίτημα ακόμη (τρίτη παράγραφος) ζητώντας την ακύρωση και του δεύτερου μειοδότη για ζητήματα που στο παρελθόν έχουν κριθεί οριστικά και τελεσίδικα.[...]Τελικά η Αναθέτουσα Αρχή με την απόφασή της *****με τίτλο «Περί εγκρίσεως πρακτικών 1,2,3,και 4 του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού «Προμήθεια και εγκατάσταση*****»», αποφάσισε την έγκριση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των τεσσάρων συμμετεχόντων στον παραπάνω διαγωνισμό κι ενέκρινε όλα τα στάδια του διαγωνισμού μέχρι εκείνη την στιγμή. Η απόφαση κοινοποιήθηκε και στους τέσσερεις συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ την 18/08/2020. Επί της απόφασης αυτής σύμφωνα με την διακήρυξη του έργου άρθρο 3.4 χωρούσε Προδικαστική Προσφυγή εντός αποκλειστικής προθεσμίας 10 ημερών από την ενημέρωσή μας, η οποία έληξε την 28/08/2020 χωρίς κανείς να προσφύγει επί αυτής. Δεδομένου αυτού η παραπάνω απόφαση τελεσιδίκησε και κανείς δεν μπορεί να προσφύγει πλέον επί αυτής με αποτέλεσμα τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές των τεσσάρων συμμετεχόντων στον παραπά-νω διαγωνισμό να γίνουν αποδεκτά. Είναι ανεπίτρεπτο η προσφεύγουσα σήμερα επειδή προφανώς έτσι την βολεύει να ζητά ανάκληση προγενέστερης απόφασης φτάνοντας στο σημείο να υποστηρίζει ότι «με νομική πλημμέλεια επελέγη ως οριστικός ανάδοχος του έργου ο οικονομικός φορέας, ***** και με δ.τ. *****», αλλά και συνέχισε στην αξιολογική διαδικασία του διαγωνισμού, καταταγείς 2ος κατά σειρά βάσει τιμής ο *****». Αν η

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

προσφεύγουσα πίστευε ότι τόσο η δική μας προσφορά όσο και η προσφορά του δεύτερου μειοδότη είχαν λάθη στα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική προσφορά τους, είχε το δικαίωμα και το έννομο συμφέρον σε εκείνον τον χρόνο να προσφύγει κατά της απόφασής ***** και να ζητήσει την ακύρωσή της. Αντίθετα σήμερα κάνει την άποψή της θέσφατο, και βασιζόμενη πάνω στην υποκειμενική της κρίση, υποστηρίζει μεταξύ όλων των πολλών άλλων που αναφέρει ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει «να ελέγξει ότι οι προηγούμενες πράξεις των οργάνων της ήταν νομικώς πλημμελείς». Όμως η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε στο παρελθόν και θεωρεί τις αποφάσεις της σύννομες και νομικώς επαρκείς, όπως και από τις απόψεις της επί της Προδικαστικής Προσφυγής φαίνεται και οι οποίες μας κοινοποιήθηκαν στην επικοινωνία του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ την 24-09-2020. Αντίθετα η προσφεύγουσα με σειρά αστήρικτων απόψεων ζητά την ακύρωση παρελθόντων αποφάσεων. Όμως η προσφεύγουσα γνωρίζει πολύ καλά κι από πρώτο χέρι ότι όλα τα παραπάνω είναι αβάσιμα και κακώς ζητά ακύρωση προγενέστερης απόφασης. Γνωρίζει πολύ καλά η προσφεύγουσα ότι δεν έχει έννομο συμφέρον και δεν μπορεί να ζητά την ακύρωση της με αριθμό ***** , που εγκρίνει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που κατέθεσε η εταιρεία μας, διότι η συγκεκριμένη πράξη δεν αποφέρει κανένα έννομο αποτέλεσμα για αυτήν. Τα παραπάνω λοιπόν για την προσφεύγουσα αποτελούν προσωπική εμπειρία των διαχειριστών της, γιατί με σειρά αποφάσεων της ΑΕΠΠ έχουν κριθεί, όπως παραδείγματος χάρη η απόφαση 429/2019 της ΑΕΠΠ σε διαγωνισμό που διενέργησε το ***** και που αμφότεροι (τόσο η προσφεύγουσα όσο και η δική μας εταιρεία) είχαμε συμμετάσχει κιέχει περιέλθει σε γνώση μας. [..]Συνεπώς, οι προβαλλόμενοι δια της παρούσας ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον [...]

16. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

17. Επειδή το άρθρο 100 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ή στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο. Το αρμόδιο όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών δεν αποσφραγίζονται, αλλά μονογράφονται και σφραγίζονται από το παραπάνω όργανο και τοποθετούνται σε ένα νέο φάκελο ο οποίος επίσης σφραγίζεται και υπογράφεται από το ίδιο όργανο και φυλάσσεται, προκειμένου να αποσφραγισθεί την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την πρόσκληση. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης. γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την ειδική πρόσκληση και ακολουθεί σχετική ανακοίνωση τιμών. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

άνω στάδια α΄ και β΄ οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται, αλλά επιστρέφονται. [...] 4. Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες μαζί με αντίγραφο των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών του αντίστοιχου σταδίου.[...] Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας [...] Κατά των ανωτέρω αποφάσεων χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως και εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ, ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360, προδικαστική προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ. [...] 6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφου 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 36, με την απόφαση της παρ. 5 του άρθρου 36.».

18. Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει 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

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

19. Επειδή του άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει 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».

20. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...]3.1.2Αξιολόγηση προσφορών Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων.Ειδικότερα :α) το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου.β) Στη συνέχεια το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση μόνο των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη. Η αξιολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσεται πρακτικό για την απόρριψη όσων τεχνικών προσφορών δεν πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και την αποδοχή όσων τεχνικών προσφορών αντίστοιχα πληρούν τα ανωτέρω.Για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών μπορεί να συντάσσεται ενιαίο πρακτικό, το οποίο κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», μόνο στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να ορίσει την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης του (υπο)φακέλου των οικονομικών προσφορών.γ) Μετά την ολοκλήρωση της

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

αξιολόγησης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στηνειδική πρόσκληση οι φάκελοι όλων των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών.δ) Το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τις τεχνικές προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη και σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της παρούσας και συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή απόρριψή τους, την κατάταξη των προσφορών και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Το εν λόγω πρακτικό κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχήπρος έγκριση.[...] .Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων(«Δικαιολογητικά Συμμετοχής», «Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομική Προσφορά»),η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, μαζί με αντίγραφο των αντιστοίχων πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών των ως άνω σταδίων..Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας [...]

21. 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.

22. Επειδή έχει κριθεί από τη νομολογία ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012).

23. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα «*****» πρέπει να απορριφθεί διότι στο ΤΕΥΔ δεν έχει δηλώσει ISO, η υπεύθυνη δήλωση περί ανεπιφυλάκτης αποδοχής των όρων της διακήρυξης είναι ελλιπής, στην τεχνική προσφορά δεν αναλύεται η συμμόρφωση των προσφερόμενων ειδών με τις τεχνικές προδιαγραφές, από τα τεχνικά φυλλάδια δεν αποδεικνύεται η κάλυψη των τεχνικών προδιαγραφών, δεν έχουν υποβληθεί πιστοποιητικά ISO για την αντλία καθώς και υπεύθυνη δήλωση ακρίβειας εγγράφων. Η δε αναθέτουσα αρχή κατ' εφαρμογήν των αρχών της τυπικότητας, ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και αμεροληψίας δύναται να ελέγξει όλες τις προηγούμενες πράξεις των οργάνων της και πέραν του χρόνου κρίσης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών, ήτοι και κατά τη διαδικασία κατακύρωσης.

24. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με την υπ' αριθμ. 199/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν τα υπ' αριθμ. 1, 2, 3 και 4 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού περί ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος, ο οικονομικός φορέας «*****» κατετάγη δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας και ο προσφεύγων τρίτος. Η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 18.08.2020 προς όλους τους συμμετέχοντες, συμπεριλαμβανομένου του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων δεν αμφισβήτησε τη νομιμότητα της εν λόγω απόφασης δια της άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, ενώ έχει ήδη παρέλθει η σχετική προθεσμία για την άσκηση της. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 22, ανεπικαίρως και άρα

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

απαραδέκτως ο προσφεύγων προβάλλει το πρώτον και επ' ευκαιρία της έκδοσης της προσβαλλόμενης που αφορά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του διαγωνιζόμενου «*****», ως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής περί επανάκρισης προγενέστερων σταδίων του διαγωνισμού, καθώς τούτο ουδόλως αναιρεί την υποχρέωσή του περί επίκαιρης προβολής λόγων που αφορούν την κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, ήτοι κατά την έκδοση της υπ' αριθμ. ***** απόφασης και όχι της προσβαλλόμενης. Ομοίως, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τις αρχές της τυπικότητας, ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και αμεροληψίας ως προς τη δυνατότητα εκπρόθεσμου ελέγχου απόφασης που διαθέτει τεκμήριο νομιμότητας.

25. Επειδή, δοθέντος ότι ο προσφεύγων έχει καταστεί οριστικώς τρίτος στη σειρά μειοδοσίας στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 6, ο προσφεύγων άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς κατά του πρώτου σε σειρά μειοδοσίας και παρεμβαίνοντος.

26. Επειδή η ύπαρξη του άμεσου εννόμου συμφέροντος εξετάζεται όταν η διοικητική πράξη δεν απευθύνεται ευθέως προς τον αιτούντα δημιουργώντας για αυτόν συγκεκριμένες έννομες συνέπειες, από τον σύνδεσμο που υπάρχει μεταξύ των εννόμων αποτελεσμάτων των επερχομένων από την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη και του περιεχομένου μιας συγκεκριμένης νομικής καταστάσεως ή ιδιότητας στην οποία βρίσκεται ή την οποία έχει και επικαλείται ο αιτών (ΣΕ 3353/2013 Ολομ., 2856/1985 Ολομ., 2160/2014, 1615/2008, 5041/1997).

27. Επειδή, όπως έχει κριθεί δεν συντρέχει άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον διαγωνιζόμενου να προσβάλει την κατακύρωση του διαγωνισμού όταν η αποδοχή της αίτησης δεν άγει σε ανάδειξη του αιτούντος

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

ως μειοδότη, αλλά σε ανάδειξη ως μειοδότη του προτασσόμενου αυτού, δεύτερου κατά σειρά, διαγωνιζόμενου, καθώς σε αυτήν την περίπτωση το έννομο συμφέρον του αιτούντος εξαρτάται από γεγονότα μέλλοντα και αβέβαια, συγκεκριμένα από την έκδοση, μετά την τυχόν ευδοκίμηση της υπό κρίση αίτησης, πράξεων, με τις οποίες ο δεύτερος διαγωνιζόμενος θα αναδεικνύεται μειοδότης, στον οποία θα κατακυρώνεται ο διαγωνισμός (ΣΤΕ 638/2011). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον λόγοι, όταν η αποδοχή τους σε κάθε περίπτωση δεν άγει στην υπέρ του αιτούντος κατακύρωση του αποτελέσματος του ένδικου διαγωνισμού (ΣΤΕ 4307/2011, ΕΑ ΣΤΕ 206/2011, 436/2011 και 324/2006).

28. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που βάλει κατά της κατακύρωσης της σύμβασης στον παρεμβαίνοντα ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος από τον προσφεύγοντα και τούτο διότι, σύμφωνα με τον όρο 3.2 της διακήρυξης και το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, τυχόν απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσής του και συνακόλουθα της προσφοράς του παρεμβαίνοντος θα είχε ως αποτέλεσμα την κλήση προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και την μετέπειτα ανακήρυξη ως οριστικού αναδόχου του επόμενου κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα «*****», και, συνεπώς, δεν προκύπτει οποιαδήποτε ωφέλεια για τον προσφεύγοντα από την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Επομένως, η προδικαστική προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα εν συνόλω ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

29. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

30. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

31. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί του απαραδέκτου της προσφυγής, η δε εξέταση των ισχυρισμών περί του βασίμου της προσφυγής καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257),

Αριθμός απόφασης: 1357/2020

δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

32. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 30, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε την 27^η Οκτωβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