

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής Μιχαήλ Σειραδάκης και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.12.2017 Προδικαστική Προσφυγή με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 341/2017 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στο Βουκουρέστι Ρουμανίας, νομίμως εκπροσωπούμενης από την εταιρεία «.....» που εδρεύει στη Θεσσαλονίκη, οδός αριθ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου 8379/17-11-17 απόφασης της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (ΔΕΗ Α.Ε.)/ΔΛΥ-ΛΚΔΜ/Κλάδος Προμηθειών, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης προσφορών στον παρακάτω αναφερόμενο διαγωνισμό που συμμετέχει η προσφεύγουσα, κατά το μέρος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας «.....».

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 8379/17-11-17 απόφαση της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (ΔΕΗ Α.Ε.)/ΔΛΥ-ΛΚΔΜ/ Κλάδος Προμηθειών, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό της Επιτροπής Τεχνικής Αξιολόγησης προσφορών στον αναφερόμενο διαγωνισμό που συμμετέχει η προσφεύγουσα κατά το μέρος που έκρινε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «.....».

Με την Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης με αριθμό πρωτοκόλλου 8379/17.11.2017 απόφασης της ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού Α.Ε.» (ΔΕΗ Α.Ε.)/ΔΛΥ-ΛΚΔΜ/Κλάδος Προμηθειών, η οποία ενέκρινε το με ημερομηνία 15.11.2017 πρακτικό της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης προσφορών και προς απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την υπ' αριθ. ΔΥΠ601710/29-9-2017 διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός δημόσιος διαγωνισμός της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (ΔΕΗ Α.Ε.), ο οποίος δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, συνολικού προϋπολογισμού 2.280.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με αντικείμενο την προμήθεια ελαστικών επίσωτρων χωματοουργικών μηχανημάτωνκαι με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται με βάση την τιμή ανά αιτούμενο είδος, ενώ από την αναθέτουσα αρχή ορίσθηκε ως αρμόδια υπηρεσία για τη διενέργεια του διαγωνισμού η Διεύθυνση Υλικού και Προμηθειών (ΔΥΠ)».

2. Επειδή στον επίδικο διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε προσφορά για τμήματα της σύμβασης και ειδικότερα για τα δύο εκ των αιτουμένων τριών υλικών του πίνακα περιγραφής υλικών και ποσοτήτων της διακήρυξης με Α/Α 1 και 2. προϋπολογισθείσης αξίας 780.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, καθώς και οι εταιρίες «.....».

3. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλείται ότι κατά το άνοιγμα των τεχνικών προσφορών την 29-9-2017 η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας «.....», η οποία αφορούσε ομοίως τα δύο εκ των αιτουμένων τριών υλικών του πίνακα περιγραφής υλικών και ποσοτήτων της διακήρυξης με Α/Α 1 και 2, περιείχε ουσιώδεις παραλείψεις και ανακριβή στοιχεία, που την καθιστούσαν προδήλως τεχνικά απαράδεκτη, σύμφωνα με τους σχετικούς

όρους της διακήρυξης. Επακολούθησε ο έλεγχος των τεχνικών προσφορών από την αρμόδια επιτροπή τεχνικής αξιολόγησης, το πρακτικό της οποίας δεν γνωστοποιήθηκε στην προσφεύγουσα.

4. Επειδή κατά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών την 27/11/2017 έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....». Με το από 27-11-2017 έγγραφο η προσφεύγουσα αιτήθηκε τη γνωστοποίηση του πρακτικού της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών και την απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί εγκρίσεως του πρακτικού. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 30-11-2017 την με αριθ. πρωτ. 8379/17-11-2017 προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης, καθώς και το σώμα του πρακτικού, οπότε την 30-11-2017 έλαβε η προσφεύγουσα πλήρη γνώση των αποτελέσματος αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιριών και επομένως της προσβαλλόμενης πράξης.

5. Επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η επιτροπή τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών, ενώ διαπίστωσε ότι η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας "....." περιείχε ουσιώδεις ελλείψεις και την καθιστούσαν τεχνικά απαράδεκτη, αιτήθηκε διευκρινίσεις και συμπληρωματικά στοιχεία, αλλά πρωτίστως νέα κρίσιμα έγγραφα από την ως άνω προσφέρουσα εταιρεία, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και της νομοθεσίας. Μετά τη λήψη των συμπληρωματικών στοιχείων και των δέκα νέων εγγράφων που απέστειλε η εν λόγω εταιρεία, η αρμόδια επιτροπή έκρινε την προσφορά της τεχνικά αποδεκτή, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και της εθνικής νομοθεσίας.

6. Επειδή η προσφυγή δεν έχει ασκηθεί μεν με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, πλην όμως περιλαμβάνει όλα τα αναγκαία εκ του νόμου στοιχεία

Αριθμός Απόφασης: 31/2018

συνεπώς πρέπει να εξεταστεί παραδεκτώς κατ'ερμηνεία του δικογράφου (ΑΕΠΠ Α33/2017).

7. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου, 17729018295802020065) όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 8/12/2017 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Eurobank), ποσού τριών χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (3900,00 €), όπως προκύπτει και από την 11.12.2017 Βεβαίωση Ελέγχου και Δέσμευσης Ηλεκτρονικού Παραβόλου της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και ως εκ τούτου στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, καθώς με το από 27-11-2017 έγγραφο η προσφεύγουσα αιτήθηκε τη γνωστοποίηση του πρακτικού της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών και την απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί εγκρίσεως του πρακτικού. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 30-11-2017 με τηλεομοιοτυπία (FAX) την με αριθ. πρωτ. 8379/17-11-2017 προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης, καθώς και το σώμα του πρακτικού, οπότε την 30-11-2017 η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση των αποτελέσματος αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιριών και επομένως της προσβαλλόμενης πράξης. Είναι δε απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, ότι η υπό κρίση προσφυγή

Αριθμός Απόφασης: 31/2018

ασκείται εκπροθέσμως επικαλούμενη ότι η «προσφεύγουσα ενημερώθηκε για τη συμμετοχή μας και σε αυτό το στάδιο του διαγωνισμού, ενημερώθηκε δηλαδή στις 24.11.2017 ότι η προσφορά μας είχε γίνει τεχνικά αποδεκτή, καθώς στο ενημερωτικό έγγραφο της ΔΥΠ αναγραφόταν και η επωνυμία της εταιρίας μας, δεν προχώρησε σε αναζήτηση της απόφασης που ενέκρινε το πρακτικό της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών ούτε προέβη σε οποιαδήποτε άλλη ενέργεια που δήλωνε έστω πρόθεση εναντίωσης στην αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρίας μας», αφού σύμφωνα με την αρχή της αυστηρώς τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας και τον απόλυτα διακριτό χαρακτήρα εκάστου σταδίου (ΕΛΣυν/6Τμ/16/2009), το κάθε στάδιο περατώνεται με την έκδοση της εκτελεστής διοικητικής πράξης από το αρμόδιο διοικητικό όργανο που την περατώνει. Κατά συνέπεια είναι απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος ο ισχυρισμός και της αναθέτουσας ότι, «η προσφεύγουσα γνώριζε ήδη από την 24.11.2017 το αποτέλεσμα της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών, οπότε και ενημερώθηκε για την αποσφράγιση των φακέλων Γ όλων των διαγωνιζομένων (γεγονός που συνομολογεί η ίδια στη σελίδα 2 της προσφυγής της) και όφειλε να είχε ασκήσει την προδικαστική προσφυγή εντός δέκα ημερών από την ημερομηνία που έλαβε γνώση, ήτοι έως την 4/12/2017. Σε κάθε δε περίπτωση, έλαβε γνώση την 27.11.2017, οπότε και ανοίχθηκαν οι οικονομικές προσφορές παρουσία εκπροσώπου της προσφεύγουσας. Έτσι, η υπό κρίση προσφυγή για να θεωρηθεί εμπρόθεσμη, έπρεπε να είχε ασκηθεί έως την 4.12.2017 (10 ημέρες μετά την 24.11.2017), σε κάθε δε περίπτωση έως την 7.12.2017 (10 ημέρες μετά την 27.11.2017) και όχι την 11.12.2017. Ενόψει των παραπάνω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή που ασκήθηκε την 11.12.2017, είναι απορριπτέα ως εκπροθέσμως ασκηθείσα». Και τούτο διότι όπως έχει κριθεί νομολογιακά αφενός η προθεσμία προσβολής με προδικαστική προσφυγή εκκινεί από την ημερομηνία που η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση όχι μόνο της βλαπτικής απόφασης αλλά και της αιτιολογίας της βλαπτικής γι' αυτήν αποφάσεως (ΕΑ 889/2006. 191/2007) και αφετέρου ότι «υπό τα δεδομένα αυτά, η Επιτροπή Αναστολών του ΣΤΕ κρίνει πως η αιτούσα επέδειξε την ιδιαίτερη επιμέλεια που οι αιτούντες προσωρινή δικαστική

προστασία βάσει του ν. 2522/1997 οφείλουν να επιδεικνύουν προκειμένου να λάβουν γνώση των πράξεων διενέργειας του διαγωνισμού εν όψει και του ευλόγου ενδιαφέροντός τους για τα αποτελέσματα των σταδίων του διαγωνισμού» (πρβλ. ΣΤΕ Ε.Α. 446/2004, 122, 676/2006, 311/2007, 1254/2008), και δεν συνάγεται πλήρης γνώση, εκ μέρους της αιτούσης, της υπ' αριθ. 8379/17-11-17 απόφασης της αναθέτουσας αρχής αποφάσεως σε χρόνο καθιστώντα την άσκηση της προσφυγής της εκπρόθεσμη. Συνεπώς ο σχετικός ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι απορριπτός αφού σε συνέχεια των ανωτέρω η νομολογία έχει αποφανθεί ότι σε κάθε φάση του διαγωνισμού πρέπει να εκδίδεται εκτελεστή διοικητική πράξη προσβλητή με προδικαστική προσφυγή (ΣΤΕ ΕΑ 126/2008), ενώ συναφώς προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η προσφεύγουσα επέδειξε την απαιτηθείσα από τα πορίσματα της νομολογίας και το κείμενο ενωσιακό και εθνικό κανονιστικό πλαίσιο ιδιαίτερη επιμέλεια προκειμένου να λάβει γνώση των πράξεων διενέργειας του υπό κρίση διαγωνισμού εν όψει και του ευλόγου ενδιαφέροντός της για τα αποτελέσματα των σταδίων του διαγωνισμού. Είναι δε απορριπτός ως νόμω και ουσία αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι έλαβε χώρα παραβίαση του κανόνα του επίκαιρου της προσβολής από την προσφεύγουσα, διότι μια τέτοια κρίση θα προϋπέθετε σύμφωνα και με την πάγια νομολογία της ΕΑ του ΣΤΕ ότι το στάδιο της αποσφράγισης των τεχνικών προσφορών θα είχε περατωθεί νομίμως από την πλευρά της αναθέτουσας.

12. Επειδή, ούτε ο διαγωνισμός διενεργείται στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ηλεκτρονικά, παρά τα οριζόμενα στις διατάξεις των αρ. 258 Ν. 4412/2016, ούτε μας γνωρίστηκε από τον Αναθέτοντα Φορέα ότι ο διαγωνισμός διενεργείται σε δικό του διαδικτυακό τόπο, στον οποίο λειτουργούν δικά του ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των παραγράφων 1 έως 6 και 8 του παραπάνω άρθρου και το άρθρο 259 Ν. 4412/16, αναλογικά εφαρμοζόμενο, στον οποίο άλλωστε και αν υπάρχει, δεν μας δόθηκε και ποτέ πρόσβαση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 του Π.Δ. 39/2016, αναλογικά εφαρμοζόμενο, ώστε να δυνάμεθα να ελέγξουμε αυτεπαγγέλτως το βάσιμο της

ημερομηνίας και του περιεχομένου των μεταξύ Αναθέτοντος Φορέα και Οικονομικών Φορέων επικοινωνιών, ούτε μας γνωρίστηκε ως εφαρμοζόμενη τυχόν υπάρχουσα κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, καθώς και του αρμόδιου κατά περίπτωση εποπτεύοντος Υπουργού, με την οποία να έχει χορηγηθεί στον Αναθέτοντα Φορέα η δυνατότητα παρέκκλισης από την υποχρέωση εκτέλεσης των επικοινωνιών, καθώς και των ανταλλαγών πληροφοριών, στα πλαίσια διαγωνιστικών διαδικασιών, δυνάμει του δευτέρου βιβλίου του Ν. 4412/16, μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

13. Επειδή η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 αντικατασταθέντος προσφάτως με το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116). Σημειωτέον, ότι, παρά τις διατάξεις των άρθρων της παρ. 1 του άρ. 296 Ν. 4412/2016, οι οποίες εφαρμόζονται στο υπόψη διαγωνισμό, δεδομένου ότι ο Αναθέτων Φορέας και ο διαγωνισμός υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του βιβλίου II του Ν. 4412/2016, η διακήρυξη δεν δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ ούτε διενεργήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, δεν εξετάζεται περαιτέρω, στα πλαίσια εν θέματι εξέτασης, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 Ν. 4412/2016, καθόσον δεν εγείρεται σχετική αιτίαση για βλάβη της από την Προσφεύγουσα ή για αθεράπευτη πλημμέλεια της σχετικής διακήρυξης. Πλην όμως το Κλιμάκιο κρίνει ομοφώνως, ότι η αναθέτουσα αρχή ενεργεί, στον βαθμό που εξακολουθεί να τηρεί απαρέγκλιτα την πρακτική μη δημοσίευσης των κανονιστικών κειμένων των διακηρύξεων στο ΕΣΗΔΗΣ και στο ΚΗΜΔΗΣ, σαφώς εκτός και πέρα των ορίων της νομιμότητας που θέτει το ενωσιακό και εθνικό νομοθετικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων δεδομένου του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, που προβλέπει ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της

Αριθμός Απόφασης: 31/2018

διαδικασίας σύναψης Δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. και σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4155/2013 (ΦΕΚ 120/29.5.2013).

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, σύμφωνα με το Ν. 1468/1950, αλλά και το Π.Δ. 333/2000 που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 2773/1999 (μετατροπή της σε ανώνυμη εταιρεία), η «ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΑΕ» έχει κύριο σκοπό της την κατασκευή και εκμετάλλευση υδροηλεκτρικών και θερμοηλεκτρικών εργοστασίων στην χώρα, την εγκατάσταση εθνικού δικτύου για την μεταφορά της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας και την διάθεσή της, επομένως στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμόζονται οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρ. 229 του πιο πάνω Νόμου (άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/25), δεν συνιστά δε Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 223 του Νόμου (άρθρο 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), αλλά Αναθέτοντα Φορέα. Ο Αναθέτων Φορέας, εξάλλου, περιλαμβάνεται στις ανώνυμες εταιρείες του Κεφ. Β' του Ν. 3429/2005, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του αρ. 1 του Νόμου αυτού, καθόσον ως γνωστόν οι μετοχές του εισήχθησαν στο Χρηματιστήριο Αθηνών το έτος 2001 και έκτοτε διαπραγματεύονται στην κύρια αγορά του, έκτοτε δε και μέχρι σήμερα το Ελληνικό Δημόσιο εξακολουθεί να συμμετέχει στο μετοχικό του κεφάλαιο, επομένως στον υπό κρίση διαγωνισμό δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338), καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 222 του ίδιου Νόμου (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ). Κατά τα λοιπά, στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμοστέες είναι οι λοιπές διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338) και η διακήρυξη του διαγωνισμού.

15. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 222 του Ν. 4412/2016 και όσα αναφέρονται για Αναθέτοντα Φορέα στην αμέσως

Αριθμός Απόφασης: 31/2018

προηγούμενη σκέψη της παρούσας, στον υπόψη διαγωνισμό δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του αρ. 315 του Ν. 4412/2016 «*Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών)* πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα», συνακόλουθα ούτε και οι διατάξεις του άρθρου 100 του ίδιου Νόμου, ιδίως η παρ. 4 αυτού «*4. Τα αποτελέσματα των ανωτέρω σταδίων επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες. Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ) ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360 προδικαστική προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ).*». Οι Αναθέτοντες Φορείς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης της παρ. 7 του άρ. 222 του Νόμου, όπως και η ΔΕΗ, μπορούν να χρησιμοποιούν άλλους κανόνες και κριτήρια, αρκεί αυτοί να είναι σαφείς και πλήρεις και να προβλέπονται στην διακήρυξη, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 281 του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, το αρ. 281 Ν. 4412/2016 περί των εγγράφων της σύμβασης προβλέπει ότι: «*1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την 8 υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 293 και της περιοδικής ενδεικτικής προκήρυξης του άρθρου 291 περιέχουν ιδίως: α) την επωνυμία του αναθέτοντος φορέα, ... β) ..., σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, ... των υποψηφίων ή προσφερόντων...*» ενώ η παρ. 1 του άρθρου 301 (άρθρο 76 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) προβλέπει ότι «*1. Για τους σκοπούς της επιλογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων εφαρμόζονται οι ακόλουθοι κανόνες: α) οι αναθέτοντες φορείς που έχουν θεσπίσει κανόνες και*

κριτήρια αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή με την παράγραφο 1 του άρθρου 305, αποκλείουν τους οικονομικούς φορείς που προσδιορίζονται, σύμφωνα με τους εν λόγω κανόνες και πληρούν τα εν λόγω κριτήρια αποκλεισμού ...». Η παράγραφος 1 του άρθρου 304 του Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης.» , ενώ η παρ. 1 του άρθρου 305 του ίδιου Νόμου ότι: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας ή σε συνοπτικό διαγωνισμό, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.» Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και όσα ειδικότερα αναπτύχθηκαν στην σκέψη 7 της παρούσας οι Αναθέτοντες Φορείς που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης της παρ. 7 του άρ. 222 του Νόμου, όπως και η ΔΕΗ, μπορούν να παρεκκλίνουν από τους κανόνες και τα κριτήρια αποκλεισμού που προβλέπονται στα άρθρα 305 και κατ' αναλογική εφαρμογή 73 Ν. 4412/2106, αρκεί οι σχετικοί κανόνες που θέτουν να προβλέπονται στην διακήρυξη, να είναι σαφείς και πλήρεις, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 281 του Ν. 4412/2016 και αντικειμενικοί, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 304 του Ν. 4412/2016.

17. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της προβαλλόμενης πράξης.

18. Επειδή κατά τη διάταξη του άρθρου 94 παρ. 4 Ν. 4412/16 ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς «... Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης». Περαιτέρω σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 91 παρ. 1 «... Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης, β) 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102...».

19. Επειδή κατά τη διάταξη του άρθρου 91 του ν. 4412/2016 1.Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.

β) 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102.

γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.

δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης.

ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παρ. 4 του άρθρου 73, και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων.

στ) Προσφορά υπό αίρεση.

«ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α΄ και β΄ της παρ. 2 του άρθρου 95».

η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους.

20. Επειδή στο άρθρο 94 παρ. 4 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι 4.Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.

21. Επειδή η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει το σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμ. Ε.Σ. 181/2006, 31/2003, 105/2003). Η αρχή αυτή της δεσμευτικότητας της διακηρύξεως κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμ. Ε.Σ. 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη

συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. Πράξεις IV Τμ. Ε.Σ. 70/2003, 105/2002, 78, 4/2001, 85/2000, Τμημ. VI 53/2007).

22. Ειδικότερα, οι όροι της διακήρυξης, οι οποίοι πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις και να προσδιορίζουν με ακρίβεια το ζητούμενο αντικείμενο του διαγωνισμού (κατηγορία, περιγραφή, ποσότητα, τεχνικές προδιαγραφές), αποτελούν τη βάση της εκδήλωσης ενδιαφέροντος - ανάπτυξης ανταγωνισμού και της διαμόρφωσης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών, έτσι ώστε τελικά να επιλεγθούν, σε συνθήκες υγιούς ανταγωνισμού, οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών που θα ανταποκρίνονται καλύτερα στη χρήση για την οποία οι υπηρεσίες αυτές προορίζονται από την αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, δεδομένου ότι η διαδικασία των διαγωνισμών του Δημοσίου είναι αυστηρά τυπική, οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απόλυτα τους όρους της διακήρυξης υπό το πλήρες περιεχόμενο, κάθε δε παράβαση των σχετικών διατάξεων αυτής συνεπάγεται ακυρότητα της προσφοράς των διαγωνιζομένων. Λόγω δε της αυστηρά τυπικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ερευνά και αυτεπάγγελα την ύπαρξη παρατυπιών εκτός από εκείνες που ενδεχόμενα προβάλλονται με ενστάσεις των διαγωνιζομένων. Συνεπώς, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας της διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης που αφορούν τους τύπους που πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού καθιερώνουν ουσιώδεις τύπους, των οποίων η παράβαση ελέγχεται και αυτεπάγγελα από την αναθέτουσα αρχή και οδηγεί σε ακυρότητα της προσφοράς του υποψήφιου που τις παραβίασε και σε αποκλεισμό αυτού. Εξάλλου, είναι μεν δυνατή η εκ των υστέρων συμπλήρωση ή διευκρίνιση νόμιμα καταρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νόμιμα υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (ΣΤΕ 2660/2004, 3526/2001, 2854/1997, Γνωμ. ΝΣΚ 219/1995, ΕΛΣυν Τμ. VI/10/2008).

23. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση, η παρούσα διακήρυξη στο Τεύχος 2, άρθρο 6 και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ (Φύλλο Συμμόρφωσης Προσφοράς), που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, προσδιορίζει ρητά το περιεχόμενο του φακέλου «τεχνική προσφορά» καθώς και τα δικαιολογητικά συμμετοχής που αφορούν αυτή και απαιτεί από **τον** προσφέροντα να επισυνάψει στην τεχνική προσφορά του, μεταξύ άλλων, τεκμηριωτικό υλικό για τα υπό προμήθεια είδη από το οποίο να προκύπτει η συμμόρφωση του προς τις ζητούμενες προδιαγραφές (τεχνικά φυλλάδια, βεβαιώσεις κατασκευαστή, βεβαιώσεις αναγνωρισμένοι οργανισμών πιστοποίησης ή εγχειρίδια, βεβαιώσεις χρηστών). Ειδικότερα, στο άρθρο 6 παρ. 3.1. του Τεύχους 2 ορίζεται ότι η τεχνική προσφορά θα περιλαμβάνει πλήρη, ρητή και δεσμευτική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών και μεταξύ των άλλων τα τεχνικά χαρακτηριστικά και το εργοστάσιο κατασκευής και ότι η τεχνική προσφορά θα συνοδεύεται υποχρεωτικά με το Φύλλο Συμμόρφωσης Προφοράς, στο Παράρτημα ΙΙ ορίζεται ότι αναγράφεται η τιμή του χαρακτηριστικού δείκτη "....." για τα ελαστικά επίσωτρα χωματοουργικών μηχανημάτων, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.4α του Τεύχους 2 ότι τα για τα προσφερόμενα ελαστικά επίσωτραγια χρήση σε χωματοουργικά μηχανήματα θα κατατίθενται βεβαιώσεις χρηστών ασφαλούς και καλής λειτουργίας των ελαστικών επίσωτρων για 5000 ώρες λειτουργίας τουλάχιστον, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.4.β του Τεύχους 2 ότι οι βεβαιώσεις χρήσεων θα χορηγούνται μόνον από τα ορυχεία των Λιγνιτικών Κέντρων της Δ.Ε.Η Α.Ε. και από άλλα ορυχεία, μεταλλεία, λατομεία και εργοτάξια με παρόμοιες συνθήκες λειτουργίας, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.6 του Τεύχους 2 ότι προσφορές εμπορικών οίκων που θα προσφέρουν τα ελαστικά επίσωτρα με δικό τους εμπορικό σήμα, χωρίς να είναι οι ίδιοι κατασκευαστές, δεν θα γίνονται τεχνικά αποδεκτές, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.7 του Τεύχους 2 ορίζεται ότι προσφορές που δεν θα περιέχουν όλα τα παραπάνω στοιχεία και δικαιολογητικά στο φάκελο τεχνικής προσφοράς ή δεν θα πληρούν τις παραπάνω προϋποθέσεις, δεν θα γίνονται τεχνικά αποδεκτές και θα απορρίπτονται και τέλος στο άρθρο 8 παρ. 8.1.2α του Τεύχους 2, που αναφέρεται στην τεχνική αξιολόγηση των προσφορών, ορίζεται

ότι οι διευκρινίσεις και συμπληρώσεις δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και αφορούν μόνον ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες και επουσιώδεις παραλείψεις.

24. Επειδή με τον πρώτο λόγο προσφυγής προβάλλεται, ότι «στην τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας και στο ΕΕΕΠ δηλώνεται κατασκευαστής η εταιρεία "....." με έδρα UK και στο υποβληθέν ISO αναφέρεται κατασκευαστής το εργοστάσιο Κίνας ".....", κατά παράβαση των ουσιωδών όρων της διακήρυξης (Τεύχος 2, άρθρο 6. παρ. 6.3.6). Καθίσταται πρόδηλο ότι η εν λόγω εταιρία, η οποία δεν προκύπτει ότι ασκεί κατασκευαστική δραστηριότητα, προσφέρει τα ελαστικά επίσωτρα με δικό της εμπορικό σήμα χωρίς να είναι η ίδια κατασκευάστρια το οποίο απαγορεύεται ρητά από τον ως άνω ρητό όρο της διακήρυξης».

25. Επειδή περαιτέρω, διατυπώνεται από την προσφεύγουσα ο ισχυρισμός ότι δεν υποβλήθηκαν οι απαιτούμενες βεβαιώσεις χρηστών για τα προσφερόμενα ελαστικά επίσωτρα, καθώς οι υποβληθείσες βεβαιώσεις δεν περιείχαν τα αιτούμενα στοιχεία σε ότι αφορά τόσο τον αριθμό τεμαχίων με τις προβλεπόμενες ποσότητες, όσο και τη χρονική περίοδο ασφαλούς χρήσης και λειτουργίας τουλάχιστον για 5.000 ώρες λειτουργίας (τελευταία πενταετία), κατά παράβαση των ουσιωδών όρων της διακήρυξης (Τεύχος 2, άρθρο 6 παρ. 6.3.4) και ότι οι βεβαιώσεις χρηστών εκδόθηκαν από ελληνικές κατασκευαστικές - τεχνικές εταιρίες, ενώ απαιτείται ρητά από τη διακήρυξη η ασφαλής χρήση και λειτουργία να βεβαιώνεται μόνον από τα ορυχεία των Λιγνιτικών Κέντρων της Δ.Ε.Η. Α.Ε. και από άλλα ορυχεία, μεταλλεία, λατομεία και εργοτάξια με παρόμοιες συνθήκες λειτουργίας (Τεύχος 2, άρθρο 6 παρ. 6.3.4α και β). Τέλος, διαπιστώνεται η έλλειψη του πρωτότυπου τεχνικού φυλλαδίου για το είδος ελαστικού 27.000 R 49, στο οποίο έπρεπε να αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του ελαστικού, η μη αναγραφή στο πιστοποιητικό ISO 9001 Q 2008, για το είδος ελαστικού....., του εργοστασίου κατασκευής του ελαστικού, καθώς και η έλλειψη αναγραφής στα τεχνικά φυλλάδια των ελαστικώντης τιμής του χαρακτηριστικού δείκτη "....." των ελαστικών επίσωτρων χωματουργικών μηχανημάτων, η

οποία περιλαμβάνεται ως απαιτούμενη στον πίνακα περιγραφής υλικών της διακήρυξης κατά παράβαση των ρητών όρων της διακήρυξης ((Τεύχος 1, άρθρο 2, Τεύχος 2, άρθρο 6, 6.3 και Παράρτημα Π).

26. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, στην προκειμένη περίπτωση, προκύπτει με σαφήνεια ότι η διακήρυξη στο Τεύχος 2, άρθρο 6 και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ (Φύλλο Συμμόρφωσης Προσφοράς), που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, προσδιορίζει ρητά το περιεχόμενο του φακέλου «τεχνική προσφορά» καθώς και τα δικαιολογητικά συμμετοχής που αφορούν αυτή και απαιτεί από τον προσφέροντα να επισυνάψει στην τεχνική προσφορά του, μεταξύ άλλων, τεκμηριωτικό υλικό για τα υπό προμήθεια είδη από το οποίο να προκύπτει η συμμόρφωση του προς τις ζητούμενες προδιαγραφές (τεχνικά φυλλάδια, βεβαιώσεις κατασκευαστή, βεβαιώσεις αναγνωρισμένοι οργανισμών πιστοποίησης ή εγχειρίδια, βεβαιώσεις χρηστών). Ειδικότερα, στο άρθρο 6 παρ. 3.1. του Τεύχους 2 ορίζεται ότι η τεχνική προσφορά θα περιλαμβάνει πλήρη, ρητή και δεσμευτική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών και μεταξύ των άλλων τα τεχνικά χαρακτηριστικά και το εργοστάσιο κατασκευής και ότι η τεχνική προσφορά θα συνοδεύεται υποχρεωτικά με το Φύλλο Συμμόρφωσης Προσφοράς, στο Παράρτημα ΙΙ ορίζεται ότι αναγράφεται η τιμή του χαρακτηριστικού δείκτη "....." για τα ελαστικά επίσωτρα χωματοουργικών μηχανημάτων, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.4α του Τεύχους 2 ότι τα για τα προσφερόμενα ελαστικά επίσωτραγια χρήση σε χωματοουργικά μηχανήματα θα κατατίθενται βεβαιώσεις χρηστών ασφαλούς και καλής λειτουργίας των ελαστικών επίσωτρων για 5000 ώρες λειτουργίας τουλάχιστον, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.4.β του Τεύχους 2 ότι οι βεβαιώσεις χρήσεων θα χορηγούνται μόνον από τα ορυχεία των Λιγνιτικών Κέντρων της Δ.Ε.Η. Α.Ε. και από άλλα ορυχεία, μεταλλεία, λατομεία και εργοτάξια με παρόμοιες συνθήκες λειτουργίας, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.6 του Τεύχους 2 ότι προσφορές εμπορικών οίκων που θα προσφέρουν τα ελαστικά επίσωτρα με δικό τους εμπορικό σήμα, χωρίς να είναι οι ίδιοι κατασκευαστές, δεν θα γίνονται τεχνικά αποδεκτές, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.7 του Τεύχους 2 ορίζεται ότι

προσφορές που δεν θα περιέχουν όλα τα παραπάνω στοιχεία και δικαιολογητικά στο φάκελο τεχνικής προσφοράς ή δεν θα πληρούν τις παραπάνω προϋποθέσεις, δεν θα γίνονται τεχνικά αποδεκτές και θα απορρίπτονται και τέλος στο άρθρο 8 παρ. 8.1.2α του Τεύχους 2, που αναφέρεται στην τεχνική αξιολόγηση των προσφορών, ορίζεται ότι οι διευκρινίσεις και συμπληρώσεις δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και αφορούν μόνον ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες και επουσιώδεις παραλείψεις.

27. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, με την παρέμβαση της προβάλλει ότι με την προσφορά της είχε υποβάλει δικαιολογητικά και έγγραφα, τα οποία ειδικώς κατονομάζει και περιγράφει ως προς το περιεχόμενό τους τα οποία πληρούν, κατά τους ισχυρισμούς της, τους σχετικούς όρους της διακήρυξης. Συνακόλουθα δε υποστηρίζει, ότι επιμέρους δηλώσεις, τα πιστοποιητικά και οι εγγυήσεις καλύπτουν, κατά τους ισχυρισμούς της, ρητά όλες ανεξαιρέτως τις προδιαγραφές της διακήρυξης, ακόμα και αυτές στις οποίες δεν γίνεται ρητή αναφορά στις επιμέρους δηλώσεις, πληρούν απολύτως όλες ανεξαιρέτως τις προδιαγραφές της διακήρυξης.

28.Επειδή συναφώς η αναθέτουσα προβάλλει προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας ότι, αφενός «η Επιτροπή εφαρμόζοντας τον όρο 8.1.2. της Διακήρυξης, νομίμως ζήτησε διευκρινήσεις επί των ως άνω βεβαιώσεων. Αφού εξέτασε ενδελεχώς τα εν λόγω διευκρινιστικά και συμπληρωματικά στοιχεία, έκρινε ότι είναι ήσσονος σημασίας και επουδενί δεν μετέβαλαν τα βασικά στοιχεία της προσφοράς (ήτοι οίκος, εργοστάσιο κατασκευής, τύπος ελαστικού, τιμή προσφοράς), ώστε να συνιστούν απαράδεκτη μεταβολή της ήδη υποβληθείσας προσφοράς ως προς το περιεχόμενο της (αντιπροσφορά). Τούτων δοθέντων, η Επιτροπή ενήργησε εντός των ορίων της Διακήρυξης για να διασφαλιστεί η ευρεία συμμετοχή στο διαγωνισμό και να αποφευχθεί τυχόν αποκλεισμός προσφερόντων λόγω επουσιωδών ελλείψεων. Επίσης τονίζεται ότι, στις βεβαιώσεις χρηστών που υπέβαλε ο προμηθευτής «.....» αναφέρονται τεχνικές χηματοουργικές εταιρείες που χρησιμοποίησαν τα υπόψη ελαστικά επίσωτρα είτε σε εργοτάξια

μεταλλευτικών επιχειρήσεων με παρόμοιες συνθήκες λειτουργίας με αυτές των ορυχείων της ΔΕΗ ΑΕ είτε εντός των ορυχείων του ΛΚΔΜ, όπως προβλέπει το άρθρο 6.3.4 της Διακήρυξης» και αφετέρου «αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί έλλειψης του τεχνικού φυλλαδίου για το είδος με α/α 2, με διάσταση 27.00....., σημειώνεται ότι είναι αβάσιμος, καθώς η εταιρεία «.....» κατέθεσε πρωτότυπο τεχνικό φυλλάδιο, στο οποίο αναγράφονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του ελαστικού, εκτός από το τεχνικό στοιχείο ΤΚΡΗ, το οποίο κατατέθηκε σε ξεχωριστό φάκελο, κάνοντας χρήση του όρου 6.1.1.3 της Διακήρυξης (χαρακτηρισμός ως εμπιστευτικής πληροφορίας). Η εν λόγω εταιρεία προσκόμισε τόσο επιστολή της κατασκευάστριας (.....) όσο και της ίδιας, με τις οποίες διευκρινιζόταν ότι το υπόψη χαρακτηριστικό (.....) έχει κριθεί ως εμπιστευτικό και για το λόγο αυτό κατατέθηκε σε ξεχωριστό φάκελο, όπως άλλωστε προβλέπεται και στη Διακήρυξη» Ο προβαλλόμενος, όμως, αυτός ισχυρισμός δεν κρίνεται ως νόμος και ουσία βάσιμος και συνεπώς τυγχάνει απορριπτέος. Και τούτο διότι τόσο η αρχική προσφορά όσο και τα διευκρινιστικά έγγραφα που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα δεν συνοδευόταν από σχετικά επιβεβαιωτικά του περιεχομένου του «σημείο προς σημείο» στοιχεία, ήτοι από αντίστοιχες βεβαιώσεις της κατασκευάστριας εταιρίας στα οποία να δηλώνεται ρητά και ειδικά ότι τα προσφερόμενα ελαστικά πληρούν της απαιτήσεις των ως άνω ρητώς κατονομαζόμενων τεχνικών προδιαγραφών. Η δε έλλειψη της υποβολής των αντίστοιχων βεβαιώσεων δεν αναπληρώνεται ούτε από τα προσκομισθέντα από την παρεμβαίνουσα πιστοποιητικά, διότι αυτά, ως εκ του περιεχομένου τους, δεν σχετίζονται με τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, για τις οποίες διαπιστώθηκαν οι σχετικές παραλείψεις, όπως εσφαλμένως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η διακήρυξη, κατά τον προαναφερθέντα όρο αυτής, απαιτεί επιπροσθέτως η δήλωση συμμόρφωσης του προμηθευτή αυτή να συνοδεύεται και από αντίστοιχη λεπτομερειακή τεκμηρίωση του κατασκευαστή του προσφερόμενου είδους για κάθε ειδικώς κατονομαζόμενη σε αυτό τεχνική προδιαγραφή προς την οποία δηλώνεται η συμμόρφωση.

29. Επειδή προς επίρρωση της ως άνω σκέψης σημειώνεται ότι έχει κριθεί πως «προϋπόθεση για την πληρότητα των στοιχείων της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζόμενων εταιρειών συνιστά η πλήρης, σαφής, αναλυτική και δεόντως τεκμηριωμένη υποβολή αυτών, η οποία πρέπει να τελεί σε πλήρη ανταπόκριση με την τεχνική περιγραφή της διακήρυξης και τα συνυποβαλλόμενα *prospectus* ή δικαιολογητικά, ενώ τα ίδια ισχύουν και για το περιεχόμενο του φύλλου συμμόρφωσης. Σε περίπτωση δε, που τα, κατά τη διακήρυξη, απαιτούμενα στοιχεία δεν αναφέρονται ειδικώς και με σαφήνεια ή τα αναφερόμενα δεν τεκμηριώνονται επαρκώς ή δεν τελούν σε αντιστοιχία με τα αναφερόμενα στα τεχνικά εγχειρίδια, συντρέχει νόμιμος λόγος αποκλεισμού της προσφοράς, καθόσον αυτή δεν μπορεί να αξιολογηθεί και να κριθεί αν μπορεί να επιτύχει τους ελάχιστους στόχους του διαγωνισμού (69/2013 ΔΕφ. Πειρ. Ασφ.).

30. Επειδή εξάλλου, είναι αναμφισβήτητο ότι, τα αιτηθέντα από την Επιτροπή Τεχνικής Αξιολόγησης και προσκομισθέντα εκ των υστέρων από την εταιρία «.....» δέκα νέα έγγραφα, όπως και η ίδια η παρεμβαίνουσα συνομολογεί λήφθηκαν υπόψη ανεπίτρεπτα, καθώς πρόκειται για ουσιώδη στοιχεία που έπρεπε να έχουν κατατεθεί αρχικά με την κατάθεση της προσφοράς μη δυνάμενα να αναπληρωθούν εκ των υστερούν. Επομένως, όπως συνάγεται από τα οριζόμενα στη διακήρυξη και τα προβλεπόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δεν τίθεται ούτε ζήτημα εφαρμογής της ως άνω διάταξης του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 όπου προβλέπεται μεν η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να καλεί προς συμπλήρωση ή διευκρίνιση των εγγράφων ή δικαιολογητικών που ήδη υπέβαλαν σε εύλογη προθεσμία, ωστόσο, η εν λόγω δυνατότητα αποκλείεται στην προκειμένη περίπτωση, η οποία, εξάλλου, προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην συγκεκριμένη προσφορά σε σύγκριση με τις λοιπές και δεν επιτρέπει τη συμπλήρωση ουσιωδών παραλείψεων και πλημμελειών. Άλλωστε, τόσο από το περιεχόμενο του πρακτικού της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης όσο και από το έγγραφο των αιτουμένων νέων στοιχείων και εγγράφων και ιδίως από το περιεχόμενο των εκ των υστέρων υποβληθέντων νέων κρίσιμων εγγράφων, δεν είναι δυνατό να αμφισβητηθεί ότι πρόκειται πράγματι για ανεπίτρεπτη

μεταγενέστερη υποβολή ουσιωδών εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, τα οποία αποδείχθηκε ότι ουσιαστικά έλειπαν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, απορριπτόμενου του περι του αντιθέτου ισχυρισμού τόσο της παρεμβαίνουσας όσο και της αναθέτουσας ότι δηλαδή «η συγκεκριμένη διευκρίνιση που της ζητήθηκε ήταν νόμιμη και δεν αποτελούσε απαράδεκτη, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, συμπλήρωση του φακέλου της τεχνικής της προσφοράς. Η συγκεκριμένη διευκρίνιση δεν είχε ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της τεχνικής μας προσφοράς και σε καμία περίπτωση δεν προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην προσφορά μας σε σχέση με τις λοιπές (ΣτΕ Επ.Αν. 935/2007). Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως προβάλλεται απορριπτόμενου του περι του αντιθέτου ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας.

31. Επειδή έχει κριθεί παγίως ότι, η παράλειψη αυτή της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρίας καθιστούσε υποχρεωτικό για την αναθέτουσα αρχή, ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, την απόρριψη της προσφοράς της (πρβλ. Ε.Α. 689/2011, 654/2011, 38/2011).

32. Επειδή είναι προεχόντως νόμω και ουσία αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας περί ανελέγκτων τεχνικών κρίσεων της Διοίκησης, μη δυναμένων να ελεγχθούν από την ΑΕΠΠ και τούτο, διότι η επίκληση της πάγια νομολογίας περί ανελέγκτων τεχνικών κρίσεων της Διοίκησης, δεν δύναται να προβληθεί ενώπιον της ΑΕΠΠ, αφού είχε διαμορφωθεί υπό το πρίσμα του προγενέστερου καθεστώτος των νόμων 2522/1997 και 3886/2010, αφορώντα τα τεχνικά θέματα που δεν είχαν κριθεί και εκκαθαριστεί το πρώτον από την αναθέτουσα αρχή (ΣτΕ ΕΑ 182,578/1998).

33. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή απορριπτόμενης ταυτοχρόνως της Παρέμβασης.

34. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αριθμό πρωτοκόλλου 8379/17-11-17 απόφαση της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (ΔΕΗ Α.Ε.)/ΔΛΥ-ΛΚΔΜ/Κλάδος Προμηθειών, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης προσφορών στον ως άνω αναφερόμενο διαγωνισμό, κατά το μέρος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς παρεμβαίνουσας εταιρείας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού τριών χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (3900,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 15 Ιανουαρίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα