

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 26 Σεπτεμβρίου με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.08.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1170/18.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «... - ...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ... - ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ...' ... /.../... ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν οι αρ. .../.../... .../05.08.2022 και .../.../... .../09.08.2022 αποφάσεις ... «... - ...»- .../Διεύθυνση .../Τμήμα ... (... ...) (εφεξής η «πρώτη προσβαλλομένη» και η «δεύτερη προσβαλλομένη»), καθ' ο μέρος απορρίφθηκε η προσφεύγουσα, αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό, κηρύχθηκε έκπτωτη και απορρίφθηκε το από 01.08.2022 αίτημά της να της επιστραφεί το ποσό των 5.860,35 ευρώ που αποδόθηκε στο ΜΤΣ από την κατάπτωση της με αρ. 71/14-7-2021 εγγυητικής επιστολής της για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ.

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

39/2017, ποσού 1.466,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 600,00€ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ποσού 866,00€ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ ποσού 293.017,70 €.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. .../2021 Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό με προσφυγή σε ανοικτή διαδικασία και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά που προσδιορίζεται αποκλειστικά βάσει της τιμής για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών σίτισης χρονικής διάρκειας ενενήντα (90) ημερών για τους πρόσφυγες και μετανάστες στο ... της στη θέση «... ..» με προϋπολογισμό 293.017,70€ χωρίς ΦΠΑ. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 24.02.2021 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε α/α συστήματος

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το ...'/.../... ... ΔΜ ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 18.08.2022 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 μέσω αποστολής αυτής με ηλεκτρονικό μήνυμα προς την ΕΑΔΗΣΥ, ισχυριζόμενη η προσφεύγουσα με το με ίδια ημερομηνία ηλεκτρονικό μήνυμά της ότι «...σας δηλώνω ότι είναι αδύνατη η υποβολή της μέσω ΕΣΗΔΗΣ, διότι ο διαγωνισμός είναι παλιός και είναι

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

"κλειδωμένος" στο σύστημα, με αποτέλεσμα να είναι τεχνικά αδύνατη η κατάθεση της μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Συνεπώς, η αποστολή της προς Εσάς με το προηγούμενο μείλ επέχει θέση κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής, και παρακαλώ για τις σχετικές νόμιμες ενέργειες Σας.». Εντούτοις, κατόπιν του υπ' αρ. ticket ερωτήματος που τέθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Κέντρου Εξυπηρέτησης για τις ηλεκτρονικές υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, ειδικότερα «εάν στις 18.08.2022 είχε πρόσβαση ο οικονομικός φορέας “.. ...-” στον διαγωνισμό με α/α συστήματος ...,3, και εάν μπορούσε να αποστείλει ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας “Επικοινωνία”», το ΕΣΗΔΗΣ/Γ.Γ.Π.Σ.Δ.Δ. στην από 26.09.2022 απάντησή του αναφέρει ότι «Ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας είχε αποκλειστεί από το διαγωνισμό ...,3 από τις 15/4/2021 όμως αυτό σημαίνει μόνο ότι δεν είχε πρόσβαση στις προσφορές των άλλων συμμετεχόντων. Στην επικοινωνία του διαγωνισμού είχε πρόσβαση».

5. Επειδή στις 23.08.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 1652/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή στις 29.08.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α649/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η οποία έκανε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και διέταξε την αναστολή των προσβαλλόμενων.

8. Επειδή στις 02.09.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις υπ' αρ. πρωτ. Φ.600.163/184/106171/Σ.7340/31.08.2022 απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε κοινοποίησε, ως όφειλε, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, στην προσφεύγουσα. Συναφώς, η

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

ανάρτηση αυτών στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού ομοίως δεν δύναται να εκληφθεί ως κοινοποίησή τους. Τούτο διότι, κατόπιν του υπ' αρ. ticket ... ερωτήματος που τέθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Κέντρου Εξυπηρέτησης για τις ηλεκτρονικές υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, ειδικότερα «*ποιοι είναι οι παραλήπτες σε περίπτωση που έγγραφο αναρτάται στο πεδίο "Σημειώσεις και συνημμένα" και στη στήλη "Κατηγορία" αναγράφεται "Sourcing-Εσωτερικό αρχείο"*», το ΕΣΗΔΗΣ/Γ.Γ.Π.Σ.Δ.Δ. στην από 26.09.2022 απάντησή του αναφέρει ότι «*Το sourcing εσωτερικό στοιχείο σημαίνει ότι το μήνυμα το λαμβάνουν μόνο οι εσωτερικοί χρήστες στους οποίους ο χειριστής του διαγωνισμού έχει δώσει σχετική πρόσβαση πχ χρήστες της αναθέτουσας, χρήστες από ΑΕΠΠ κλπ δηλαδή όχι οι χρήστες των οικονομικών φορέων*». Ως εκ τούτου, και προκειμένου να μην παραβιαστεί η εφαρμοστέα στην, ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ διαδικασία, αρχή της αντιμωλίας, οι ανωτέρω απόψεις δεν λαμβάνονται υπόψη για τον σχηματισμό της κρίσης του Κλιμακίου (πρβλ. ΔΕφΘεσσαλονίκης 160/2020, σκ. 12, ΔΕφΠειραιά 161/2019, σκ. 7).

9. Επειδή με την πρώτη προσβαλλομένη με θέμα «*Διαγωνισμοί- Συμβάσεις [Διαδικασία Σύναψης Σύμβασης και Υλοποίησης Παροχής Υπηρεσιών Σίτισης στη Θέση «... ..» (ΓΑΚ 851/22-04-2022, α/α ΕΣΗΔΗΣ ...)*», ελήφθησαν υπόψη, μεταξύ άλλων «*κβ. Το (ια) σχετικό με το οποίο κηρύχθηκε έκπτωτη η εταιρεία «... ..», για τους λόγους που αναφέρθηκαν σε αυτό και αναδείχθηκε η εταιρεία «... ..» ως προσωρινός μειοδότης. κγ. Την από 22 Ιουλ 22 Απόφαση Σ. 1093/2022 της ΑΕΠΠ με την οποία διατάχθηκε η ακύρωση της Φ.600.163/36139/Σ.2244/13 Απρ 21/Γ'ΣΣ/Β2 για τους λόγους που καταγράφονται στην ως άνω Απόφαση. κδ. Το γεγονός ότι ο φάκελος των ανωτέρω δικαιολογητικών του οικονομικού φορέα «... .. –», βρέθηκε εκ νέου ελλιπής, για τους λόγους κατά περίπτωση, όπως παρακάτω: ...» και αποφασίστηκε «*α. Η ακύρωση οίκοθεν της Φ.600.163/113/36139/Σ.2244/13 Απρ 21/Γ'ΣΣ/Β2 σε συμμόρφωση με την από 22 Ιουλ 22 Απόφαση Σ. 1093/2022 της ΑΕΠΠ. β. Η αποδοχή της εισήγησης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, όπως αυτή αποτυπώθηκε στη (ι) Εισηγητική Έκθεση, αναλόγως διαμορφωμένη με τις επισημάνσεις της**

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

από 22 Ιουλ 22 Απόφασης Σ. 1093/2022 της ΑΕΠΠ. γ. Η κήρυξη ως εκπτώτου του προσωρινού αναδόχου «..., ... -», για τους λόγους που αναφέρθηκαν στην υποπαράγραφο 1κδ. δ. Την ανάδειξη της εταιρείας ως προσωρινού μειοδότη...». Με τη δε δεύτερη προσβαλλομένη, με την οποία απαντήθηκε η από 29.07.2022 αίτηση της προσφεύγουσας, αποφασίστηκε ότι «εξακολουθούν να υφίστανται λόγοι, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην παράγραφο 3.2.7 της διακήρυξης και του (β) σχετικού, για τους οποίους με το (στ) όμοιο κατέπεσε υπέρ του Δημοσίου η εγγυητική επιστολή, συνολικού ποσού ύψους πέντε χιλιάδων οκτακοσίων εξήντα ευρώ και τριάντα πέντε λεπτών (5.860,35€) η οποία εκδόθηκε στο όνομα της εταιρείας «..., ... -»».

10. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με εσφαλμένη αιτιολογία κρίθηκε ότι κατέθεσε ελλιπή δικαιολογητικά κατακύρωσης και πως κατέθεσε όλα τα προβλεπόμενα στον νόμο και τη Διακήρυξη δικαιολογητικά και δεν υποχρεούνταν να καταθέσει τα επιπλέον δικαιολογητικά για τα οποία αποκλείστηκε. Ειδικότερα, παραθέτει το άρ. 3.2 της Διακήρυξης και ισχυρίζεται πως ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής όλα τα δικαιολογητικά έγγραφα που αναφέρονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής και, μεταξύ άλλων, πως, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 3.2 της Διακήρυξης, μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει τον προσωρινό ανάδοχο εφόσον δεν υπέβαλε στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης, όχι όμως και όταν ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε μεν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, πλην όμως εντοπίζεται κάποιο τυπικό σφάλμα σε κάποιο δικαιολογητικό, τουλάχιστον χωρίς να κληθεί ο εν λόγω οικονομικός φορέας προηγουμένως σε παροχή διευκρινίσεων. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως στην υπό κρίση περίπτωση, με την υπ' αριθμ.

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

Φ.600.163/94/33536/Σ.1749/24 Μαρ 21/Γ'ΣΣ/Β2 Απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης και προσεκλήθη να υποβάλει εντός της νόμιμης 10ημερης προθεσμίας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και πως υπέβαλε νομότυπα και εμπρόθεσμα ενώπιον της αναθέτουσας αρχής όλα τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και στο άρθρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης του Διαγωνισμού δικαιολογητικά κατακύρωσης, τόσο για την ίδια όσο και τους τρίτους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, δηλαδή την εταιρία «... ..» και τον οικονομικό φορέα «... ..», ωστόσο, με την προσβαλλόμενη την .../.../... .../05.08.2022 απόφαση, και συναφώς με την .../.../... .../09.08.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η τελευταία, αφού προέβη σε εκ νέου αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας, βρήκε αυτά «εκ νέου ελλιπή», και ως εκ τούτου απέκλεισε άνευ ετέρου την προσφορά της, χωρίς ποτέ να την καλέσει να συμπληρώσει τις όποιες κατά την κρίση της ελλείψεις, υποστηρίζει δε πως η αιτιολογία στην οποία βασίστηκε ο αποκλεισμός της είναι απολύτως εσφαλμένη, διότι τα έγγραφα που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ότι δήθεν παρέλειψε να προσκομίσει δεν περιλαμβάνονται στα υποχρεωτικώς προσκομιζόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης του άρθρου 2.2.9.2. της Διακήρυξης. Ως προς την πρώτη επικαλούμενη έλλειψη περί της μη προσκόμισης άδειας λειτουργίας της εταιρίας, στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται, παραθέτει το αρ. 2.2.9.2 της Διακήρυξης και υποστηρίζει ότι όσον αφορά την εταιρία ..., στις ικανότητες της οποίας θα στηριχθεί η προσφεύγουσα, ήδη κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς της, προσκόμισε την αρ. πρωτ. .../8-8-2019 άδεια ΕΦΕΤ (Διεύθυνση Ασφάλειας Τροφίμων- Τμήμα Κρέατος & Αλιευμάτων) με θέμα «Χορήγηση πλήρους έγκρισης εγκατάστασης», διά της οποίας χορηγήθηκε σε αυτήν «πλήρης έγκριση της εγκατάστασης παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering) της ανωτέρω επιχείρησης», η οποία είναι σε ισχύ μέχρι σήμερα, συνεπώς, υποστηρίζει ότι απέδειξε πως η εταιρία ... έχει όχι μόνο άδεια λειτουργίας, αλλά άδεια πλήρους έγκρισης εγκατάστασης με σκοπό την παροχή υπηρεσιών σίτισης και άρα υπερκαλύφθηκε η απαίτηση προσκόμισης άδειας λειτουργίας για την παροχή υπηρεσιών σίτισης, επίσης, αναφέρει ότι

