

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 14-12-2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Βύρρα και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18-11-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2162/19-11-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του από 30-11-2021, κατόπιν της από 19-11-2021, κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνοντος «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση των από 10-11-2021 κοινοποιηθεισών με αρ. 22/18.10.2021 και 24/5.11.2021 Αποφάσεων Δ.Σ. της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος κρίθηκε δεκτός και αναδείχθηκε ανάδοχος ο παρεμβαίνων, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 226.140,22 ευρώ, για την ....., που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 9-8-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ .....την 10-8-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 22-11-2021 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... ποσού ευρώ 1.131.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή του δεύτερου αποδεκτού μειοδότη κατά των εκτελεστών πράξεων περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-

τεχνικών και οικονομικών προσφορών αφενός, δικαιολογητικών κατακύρωσης αφετέρου και ως ερειδομένη επί της πρώτης ως άνω προσβαλλομένης, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός ο παρεμβαίνων, που όμως εκπροθέσμως ασκεί την από 30-11-2021 παρέμβαση, μετά την από 29-11-2021 λήξη της από 19-11-2021 εκκινήσασας, από την κοινοποίηση της προσφυγής, σχετικής προθεσμίας. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία, να απορριφθεί δε η παρέμβαση ως απαράδεκτη.

3. Επειδή, οι όροι 2.2.4-2.2.7 της διακήρυξης ορίζουν κριτήρια επιλογής, αντιστοίχως περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και προτύπων ποιότητας, η δε κατά την προσφορά απόδειξη πλήρωσης τους, λαμβάνει χώρα κατά τους όρους 2.2.9.1 και 2.4.3.1 με το αναγκαίο δικαιολογητικό συμμετοχής ΕΕΕΣ, ως προκαταρκτική απόδειξη, περί μεταξύ άλλων και πλήρωσης των κριτηρίων αυτών. Η δε αναθέτουσα ανήρτησε υπόδειγμα ΕΕΕΣ προς συμπλήρωση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, το οποίο άλλωστε, περιλαμβάνει ερωτήματα περί όλων των ως άνω κατηγοριών κριτηρίων επιλογής και ουδόλως ορίζει τούτο ή η διακήρυξη τυχόν επιτρεπτή γενική δήλωση πλήρωσης όλων των κριτηρίων επιλογής ομού ούτε καν περιλαμβάνει τέτοιο γενικό ερώτημα περί πλήρωσης όλων των κριτηρίων επιλογής. Παρά ταύτα, ο παρεμβαίνων στο ΕΕΕΣ του, που είναι διαφορετικό εκ του επισυναφθέντος στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υποδείγματος, δεν απάντησε σε κανένα ερώτημα περί ουδενός κριτηρίου επιλογής, απαλείφοντας τα οικεία ερωτήματα του υποδείγματος ΕΕΕΣ εν όλω και παραλείποντας να απαντήσει τόσο αν πληροί τα κριτήρια, όσο και τον τρόπο και τα μέσα/πόρους δια των οποίων τα πληροί, ενώ αντιθέτως, εισήγαγε μόνος του ερώτημα που δεν υπήρχε στο υπόδειγμα ΕΕΕΣ στο ΜΕΡΟΣ IV αυτού, ως εξής «α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής Όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής (ενότητα α ή ενότητες Α έως Δ του παρόντος μέρους), ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι: Πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής Απάντηση: Ναι», παρότι ουδόλως επέτρεψε τέτοια γενική δήλωση η διακήρυξη ούτε υπήρχε τέτοιο γενικό ερώτημα

