

**Η**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**  
**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 30 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Μιχάλης Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1584/24.12.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» [εφεξής «αναθέτουσα αρχή»], το οποίο εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 24/17-12-2019 απόφαση (έγγραφο αρ. πρωτ. 12056/18-12-2019) του ... της Αναθέτουσας Αρχής, να κριθεί τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της, να κριθεί ως τεχνικά μη αποδεκτή η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης και ανταγωνίστριας εταιρίας «...» και να αποκλειστεί αυτή της περαιτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το υπ' αριθμ. ... ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού εξακοσίων ευρώ (€600) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου (το οποίο έχει δεσμευθεί και πληρωθεί στην Εθνική Τράπεζα), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη ..., επιδιώχθηκε από την αναθέτουσα αρχή η διενέργεια, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 και με τη χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (με Α/Α ...), ανοιχτού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση Οδοντιατρικών Μονάδων για τις ανάγκες του Τμήματος Οδοντιατρικής ...». Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ανέρχεται στο ποσό των 112.903,22€ χωρίς ΦΠΑ (με ΦΠΑ 140.000,00€). Το κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής.

3. Επειδή, προσφορές μέσω του ΕΣΗΔΗΣ υπέβαλαν στο διαγωνισμό οι εταιρείες: «...», η προσφεύγουσα και «...». Στις 08.11.2019 συνήλθε η Επιτροπή αξιολόγησης αποτελεσμάτων, για την ηλεκτρονική αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιρειών. Λόγω του όγκου των στοιχείων, ολοκληρώθηκε η διαδικασία αξιολόγησης κατόπιν επαναλαμβανόμενων συνεδριάσεων στις 20.11.2019, οπότε και ολοκληρώθηκε η σύνταξη του πρακτικού της 1ης συνεδρίασης και της συνέχειας αυτής. Κατά τη διάρκεια των συνεδριάσεων η Επιτροπή Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων ζήτησε διευκρινίσεις επί των δικαιολογητικών συμμετοχής και από τις τρεις συμμετέχουσες εταιρείες. Τα εν λόγω έγγραφα κοινοποιήθηκαν στις εταιρείες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνίας» με τα αριθμ. 8660/12-11-2019, 8661/12-11-2019 και 8659/12-11-2019 έγγραφα της Γεν. Δ/σης .... Οι εταιρείες κατέθεσαν, μέσω του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ τις απαιτούμενες διευκρινίσεις. Στις 05.12.2019 η Επιτροπή Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων συνεδρίασε για την ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των εταιρειών που συνεχίζουν στο διαγωνισμό και συνέταξε το πρακτικό της 2ης συνεδρίασης. Με το αριθμ. 12056/5-12-2019 έγγραφο του Τμήματος Προμηθειών διαβιβάστηκαν το σύνολο των πρακτικών 1ης και 2ης συνεδρίασης για επικύρωση στο ..., το οποίο ακολούθως στη συνεδρίασή του αριθμ. 24/17-12-2019 (έγγραφο αριθμ. 12056/18-12-2019) επικύρωσε τα ανωτέρω πρακτικά της Επιτροπής. Με την ως άνω απόφαση του ... απερρίφθη η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας

και αποκλείσθηκε από την συνέχεια του διαγωνισμού με την αιτιολογία ότι «*Η εταιρεία ...προσφέρει εξοπλισμό ...αλλά σύμφωνα με την Τεχνική της προσφορά οι προσφερόμενες μονάδες είναι δεκατέσσερις (14) και η προσφορά της κρίνεται απορριπτέα καθώς σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών της διακήρυξης όπου αναφέρεται ρητά ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:[...] θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης. Επιπρόσθετα στην παρ. 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης ορίζεται ρητά ότι: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση είκοσι (20) οδοντιατρικών μονάδων για τις ανάγκες του Τμήματος Οδοντιατρικής .... (CPV: ... ..)» Συνεπώς η τεχνική προσφορά της εταιρείας ... κρίνεται μη κανονική σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ.3 του άρθρου 26 του ν.4412/2016 όπως αυτός ισχύει, διότι δεν πληροί τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, καθώς αποκλίνει από τον όρο της Διακήρυξης σχετικά με τον απαιτούμενο αριθμό οδοντιατρικών μονάδων και η Επιτροπή εισηγείται την απόρριψή της.».*

4. Επειδή, κατά της τελευταίας Απόφασης του ..., στράφηκε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνίας» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 23.12.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της.

5. Επειδή, η εξεταζόμενη Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής Απόφασης η οποία εξεδόθη κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίου Διαγωνισμού που υπάγεται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως προς το ρυθμιστικό του πλαίσιο στον Ν. 4412/2016 (Οδηγία 2014/24/ΕΕ,ΕΕΛ 94), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 112.903,22€ άνευ ΦΠΑ 24%, ανώτερης του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο

αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε, σύμφωνα με τα άρθρα 61 παρ. 4 και 120 παρ. 1 Ν. 4412/2016 με την καταχώριση της αντίστοιχης Προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, μετά τις 26.06.2017.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή του κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά, όπως ομολογεί η ίδια, την 20.12.2019, ώστε η Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης μέσω λειτουργικότητας «επικοινωνίας» στο ΕΣΗΔΗΣ την 23.12.2019, ήτοι εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον [ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996], καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον χώρο όπου υπάγεται η επίμαχη δημόσια σύμβαση προμήθειας, συμμετείχε στον Διαγωνισμό, πλέον δε μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης με την οποία απερρίφθη η τεχνική προσφορά της, υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017. Απαραδέκτως όμως αιτείται την αποδοχή της προσφοράς και της και την απόρριψη της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης, καθώς εκφεύγει από τις αρμοδιότητες της ΑΕΠΠ (ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

8. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους [ΣτΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009], στο άρθρο 1.3 ορίζεται ότι «*Αντικείμενο της σύμβασης*

είναι η προμήθεια και εγκατάσταση είκοσι (20) οδοντιατρικών μονάδων για τις ανάγκες του Τμήματος Οδοντιατρικής .... (CPV: ...». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 ορίζεται ότι «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, και περιλαμβάνει αναλυτική τεχνική περιγραφή του προσφερόμενου εξοπλισμού. Επίσης, προσκομίζονται τυχόν φυλλάδια ή prospectus από τα οποία αποδεικνύεται η συνδρομή με τις τεχνικές προδιαγραφές. Τέλος, προσκομίζονται το σύνολο των πιστοποιητικών που αναφέρονται στους Ειδικούς Όρους του Παραρτήματος Ι». Τέλος, στο άρθρο 2.4.6. ορίζεται ότι απορρίπτεται προσφορά «η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης...θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν [ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.], όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και αυτές που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων [ΕΣ VI Τμήμα Πράξη 10/2018 σκέψη III], οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού [ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ], αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους.

10. Επειδή, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα [ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008]. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προσφέροντες να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν το πρώτον μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά [ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/2009, 738/2009, 180/2009, 567/2008, 3075/2008, 307/2007, 929/2005 σκέψη 5, ΣΤΕ 963/2000, 2854/1997, ΕΑ 849 και 787/2005· βλ. και ΔΕφΘεσ 99/2017 σκέψη 14, ΔΕφΑθ 271/2011, ΑΕΠΠ 489/2019 σκέψη 18], ειδικότερα έχει γίνει δεκτό ότι η εκκίνηση της διαδικασίας παροχής διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων [ΣΤΕ 90/2010 σκέψη 6].

12. Επειδή, η απόκλιση προσφοράς υποψηφίου από απαράβατους όρους της Διακήρυξης, συνεπάγεται αυτομάτως τον αποκλεισμό του υποψηφίου κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009 σκέψη 5), καθώς δεν επιτρέπεται η συμπλήρωσή τους με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016 [ΑΕΠΠ 1/2018 σκέψη 31, 20/2018 κ.ά.]. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, η κλήση από την

αναθέτουσα αρχή για παροχή διευκρινίσεων είναι ανεπίτρεπτη, όταν με αυτή δεν επέρχεται συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων, αλλά τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς διαγωνιζομένου [ΔΕφΘεσ 99/2017 σκέψη 14, ΕΑ Στε 135/2018].

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 24.12.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 02.01.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα μέσω ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημέρα, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει τα εξής: *«[...]Η εταιρία μας είναι κατασκευάστρια (η μοναδική στην ... που παράγει οδοντιατρικές μονάδες σε δική της ιδιόκτητη καθετοποιημένη μονάδα) και δραστηριοποιείται στις Δημόσιες Προμήθειες από τις αρχές της δεκαετίας του 1980. Στον εν λόγω διαγωνισμό, μεταξύ των εγγράφων που εμείς συντάσσουμε ως επιπρόσθετη περιγραφή, εκ παραδρομής αναγράψαμε στον πίνακα τεχνικής ανάλυσης άλλη ποσότητα από την ζητούμενη στην Διακήρυξη (-14-δεκατέσσερις αντί -20- είκοσι). Η αναγραφή όμως αυτή συνιστά από μέρος μας συντακτικό σφάλμα και όχι ειλικρινή πρόθεση να προσφέρουμε άλλη ποσότητα από την ζητούμενη, καθόσον τόσο από την εμπειρία μας στις διαδικασίες των Δημόσιων Διαγωνισμών όσο και από τους Κανόνες της Κοινής Λογικής γνωρίζουμε μετά βεβαιότητας ότι τούτο θα συνεπαγόταν την άμεση και αυτονόητη απόρριψη και αποκλεισμό μας από την περαιτέρω διαδικασία. Αντίθετα από το σύνολο των λοιπών εγγράφων ήτοι την προσκόμιση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, την ενδελεχή τεχνική ανάλυση των προσφερόμενων ειδών αλλά και την κατ' ουσία προσφορά μας στην οποία διαλαμβάνονται προϊόντα εγνωσμένης φήμης και ποιότητας, συνάγεται το σοβαρό και ειλικρινές ενδιαφέρον μας να μας ανατεθεί η συγκεκριμένη προμήθεια. Ειδικότερα είναι αληθές ότι εκ παραδρομής αναφέρουμε στην προσφορά μας ποσότητα δεκατέσσερα -14- αντί είκοσι -20. Τούτο όμως συνιστά*

αναντίρρητα μια από μέρους μας τυπική παραδρομή (με δεδομένο ότι ακριβώς την ίδια χρονική περίοδο προετοιμάζαμε την σύνταξη του φακέλου προς άλλη αναθέτουσα αρχή - ... αριθμός διακήρυξης ... όπου η εκεί ζητούμενη ποσότητα οδοντιατρικών μηχανημάτων ήταν -14- δεκατέσσερα) επομένως κατά την σύνταξη του κειμένου και μόνο κατά αυτήν, εσφαλμένα αναγράψαμε άλλη ποσότητα από την ζητούμενη. Την τυπική μας αυτή παραδρομή θα μπορούσαμε να έχουμε θεραπεύσει με κάθε πρόσφορο μέσο ακόμη και πέραν του απλού εγγράφου - για παράδειγμα μέσω υπεύθυνης δήλωσης ή ακόμη και ένορκης βεβαίωσης- εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή μας είχε ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις, οι οποίες αντίθετα με όσα διαλαμβάνονται στα σχετικά πρακτικά της Επιτροπής, δεν παραβιάζουν τους απαραίτους όρους της Διακήρυξης διότι δεν περιλαμβάνεται σχετική ειδική μνεία στο άρθρο 2.2.3 «Λόγοι Αποκλεισμού» (όπως π.χ ορίζεται για προσφορές που θέτουν όρο αναπροσαρμογής ή αποτελούν εναλλακτική προσφορά) και άρα θα πρέπει να θεωρηθεί ότι χωρεί και εφαρμόζεται στην περίπτωση αυτή το άρθρο περί παροχής διευκρινίσεων και διόρθωσης σφαλμάτων. Επιπρόσθετα, μια τέτοιας φύσεως διευκρίνιση ουδόλως θα ανέτρεπε ή τροποποιούσε το ουσιαστικό & ποιοτικό περιεχόμενο της τεχνικής μας προσφοράς κατ' άρθρο 2.4.3.2 σελ. 21 της Διακήρυξης, το οποίο συνίσταται στην ορθή και πλήρη συμπλήρωση του φύλλου συμμόρφωσης και στην προσκόμιση τεχνικών εντύπων που αποδεικνύουν εμπειριστατωμένα ότι τα προσφερόμενα είδη είναι κατάλληλα προς το σκοπό χρήσης και υπερπληρούν τις τεχνικές απαιτήσεις της Διακήρυξης. Επομένως προκύπτει πρόδηλα ότι αδικαιολόγητα και με ιδιαίτερη ευκολία, η Επιτροπή Αξιολόγησης προέβη στην άμεση απόρριψη της προσφοράς μας για ένα τυπικό από μέρους μας συντακτικό σφάλμα -σημειώνουμε ότι η αναγραφή της προσφερόμενης ποσότητας δεν προβλέπεται σε κανένα σημείο της Διακήρυξη ως απαραίτητο στοιχείο καθόσον τούτο θεωρείται αυτονόητο και το οποίο η εταιρία μας αυτοβούλως ανέγραψε - χωρίς να μας καλέσει προς παροχή των απαραίτητων διευκρινίσεων και ενώ από το σύνολο των λοιπών εγγράφων που προσκομίσαμε όπως η εγγυητική επιστολής συμμετοχής (βλ. αριθμός ...) προκύπτει αναντίρρητα η πρόθεσή μας να μετέχουμε στον Διαγωνισμό για το σύνολο της



προκηρυχθείσας ποσότητας. Συμπερασματικά, η προσβαλλόμενη πράξη κατά το σημείο που απορρίπτει την τεχνική προσφορά μας θα πρέπει να ακυρωθεί καθόσον όχι μόνο εδράζεται σε μια αόριστη και ασαφή αιτιολογία αλλά και επειδή πάσχει ως προς την ουσία της, δηλαδή επειδή προέβη στην απόρριψη της προσφοράς μας για τυπικό λόγο που θα μπορούσε μέσω της προβλεπόμενης και συνήθους διαδικασίας παροχής διευκρινίσεων να έχει θεραπευθεί.».

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Αν και η προσφεύγουσα αρχικά υποστηρίζει ότι δεν είναι σαφές το σημείο και ο τρόπος με τον οποίο δηλώνεται η απόκλιση από τα οριζόμενα της διακήρυξης, παραδέχεται ότι «εκ παραδρομής αναγράψαμε στον πίνακα τεχνικής ανάλυσης άλλη ποσότητα από την ζητούμενη στην Διακήρυξη (-14- δεκατέσσερις αντί -20-είκοσι). Η αναγραφή όμως αυτή συνιστά από μέρους μας συντακτικό σφάλμα και όχι ειλικρινή πρόθεση να προσφέρουμε άλλη ποσότητα από την ζητούμενη...». Από την ανωτέρω δήλωση-παραδοχή της ίδια της προσφεύγουσας προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι πράγματι υπάρχει απόκλιση στην τεχνική περιγραφή από τα οριζόμενα στη διακήρυξη και ότι ορθώς η Επιτροπή Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων έκρινε τελικώς την προσφορά απορριπτέα. Ειδικότερα: Σύμφωνα με την παράγραφο 1.3 της διακήρυξης αρ. ... προβλέπεται ότι[...] . Η εταιρεία ... στην τεχνική της προσφορά, αρχείο με ονομασία τεχνική περιγραφή, ήτοι το βασικό αρχείο με το οποίο κάθε συμμετέχων αναφέρει όλα τα απαιτούμενα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται η συνδρομή των προδιαγραφών των προσφερόμενων ειδών με αυτές της διακήρυξης αναγράφει ρητά ολογράφως και αριθμητικώς ότι τα προσφερόμενα τεμάχια είναι δεκατέσσερα (14). Περαιτέρω, στο φύλλο συμμόρφωσης που συνοδεύει την τεχνική προσφορά αναγράφεται από την εταιρεία ο αριθμός της διακήρυξης και ο αριθμός των προσφερόμενων οδοντιατρικών μονάδων, ήτοι δεκατέσσερις (14) οδοντιατρικές μονάδες. Όλα τα υπόλοιπα υποβληθέντα αρχεία, που συνοδεύουν την τεχνική προσφορά της εταιρείας, περιλαμβάνουν τα τεχνικά φυλλάδια των

προσφερόμενων ειδών και καμία αναφορά δεν γίνεται σε αυτά σε σχέση με τον αριθμό των τελικώς προσφερόμενων οδοντιατρικών μονάδων. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εύκολα το σφάλμα στην προσφορά της θα μπορούσε να θεραπευτεί εφόσον η αναθέτουσα αρχή είχε ζητήσει διευκρινίσεις. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.1.1. προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016». Στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν υφίσταται πραγματικός λόγος υποβολής διευκρινίσεων επί της προσφοράς της εταιρείας, καθόσον, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα παραδέχεται, στην προσφορά της αναγράφεται ως προσφερόμενος αριθμός οδοντιατρικών μονάδων δεκατέσσερις (14) και όχι ο ζητούμενος από τη διακήρυξη είκοσι (20). Συνεπώς, καμία ασάφεια δεν υπήρξε στην κρίση της Επιτροπής, δεδομένου ότι πέραν πάσας αμφιβολίας, ο αριθμός των προσφερόμενων οδοντιατρικών μονάδων ήταν δεκατέσσερις (14) και όχι είκοσι (20). Αντιθέτως, σε περίπτωση που η Επιτροπή έκρινε ότι το ανωτέρω σφάλμα μπορεί να θεραπευτεί με την χορήγηση διευκρινίσεων, αυτό θα σήμαινε ότι η εταιρεία θα έπρεπε να αλλάξει την προσφορά της και από δεκατέσσερις οδοντιατρικές μονάδες που δηλώνει ότι προσφέρει, να δηλώσει ότι προσφέρει είκοσι. Αυτό όμως να σήμαινε τροποποίηση της προσφοράς και άنيση μεταχείριση των συμμετεχόντων, καθόσον θα έδινε το δικαίωμα σε μία συμμετέχουσα να διορθώσει σοβαρό σφάλμα στην προσφορά της».

16. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει πως η προσφεύγουσα κατέθεσε στην ηλεκτρονική προσφορά της στο ΕΣΗΔΗΣ στις 31.10.2019, το αρχείο με την ονομασία «τεχνική περιγραφή». Στο εν λόγω αρχείο, δήλωσε ρητά, όπως και η ίδια εξάλλου συνομολογεί, ότι προσφέρει δεκατέσσερα (14) τεμάχια (οδοντιατρικά μηχανήματα). Όμως στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση είκοσι (20) οδοντιατρικών

μονάδων για τις ανάγκες του Τμήματος Οδοντιατρικής ... (CPV: ...)», ενώ στο άρθρο 2.4.6. ορίζεται ότι απορρίπτεται προσφορά «η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης». Επομένως, η προσφεύγουσα δηλώνοντας στην τεχνική της προσφορά ότι θα προσφέρει 14 οδοντιατρικές μονάδες αντί για 20 που όριζε ρητά η Διακήρυξη, υπέπεσε σε πλημμέλεια που δεν ήταν δυνατόν να θεραπευτεί σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016, όπως η ίδια ισχυρίζεται και τούτο διότι σε κανένα άλλο σημείο της προσφοράς της δεν είχε αναγράψει ότι θα προσφέρει 20 οδοντιατρικές μονάδες ώστε να υπάρξει ασάφεια. Τυχόν διόρθωση λοιπόν της τεχνικής της προσφοράς θα σήμαινε αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της, γεγονός το οποίο δεν είναι επιτρεπτό και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προσφυγής της είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...» για παραβίαση όρων της Διακήρυξης και ισχυρίζεται ότι πρέπει να αποκλεισθεί από τον διαγωνισμό. Όμως, σύμφωνα με τα παγίως κριθέντα στη νομολογία του ΣΤΕ, ήδη υπό την ισχύ των, προγενέστερων του Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV), Νόμων 2522/1997 και 3886/2010: διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά νομίμως αποκλείεται, καθίσταται τρίτος ως προς την εξέλιξη της αντίστοιχης διαδικασίας, ώστε να στερείται καταρχήν εννόμου συμφέροντος προς αμφισβήτηση της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου. Υπενθυμίζεται από το κρίνον Κλιμάκιο, ότι υπό τα σύγχρονα νομικά δεδομένα, η διαστολή του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, ο αποκλεισμός της οποίας έχει ήδη κριθεί με την παρούσα νόμιμος, ώστε να δύναται να προβάλει ανεξαιρέτως

λόγους ακύρωσης κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, δεν μπορεί να γίνει δεκτός καθώς δεν έχει παραχθεί σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας εκείνη η ακυρωτική νομολογία εκ του Ανώτατου Ακυρωτικού όπου θα γίνεται ρητά λόγος από τους Δικαστές του για «μεταστροφή της πάγιας νομολογίας του». Μάλιστα, κατά την πρώτη επιστημονική διαπραγμάτευση του ζητήματος αυτού τον Μάιο 2018 στο 5ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο «ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ», που διοργάνωσε η Ένωση Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Βόλου (ΔΣΒ), στο Τεχνικό Επιμελητήριο (Τ.Ε.Ε.) Μαγνησίας στις 11-12.5.2017, επισημάνθηκε από τον Ι. Κίτσο, «Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση παραδεκτού της ακυρωτικής διοικητικής δίκης», πως το νομικό ζήτημα είναι προδήλως «επιστημονικά ανοιχτό» καθώς «δεν είναι διόλου αυτονόητη η αναλογική εφαρμογή στο ημέτερο Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων» της περίφημης Απόφασης του ΔΕΕ της 11.5.2017 στην υπόθεση C-131/16, Archus και Gama λαμβανομένης, τονίζοντας την ειδική περιπτώσιολογία της υπόθεσης που έκρινε το ΔΕΕ υπό το φως των νομικών ιδιαιτεροτήτων του πολωνικού Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων. Αργότερα δε, στο Άρθρο του Παρέδρου του ΣτΕ Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Νομολογία Δημοσίων Έργων & Περιβάλλοντος Τεύχος 7, 2018, σελ. 5επ. γίνεται ρητά λόγος πως (σελ. 16-17) η νομολογία του ΣτΕ «δεν έχει κατασταλάξει οριστικώς» και «βρίσκεται σε στάδιο διαμορφώσεως» τασσόμενος πάντως αρνητικά επί του νομικού ζητήματος, καθώς έτσι επέρχεται «αλλοίωση της ηθικής της διαγωνιστικής διαδικασίας» (βλ. και Ν. Μαρκόπουλος, «Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) για το έννομο συμφέρον προσβολής πράξεων ή παραλείψεων αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Ομιλία στο Ιδρυτικό Συνέδριο της ΑΕΠΠ, 08.02.2019, Αγ. Ιωάννης Ρέντης). Με την πρόσφατη Μελέτη του ίδιου του Συμβούλου της Επικρατείας, Η. Μάζου, «Δικαστική προστασία ενώπιον του ΣτΕ στις δημόσιες συμβάσεις», σε: Ε.-Ε. Κουλουμπίνη – Η. Μάζου – Ι. Κίτσου,

Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή (συλλογικό έργο), Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 501-502, επισημαίνεται η δεδομένη νομική διάσταση που πράγματι επικράτησε στους κόλπους της Επιτροπής Αναστολών, και προκρίνεται, υπό καθεστώς ασφάλειας δικαίου, ότι: «Η επίλυση του ζητήματος μεταφέρεται αναγκαίως στον ακυρωτικό σχηματισμό του Δικαστηρίου» το οποίο δεν έχει ακόμη οριστικά κατασταλάξει.

18. Επειδή, ειδικότερα, όπως είναι γνωστό, το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος έχει απασχολήσει επανειλημμένα τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 2.7.2013, C-100/12 Fastweb SpA, της 11.5.2017 C-131/16, Arhus sp.z. o.o and Gama Jacek Lipik (Archus and Gama), της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), της 21.12.2016, C-355/15 Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), και της 5.9.2019, C-333/18 Lombardi Srl) και του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΕΑ ΣτΕ 349/17, 22/18, 30/19, 180/19), ήδη δε με την απόφαση 235/2019 της Επιτροπής Αναστολών της Ολομελείας του Συμβουλίου Επικρατείας υποβάλλονται σχετικά προδικαστικά ερωτήματα προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ 22/18, 30/19) που δέχεται το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος ακολουθώντας τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, ενώ αναμφισβήτητα συνιστά μεταστροφή έναντι της παλαιότερης νομολογίας (έως και την ΕΑ ΣτΕ 349/2017) που απέρριπτε το έννομο συμφέρον του, ακόμη κυμαίνεται και δεν έχει καταλήξει πλήρως στον καθορισμό των προϋποθέσεων υπό τις οποίες αναγνωρίζεται το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος. Στην πλέον πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ 180/19) διακρίνεται τάση εκ νέου περιστολής του εννόμου συμφέροντος (σε σύγκριση με τις ΕΑ ΣτΕ 22/18 και 30/19), η οποία ίσως δεν είναι άσχετη με τον ορατό κίνδυνο εκθετικής αύξησης των δικαστικών αντιδικιών και εκτροπής της διαγωνιστικής διαδικασίας στην «ηθική της με κάθε μέσο και στρεψοδικία εξόντωσης κάθε ανταγωνιστή και εν τέλει και του ίδιου του διαγωνισμού, ώστε να προκηρυχθεί ο επαναληπτικός»

(βλ. Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων», εισήγηση στην Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργιών, διαθέσιμη στο διαδίκτυο υπό [https://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/markopoulos\\_Oktober2018.pdf](https://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/markopoulos_Oktober2018.pdf)). Σε κάθε περίπτωση, ωστόσο, θα πρέπει να δηλώνεται άλλως να καθίσταται σαφές ότι επιδιώκεται η απόρριψη της έτερης προσφοράς επί τη βάση της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού. Ωστόσο, εν προκειμένω, ουδέν σχετικό αναφέρει η προσφεύγουσα και ως εκ τούτου κρίνεται απαράδεκτη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος η εξέταση των λόγων που αφορούν την έτερη συμμετέχουσα στο διαγωνισμό.

19. Επειδή, περαιτέρω, ελέγχονται οι ισχυρισμοί κατά της προσφοράς έτερου συμμετέχοντος όταν χωρεί εφαρμογή του ίσου μέτρου κρίσης. Ωστόσο, όπως, έχει γίνει δεκτό (ΕΑ ΣΤΕ 235/2019, ΣΤΕ 2768-2770/2013), για την θεμελίωση παραβάσεως του ίσου μέτρου κρίσεως, κρίσιμο είναι το αν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών των διαγωνιζομένων (και όχι αν οι διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα).

20. Επειδή, εν προκειμένω, οι εικαζόμενες πλημμέλειες της προσφοράς της εταιρείας «...» δεν ταυτίζονται με τους λόγους αποκλεισμού της προσφεύγουσας. Επομένως, δεν έχει εφαρμογή εν πάση περιπτώσει το ίσο μέτρο κρίσης προς θεμελίωση εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας να στραφεί κατά της συμμετοχής της εν λόγω υποψήφιας.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: 206 /2020**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος ηλεκτρονικού/e-παραβόλου με αριθμό ... ποσού εξακοσίων ευρώ (€600).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30.01.2020 και εκδόθηκε στις 19.02.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ευαγγελία Μιχολίτση**

**Φωτεινή Μαραντίδου**