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προσκόμισε την από 7-10-2019 ανακοίνωση καταχώρισης στο ΓΕΜΗ, και το αρ.πρωτ. .../29-3-2021 Πιστοποιητικό του Επαγγελματικού Επιμελητηρίου Θεσσαλονίκης, στα οποία βεβαιώνεται ότι η εταιρία ... είναι εγγεγραμμένη στο εν λόγω Επιμελητήριο με κύρια δραστηριότητα ... Υπηρεσίες τροφοδοσίας εκδηλώσεων (catering), και άλλες δραστηριότητες ... Υπηρεσίες παροχής γευμάτων με πλήρη εξυπηρέτηση εστιατορίου και ... Άλλες υπηρεσίες παροχής γευμάτων καθώς και την από 23-8-2017 ανακοίνωση σύστασης της εν λόγω εταιρίας προς το αρμόδιο Περιφερειακό Τμήμα του ΟΑΕΕ, και την από 23-8-2017 βεβαίωση του Επαγγελματικού Επιμελητηρίου, από τα οποία υποστηρίζει πως επίσης προκύπτει ότι η εταιρία ... έχει άδεια να λειτουργεί με σκοπό την παροχή υπηρεσιών σίτισης. Επί της δεύτερης επικαλούμενης έλλειψης περί μη προσκόμισης του τρόπου παρασκευής- συσκευασίας-συντήρησης-φόρτωσης- διανομής των γευμάτων από τις εταιρίες και στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, παραθέτει το άρ. 2.2.9.2 της Διακήρυξης και υποστηρίζει ότι σε συμμόρφωση με τη σχετική απαίτηση προσκόμισε αρχείο με τίτλο «Σύντομη περιγραφή και φωτογραφίες σημείων τρόπου παρασκευής, συσκευασίας, συντήρησης, φόρτωσης και διανομής», στο οποίο περιγράφεται ο τρόπος παρασκευής, συσκευασίας, συντήρησης, φόρτωσης και διανομής των γευμάτων που θα προετοιμάζονται, με επισύναψη και του αντίστοιχου φωτογραφικού υλικού, υποστηρίζοντας πως το εν λόγω έγγραφο είναι κοινό για την προσφεύγουσα και για τις τρίτες εταιρίες στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, διότι ο τρόπος παρασκευής, συσκευασίας, συντήρησης, φόρτωσης και διανομής των γευμάτων θα είναι ενιαίος και θα γίνεται σε κάθε περίπτωση υπό την επίβλεψη της εταιρίας της, ασχέτως του ότι θα στηρίζεται στις ικανότητες των τρίτων φορέων και πως θα ήταν προβληματικό να προσκόμιζε αυτοτελείς περιγραφές του τρόπου προετοιμασίας των γευμάτων, δηλαδή ουσιαστικού του τρόπου εκτέλεσης των υπηρεσιών της σύμβασης, για τις τρίτες εταιρίες στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, διότι οι τελευταίες δεν είναι εργολάβοι ή υπεργολάβοι, αλλά «δανείζοντες εμπειρία», και άρα υπεύθυνη να οργανώνει και να εκτελεί την παραγωγή, προετοιμασία και διανομή των γευμάτων παραμένει σε κάθε

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

περίπτωση η προσφεύγουσα ως ανάδοχος, συνεπώς ισχυρίζεται πως δεν θα είχε κανένα νόημα να προσκομίσει 3 φορές (1 για την προσφεύγουσα, 1 για την εταιρία ... και 1 για την εταιρία ...) το ίδιο έγγραφο με το ίδιο περιεχόμενο, καθότι ο τρόπος παρασκευής, συσκευασίας, συντήρησης, φόρτωσης και διανομής των γευμάτων είναι ενιαίος (και ούτε θα μπορούσε να είναι διαφορετικά), σύμφωνα με τα περιγραφόμενα στο έγγραφο που προσκόμισε.

