

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1664/17.11.2020 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. 274/20.10.2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί ανάκλησης της υπ' αριθμ. 178/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής ως προς το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος, έγκρισης του από 8.10.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανακήρυξης 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 απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του, κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανακήρυσσεται ο τελευταίος προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει 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

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το 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 2.488 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 16.11.2020 πληρωμή στην ... 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 497.600,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για τη νέα αρχιτεκτονική τεχνολογιών πληροφορικής και επικοινωνιών στο ...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 617.024,00€ ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 10.03.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 13.03.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ... .

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

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 16.11.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 4.11.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον 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 άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή την 17.11.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τον παρεμβαίνοντα, 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.

7. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1965/2020 και 2169/2020 Πράξεις της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 26.11.2020 ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2096/2020 παρέμβασή του, η οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 30.11.2020 στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις

## **Αριθμός απόφασης: 1700/2020**

της επί της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή στις 11.12.2020 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 18.12.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο. Ωστόσο, δεδομένου ότι δεν προβλέπεται στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού η υποβολή υπομνήματος προς αντίκρουση της παρέμβασης, το ως άνω υπόμνημα κατά το σκέλος που στρέφεται κατά της παρέμβασης ασκείται απαραδέκτως και δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> 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 δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 168775 και 171050 προσφορές τους αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. 178/21.07.2020 απόφαση η αναθέτουσα αρχή, αποδεχόμενη το από 13.07.2020 Πρακτικό της Επιτροπή Διαγωνισμού, έκρινε ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές αμφοτέρων των συμμετεχόντων πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης και του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών και ανακήρυξε τον προσφεύγοντα προσωρινό ανάδοχο, ο δε παρεμβαίνων αναδείχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Κατά της ως άνω απόφασης ο παρεμβαίνων άσκησε τη με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1100/11.08.2020 προδικαστική προσφυγή η οποία έγινε αποδεκτή με την υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

προσφεύγοντος. Κατά της εν λόγω απόφασης της ΑΕΠΠ ο προσφεύγων άσκησε τη με αριθμ. καταχώρησης ΑΚ 329/23.10.2020 αίτηση ακύρωσης, η δικάσιμος της οποίας δεν έχει προσδιοριστεί μέχρι σήμερα.

13. Επειδή, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση σύμφωνα με την οποία « [...] α) Ανακαλεί την αρ. 178/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής ως προς το μέρος με το οποίο γίνεται έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρίας με δ.τ. ... και αναδείχτηκε προσωρινή ανάδοχος στον ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό προμήθειας και εγκατάσταση εξοπλισμού για την νέα Αρχιτεκτονική Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών στον ..., για τους λόγους που αναφέρονται στην αρ. 1206/2020 απόφαση του 6ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

Β) Εγκρίνει το από 08.10.2020 πρακτικό με το οποίο τροποποιείται το από 13.07.2020 πρακτικό γνωμοδότησης, ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας ..., στον προαναφερόμενο διαγωνισμό, μετά την κοινοποίηση της αρ. 1206/2020 απόφασης του 6ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, με την οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της εταιρείας ..., κατά της αρ. 178/21.07.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής.

Γ) Απορρίπτει την τεχνική προσφορά της εταιρείας ..., για τους λόγους που αναλύονται στην αρ. 1206/2020 απόφασή του 6ου κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

Δ) Ορίζει την εταιρία ... ως προσωρινή ανάδοχο του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού της προμήθειας και εγκατάστασης εξοπλισμού για την νέα Αρχιτεκτονική Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών στον ..., με προσφερόμενη τιμή 605.119,90€, γιατί η προσφορά της ήταν σύμφωνη με του όρους της διακήρυξης, του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών. Κατά τα λοιπά ισχύει η αρ. 178/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής». Όπως δε ειδικότερα αναφέρεται στο από 8.10.2020 Πρακτικό της Επιτροπής

## **Αριθμός απόφασης: 1700/2020**

Διαγωνισμού « [...] Κατά της αρ.178/21.07.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής η εταιρία ... κατέθεσε στις 18.09.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1100/11.08.2020. Το 6<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) εξέτασε την ανωτέρω προσφυγή και με την αρ. 1206/2020 απόφασή της κάνει δεκτή την υπό εξέταση προσφυγή, απορρίπτει την παρέμβαση της εταιρίας ...

Σύμφωνα με το σκεπτικό της αρ. 1206/2020 απόφασή της ΑΕΠΠ η εταιρεία ... προσφέρει το μοντέλο εξυπηρετητών ... του κατασκευαστικού οίκου ... . Στον δε υποβληθέντα, σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος III της διακήρυξης, Πίνακα Συμμόρφωσης, ως προς την απαίτηση υποβολής πιστοποιητικού ENERGY STAR δίδεται παραπομπή στο αρχείο Τεχνικό Φυλλάδιο 1.1.8. Ωστόσο, στα εν λόγω αρχεία δεν έχει περιληφθεί πιστοποιητικό ENERGY STAR των προσφερόμενων εξυπηρετητών, αλλά στη σελ. 3 παραπέμπει για περισσότερες πληροφορίες στον ιστότοπο EU: <http://www.eu-energystar.org/db-currentlists.htm> στο οποίο αναφέρεται ότι το μοντέλο εξυπηρετητών ... είναι πιστοποιημένο με ENERGY STAR. Συνεπώς, το ως άνω τεχνικό φυλλάδιο δεν συνιστά το απαιτούμενο από τη διακήρυξη πιστοποιητικό ENERGY STAR, καθώς ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη η πλήρωση της τεχνικής προδιαγραφής περί πιστοποίησης των εξυπηρετητών κατά ENERGY STAR αποδεικνύεται δια της κατάθεσης αυτού τούτου του σχετικού πιστοποιητικού. Αβασίμως η εταιρία ... ισχυρίζεται ότι εν γένει δεν χορηγείται πιστοποιητικό ENERGY STAR αλλά χορηγείται μόνον αναφορά επιβεβαίωσης, καθώς η εταιρία ..., ο οποίος σημειωτέον προσφέρει το ίδιο μοντέλο εξυπηρετητών ... του κατασκευαστικού οίκου ... έχει προσκομίσει το επίμαχο πιστοποιητικό. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός προβάλλεται και ανεπικαίρως διότι εμμέσως στρέφεται κατά ρητού όρου της διακήρυξης. Επίσης, αλυσιτελώς η εταιρεία ... προβάλλει ότι η συμμόρφωση με το ENERGY STAR εξαρτάται από τη σύνθεση του εξυπηρετητή και δεν ισχύει καθολικά για το εκάστοτε μοντέλο, αλλά και όλως αντιφατικώς, καθώς αναιρεί

## **Αριθμός απόφασης: 1700/2020**

την αιτίασή του ότι αποδεικνύει την πλήρωση της πιστοποίησης ENERGY STAR δια της παραπομπής στον ιστότοπο όπου αναφέρεται το προσφερόμενο από αυτόν μοντέλο και όχι η σύνθεση του εξυπηρετητή.

Σύμφωνα με τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με ανωτέρω, κατά δεσμία αρμοδιότητα, όφειλε να απορρίψει την προσφορά της εταιρίας ... λόγω μη υποβολής του απαιτούμενου πιστοποιητικού ENERGY STAR και ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

Η ΕΔΔ έχοντας υπόψη της τα ανωτέρω γνωμοδοτεί

Α)για την τροποποίηση του από 21.05.2020 πρακτικού, με ημερομηνίας ολοκλήρωσης 13.07.2020, ως προς το σκέλος με το οποίο έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρείας ...

Β)για την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας... , σύμφωνα με το σκεπτικό τη αρ. 1206/2020 απόφασή του Δουκλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών

Γ)για την ανάδειξη της εταιρίας ... ως προσωρινή ανάδοχο της προμήθειας και εγκατάστασης εξοπλισμού για την νέα Αρχιτεκτονική Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών στον ..., με προσφερόμενη τιμή 605.119,90€, γιατί η προσφορά της ήταν σύμφωνη με του όρους της διακήρυξης, του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών. Κατά τα λοιπά ισχύει το από 21.05.2020 πρακτικό, με ημερομηνίας ολοκλήρωσης 13.07.2020».

14. Επειδή, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230). Περαιτέρω, σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ (C-355/15, *Bietergemeinschaft*, σκ. 34-35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665 διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που κυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής, ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή» (ΕΑ ΣΤΕ 106/2018). Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (ΕΑ ΣΤΕ 30/2019) οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραιτήσεως από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 144/2018), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην, όμως, ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής αιτήσεως ακυρώσεως του αποφάσεως, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου.



## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

Ενόψει των ανωτέρω, εφόσον ο προσφεύγων έχει αμφισβητήσει την υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε ακυρωτέα η υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής δια της με αριθμ. καταχώρησης ΑΚ 329/23.10.2020 αίτηση ακύρωσης, δεν έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς και άρα καταρχήν, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

15. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] 1.ΠΑΡΑ ΤΟΝ ΝΟΜΟ ΕΓΙΝΕ ΑΠΟΔΕΚΤΗ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...», ΔΙΟΤΙ ΔΕΝ ΥΠΕΒΑΛΕ ΕΕΕΣ ΓΙΑ ΤΜΗΜΑΤΑ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΤΑ ΟΠΟΙΑ ΔΕΝ ΠΡΟΣΦΕΡΕΙ ΑΛΛΑ ΔΑΝΕΙΖΕΤΑΙ ΕΜΠΕΙΡΙΑ:

Σύμφωνα με τις απόψεις που κατέθεσε η αναθέτουσα αρχή ενώπιον της ΑΕΠΠ για την προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «...» (ΑΕΠΠ 1206/2020)(σελ. 4): «Εξάλλου ο ίδιος ο προσφεύγων Οικονομικός Φορέας «...», ενώ στο ΕΕΕΣ που έχει υποβάλει, δηλώνει την στήριξη σε άλλη οντότητα δηλαδή την εταιρεία «...», η οποία της δανείζει πιστοποιημένο μηχανικό για την ομάδα έργου (μέρος II, ενότητα Γ' –σελ. 4) και ορθώς υποβάλλεται το σχετικό ΕΕΕΣ,για τα υπόλοιπα στάδια υλοποίησης της προμήθειας (μηχανολογικές εγκαταστάσεις και εκπαίδευση μέσω σεμιναρίων), η Ε.Δ.Δ. έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά του, αν και δεν υποβλήθηκαν αντίστοιχα ΕΕΕΣ και μάλιστα ως προς την διεξαγωγή των σεμιναρίων όπου δηλώνει (αρχείο Τεχν. Προσφοράς –σελ. 89) ότι αυτά θα υλοποιηθούν από την εταιρεία «...» (ΔΙΑΚΡΙΤΙΚΟΣ ΤΙΤΛΟΣ: ...»), χωρίς η ίδια να έχει δεσμευθεί έναντί της, όπως έκανε με την ανταγωνίστρια εταιρεία «...»».Σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 14 της ΕΑΑΔΗΣΥ: «Τα βασικά στοιχεία του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, που

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

διαμορφώθηκε νομολογιακά πριν ακόμα αποτυπωθεί στις κοινοτικές οδηγίες, είναι: α) η αδυναμία του υποψήφιου οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, και η προσφυγή του σε δυνατότητες τρίτου φορέα (χρηματοδοτικές ή τεχνικές δυνατότητες) για την απόδειξη της καταλληλότητάς του και β) η υποχρέωση του υποψήφιου οικονομικού φορέα να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του πρώτου για την εκτέλεση της σύμβασης. Το τελευταίο σημείο, το οποίο αναδεικνύεται και ως το βασικό σημείο ενασχόλησης της νομολογίας, σημαίνει σε αδρές γραμμές ότι ναι μεν επιτρέπεται η επίκληση εμπειρίας ή και μέσων τρίτων, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, όμως η παροχή και η χρήση των ικανοτήτων αυτών πρέπει αφενός να αποδεικνύεται, αφετέρου να είναι απολύτως δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη, αλλά και επιπλέον να παρέχονται ικανές εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή ώστε λυσιτελώς να εξασφαλίζεται αυτή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του έργου ...». Συναφώς δε, προβλέπεται στην κατευθυντήρια οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα: «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» και ειδικά σε σχέση με την υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ από τους τρίτους δανείζοντες εμπειρία τους οικονομικούς φορείς ότι: «Διευκρινίζεται ότι, σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Δεδομένου ότι η στήριξη παρέχεται προκειμένου να ανταποκριθεί ο οικονομικός φορέας στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο Μέρος IV 36, συμπληρώνονται επιπρόσθετα και οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με το Μέρος IV και τυχόν το Μέρος V για κάθε έναν από τους φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Το σύνολο των

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, συνυποβάλλονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα εντός του φακέλου (φυσικού ή ηλεκτρονικού) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Το/α χωριστό/ά ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ θα πρέπει να είναι δεόντως συμπληρωμένο/α και υπογεγραμμένο/α από τον νόμιμο εκπρόσωπο του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79Α του ν.4412/2016. Εφόσον ο τρίτος φορέας είναι φυσικό πρόσωπο, το χωριστό ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ υπογράφεται μόνο από αυτόν». Προκύπτει συνεπώς ότι ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας δίνει τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς στηριζόμενοι στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ή οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια τρίτων, εφόσον αποδεικνύουν τη δέσμευση αυτών προς τούτο και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους λόγοι αποκλεισμού. Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ, επιτρέπεται η σώρευση των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, και ιδία ως προς τη σώρευση των δυνατοτήτων του λήπτη και του παρέχοντος τη χρηματοοικονομική δυνατότητα και δεν υποχρεούται να πληροί τα κριτήρια επιλογής αυτοτελώς έκαστος οικονομικός φορέας αλλά αρκεί να τα πληροί συνολικά η προσφορά, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται μόνο από έναν οικονομικό φορέα. Περαιτέρω, με τη διάταξη του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 προσδιορίζονται ρητά οι περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί την εκτέλεση της σύμβασης είτε από κοινού από τον προσφέροντα και τον δανείζοντα εμπειρία τρίτο φορέα, όταν η δανειζόμενη εμπειρία αφορά στην πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, είτε μόνον από τον προσφέροντα, όταν πρόκειται για την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων στις περιπτώσεις συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών. Με τις διατάξεις του άρθρου

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

307 του ν. 4412/2016 (βλ. και άρθρο 79 της οδηγίας 2014/25/EK) παρέχεται στους υποψηφίους αναδόχους η δυνατότητα να επικαλούνται, για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που καθορίζονται από τους αναθέτοντες φορείς και, κατ' επέκταση, για τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς, τις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων και, μάλιστα, ανεξαρτήτως της φύσης των δεσμών που τους συνδέουν με αυτούς. Για τη διασφάλιση, ωστόσο, της πραγματικής δυνατότητας και της ουσιαστικής δέσμευσης του τρίτου ότι θα παράσχει πράγματι στον υποψήφιο ανάδοχο τις δάνειες ικανότητες, στις οποίες στηρίζεται για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ο τελευταίος θα πρέπει να αποδεικνύει έναντι του αναθέτοντος φορέα, με την προσκόμιση κατάλληλων προς τούτο δικαιολογητικών και εγγράφων, όπως επί παραδείγματι σχετικών δηλώσεων δέσμευσης ή συμβάσεων συνεργασίας, ότι θα έχει στη διάθεσή του τα μέσα που ανήκουν στον τρίτο και τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης σε «κατάλληλο επίπεδο ποιότητας» (πρβλ. ΔΕΕ, απόφαση της 14.9.2017, CasertaneCostruzioniSrl, C-223/16 απόφαση της 2.6.2016, PippoPizzo, C-27/17 απόφαση της 7.4.2016, PartnerApelskiDariusz, C-324/14, απόφαση της 10.10.2013, SWMCostruzioni2 και MannocchiLuigino, C-94/12, απόφασής της 18.3.2004, υπόθεση C-314/01, SiemensAGÖsterreichκατά BietergemeinschaftEDS/ORGA, απόφαση της 2.12.1999, HolstItaliakaτά ComunedìCagliari, C-176/88, απόφαση της 14.4.1994, C-389/92, BallastNedamGroepIκαι απόφαση της 18.12.1997, C-5/97 BallastNedamGroepIIκ.ά.). Με τις ίδιες διατάξεις επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους η υποχρέωση να υποβάλουν, με τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής τους, αυτοτελές έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. και για τους τρίτους, προκειμένου, κατ' αυτόν τον τρόπο, να δηλώνεται υπεύθυνα, και για αυτούς, ότι πληρούν τις καθοριζόμενες από τη διακήρυξη προϋποθέσεις συμμετοχής και ότι συντρέχουν στο πρόσωπο αυτών ή των νομίμων εκπροσώπων τους λόγοι που θα επέβαλαν ή θα δικαιολογούσαν, κατά περίπτωση, τον αποκλεισμό τους από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

διαδικασία (σχετ. και ΕΑ ΣτΕ 114/2019). Όμως σε σχέση με την τεχνική προσφορά της «...» προκύπτει παράβαση και κατά δέσμια αρμοδιότητα απόρριψη ειδικά ως προς την ενότητα 4 του ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης (επί ποινή απόρριψης), όπως προκύπτει και από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. τις οποίες ανωτέρω παραθέσαμε.

Πιο συγκεκριμένα σύμφωνα με την ενότητα 4. ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ (σελ. 88), οι συμμετέχοντες οφείλουν να παρέχουν και: «Υπηρεσία εκπαίδευσης και πιστοποίησης Microsoft Certified System Administrator (MCSA) σε Microsoft Windows Server 2016 στην οποία να περιλαμβάνονται: - Επίσημο εκπαιδευτικό Υλικό Microsoft.-Εκπαίδευση 10 ημερών στα modules 20740, 20741 και 20742 σε επίσημο εκπαιδευτικό Κέντρο της Microsoft από επίσημο Microsoft Certified Trainer (MCT) με 20ετή εμπειρία και τιμητική διάκριση MVP.-Εξέταση στο καθένα από τα παραπάνω Modules για την απόκτηση της πιστοποίησης». Από την προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «...» δεν προκύπτει ότι συμμορφώνεται με την υποχρεωτική ως άνω απαίτηση της διεξαγωγής της εκπαίδευσης «σε επίσημο εκπαιδευτικό Κέντρο της Microsoft» και τούτο διότι ενώ δηλώνεται για το σκοπό αυτό το εκπαιδευτικό κέντρο ..., δεν έχει κατατεθεί ξεχωριστό ΕΕΕΣ για το κέντρο αυτό που είναι τρίτο σε σχέση με τη συμμετέχουσα εταιρεία (δάνεια εμπειρία) και τούτο διαπιστώνεται και από την αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της όπως ανωτέρω αναφέραμε. Και ενώ συνεπώς η προσφορά της εταιρείας μας κρίνεται σύννομη με την κατάθεση ξεχωριστού ΕΕΕΣ ειδικά για το απαιτούμενο επί ποινή απόρριψης επίσημο εκπαιδευτικό κέντρο, και ενώ για την ως άνω εταιρεία «...» διαπιστώνεται παράβαση για το λόγο αυτό, εν τέλει η αναθέτουσα αρχή δεν απορρίπτει με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις την προσφορά της «...» για το λόγο αυτό, και τούτο κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομολογίας και νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις. Ομοίως, και σύμφωνα με τη διακήρυξη, για τα τεχνικά έργα της ενότητας 2. Εργασίες Computer Room του Φύλλου Συμμόρφωσης της διακήρυξης (παράρτημα ΙΙΙ σελ. 78 –83),

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

οι συμμετέχοντες οφείλουν στην προσφορά τους να συμμορφωθούν με τα εξής: «ΟΜΑΔΑ 2. ΕΡΓΑΣΙΕΣ COMPUTER ROOM ΕΙΔΟΣ 2.1. Κτίριο της Τεχνικής Υπηρεσίας στο οποίο θα γίνουν: Καθαιρέσεις Καθαίρεση τοιχοποιίας για άνοιγμα πόρτας από το διάδρομο, αποκομιδή των προϊόντων της καθαίρεσης και Αποξήλωση Πυρανίχνευσης και φωτισμού με προσοχή 2. Μεταλλουργικά -Αλουμίνια -Υαλουργικά Μεταλλική ράμπα 1,00x1,00x0,30 με αντιολισθητική επιφάνεια για κάλυψη ανισοσταθμίας ψευδοπατώματος, Πυράντοχη θύρα 1,00x2,10 με ηλεκτρικό κυπρί και Πυράντοχη θύρα 1,00x2,10 με ηλεκτρικό κυπρί και μικρό κλειδί με μύλο 3. Επενδύσεις Πυράντοχη τοιχοποιία γυψοσανίδας 120 min περιμετρικά του χώρου του Data Room εμβαδού 40m<sup>2</sup>, Προμήθεια και τοποθέτηση ψευδοπατώματος εμβαδού 25μ<sup>2</sup>, Ψευδοροφή πυράντοχης γυψοσανίδας 30 min (SOS -ανάρτηση με μεταλλική κατασκευή δευτερεύοντος σκελετού -από πάνω έχει σχάρεςκαλωδίων και άλλες Η/Μ εγκαταστάσεις -δύσκολη ανάρτηση) εμβαδού 9μ<sup>2</sup>, Βαφή γυψοσανίδων (πλαστικό σπατουλαριστό) εμβαδού 49μ<sup>2</sup>, Κλείσιμο παραθύρου με πυράντοχη Γ/Σ και Κλείσιμο πόρτας με πυράντοχη Γ/Σ4. Ηλεκτρολογικά Ηλεκτρολογική εγκατάσταση D/R με πίνακα 4 σειρών, ανεξάρτητες γραμμές προς κάθε Rack -κατανάλωση, υποπεδίο UPS, παροχή και από γεννήτρια, φωτισμός ασφαλείας κλπ, Πυροφραγμοί διελεύσεων καλωδίων σωληνώσεων κλπ (4τμχ), Προμήθεια και τοποθέτηση τεσσάρων στεγανών φωτιστικών led, Προμήθεια και εγκατάσταση προεκτάσεων αεραγωγών εξαερισμού με fire dampers και το απαραίτητο δίκτυο αεραγωγών και στομίων ώστε να εξαερίζονται και οι δύο χώροι, Προμήθεια και εγκατάσταση 2τμχ split unit ισχύος 5 kW με 10μ δίκτυο σωληνώσεων της εταιρείας Daikin με δυνατότητα Winter Cooling, Auto Restart σε power down και πλήρωση με επιπλέον freon, Μεταφορά γραμμών UTP cat 6 από το παλιό Rack (στο παλιό D/R) στο νέο Rack (στο νέο D/R) με επαρκές ελεύθερο μήκος καλωδίων, Περιλαμβάνεται ο τερματισμός των καλωδίων στο patch panel όχι όμως οι αφαλοί και το patch panel. Ο αριθμός των γραμμών είναι κατ' εκτίμηση 150, Προμήθεια και τοποθέτηση 2τμχ πλήρων συστημάτων πυρόσβεσης και

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

ολικής κατάκλισης (φιάλες, πυροκροτητής, σωληνώσεις, ακροφύσια, ανιχνευτές, πίνακας κλπ) για χώρο UPS και χώρο D/R, Ανεμιστήρας in line, δίκτυο αεραγωγών, fire damper, κουτί και στόμιο για τον εξαερισμό του χώρου μετά την ολική κατάκλιση (2τμχ) και Καλωδίωση Access Control (καρταναγνώστες, κυπριά κλπ)5. ΕΓΓΥΗΣΗ σε όλα τα παραπάνω 36 μήνεςΕΙΔΟΣ 2.2. Εργασίες Computer Room-Δημαρχείο .... ΚαθαιρέσειςΚαθαίρεση τοιχοποιίας για άνοιγμα πόρτας από το διάδρομο, αποκομιδή των προϊόντων της καθαίρεσης και Αποξήλωση Πυρανίχνευσης και φωτισμού με προσοχή 3. Μεταλλουργικά -Αλουμίνια –Υαλουργικά Μεταλλική ράμπα 1,00x1,00x0,30 με αντιολισθητική επιφάνεια για κάλυψη ανισοσταθμίας ψευδοπατώματος και Πυράντοχη θύρα 1,00x2,10 με ηλεκτρικό κυπρί και μικρό κλειδί με μύλο 4. Επενδύσεις Πυράντοχη τοιχοποιία γυψοσανίδας 120 min περιμετρικά του χώρου του Data Room εμβαδού 40m<sup>2</sup>, Προμήθεια και τοποθέτηση ψευδοπατώματος εμβαδού 20μ<sup>2</sup>, Ψευδοροφή πυράντοχης γυψοσανίδας 30 min (SOS -ανάρτηση με μεταλλική κατασκευή δευτερεύοντος σκελετού -από πάνω έχει σχάρες καλωδίων και άλλες Η/Μ εγκαταστάσεις - δύσκολη ανάρτηση) εμβαδού 9μ<sup>2</sup>,Βαφή γυψοσανίδων (πλαστικό σπατουλαριστό) εμβαδού 40μ<sup>2</sup> και Κλείσιμο 2 παραθύρων με πυράντοχη Γ/Σ5. ΗλεκτρολογικάΗλεκτρολογική εγκατάσταση D/R με πίνακα 4 σειρών, ανεξάρτητες γραμμές προς κάθε Rack -κατανάλωση, υποπεδίο UPS, παροχή και από γεννήτρια, φωτισμός ασφαλείας κλπ, Πυροφραγμοί διελεύσεων καλωδίων σωληνώσεων κλπ (4τμχ), Προμήθεια και τοποθέτηση τεσσάρων στεγανών φωτιστικών led, Προμήθεια και εγκατάσταση προεκτάσεων αεραγωγών εξαερισμού με fire dampers και το απαραίτητο δίκτυο αεραγωγών και στομιών ώστε να εξαερίζονται ο χώρος, Προμήθεια και εγκατάσταση 1τμχ split unit ισχύος 5 kW με 10μ δίκτυο σωληνώσεων της εταιρείας Daikin με δυνατότητα Winter Cooling, Auto Restart σε power down και πλήρωση με επιπλέον freon, Μεταφορά γραμμών UTP cat 6 από το παλιό Rack (στο παλιό D/R) στο νέο Rack (στο νέο D/R) με επαρκές ελεύθερο μήκος καλωδίων, Περιλαμβάνεται ο τερματισμός των καλωδίων στο patch panel όχι όμως οι

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

αφαλοί και το *patch panel*. Ο αριθμός των γραμμών είναι κατ' εκτίμηση 150, Προμήθεια και τοποθέτηση 1τμχ πλήρων συστημάτων πυρόσβεσης και ολικής κατάκλισης (φιάλες, πυροκροτητής, σωληνώσεις, ακροφύσια, ανιχνευτές, πίνακας κλπ) για χώρο UPS και χώρο D/R, Ανεμιστήρας *in line*, δίκτυο αεραγωγών, *fire damper*, κουτί και στόμιο για τον εξαερισμό του χώρου μετά την ολική κατάκλιση (1τμχ) και Καλωδίωση Access Control (καρταναγνώστες, κυπριά κλπ). Όπως προκύπτει από την τεχνική προσφορά της εταιρείας «...» προκειμένου να συμμορφωθεί με τις ανωτέρω απαιτήσεις, και ενώ δεν προκύπτει ότι θα προσφέρει η ίδια τις ως άνω απαιτήσεις –εργασίες, οι οποίες σχετίζονται με κατασκευαστικές εργασίες σε κτήρια, διότι αυτό δεν προκύπτει από το σκοπό και τις δραστηριότητές της, δεν δηλώνει τρίτο οικονομικό φορέα ή υπεργολάβο από τον οποίο θα έπρεπε να δανιστεί εμπειρία με την κατάθεση ξεχωριστού ΕΕΕΣ στην προσφορά της (δάνεια εμπειρία), καιτούτο η προσφορά της θα έπρεπε να απορριφθεί.

### 2.ΜΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΤΟΥΣ ΠΙΝΑΚΕΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ:

Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2. «Τεχνική Προσφορά» της διακήρυξης (σελ. 32): «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή τόσο στο τεύχος τεχνικών προδιαγραφών όσο και στην παρούσα διακήρυξη. Η τεχνική προσφορά θα περιλαμβάνει τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο με αρ. πρωτ. 23502/09.08.2019 Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών. ... Ειδικότερα, ο (υπό) φάκελος της τεχνικής προσφοράς θα περιλαμβάνει υποχρεωτικά και με ποιινή αποκλεισμού, συμπληρωμένο το φύλλο συμμόρφωσης, ψηφιακά υπογεγραμμένο. Δίδεται υπόδειγμα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ της διακήρυξης».[...]. Σε σχέση με τη διακήρυξη του διαγωνισμού, στο ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ (Παράρτημα ΙΙΙ), που επαναλαμβάνει τις τεχνικές προδιαγραφές, και ειδικά στην ενότητα 4. ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ, οι



## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

συμμετέχοντες οφείλουν να παρέχουν και: «Υπηρεσία εκπαίδευσης και πιστοποίησης Microsoft Certified System Administrator (MCSA) σε Microsoft Windows Server 2016 στην οποία να περιλαμβάνονται: -Επίσημο εκπαιδευτικό Υλικό Microsoft.-Εκπαίδευση 10 ημερών στα modules 20740, 20741 και 20742 σε επίσημο εκπαιδευτικό Κέντρο της Microsoft από επίσημο Microsoft Certified Trainer(MCT) με 20ετή εμπειρία και τιμητική διάκριση MVP.-Εξέταση στο καθένα από τα παραπάνω Modules για την απόκτηση της πιστοποίησης». Συνάγεται δηλαδή ότι υποχρέωση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων είναι να προσφέρει εκπαίδευση από εκπαιδευτική με συγκεκριμένα κριτήρια εμπειρίας και συγκεκριμένα «επίσημο Microsoft Certified Trainer(MCT) με 20ετή εμπειρία και τιμητική διάκριση MVP». Η συμμετέχουσα εταιρεία «...» και σε σχέση με τη συμμόρφωσή της, ενώ απαντά ΝΑΙ στη σχετική απαίτηση επαναλαμβάνοντας την περιγραφή της συμμόρφωσης της διακήρυξης, δεν καταθέτει κανένα δικαιολογητικό σχετικά με τη δήλωση του ατόμου -εκπαιδευτή ούτε προφανώς και δικαιολογητικό που να αποδεικνύει ότι η εκπαίδευση θα γίνει από «επίσημο Microsoft Certified Trainer(MCT) με 20ετή εμπειρία και τιμητική διάκριση MVP», ενώ αντιθέτως η εταιρεία μας έχει καταθέσει τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά όσον αφορά την επί ποινή απόρριψης διάταξη της διακήρυξης για «επίσημο Microsoft Certified Trainer(MCT) με 20ετή εμπειρία και τιμητική διάκριση MVP». Κατά συνέπεια και λόγω της μη συμμόρφωσης της εν λόγω εταιρείας με την ανωτέρω απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών και του πίνακα του φύλλου συμμόρφωσης της διακήρυξης, η προσφορά της θα πρέπει να απορριφθεί.

3. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ: Όπως και στο ιστορικό της προσφυγής μας αναφέραμε η εταιρεία μας έχει ήδη ασκήσει την με ημερομηνία κατάθεσης 23-10-2020 αίτηση ακύρωσης (ΑΚ329/2020) κατά της υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. με την οποία και έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «...» όσον αφορά τον προβαλλόμενο λόγο. κατά την Α.Ε.Π.Π., της μη κατάθεσης

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

«πιστοποιητικού EnergyStar ως προς τα συστήματα εξυπηρετητών», ενώ στην ίδια απόφαση της Α.Ε.Π.Π. αναφέρεται ότι (σκ. 37) στην προσφορά της εταιρείας μας γίνεται παραπομπή στη σχετική ιστοσελίδα όπου «αναφέρεται ότι το μοντέλο εξυπηρετητών ... είναι πιστοποιημένο με ENERGYSTAR». Λόγω της κατάθεσης της αίτησης ακύρωσης της εταιρείας μας και επειδή, όπως γίνεται δεκτό, ο αποκλεισμός της εταιρείας μας δεν έχει καταστεί οριστικός διότι δεν έχει δημοσιευθεί απορριπτική της αίτησης ακύρωσης απόφαση, η οποία κατ' αυτόν τον τρόπο θα περιβληθεί με ισχύ δεδικασμένου (σχετ. ΕΑ ΣΤΕ 144/2018, 30, 235/2019), η αναθέτουσα αρχή μη νόμιμα με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακάλεσε την υπ' αριθμ. 178/21.7.2020 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, αλλά θα έπρεπε να αναμένει τη δημοσίευση της απόφασης επί της αίτησης ακύρωσης της εταιρείας μας, λαμβάνοντας υπόψη ότι μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης προσωρινή ανάδοχος κηρύσσεται η εταιρεία «...» με προσφερόμενη τιμή στον εν λόγω μειοδοτικό διαγωνισμό κατά 58.177,92 ευρώ ακριβότερη της τιμής της προσφοράς της εταιρείας μας. Στην περίπτωση δηλαδή που γίνει δεκτή η αίτηση ακύρωσης της εταιρείας μας, τότε η εταιρεία μας θα είναι η προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Κατά τούτο, η προσβαλλόμενη απόφαση και κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της εταιρείας μας δεν είναι νόμιμη, όπως αναφέρουμε και στην αίτηση ακύρωσης που έχει καταθέσει η εταιρεία μας κατά της 1206/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. διότι και κατά εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των όρων της διακήρυξης –παράβαση νόμου έγινε μη νόμιμα δεκτός ο λόγος της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «...» σχετικός με την υποτιθέμενη πλημμέλεια της τεχνικής μας προσφοράς. Πιο συγκεκριμένα: Με την απόφαση 1206/2020 Α.Ε.Π.Π. γίνεται εν μέρει δεκτός ο Τρίτος Λόγος του Τμήματος ΙΙ. «Ως προς την τεχνική προσφορά» της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «...», όπως διατυπώνεται στο σκεπτικό της προσβαλλόμενης απόφασης και συγκεκριμένα ότι: η τεχνική προσφορά της εταιρείας μας έπρεπε να απορριφθεί διότι δεν είχε υποβληθεί πιστοποιητικό ENERGY STAR ως προς τα συστήματα εξυπηρετητών.

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

Σύμφωνα με την 1206/2020 Α.Ε.Π.Π. απόφαση (σκ. 36 και 37):«36. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την τεχνική τους προσφορά όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των απαιτήσεων του με αριθμ. πρωτ. 23502/9.08.2019 Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών καθώς και Φύλλο συμμόρφωσης συμπληρωμένο σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος III της διακήρυξης. Ειδικότερα, στο Μέρος II του με αριθμ. πρωτ. 23502/9.08.2019 Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών αναφέρεται σαφώς ότι το σύστημα εξυπηρετητών πρέπει να είναι πιστοποιημένο με CE και ENERGY STAR και απαιτείται να κατατεθούν τα αντίστοιχα έγγραφα του κατασκευαστή των προσφερόμενων ειδών, ήτοι τα επίμαχα πιστοποιητικά. Παρόμοια διατύπωση περιλαμβάνεται στο υπόδειγμα του Φύλλου Συμμόρφωσης του Παραρτήματος III της διακήρυξης. Σημειωτέον ότι, κατά τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς σε περίπτωση υποβολής της κατά παράβαση των απαιτήσεων του όρου 2.4.3.2 της διακήρυξης. Επομένως, εκ των προαναφερθέντων όρων, προκύπτει σαφώς η, επί ποινή αποκλεισμού, υποχρέωση έκαστου συμμετέχοντος να προσκομίσει με την τεχνική του προσφορά πιστοποιητικά CE και ENERGY STAR του κατασκευαστή των εξυπηρετητών. Ανεπικαίρως δε, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 34, διότι βάλλει κατά ρητού όρου της διακήρυξης αλλά και αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι το πιστοποιητικό ENERGY STAR δεν ισοδυναμεί με CE mark καθώς και ότι δεν ισχύουν οι ίδιες απαιτήσεις για το CE και το ENERGY STAR, καθόσον τα ανωτέρω ουδόλως αναιρούν την σαφή απαίτηση του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών και του Φύλλου συμμόρφωσης περί προσκόμισης του επίμαχου πιστοποιητικού με την τεχνική προσφορά.37. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων προσφέρει το μοντέλο εξυπηρετητών ... του κατασκευαστικού οίκου .... Στον δε υποβληθέντα, σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος III της διακήρυξης, Πίνακα Συμμόρφωσης,ως προς την απαίτηση υποβολής πιστοποιητικού ENERGY STAR δίδεται παραπομπή στο αρχείο Τεχνικό

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

Φυλλάδιο 1.1.8. Ωστόσο, στα εν λόγω αρχεία δεν έχει περιληφθεί πιστοποιητικό ENERGY STAR των προσφερόμενων εξυπηρετητών, αλλά στη σελ. 3 παραπέμπει για περισσότερες πληροφορίες στον ιστότοπο EU: <http://www.euenergystar.org/db-currentlists.htm> στο οποίο αναφέρεται ότι το μοντέλο εξυπηρετητών ... είναι πιστοποιημένο με ENERGY STAR. Συνεπώς, το ως άνω τεχνικό φυλλάδιο δεν συνιστά το απαιτούμενο από τη διακήρυξη πιστοποιητικό ENERGY STAR, καθώς ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη η πλήρωση της τεχνικής προδιαγραφής περίπιστοποίησης των εξυπηρετητών κατά ENERGY STAR αποδεικνύεται δια της κατάθεσης αυτού τούτου του σχετικού πιστοποιητικού. Αβασίμως ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι εν γένει δεν χορηγείται πιστοποιητικό ENERGY STAR αλλά χορηγείται μόνον αναφορά επιβεβαίωσης, καθώς ο προσφεύγων, ο οποίος σημειωτέον προσφέρει το ίδιο μοντέλο εξυπηρετητών PowerEdgeR640 του κατασκευαστικού οίκου ... έχει προσκομίσει το επίμαχοπιστοποιητικό. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός προβάλλεται και ανεπικαίρως διότιεμμέσως στρέφεται κατά ρητού όρου της διακήρυξης. Επίσης, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι η συμμόρφωση με το ENERGY STAR εξαρτάται από τη σύνθεση του εξυπηρετητή και δεν ισχύει καθολικά για το εκάστοτεμοντέλο, αλλά και όλως αντιφατικώς, καθώς αναιρεί την αιτίασή του ότιαποδεικνύει την πλήρωση της πιστοποίησης ENERGY STAR δια της παραπομπής στον ιστότοπο όπου αναφέρεται το προσφερόμενο από αυτόν μοντέλο και όχι η σύνθεση του εξυπηρετητή. Εκ των προαναφερθέντων συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 28-33, κατά δεσμία αρμοδιότητα όφειλε να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος λόγω μη υποβολής του απαιτούμενου πιστοποιητικού ENERGY STAR και ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος».

Όμως η ως άνω κρίση δεν είναι νόμιμη διότι εσφαλμένα η ΑΕΠΠ θεωρεί ότι απαίτηση από 2.4.3.2. της διακήρυξης ήταν η «ρητή πρόβλεψη» ότι «οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την τεχνική τους προσφορά όλα τα

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των απαιτήσεων του με αριθμ. πρωτ. 23502/9.08.2019 Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών καθώς και Φύλλο συμμόρφωσης συμπληρωμένο σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος III της διακήρυξης». Το σχετικό απόσπασμα της διάταξης 2.4.3.2. της διακήρυξης την οποία επικαλείται η ΑΕΠΠ έχει ως εξής (σελ. 32 της διακήρυξης): «Η τεχνική προσφορά θα περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα και δικαιολογητικά βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο με αρ. πρωτ. 23502/09.08.2019 Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών». Η ανωτέρω διατύπωση είναι προφανώς διαφορετική από την παραπομπή ως «ρητή πρόβλεψη» της ΑΕΠΠ της ίδιας διάταξης, διότι η ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης είναι η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλαμβάνει η προσφορά τους όλα τα έγγραφα και δικαιολογητικά βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών σύμφωνα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές και όχι να αποδεικνύεται από τα έγγραφα η πλήρωση των απαιτήσεων των Τεχνικών Προδιαγραφών. Η πρόβλεψη δηλαδή της διακήρυξης είναι η κατάθεση των εγγράφων της τεχνικής προσφοράς προκειμένου να γίνει η αξιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή και όχι να διαπιστωθεί ότι πληρούνται οι απαιτήσεις χωρίς αξιολόγηση, ερμηνεία η οποία δεν υποστηρίζεται (πόσο μάλλον ρητά) από τη διακήρυξη και η οποία μη νόμιμα παραπέμπει σε λόγους απόρριψης της προσφοράς και όχι αξιολόγησης. Και τούτο διότι η ρητή διάταξη της διακήρυξης στο Παράρτημα III – Φύλλο συμμόρφωσης και ειδικά στην κατηγορία 1) ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΛΟΓΙΣΜΙΚΑ, 1.1. Σύστημα Εξυπηρετητών, ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ με Α/Α 6. (σελ. 53 της διακήρυξης) είναι: «6. Να κατατεθούν τα αντίστοιχα έγγραφα Κατασκευαστή αναφορικά με τα Πιστοποιητικά Ποιότητας και Ασφάλειας ΑΠΑΙΤΗΣΗ: CE, Energy Star». Η ανωτέρω διάταξη επαναλαμβάνει την αναφορά του Τεύχους των Τεχνικών Προδιαγραφών (σελ. 6 από 65). Προκύπτει ότι η απαίτηση της διακήρυξης δεν είναι να κατατεθούν τα

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

πιστοποιητικά CE και EnergyStar, αλλά τα αντίστοιχα έγγραφα αναφορικά με τα Πιστοποιητικά Ποιότητας και Ασφάλειας CE και Energy Star. Εξάλλου όπου η διακήρυξη ήθελε να απαιτήσει την κατάθεση πιστοποιητικού το ανέφερε ρητά, όπως συμβαίνει στην ίδια διάταξη 2.4.3.2 της διακήρυξης όπου αναφέρονται τα εξής: «Επιπλέον οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να καταθέσουν πιστοποίηση διαχείρισης ποιότητας ISO9001, το οποίο θα είναι σε ισχύ κατά την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς τους», η οποία επαναλαμβάνει την περίπτωση 1) του άρθρου 15 του Τεύχους των Τεχνικών Προδιαγραφών (σελ. 58 από 65): «1) Οι προσφέροντες θα πρέπει να διαθέτουν σε ισχύ κατά την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς πιστοποίηση διαχείρισης ποιότητας ISO9001. Το ανωτέρω πιστοποιητικό πρέπει να προσκομίζεται ως απαραίτητο δικαιολογητικό της τεχνικής προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου». Προφανώς και από το σκεπτικό 37 της 1206/2020 απόφασης Α.Ε.Π.Π. προκύπτει ότι η εταιρεία μας συμμορφώθηκε και με την απαίτηση αυτή όσον αφορά το Energy Star και κατά τούτο η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία έγινε δεκτή η επίδικη προδικαστική προσφυγή για τον συγκεκριμένο λόγο είναι εσφαλμένη. Πιο συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται στο σκεπτικό 37 της προσβαλλόμενης απόφασης: «37. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων προσφέρει το μοντέλο εξυπηρετητών ... του κατασκευαστικού οίκου .... Στον δε υποβληθέντα, σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος III της διακήρυξης, Πίνακα Συμμόρφωσης, ως προς την απαίτηση υποβολής πιστοποιητικού ENERGY STAR δίδεται παραπομπή στο αρχείο Τεχνικό Φυλλάδιο 1.1.8.Ωστόσο, στα εν λόγω αρχεία δεν έχει περιληφθεί πιστοποιητικό ENERGY STAR των προσφερόμενων εξυπηρετητών, αλλά στη σελ. 3 παραπέμπει για περισσότερες πληροφορίες στον ιστότοπο EU: <http://www.euenergystar.org/db-currentlists.htm> στο οποίο αναφέρεται ότι το μοντέλο εξυπηρετητών ... είναι πιστοποιημένο με ENERGY STAR». Αναγνωρίζεται δηλαδή από την 1206/2020 απόφαση Α.Ε.Π.Π. ότι είναι ξεκάθαρο ότι από τη συγκεκριμένη αναφορά της εταιρείας μας στο Τεχνικό της

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

Φυλλάδιο αποδεικνύεται ότι ο προσφερόμενος εξοπλισμός είναι πιστοποιημένος με Energy Star και σε κάθε περίπτωση η έγγραφη αναφορά αυτή είναι ισοδύναμη και με πιστοποίηση Energy Star κατά την ερμηνεία της ΑΕΠΠ στην 1206/2020 απόφασή της και κατά τούτο σύμφωνη με τη διακήρυξη. Δεν γίνεται κατανοητό γιατί η συγκεκριμένη αναφορά δεν καλύπτει την προδιαγραφή με A/A 6 του φύλλου συμμόρφωσης για την κατάθεση αντίστοιχων εγγράφων του Κατασκευαστή ως απαίτηση για: EnergyStar, ούτε και είναι νόμιμο η αναθέτουσα αρχή να απαιτεί από τους διαγωνιζόμενους περισσότερα από όσα απαιτούνται από τη Διακήρυξη (σχετ. και ΣΤΕ 1819/2020 Ολ.). Άλλωστε και κατά την ανέλεγκτη κρίση της αναθέτουσας αρχής όπως διατυπώνεται και στην απόφασή της για την κήρυξη της εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου και με τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ, που δεν αμφισβητήθηκε από την προσφεύγουσα εταιρεία, η κατά το φύλλο συμμόρφωσης κατάθεση εγγράφων του κατασκευαστή αναφορικά με πιστοποιητικά ποιότητας και ασφάλειας καλύπτεται και από την κατάθεση του εγγράφου CE, χωρίς να ασκεί επιρροή η κατά Energy Star κατάθεση στοιχείων στην τεχνική προσφορά της εταιρείας μας: σελίδες 2 & 3 του τεχνικού φυλλαδίου ΤΦ 11.8 του συγκεκριμένου κατασκευαστή (διότι δεν προκύπτει ούτε από το έγγραφο που ισχυρίστηκε ότι κατέθεσε η προσφεύγουσα εταιρεία, πιστοποίηση για ποιότητα ή ασφάλεια, παρά την περί αυτού εσφαλμένη κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης, ούτε από τη διακήρυξη υποστηρίζεται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας στην προδικαστική της προσφυγή ότι το energystarείναι πιστοποιητικό (εν. ποιότητας και ασφάλειας), ούτε και οι ασάφειες της διακήρυξης μπορούν να ερμηνεύονται σε βάρος των διαγωνιζόμενων. Διότι, σε κάθε περίπτωση δεν είναι νόμιμο τυχόν ασάφεια της διακήρυξης να ερμηνεύεται εις βάρος των διαγωνιζόμενων διότι γίνεται δεκτό ότι οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, είτε διέπονται από το εθνικό δίκαιο είτε από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και τυχόν υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων (βλ. ΕΑ ΣτΕ 136/2013 Ολ., 862/2010, 53/2011, απόφαση Δ.Ε.Κ., *Universale–BauAG*, C-470/99 σκ. 98). Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από την Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για την συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζόμενου από την διαγωνιστική διαδικασία λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επιπλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (βλ. και ΕΑ ΣτΕ 79/2010, 615/2010, 53/2011, 384/2015). Κατά συνέπεια δεν είναι νόμιμη η κρίση της 1206/2020 απόφασης Α.Ε.Π.Π. ότι απαίτηση του ένδικου διαγωνισμού ήταν η κατάθεση πιστοποιητικού *Energy Star* και ότι η ξεκάθαρη κατά την 1206/2020 απόφαση αυτή απόδειξη από το Τεχνικό Φυλλάδιο της εταιρείας μας και των αναφερομένων σε αυτό και προσκομιζομένων έγγραφων στοιχείων ότι το προσφερόμενο μοντέλο εξοπλισμού είναι πιστοποιημένο κατά *Energy Star* δεν είναι σύμφωνη με τη διακήρυξη για την πλήρωση της τεχνικής προδιαγραφής. Εάν όμως ισχύει η κρίση της ΑΕΠΠ, τότε η αναθέτουσα αρχή όφειλε σύμφωνα με το άρθρο 102 παρ. 5 ν. 4412/2016 που ορίζει ότι: «5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς» να καλέσει την εταιρεία μας προς παροχή διευκρινίσεων και κατά συνέπεια είναι εσφαλμένη η προσβαλλόμενη απόφαση (παράβαση νόμου) για την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας μας χωρίς η αναθέτουσα αρχή όπως έχει υποχρέωση να καλέσει την εταιρεία μας για διευκρινίσεις.

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η 1206/2020 απόφαση Α.Ε.Π.Π. μη νόμιμα έκρινε εν μέρει δεκτό τον προβαλλόμενο με την προδικαστική προσφυγή της «...» λόγο κατά τα αναφερόμενα ως άνω, και κατά τούτο δεν είναι νόμιμη και η



## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

προσβαλλόμενη 274/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία απορρίπτεται η προσφορά μας για τον ίδιο λόγο. Ως εκ τούτου η συγκεκριμένη προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιτιολόγητη, άλλως πλημμελώς αιτιολογημένη και προς τούτο πρέπει να ακυρωθεί».

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα ακόλουθα:«[...] Οι απόψεις του δήμου για την ουσία της διαμάχη μεταξύ των δύο εταιρειών έχει διατυπωθεί με το με αρ. 18899/21.08.2020 έγγραφό μας, που είχε σταλεί για την αρχική προσφυγή με Γ.Α.Κ.1100/2020 της εταιρείας με δ.τ. ..., για την οποία εκδόθηκε η αρ. 1206/2020 απόφαση του βου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών. Επιπλέον ο δήμος μας με την κατάθεση της τρέχουσας προσφυγής ενημερώθηκε ότι η εταιρεία ... έχει καταθέσει στις 23.10.2020 Αίτηση Ακύρωσης στο διοικητικό εφετείο Θεσσαλονίκης, με αρ. ΑΚ329/2020, για την αρ. 1206/2020 απόφασή του βου κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών. Η ημερομηνία εξέτασης της σχετικής αίτησης ακύρωσης δεν έχει ακόμη προσδιοριστεί Γενικότερα, σύμφωνα και με την άποψη της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού οι λόγοι των ενστάσεων, που κατέθεσε η εταιρεία με δ.τ. ... στις 10/08/2020 με την Προδικαστική Προσφυγή της κατά της αρ. 178/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, είναι επουσιώδεις και γι' αυτό οι αποκλίσεις που εντοπίστηκαν κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών, δεν θεωρήθηκε ότι παραβιάζουν απαραίτους όρους της διακήρυξης και των τεχνικών χαρακτηριστικών των υπό προμήθεια ειδών. Άλλωστε τα προσφερόμενα είδη είναι της ίδιας κατασκευάστριας εταιρείας. Ο Δήμος μας κάνοντας δεκτή - σύμφωνα με το σκεπτικό τη αρ. 1206/2020 απόφασή του βου κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - την προσφορά της εταιρείας δ.τ. ..., και απορρίπτοντας την προσφορά της εταιρείας ... επί της ουσίας επιβαρύνει τον προϋπολογισμό του και αυτό έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της οικονομικότητας και της αποδοτικότητας και θίγει το γενικότερο συμφέρον του Δήμου».

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

17. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ:Ι. Απαράδεκτο της προσφυγής. 1. Ως προς τους λόγους που στρέφονται κατά της προσφοράς μας.

Α. Το άρθρο 3.1 της διακήρυξης του παρόντος διαγωνισμού, εφαρμόζοντας την παρ. 4 του άρθρου 100 του ν. 4412/2016, όπως η παράγραφος αυτή ισχύει μετά το άρθρο 43 παρ. 10 περ. α του ν. 4605/ 2019, ορίζει, ότι αναθέτουσα αρχή εκδίδει μία ενιαία απόφαση για την αξιολόγηση όλων των σταδίων αξιολόγησης των προσφορών (δικαιολογητικά συμμετοχής, τεχνική προσφορά και οικονομική προσφορά). Σε εφαρμογή της πρόβλεψης αυτής και σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν στο Διαδικαστικό Ιστορικό της παρούσας εκδόθηκε αρχικά η 178/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, που έκανε αποδεκτές αμφότερες τις προσφορές και ανακήρυξε την ανταγωνίστρια ως προσωρινή ανάδοχο, επειδή είχε υποβάλει τη χαμηλότερη από τις δύο οικονομικές προσφορές. Κατά της αποφάσεως αυτής και όσον αφορά την αποδοχή της δικής μας προσφοράς η ανταγωνίστρια είχε δικαίωμα να ασκήσει προδικαστική προσφυγή σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του άρθρου 361 παρ. 1 του ίδιου νόμου. Το γεγονός ότι με την απόφαση εκείνη η ανταγωνίστρια είχε ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, δεν αναιρούσε το έννομο συμφέρον της να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατ' αυτής, επιδιώκοντας την απόρριψη της δικής μας προσφοράς. Διότι στις περιπτώσεις διαγωνισμών, όπως ο κρινόμενος, όπου η αναθέτουσα αρχή εκδίδει μία ενιαία απόφαση για όλα τα στάδια αξιολόγησης των προσφορών, προσφυγή κατά της αποφάσεως αυτής δικαιούνται να ασκήσουν όλοι οι συμμετέχοντες, περιλαμβανομένου και αυτού που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος. Το έννομο συμφέρον του τελευταίου να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της αποδοχής των προσφορών των ανταγωνιστών του δεν αναιρείται από την ιδιότητά του ως προσωρινού αναδόχου, διότι η με βάση το ως άνω σύστημα αξιολόγησης των προσφορών η αποδοχή προδικαστικής προσφυγής του δεύτερου σε σειρά κατάταξης προσφέροντα κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

θα έχει ως αποτέλεσμα την απόρριψη της προσφοράς του αρχικού προσωρινού αναδόχου και την αυτόματη ανάδειξη του ασκήσαντος την προσφυγή του ως (νέου) προσωρινού αναδόχου (ΣΤΕ 1573/2019 σκ. 10, Α.Ε.Π.Π.457/2020 σκ. 6, 606/2020 σκ. 22, 790/2020 σκ. 18). Το έννομο συμφέρον του προσωρινού αναδόχου είναι ιδιαίτερα φανερό σε μία περίπτωση που, όπως εν προκειμένω, στον διαγωνισμό συμμετέχουν μόνο δύο οικονομικοί φορείς και ο δεύτερος έχει ασκήσει εμπρόθεσμα προδικαστική προσφυγή κατά της αποδοχής της προσφοράς του πρώτου.

Η ανταγωνίστρια δεν έκανε χρήση του δικαιώματός της να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της 178/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής και, επειδή η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε σε αυτή (όπως και σε εμάς) στις 30-07-2020, η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατ' αυτής από την ανταγωνίστρια εξέπνευσε άπρακτη στις 10-08-2020 (επειδή η δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση ήταν Κυριακή). Συνεπώς η κρινόμενη προσφυγή, κατά το μέρος της με το οποίο για να πλήξει την 274/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, που εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την 1206/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., προβάλλει λόγους που αφορούν την αποδοχή της προσφοράς μας, είναι απαράδεκτη ως ανεπίκαιρη, διότι η 274/2020 απόφαση δεν επαναξιολόγησε την προσφορά μας αλλά απλώς, σε συμμόρφωση με την ακυρωτική απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ανέδειξε την εταιρία μας ως προσωρινό μειοδότη. Εάν δε θεωρηθεί, ότι η κρινόμενη προσφυγή πλήττει ευθέως την προηγούμενη 178/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία είχε επικυρωθεί η αξιολόγηση της προσφοράς μας, και πάλι η προσφυγή είναι απορριπτέα ως κατά πολύ εκπρόθεσμη.

Β. Εξάλλου, η προσφορά της ανταγωνίστριας έχει απορριφθεί σε εφαρμογή της 1206/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Με το δεδομένο αυτό η ανταγωνίστρια, που δεν παραπονείται για παραβίαση του ίσου μέτρου κρίσης, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει την αποδοχή της δικής μας προσφοράς, αφού έχει καταστεί τρίτη ως προς τον διαγωνισμό, και δεν ωφελείται ούτε από την τυχόν

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

ματαίωσή του, αφού και σε τυχόν επαναληπτικό διαγωνισμό δεν θα μπορεί να μετάσχει, αν δεν μεταβάλει ουσιωδώς την προσφορά της, χωρίς η έλλειψη εννόμου συμφέροντος να θεραπεύεται, επειδή η ανταγωνίστρια έχει αμφισβητήσει την απόρριψη της προσφοράς της με αίτηση ακύρωσης (ΑΕΠΠ 1396/2020 σκ. 20, 1390/2020 σκ. 29). Σημειώνουμε, ότι με την ΑΕΠΠ 769/2020 (σκ. 31, 32) απορρίφθηκαν αιτιάσεις που είχε προβάλει η εταιρία μας κατά προσφοράς της και εδώ ανταγωνίστριας, με την ανωτέρω αιτιολογία και άρα, τουλάχιστον προς διατήρηση της ίσης μεταχείρισης των διαδίκων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., θα πρέπει να απορριφθούν οι αντίστοιχες αιτιάσεις της παρούσας προσφυγής.

2. Ως προς τους λόγους που στρέφονται κατά της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας. 1. Το άρθρο 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016 ορίζει, ότι «3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ.» Η υποχρέωση αυτή γεννάται με την κοινοποίηση στην αναθέτουσα αρχή της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. και δεν αδρανεύει, σε περίπτωση που ο θιγόμενος οικονομικός φορέας ασκήσει κατά της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. αίτηση ακύρωσης κατά το άρθρο 372 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον η άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά διοικητικής πράξεως δεν αναιρεί το τεκμήριο νομιμότητας αυτής ούτε αίρει την υποχρέωση συμμόρφωσης προς αυτή (ΣτΕ 2852-2853/2000, 3227/2015). Για να ανασταλεί η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής προς συμμόρφωση με την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. θα πρέπει να εκδοθεί απόφαση αναστολής εκτέλεσής της κατά το άρθρο 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Αν μόνη η άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά ακυρωτικής αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να μην εκδώσει πράξη συμμόρφωσης προς την ακυρωτική απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και να μην προωθήσει τον διαγωνισμό, αλλά να αναμείνει την έκδοση αποφάσεως επί της αιτήσεως ακυρώσεως, τότε η άσκηση αιτήσεων αναστολής κατά των αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. θα στερείτο νοήματος. Στην προκειμένη περίπτωση με την προσβαλλόμενη 274/2020 απόφαση Οικονομική Επιτροπή δεν επαναξιολόγησε τις προσφορές, αλλά

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

εκπλήρωσε την υποχρέωσή της για συμμόρφωση με την 1206/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. χωρίς να έχει καμία υποχρέωση αναμονής της εκβάσεως της αιτήσεως ακυρώσεως που η ανταγωνίστρια άσκησε κατά της τελευταίας. Άρα όλοι οι λόγοι που αφορούν την απόρριψη της προσφοράς της ανταγωνίστριας προβάλλονται απαραδέκτως, αφού στο παρόν στάδιο δεν έλαβε χώρα νέα αξιολόγηση της προσφοράς της, αλλά συμμόρφωση με την προαναφερθείσα απόφαση της Α.Ε.Π.Π. που είχε κρίνει αυτή απαραδέκτη. 2. Σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 4 του ν. 4412/2016 οι αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του Βιβλίου IV του ίδιου νόμου και είναι η αίτηση ακυρώσεως και η αίτηση αναστολής (άρθρο 372 παρ. 1 του ίδιου νόμου). Από καμία διάταξη νόμου δεν παρέχεται στον ενδιαφερόμενο δικαίωμα να ζητήσει την ανάκληση ή την αναθεώρηση αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π.

Εν προκειμένω, οι ισχυρισμοί που προβάλλονται με την κρινόμενη προσφυγή αναφορικά με το παραδεκτό της προσφοράς της προσφεύγουσας ταυτίζονται με τους ισχυρισμούς που είχαν προβληθεί από την ίδια με την από 21-08-2020 παρέμβαση που αυτή άσκησε στην Α.Ε.Π.Π. για την απόρριψη της δικής μας προδικαστικής προσφυγής, επί της οποίας εκδόθηκε η 1206/2020 απόφαση και η οποία απέρριψε ως αβάσιμους τους ισχυρισμούς της τότε παρεμβαίνουσας και ήδη προσφεύγουσας. Η επαναφορά των ισχυρισμών αυτών με την κρινόμενη προσφυγή συνιστά έμμεση υποβολή αίτησης ανάκλησης της ως άνω αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. η οποία δεν βρίσκει έρεισμα σε καμία διάταξη νόμου και είναι απαραδέκτη. Συνεπώς ο σχετικός τρίτος λόγος της επίμαχης προδικαστικής προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτα και παρελκυστικά προς επιβράδυνση της διαγωνιστικής διαδικασίας και θα πρέπει να απορριφθεί».

18. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα και υπό σκέψη 10, παραθέτει αυτούσια τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής.

19. 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 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

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

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 6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφους 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.».

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

21. 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,

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

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».

22. Επειδή το άρθρο 362 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «4. Δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου».

23. Επειδή το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016: « [...] 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια.[...] 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου [...]».

24. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...]3.1.2 Αξιολόγηση 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 οργάνου98.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



## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να ορίσει την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης του (υπο)φακέλου των οικονομικών προσφορών. Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική 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 αρχή προς έγκριση.[...] Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων<sup>102</sup>(«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.<sup>103</sup>Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας».

25. 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 πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

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). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, C-327/00 , σκέψεις 32 έως 66).

26. Επειδή κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣΤΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣΤΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν (βλ. ΑΕΠΠ 1234/2019, 643/2020). Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637)

27. Επειδή αφενός μεν οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, αφετέρου δε η ίδια η ΑΕΠΠ δεσμεύεται από τις αποφάσεις της, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος στο οποίο

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

βασίστηκε η εκάστοτε απόφαση (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Συνεπώς, δεν ασκείται παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή προς αμφισβήτηση του σκεπτικού ή του διατακτικού αποφάσεως της ΑΕΠΠ (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 916/2020). Εξάλλου, η έννομη προστασία παρέχεται από την ΑΕΠΠ άπαξ και παρέχεται η δυνατότητα δικαστικής προσβολής της ορθότητας των αποφάσεών της, των συναφών προγενέστερων ή μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής νοουμένων ως συμπροσβαλλομένων, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και των πράξεων που εκδόθηκαν προς συμμόρφωση στις αποφάσεις αυτές οι οποίες αποτελούν και το νόμιμο έρεισμά τους (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 239/2011). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής αποφάσεως της ΑΕΠΠ, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑΘ 3228/2015 ).

28. Επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ακυρωθεί η

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή πράξη, η ΑΕΠΠ δεν έχει την εξουσία να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αποκατάσταση της νομιμότητας. Την υποχρέωση αυτή έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η ισχύς της απόφασης ΑΕΠΠ κατόπιν άσκησης των ενδίκων βοηθημάτων του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 οφείλει κατ' αρχήν να συμμορφωθεί με την απόφαση της ΑΕΠΠ (ΣΤΕ 204/2019). Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία συμμορφώνεται με την απόφαση της ΑΕΠΠ δεν μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ως προς τα ήδη κριθέντα με την απόφαση της ΑΕΠΠ (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1573/2020). Άλλως, θα παραβίαζε τις διατάξεις του άρθρου 372 και 367 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία οι κρίσεις της ΑΕΠΠ δύνανται να προσβληθούν μόνο με τα συγκεκριμένα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και ακύρωσης (ΣΤΕ 54/2018), καθώς και τις διατάξεις που προβλέπουν την ταχεία άσκηση αίτησης αναστολής και την αποκλειστική προθεσμία εντός της οποίας υποχρεούται να εκδώσει απόφαση η ΑΕΠΠ (ΔΕφΠειρ ΕΑ 219/2018). Η ΑΕΠΠ αυτοδεσμεύεται, δηλαδή, από τις αποφάσεις που η ίδια εκδίδει και δεν δύναται ούτε να επανεξετάσει, ούτε να μεταβάλει την κρίση της σε σχέση με την ίδια υπόθεση πέρα από την ως άνω αναφερθείσα περίπτωση μεταβολής του νομοθετικού πλαισίου.

29. Επειδή ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί διότι δεν έχει κατατεθεί ΕΕΕΣ για το εκπαιδευτικό κέντρο που δηλώνει ότι θα συνεργαστεί, όπως άλλωστε η αναθέτουσα αρχή είχε αναφέρει στις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1100/11.08.2020, ούτε δηλώνει τρίτο οικονομικό φορέα ή υπερβολάβο για την εκτέλεση των κατασκευαστικών εργασιών που απαιτούνται κατά τη διακήρυξη.

30. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 12, με την υπ' αριθμ. 178/21.07.2020 απόφαση, η οποία κοινοποιήθηκε την 30.07.2020 στον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα, η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι πλήρης και σύμφωνη με τις απαιτήσεις

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

της διακήρυξης, αποδεχόμενη το από 13.07.2020 Πρακτικό της Επιτροπή Διαγωνισμού. Όπως δε ειδικότερα αναφέρεται στο εν λόγω Πρακτικό «[...]Ολοκληρώνοντας τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής σε σχέση με την αρ.... Διακήρυξη του Δημάρχου, η ΕΔΔ διαπίστωσε ότι όλες οι προσφορές ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής βρέθηκαν σύμφωνα με την διακήρυξη του διαγωνισμού και έγιναν δεκτές για το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, το οποίο είναι ο έλεγχος των τεχνικών προσφορών.[...] μετά την καταγραφή των δικαιολογητικών τεχνικής προσφοράς και αφού ολοκλήρωσε τον έλεγχο στα δικαιολογητικά των τεχνικών προσφορών όλων των συμμετεχόντων εταιριών σε σχέση με το αρ. πρωτ. 23502/09.08.2019 τεύχος τεχνικών προδιαγραφών και την αρ. ... διακήρυξη Δημάρχου βρέθηκαν σύμφωνες με την διακήρυξη του διαγωνισμού και έγιναν δεκτές για το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, το οποίο είναι το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών». Περαιτέρω, με την υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση η αναθέτουσα αρχή ανακήρυξε τον προσφεύγοντα προσωρινό αναδόχο, ο δε παρεμβαίνων αναδείχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας.

31. Επειδή, έχει κριθεί ότι διαγωνιζόμενος ο οποίος έχει ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης της υπό ανάθεση σύμβασης, ως έχων υποβάλει τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά, δεν έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και κατ' επέκταση, για την άσκηση αναστολής εκτέλεσης, κατά της αποδοχής της προσφοράς διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα που κατετάγη μετά από αυτόν στον πίνακα οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 358, 356/2016, 714,2012, ΔΕφΑθ 276/2019). Ωστόσο, λίαν προσφάτως εκρίθη (ΣΤΕ 1573/2019) ότι «σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ/τος 39/2017 (Α' 33), η ενώπιον της ΑΕΠΠ παρέμβαση ασκείται προς διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης με την ενώπιόν της προδικαστική προσφυγή πράξης, η εξέταση επί της ουσίας των προβαλλόμενων από την ήδη αιτούσα με την παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτιάσεων κατά της αποδοχής της προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας θα συνιστούσε επί της ουσίας

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

διεύρυνση του αντικειμένου της διαφοράς κατά την ενδικοφανή διαδικασία, έτσι όπως αυτό προσδιορίστηκε από τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής της ..... , αποσκοπώντας στην ακύρωση της ενώπιον της ΑΕΠΠ πράξης και κατά το μέρος που με αυτήν είχε γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας (πρβλ. ΣτΕ 64/2019, 3345/2013 για την παρέμβαση σε αίτηση ακυρώσεως). Εξάλλου, η διαμορφωθείσα από το ΔΕΕ και το Συμβούλιο της Επικρατείας νομολογία περί του εννόμου συμφέροντος του “μη οριστικώς αποκλεισθέντος” να προβάλλει λόγους περί αποκλεισμού της προσφοράς ανθυποψηφίων του αποβλέποντας στην προσδοκία του περί ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, ούτως ώστε να του δοθεί η δυνατότητα να μετάσχει στο νέο διαγωνισμό θεραπεύοντας τις πλημμέλειες της προσφοράς του, στηρίζεται στην (πραγματική) προϋπόθεση ότι αυτός προβάλλει τις αιτιάσεις κατά των προσφορών των ανθυποψηφίων του ευθέως (και προφανώς και επικαίρως) με προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων με τις οποίες αυτές έγιναν δεκτές και όχι, ως εν προκειμένω, αμυνόμενος με παρέμβαση που ασκεί στο πλαίσιο προδικαστικής προσφυγής ανθυποψηφίου του κατά πράξης με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά του ίδιου (μη οριστικώς αποκλεισθέντος). Το γεγονός δε ότι η αιτούσα είχε ανακηρυχθεί με την υπ’ αριθμ. .... απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής προσωρινή μειοδότηρια δεν αναιρούσε το έννομο συμφέρον της πρώτης ν’ ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή αίτηση αναστολής κατά της πράξης αυτής προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς της..... Τούτο δε διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την παρεμβαίνουσα προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία η αιτούσα είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά της να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου....». Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo σκ. 36) κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18). Περαιτέρω, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο, εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων του κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος (βλ. ad hoc ΣτΕ 1573/2019 σκέψη 10). Επομένως, βάσει της ως άνω πρόσφατης νομολογίας, ως προϋπόθεση της συνδρομής εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους του αναδειχθέντος ως προσωρινού αναδόχου τίθεται καταρχήν, η άσκηση και ευδοκίμηση

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του από ανθυποψήφιο αυτού. Σε περίπτωση δε αποδοχής προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, ο τελευταίος μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει δια προδικαστικής προσφυγής λόγους περί αποκλεισμού της προσφοράς ανθυποψηφίων του μόνον εφόσον αποβλέπει στην ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, ούτως ώστε να του δοθεί η δυνατότητα να μετάσχει στο νέο διαγωνισμό θεραπεύοντας τις πλημμέλειες της προσφοράς του.

Κατά την μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους Ειρήνης Αψοκάρδου, ο προσωρινός μειοδότης έχει έννομο συμφέρον ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας, καθώς τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από αυτόν προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία ο προσφεύγων είχε κηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά του να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξή του ως προσωρινού αναδόχου. Σύμφωνα δε με τα ως άνω διαλαμβανόμενα σχετικά με τη νομολογία περί του μη οριστικώς αποκλεισθέντος (ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΔΕφΑθ 95/2020), ανεξαρτήτως της αποδοχής ή της απόρριψης της προσφυγής του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας από την ΑΕΠΠ με απόφασή της και δοθέντος ότι η τελευταία ενδέχεται να ανατραπεί δικαστικώς, ο προσωρινός ανάδοχος έχει σε κάθε περίπτωση έννομο συμφέρον να ασκήσει προσφυγή κατά του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας καθώς η προσβαλλόμενη με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή του ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία ενόψει της εκκρεμούς προσφυγής, δίχως να είναι απαραίτητη η επίκληση της ματαίωσης του εν θέματι διαγωνισμού..

32. Επειδή, ενόψει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, ο προσφεύγων, ως προσωρινός ανάδοχος του υπό κρίση διαγωνισμού, σε κάθε περίπτωση εδύνατο μετ' εννόμου συμφέροντος να προσβάλλει την υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία κρίθηκε αποδεκτή η



## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

προσφορά του παρεμβαίνοντος. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 25, ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων προβάλλει το πρώτον με την παρούσα προσφυγή ισχυρισμούς που βάλλουν κατά της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ως βασίμως ισχυρίζεται ο τελευταίος.

33. Επειδή περαιτέρω, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 13, με την προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή ανακάλεσε την υπ' αριθμ. 178/2020 απόφασή της μόνον ως προς το σκέλος που κρίθηκε με αυτήν αποδεκτή η προσφορά του προσφεύγοντος. Ουδόλως δε η αναθέτουσα αρχή προέβη με την προσβαλλόμενη απόφαση σε επανέλεγχο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση, ως άλλωστε δηλώνεται πανηγυρικά στο σώμα της εκδόθηκε προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε ακυρωτέα η υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση κατά το σκέλος της αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, ενώ κατά υπόλοιπο μέρος της ισχύει ως έχει η υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση. Επίσης, ούτε από το υπ' αριθμ. 8.10.2020 Πρακτικό προκύπτει ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε σε εκ νέου κρίση της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ως εκ τούτου, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 26, η προσβαλλόμενη απόφαση ως προς το σκέλος της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος συνιστά βεβαιωτική πράξη της υπ' αριθμ. 178/2020 απόφασης, ως άλλωστε δηλώνει και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, ήτοι απόφαση μη δεκτική προσβολής με προδικαστική προσφυγή και άρα απαραδέκτως με την υπό κρίση προσφυγή ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Σημειωτέον ότι, κατά το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής τόσο επί της προσφυγής με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1100/11.08.2020 όσο και επί της παρούσας προσφυγής στις οποίες γίνεται μνεία περί αποκλίσεων της προσφοράς του παρεμβαίνοντος δεν συνιστούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις αλλά απλά πληροφοριακά έγγραφα στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας έννομης προστασίας κατά το στάδιο

## **Αριθμός απόφασης: 1700/2020**

ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προκειμένου να διαφωτιστεί το αποφασίζον Κλιμάκιο για την υπόθεση (βλ. 1560/2020 ΑΕΠΠ). Σε κάθε δε περίπτωση, εφόσον η αναθέτουσα αρχή θεωρούσε ότι συντρέχει περίπτωση μη συμμόρφωσης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος με τις απαιτήσεις της διακήρυξης είχε τη δυνατότητα βάσει των διατάξεων του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, να προβεί σε νέο έλεγχο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και να ακυρώσει ως προς το σκέλος αυτό την υπ' αριθμ. 178/2020 απόφασή της, εκδίδοντας νέα απόφαση με την οποία θα απορρίπτεται η προσφορά του παρεμβαίνοντος, το οποίο όμως ουδόλως έπραξε μέχρι σήμερα. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

34. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως αποκλείστηκε η προσφορά του δοθέντος ότι έχει ασκήσει τη με αριθμ. καταχώρησης ΑΚ 239/2020 αίτηση ακύρωσης κατά της υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ και άρα ο αποκλεισμός του δεν έχει καταστεί ακόμα οριστικός. Περαιτέρω δεν είναι νόμιμη η κρίση της υπ' αριθμ. 126/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ ότι απαιτείται η κατάθεση πιστοποιητικού ENERGY STAR καθώς αρκεί η απόδειξη της συγκεκριμένης προδιαγραφής από το προσκομισθέν με την προσφορά του τεχνικό φυλλάδιο.

35. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί, εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής συνιστά απόφαση πλήρους συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε προσφυγή του νυν παρεμβαίνοντος και ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 178/2020 προγενέστερη απόφαση που είχε κρίνει αποδεκτή την προσφορά του νυν προσφεύγοντος και τον ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού. Τα ανωτέρω δε ουδόλως αμφισβητούνται από τον προσφεύγοντα. Περαιτέρω, ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί ρητώς ότι η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε πλήρως, προσηκόντως και με ακρίβεια στην υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, ήτοι δεν επικαλείται πλημμελή συμμόρφωση, ούτε προσθήκη νέων κρίσεων. Ούτε εξ άλλου

## Αριθμός απόφασης: 1700/2020

συντρέχει τέτοια περίπτωση καθόσον η υπ' αριθμ. απόφαση 1206/2020 της ΑΕΠΠ είναι ρητή, σαφής και πλήρως αιτιολογημένη. Ακόμη όμως και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής, βάσει της κρίσης της υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, να τον καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων αφορά πλημμελή συμμόρφωση της προσβαλλόμενης, τότε προβάλλεται αβασίμως καθώς ουδόλως προκύπτει τέτοια υποχρέωση από το σκεπτικό ή το διατακτικό της εν λόγω απόφασης της ΑΕΠΠ. Επιπροσθέτως, δεν προκύπτει ούτε ο προσφεύγων επικαλείται ότι η υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ έχει ανασταλεί με δικαστική απόφαση, ούτε έχει τυχόν ακυρωθεί, κατά τρόπον ώστε ήδη κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης συμμόρφωσης, αλλά και μέχρι σήμερα να διατηρεί αδιαμφισβήτητη την πλήρη ισχύ και δεσμευτικότητά της. Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι η με αριθμ. καταχωρησης Α329/2020 αίτηση ακυρώσεως του προσφεύγοντος ασκήθηκε την 23.10.2020, ήτοι μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, ενώ η αναθέτουσα αρχή δηλώνει στις απόψεις της ότι έλαβε γνώση της ως άνω αίτησης ακύρωσης με την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Πέραν των ανωτέρω, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψεις 27-28 η ΑΕΠΠ αυτοδεσμεύεται από τις αποφάσεις που η ίδια εκδίδει και δεν δύναται ούτε να επανεξετάσει, ούτε να μεταβάλει την κρίση της σε σχέση με την ίδια υπόθεση και άρα οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί μη νόμιμης κρίσης της υπ' αριθμ. 1206/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ προβάλλονται απαραδέκτως καθώς συνιστούν αμφισβήτηση του σκεπτικού και του διατακτικού της ως απόφασης της ΑΕΠΠ. Επομένως, ο δεύτερος λόγος προσφυγής τυγχάνει εν συνόλω απορριπτέος ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

35. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

**Αριθμός απόφασης: 1700/2020**

37. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη 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.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 23<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος  
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο Γραμματέας  
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ  
α/α ΕΛΕΝΗ ΛΕΠΙΔΑ**