στο προς συμπλήρωση ΕΕΕΣ. Άρα, ο παρεμβαίνων στο στάδιο προσφορών παραβίασε πλήρως κάθε κανόνα προκαταρκτικής απόδειξης περί πλήρωσης κριτηρίων επιλογής, αφού δεν απάντησε την πλήρωση και τον τρόπο πλήρωσης κανενός κριτηρίου. Επιπλέον τούτου, όπως βάσιμα ο προσφεύγων επικαλείται, απάντησε στο ερώτημα του ΜΕΡΟΥΣ ΙΙ ΕΝΟΤΗΤΑ Α του ΕΕΕΣ του «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν; Όχι», εκ των προτέρων δηλώνοντας κατά την προσφορά του αδυναμία προσκόμισης της κατ' άρ. 2.2.9.2.B1.β απαιτούμενων ως άνω ενημεροτήτων και μέσων οριστικής απόδειξης έλλειψης του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2.α-β' της διακήρυξης, τόσο κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, όσο και σε τυχόν προγενέστερο στάδιο, αν ζητούνταν προώρως, όπως η αναθέτουσα είχε ευχέρεια κατά τον όρο 2.2.9.2.A. Άρα, για αμφότερους τους ανωτέρω λόγους, η προσφορά του είναι ήδη εκ του σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών άνευ ετέρου απορριπτέα. Ούτε είναι δυνατή η κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διόρθωση και συμπλήρωση όλων των ως άνω σφαλμάτων, αφού τούτο δεν θα οδηγούσε απλώς σε διόρθωση σημειακού επιμέρους σφάλματος ή παράλειψης ήσσονος και πάντως μη ασκούσας επιρροή στον τρόπο απόδειξης και την ταυτότητα προσφοράς, παραλείψεως (όπως επί παραδείγματι και σε αντιδιαστολή με τα παραπάνω, η μη δήλωση των στοιχείων της αναθέτουσας στο ΕΕΕΣ, αλλά η αντ' αυτών δήλωση των στοιχείων του προσφέροντα, η οποία και εν προκειμένω έλαβε χώρα, αλλά συνιστά διορθωτέα και επουσιώδη έλλειψη, δεδομένου ότι τα στοιχεία της αναθέτουσας είναι γνωστά), αλλά σε μείζονα μεταβολή και εν τέλει συμπλήρωση το πρώτον ολόκληρου και δη, κρίσιμου μέρους του ΕΕΕΣ περί όλων, μάλιστα, των κριτηρίων επιλογής και ενώ ο τρόπος πλήρωσης αυτών κατά το στάδιο της προσφοράς ήταν εν όλω αόριστος και άρα, ουδόλως επιδεχόμενος το πρώτον οριστικοποίησης δια επεξεργασίας και σύνθεσης

παραδεκτών απαντήσεων, πλέον κατά την αξιολόγηση των προσφορών, πολλώ δε μάλλον κατόπιν της ήδη ανάδειξης του ως αναδόχου. Ούτε είναι κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, ως ισχύει δυνατή και αντιστροφή και μεταβολή ρητής δήλωσης του εντός του ΕΕΕΣ που υπέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, περί δυνατότητας προσκόμισης των ως άνω δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης. Όλα δε τα ανωτέρω, αν επιτρέπονταν, θα προσέκρουαν στην ίση μεταχείριση και τη διαφάνεια που θέτουν το άκρο όριο εφαρμογής του άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως δια του άρ. 42 Ν. 4782/2021 τροποποιήθηκε και ενώ ουδόλως σκοπός του μεταρρυθμιστικού του Ν. 4412/2016, νομοθέτη ήταν να καταργήσει ή να καταστήσει προαιρετική το ίδιο το στάδιο υποβολής προσφορών, υποκαθιστώντας το, ακόμη και σε περιπτώσεις, ως η προκείμενη, μαζικών και πολλαπλών αοριστιών περί του αν πληρούνται και πώς κριτήρια επιλογής, ελλείψεων απάντησης, απαντήσεων που άγουν σε απόρριψη και σφαλμάτων, με ένα τυχόν στάδιο συμπληρώσεων-διευκρινίσεων, το οποίο θα συνιστά «δεύτερη ευκαιρία» υποβολής ΕΕΕΣ και προσφοράς και θα επιτρέψει την επανυποβολή προσφοράς εν όλω ή κατά κρίσιμα και μείζονα τμήματα της ή θα επιτρέψει την ουσιώδη και μείζονα τροποποίηση του ΕΕΕΣ, σε περιπτώσεις ως η προκείμενη, όπου τυχόν το πρώτον συμπληρώσεις και διορθώσεις σε όλα τα ανωτέρω, θα εξομοιώνονταν επί της ουσίας με επανυποβολή ΕΕΕΣ. Άλλωστε, το γεγονός ότι επειδή συγκοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα οι εκτελεστές πράξεις των σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών και των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εν τέλει ο παρεμβαίνων έχει ήδη υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης πλέον και όταν ο προσφεύγων απέκτησε δυνατότητα γνώσης και προσβολής της αποδοχής του στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής είναι νομικά αδιάφορο, αφού το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν σκοπεύει ούτε συνιστά υποκατάσταση της προσφοράς και του σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής, ως και της δια του τελευταίου επιβαλλόμενης προκαταρκτικής απόδειξης περί κριτηρίων επιλογής και έλλειψης λόγων αποκλεισμού, αντίθετη δε ερμηνεία, θα κατέληγε επί της ουσίας να καταστεί το στάδιο των προσφορών και το ΕΕΕΣ προαιρετικά. Εξάλλου, η δια της εν τέλει σε επόμενο στάδιο, ήτοι των δικαιολογητικών