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής που αφορά στην παράβαση της διάταξης του άρ. 103 του Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή, παραθέτει το ως άνω άρθρο και υποστηρίζει ότι, σύμφωνα με τη διάταξη αυτού, όπως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4782/2021 και ισχύει, αν διαπιστωθεί οποιαδήποτε έλλειψη στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε ο προσωρινός ανάδοχος, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τον καλέσει να συμπληρώσει τις ελλείψεις εντός ορισμένης προθεσμίας, και μόνο αν δεν ανταποκριθεί, τον αποκλείει από τον διαγωνισμό και πως, κατά την παρ. 3 άρθρου 142 του Ν. 4782/2021, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 22 Ν.4903/2022, ΦΕΚ Α 46, η ισχύς της τροποποιημένης διάταξης του άρθρου 103 Ν. 4412/2016 (και άρα η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλεί τον ανάδοχο να συμπληρώνει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης) αρχίζει από την 1η.6.2021, και εφαρμόζεται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1η.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά, επομένως υποστηρίζει πως καταλαμβάνει και την παρούσα εκκρεμή κατά την 01.06.2021 διαδικασία. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ακόμα κι αν ήθελε κριθεί ότι υπήρχε κάποια έλλειψη στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε (το οποίο πάντως ισχυρίζεται πως δεν είναι αληθές), στη χειρίστη των περιπτώσεων, η αναθέτουσα αρχή θα όφειλε να την καλέσει να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, παραθέτει δε απόσπασμα της υπ' αρ. Σ1093/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ που εκδόθηκε *ad hoc* επί του ίδιου διαγωνισμού καθώς και της υπ' αρ. ΣΤΕ 37/2021 απόφασης. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται πως η αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

αρχή με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της, αφού προέβη σε «εκ νέου» αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας και βρήκε αυτά «εκ νέου» ελλιπή, απέκλεισε αυτήν εξαιτίας της υποβολής ελλιπών δικαιολογητικών κατακύρωσης, χωρίς ποτέ να την καλέσει να συμπληρώσει τυχόν διαπιστωθείσες ελλείψεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης κατ' άρθρο 103 Ν. 4412/2016 και πως η προσβαλλομένη προδήλως παράνομη, καθ' ο μέρος η αναθέτουσα αρχή παρέβη την προβλεπόμενη στο άρθρο 103 Ν. 4412/2016 υποχρέωσή της να καλέσει την προσφεύγουσα να συμπληρώσει τυχόν ελλείψεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να εκδώσει πράξη συμμόρφωσης με την προαναφερθείσα απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, ήτοι πράξη με την οποία να καλεί την προσφεύγουσα να συμπληρώσει τις διαπιστωθείσες ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως όφειλε να πράξει και πως, αντίθετα, εξέδωσε την .../.../... .../05.08. και συναφώς την .../.../... .../09.08.2022 απόφαση, με τις οποίες υποστηρίζει ότι εξέφερε νέα κρίση, και συγκεκριμένα προέβη σε εκ νέου αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης όπως προκύπτει με σαφήνεια από το λεκτικό της .../.../... .../05.08.2022 απόφασης «...το γεγονός ότι ο φάκελος των ανωτέρω δικαιολογητικών του οικονομικού φορέα ..., «.....-..... ...», βρέθηκε εκ νέου ελλιπής» και πως, και η νέα αυτή κρίση της είναι προδήλως πλημμελής, διότι κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 103 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα, δεν κάλεσε την προσφεύγουσα να συμπληρώσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ως είχε υποχρέωση, συναφώς υποστηρίζει πως προδήλως παράνομα και εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή με την .../.../... .../09.08.2022 απόφαση απέρριψε το αίτημά της για επιστροφή του ποσού της εγγυητικής επιστολής της που εσφαλμένα κατέπεσε, διότι υποστηρίζει πως η έκπτωσή της είναι προδήλως παράνομη και δεν συντρέχει νόμιμος λόγος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 362, παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «*Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται*

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ.».

Συναφώς, στο άρ. 8 του π.δ. 39/2017 προβλέπεται ότι «3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η οποία πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής.».

Το δε άρ. 36 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ, εξαιρουμένης της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων που προβλέπονται στο άρθρο 128, περί ανάθεσης εξειδικευμένων υπηρεσιών (σύμβουλοι, εμπειρογνώμονες) για τη μελέτη και εκτέλεση συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων παραχώρησης έργων. ... 3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Υποδομών και Μεταφορών, Ψηφιακής Διακυβέρνησης και Οικονομικών ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν στην ανάθεση και εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών σχετικά με: α) τον προσδιορισμό του περιεχομένου, των κανόνων και λεπτομερειών χρήσης των επιμέρους εργαλείων του ΕΣΗΔΗΣ, όπως της διαδικτυακής διαχείρισης αιτημάτων και πληροφοριών, της χρήσης προτύπων και υποδειγμάτων, της ηλεκτρονικής

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

κοινοποίησης, της διαδικασίας ηλεκτρονικής σύναψης των δημόσιων συμβάσεων που συνάπτονται, των ηλεκτρονικών καταλόγων, των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών, των δυναμικών συστημάτων αγορών, των ηλεκτρονικών παραγγελιών, της ηλεκτρονικής τιμολόγησης, των ηλεκτρονικών πληρωμών, β) τους όρους και τις προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τον τύπο και το περιεχόμενό τους, τον προσδιορισμό του χρόνου αποστολής ή παραλαβής και τον υπολογισμό των προθεσμιών, τα τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και χορήγησης αντιγράφων...». Ακόμα, σύμφωνα με το άρ. 4.3 «Προδικαστικές Προσφυγές ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών/Προσωρινή δικαστική προστασία» της Διακήρυξης «Η προδικαστική προσφυγή, συντάσσεται υποχρεωτικά με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 και, κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ηλεκτρονική περιοχή του συγκεκριμένου διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος προς την Αναθέτουσα Αρχή, επιλέγοντας την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» σύμφωνα με άρθρο 15 της ΚΥΑ ΕΣΗΔΗΣ-Δημόσια Έργα.». Σύμφωνα δε με το άρ. 15 της υπ' αρ. .../25.06.2021 ΚΥΑ «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)», «Οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 (Α' 147) κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Δημόσια Έργα, στην ηλεκτρονική περιοχή του διαγωνισμού, επιλέγοντας την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας τα σχετικά έγγραφα και ιδίως το τυποποιημένο έντυπο του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 (Α' 64), σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο υποβάλλεται και γίνεται αποδεκτό σύμφωνα με τις περ. β ή δ της παρ. 1.2.1 του άρθρου 12 της παρούσας.».

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

13. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προεκτέθηκε, η προσφεύγουσα προέβη σε άσκηση της προσφυγής της μόνο μέσω υποβολής ηλεκτρονικού μηνύματος προς την ΕΑΔΗΣΥ, ουδόλως δε, κατά τα ως άνω, ίδια δε κατ' άρ. 8, παρ. 4 του π.δ. 39/2017 έγινε επίκληση στην υπό κρίση προσφυγή περίπτωσης τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), πιστοποιημένης από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, ούτε έγινε επίκληση κάποιας σχετικής ανακοίνωσης, αλλά, με το από 18.08.2022 ηλεκτρονικό μήνυμα της προσφεύγουσας, η τελευταία ισχυρίσθηκε ότι *«είναι αδύνατη η υποβολή της μέσω ΕΣΗΔΗΣ, διότι ο διαγωνισμός είναι παλιός και είναι "κλειδωμένος" στο σύστημα, με αποτέλεσμα να είναι τεχνικά αδύνατη η κατάθεση της μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Συνεπώς, η αποστολή της προς Εσάς με το προηγούμενο μείλ επέχει θέση κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής, και παρακαλώ για τις σχετικές νόμιμες ενέργειες Σας.»*. Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός, όπως προεκτέθηκε, διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, έχει δε λάβει τον συστημικό α/α ...,3. Εντούτοις, όπως προεκτέθηκε, κατόπιν του υπ' άρ. ticket ... ερωτήματος που τέθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Κέντρου Εξυπηρέτησης για τις ηλεκτρονικές υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, ειδικότερα *«εάν στις 18.08.2022 είχε πρόσβαση ο οικονομικός φορέας "... ...-" στον διαγωνισμό με α/α συστήματος ...,3, και εάν μπορούσε να αποστείλει ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας "Επικοινωνία"»*, το ΕΣΗΔΗΣ/Γ.Γ.Π.Σ.Δ.Δ. στην από 26.09.2022 απάντησή του αναφέρει ότι *«Ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας είχε αποκλειστεί από το διαγωνισμό ...,3 από τις 15/4/2021 όμως αυτό σημαίνει μόνο ότι δεν είχε πρόσβαση στις προσφορές των άλλων συμμετεχόντων. Στην επικοινωνία του διαγωνισμού είχε πρόσβαση»*. Συνεπώς, για τον λόγο αυτό, μόνου του αρκούντος για την απόρριψη της προσφυγής, απαραδέκτως ασκήθηκε η προσφυγή με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ, χωρίς υποβολή της μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, διαδικασία που αποτελεί ουσιώδη τύπο κατάθεσης και παραδεκτού,

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

ο οποίος δεν τηρήθηκε (βλ. ΑΕΠΠ 1243/2020, 1392/2019, σκ. 3, 1304/2019, σκ. 4).

14. Επειδή, ο τρόπος άσκησης της προσφυγής προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε, εν πάση περιπτώσει, ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (πρβλ. ΣτΕ 27/2015, ΔΕφΑΘ 269/2018). Η δε προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση της προσφεύγουσας από την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ και την εκ μέρους της τελευταίας «διόρθωση» της «τυπικής προϋπόθεσης παραδεκτού», αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της ισότητας (βλ. ΣτΕ 935/2017, σχετικές αποφάσεις ΑΕΠΠ 52, 72, 40, 155, 178/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρ. 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των διοικητικών οργάνων.

15. Επειδή, ο τρόπος άσκησης της προσφυγής κατά περίπτωση είναι ξεκάθαρος και στηρίζεται στη σαφή διάταξη του άρθ. 362 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 8 του π.δ. 39/2017 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27,29,235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013), ως, επίσης, σαφής είναι από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο, οπότε παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, 7 C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 111).

16. Επειδή, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣτΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128, 3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως οιονεί «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου.

17. Επειδή η αρχή της ισότητας (βλ.ΣτΕ 935/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των διοικητικών οργάνων, επιβάλλει την ομοιόμορφη εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας σε όλους τους διοικούμενους.

18. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

19. Επειδή, ακόμα και στην περίπτωση που θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα δεν είχε πρόσβαση στον υπόψη διαγωνισμό κατά το χρόνο άσκησης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, όπως αναφερόταν και στην υπ' αρ. Σ1093/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ που εξεδόθη, λαμβάνοντας υπόψη και το αρ. 95 παρ. 5 του Συντάγματος, επί της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 851/22.04.2021 προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας, υπόθεση που αναπέμφθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ δυνάμει της υπ' αρ. Α327/2022 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Τμήμα Γ), «...η Σύμβαση επί της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας υπεγράφη στις 01.09.2021, ήτοι προ της κατάθεσης της αίτησης ακύρωσης, συζήτησης και έκδοσης της απόφασης περί αναπομπής στην ΕΑΔΗΣΥ.» (σκ. 14). Ειδικότερα, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει ότι η επίμαχη σύμβαση υπεγράφη την 01.09.2021 μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα «... ..», την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 02.09.2021 προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, την ίδια δε ημέρα κοινοποίησε ομοίως μέσω ΕΣΗΔΗΣ η προσφεύγουσα την υπ' αρ. ΑΚ260/2021 αίτηση ακύρωσης που άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, επί της οποίας εξεδόθη η ως άνω απόφαση. Επομένως, όπως εκτέθηκε και στην υπ' αρ. Σ1093/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ (σκ. 14), η σύμβαση επί της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας υπεγράφη την 01.09.2021, ήτοι προ της κατάθεσης της αίτησης ακύρωσης, συζήτησης και έκδοσης της απόφασης περί αναπομπής στην

Αριθμός απόφασης : 1450/2022

ΕΑΔΗΣΥ, πολλώ δε μάλλον προ της κατάθεσης και συζήτησης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Συναφώς, σύμφωνα με το άρ. 2ο της ως άνω σύμβασης «*Η ισχύς της σύμβασης άρχεται από την 6 Σεπτεμβρίου 2021 και διαρκεί 90 ημέρες (6 Σεπ έως και 4 Δεκ 21)*», ήτοι η εν λόγω σύμβαση έχει ολοκληρωθεί. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω, και επικουρικά με τα κριθέντα στην υπ' αρ. 13 σκέψη της παρούσας, απαραδέκτως ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθότι αφορά σε διαγωνισμό για τον οποίο έχει υπογραφεί και εκτελεστεί η σχετική σύμβαση προ της κατάθεσης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

20. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και τα παράβολα να καταπέσουν.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση των κατατεθέντων παραβόλων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 26.09.2022 και εκδόθηκε στις 06.10.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