κατακύρωσης (η πρόοδος του παρεμβαίνοντα στο οποίο, επήλθε κατόπιν μη νόμιμης αποδοχής του στα προηγούμενα στάδια), απόδειξη δυνατότητας υποβολής τέτοιων ενημεροτήτων ή και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, πέραν του ότι δεν αναιρεί για τα τελευταία, την κατά την προσφορά (που συνιστά κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, κρίσιμο χρονικό σημείο για τη συνδρομή των κριτηρίων επιλογής), αοριστία περί πλήρωσης και μέσων και τρόπων πλήρωσης των κριτηρίων αυτών, ως και την το πρώτον κατόπιν της προσφοράς οριστικοποίηση και εκ του παρεμβαίνοντος προβολή του τρόπου πλήρωσης των κριτηρίων, σε κάθε περίπτωση συνιστά απαραδέκτως προβαλλόμενο σχήμα πρωθύστερον. Ούτε σκοπός του άρ. 42 Ν. 4782/2021 ήταν η κατάργηση της αρχής της τυπικότητας, παρά μόνο ο περιορισμός των αποκλεισμών εξαιτίας όλως τυπικών σφαλμάτων, όχι όμως και σε περιπτώσεις, ως η προκείμενη, όπου πράγματι εκ της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, που ουδόλως συναξιολογείται με τα κατόπιν ανάδειξης του πλέον ως προσωρινού αναδόχου, προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, είναι αδύνατη η διάγνωση περί του αν και πώς πληροί ή όχι τα κριτήρια επιλογής της διαδικασίας και ενώ επιπλέον τούτου, κατά τα δια της προσφοράς δηλωθέντα και στο στάδιο αξιολόγησης της λαμβανόμενα υπόψη, ο ίδιος απερίφραστα δήλωσε αδυναμία υποβολής δικαιολογητικού οριστικής απόδειξης έλλειψης λόγου αποκλεισμού. Πέραν και ασχέτως των ανωτέρω, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης ορίζει ως περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, οι οικονομικοί φορείς να αναφέρουν «χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και την επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται αυτό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της». Ο παρεμβαίνων δεν υπέβαλε τίποτα σχετικό, παρά μόνο αντιστοίχως για τη βενζίνη και το πετρέλαιο κίνησης, από ένα φύλλο προδιαγραφών που στην επικεφαλίδα τους αναφέρουν τον όμιλο ..... και το λογότυπο και την επωνυμία ....., αμφότερα δε τα φύλλα είναι ανυπόγραφα από κατασκευαστή, διακινητή, διανομέα ή χονδρέμπορο ή οποιονδήποτε εκ των οικονομικών φορέων που αναφέρονται στην επικεφαλίδα και εν γένει από οποιονδήποτε και είναι και άγνωστο σε ποια συγκεκριμένα επιμέρους αγαθά αναφέρονται και αν αυτά συνιστούν συγκεκριμένα επιμέρους αγαθά εκ

περισσότερων τυχόν, διαφορετικών προδιαγραφών που διακινούνται από τους ανωτέρω στην αγορά. Επομένως, όχι μόνο δεν υπέβαλε δήλωση του ο παρεμβαίνων περί χώρας παραγωγής, επιχειρηματικής μονάδας παραγωγής και τόπου εγκατάστασης αυτής, αλλά εν τέλει και από τα έγγραφα της προσφοράς είναι και αδύνατη η ασφαλής συναγωγή των ανωτέρω έστω και έμμεσα ούτε προκύπτει με ασφάλεια η αληθής προσφορά αγαθών των ανωτέρω και η ταυτοποίηση των αγαθών ή ακόμα και η ταυτοποίηση περί του αν αυτά παράγονται σε συγκεκριμένη χώρα και δη, σε ποια ή από ποιον παράγονται και αν παράγονται από τους ανωτέρω ή απλώς διακινούνται στην Ελλάδα από τους ανωτέρω. Ούτε η ανωτέρω έλλειψη είναι κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διορθωτέα, αφού τούτο θα επέτρεπε τη μετά την υποβολή προσφοράς και μάλιστα και κατόπιν γνώσης της οικονομικής προσφοράς των ανταγωνιστών, ως και των προσφερόμενων αγαθών τους, το πρώτον εκ του παρεμβαίνοντος οριστικοποίηση όλως αόριστων στοιχείων της προσφοράς, κατά πρόδηλη μεταβολή της (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018), καταλείποντας δε και ενδεχόμενο για δημιουργία και υποβολή στην αναθέτουσα μίγματος προσφερόμενων προϊόντων, επιλογή αυτών ή ακόμη και για το πρώτον συμφωνία με προμηθευτές και παραγωγούς (εν γνώσει πλέον ότι ο παρεμβαίνων είναι μειοδότης), αφού δια της προσφοράς του ουδόλως αυτός δεσμεύεται σε συγκεκριμένους παραγωγούς (αφού δεν είναι καν γνωστό αν οι αναφερόμενοι στα φύλλα προδιαγραφών είναι ως προς τα προσφερόμενα αγαθά, παραγωγοί, μεταπωλητές ή διανομείς αγαθών άλλων παραγωγών, εγχωρίων ή εισαγόμενων. Σημειωτέον, ότι ακόμη και στην παρέμβαση του ο παρεμβαίνων αναφέρει πως τα αγαθά που προσφέρει «διανέμονται», σελ. 9 παρέμβασης, από τα ..... και επομένως, ακόμη και τώρα παραμένει άγνωστο αν τα ..... παράγουν τα διανεμόμενα ή διανέμουν προϊόντα παραγωγής τρίτων, αγνώστου ταυτότητας και εγκατάστασης. Αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντα ότι ο ως άνω όρος 2.4.3.2.β δεν ισχύει, διότι αναφέρει σε παρένθεση «η περ. β' συμπληρώνεται κατά τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 94 Ν. 4412/2016» και τούτο, διότι ακριβώς το ως άνω περιεχόμενο, όχι μόνο δεν αναιρεί την

προδιαγραφή ή προκύπτει εξ αυτής ότι δεν ισχύει, αλλά απλώς αναφέρει, εκ μεταφοράς εκ των προτύπων τευχών της ΕΑΑΔΗΣΥ, ότι τέθηκε κατά την κατ' άρ. 94 παρ. 5 Ν. 4412/2016, σχετική διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, η οποία πάντως, αν δεν σκοπούσε στη θέσπισή της θα την είχε απαλείψει ή έστω διαγραμμίσει ως σβησμένη και ενώ αντίθετες προβαλλόμενες ερμηνείες προσκρούουν στην αρχή της τυπικότητας και του δεσμευτικού περιεχομένου της διακήρυξης για τους μετέχοντες και την αναθέτουσα. Άρα και εξ αυτής της ουσιώδους και μη διορθωτέας έλλειψης, αυτοτελώς, ο παρεμβαίνων είναι άνευ ετέρου αποκλειστέος ήδη εκ του σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών. Επομένως, για όλες τις ανωτέρω (τρεις διακριτές) αυτοτελείς βάσεις, είναι απορριπτέος άνευ ετέρου ο παρεμβαίνων, εκάστη δε εκ των βάσεων απόρριψής του επαρκούσε μόνη της για την άνευ ετέρου απόρριψη του και δη, ήδη εκ του σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς, με συνέπεια να είναι ακυρωτέα, η πρώτη περί εγκρίσεως του στα στάδια δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, προσβαλλόμενη, ως και η δι' αυτής ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017). Αναγκαία δε, η παρανομία ανάδειξής του ως προσωρινού αναδόχου άγει σε και σε παρανομία ανάδειξής του ως οριστικού αναδόχου, η οποία προϋποθέτει νόμιμη ανάδειξη του οικονομικού φορέα ως προσωρινού αναδόχου στα προηγηθέντα στάδια. Άρα και η δεύτερη προσβαλλόμενη, περί αναδείξεως του ως αναδόχου, είναι ακυρωτέα. Παρέλκει δε, ως εκ τούτου, η εξέταση των λοιπών κατ' αυτού ισχυρισμών επί κάθε σταδίου της διαδικασίας.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, καθ' ο μέρος έκριναν δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντα και κατ' αναγκαία της αποδοχής του στα προηγούμενα στάδια, συνέπεια, τον ανέδειξαν ανάδοχο.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τις με αρ. 22/18.10.2021 και 24/5.11.2021 Αποφάσεις Δ.Σ. της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος κρίθηκε δεκτός και αναδείχθηκε ανάδοχος ο παρεμβαίνων.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 14-12-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ**