

**Η**

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

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 04 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.01.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 98/29.01.2020 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» πρώην «...», η οποία εδρεύει στο ..., λεωφόρος ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. ...ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ απόφαση (συνεδρίαση 3/15-1-2020) της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος αυτής που εγκρίνει το πρακτικό 2 (όσον αφορά την υπό Α/Α 41 κατηγορία) και κάνει αποδεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρείας «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €600 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... και το από 21.01.2020 αποδεικτικό πληρωμής της ALPHA BANK).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. 54/2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αύξοντα αριθμό ..., προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, κάτω των ορίων, για τη σύναψη συμβάσεων προμήθειας αντιδραστηρίων εργαστηρίων (Ειδικών Πρωτεϊνών- Αντιδραστήρια Ορολογίας- Υγρά Ταρίχευσης) με την παραχώρηση της χρήσης συνοδού εξοπλισμού, διάρκειας δώδεκα μηνών, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 64.513,80 € χωρίς Φ.Π.Α., και κριτήριο

## Αριθμός απόφασης: 332/2020

κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η προκήρυξη και το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκαν στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 21-11-2019 και πήρε ΑΔΑΜ .... Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε πενήντα πέντε (55) τμήματα (κατηγορίες), μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται το τμήμα με α/α 41, για την προμήθεια αντιδραστηρίων πήξεως με συνοδό εξοπλισμό.

3. Επειδή, για το ως άνω τμήμα με α/α 41 υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η εταιρεία «...». Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές αμοτέρων. Μετά την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών συντάχθηκε το ΠΡΑΚΤΙΚΟ 1 της αρμόδιας Επιτροπής και έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας ενώ απορρίφθηκε αυτή της «...». Ακολούθησε η οικονομική αξιολόγηση των προσφορών, κατά την οποία επαναξιολογήθηκε η τεχνική προσφορά της «...», έγινε αυτή αποδεκτή και κρίθηκε η εταιρεία αυτή ως μειοδότρια και προσωρινή ανάδοχος της υπό Α/Α 41 κατηγορίας και η προσφεύγουσα δεύτερη κατά σειρά. Περί αυτών συντάχθηκε το ΠΡΑΚΤΙΚΟ 2 της αρμόδιας Επιτροπής του διαγωνισμού και εγκρίθηκαν κατόπιν και τα 2 ΠΡΑΚΤΙΚΑ με την προσβαλλόμενη με αριθ. ... απόφαση (συνεδρίαση 3/15-1-2020) του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 28.01.2020, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας», με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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 ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στους προσφέροντες, αρχικά στις 17.1.2020 και στη συνέχεια, λόγω ορθής επανάληψής της, στις 20.1.2020, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της

## Αριθμός απόφασης: 332/2020

λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 28.01.2020, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. 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 τομέα της επίμαχης σύμβασης, συμμετείχε στον Διαγωνισμό και δη στο εν θέματι τμήμα ούσα επόμενη σε κατάταξη και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αναδείχτηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «...» για το τμήμα με α/α 41, υφίσταται βλάβη, όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 29.01.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. πρωτ. 1673/30.01.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 05.02.2020, ενώ η προσφεύγουσα στις 20.02.2020 κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

8. Επειδή, το άρθρο 3.1.2 «Αξιολόγηση προσφορών» της Διακήρυξης στη σελίδα 32 παρ. (γ) ορίζει ότι *«Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση οι φάκελοι όλων των υποβληθείσων οικονομικών προσφορών».*

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 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

## **Αριθμός απόφασης: 332/2020**

διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά अपαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...] Στην προσβαλλόμενη απόφαση περιέχεται το «ΠΡΑΚΤΙΚΟ 2 (ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ)» της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, το οποίο εσφαλμένως αυτή αποδέχεται ως προς το είδος υπό αριθμό 41. Από το πρακτικό αυτό πληροφορούμαστε, ότι η συνεδρίαση της επιτροπής πραγματοποιήθηκε την 03/01/2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 πμ., όπως τούτο επαληθεύεται από τα υπάρχοντα στοιχεία στον ιστότοπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και είχε ορίσει η αναθέτουσα αρχή (παράγραφος 3.1.1. διακήρυξης). Στη συνεδρίαση αυτή, δηλαδή την 3-1-2020, αποσφραγίστηκαν οι οικονομικές προσφορές. Κατ' αυτή έπρεπε να αποσφραγιστούν μόνο οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών, των οποίων έγιναν αποδεκτές οι τεχνικές τους προσφορές. Ο διαγωνισμός έχει διενεργηθεί για πλήθος ειδών με ένα συστημικό αριθμό. Ειδικότερα η οικονομική προσφορά της εταιρείας “...” για το είδος 41 αποσφραγίστηκε, ενώ είχε απορριφθεί η τεχνική της προσφορά. Και όχι μόνο τούτο, αλλά όπως αποδεικνύεται από το πρακτικό 2, μέχρι να ολοκληρωθεί η σύνταξη αυτού, πραγματοποιήθηκε απαράδεκτως νέα τεχνική αξιολόγηση της προσφοράς της εταιρείας “...”. Έγινε δηλαδή γνωστή η οικονομική προσφορά της κατά το στάδιο της (νέας) τεχνικής αξιολόγησης της και πριν κριθεί μη συννόμως μάλιστα τεχνικά αποδεκτή σε αντίθεση με τα οριζόμενα στη διακήρυξη (σελ. 31):

Παράγραφος 3.1.1. όπου ορίζεται το διακριτό των σταδίων αξιολόγησης. Παράγραφος 3.1.2 «Αξιολόγηση προσφορών» και συγκεκριμένα στη σελίδα 32 παρ.(γ) «Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση οι φάκελοι όλων των υποβληθείσων οικονομικών προσφορών» και εδ. δ) όπου ορίζεται η οικονομική αξιολόγηση μόνο των γενομένων τεχνικώς αποδεκτών προσφορών. Οι ανωτέρω παραβάσεις ευθέως και σαφώς συνάγονται από το πρακτικό 2. Σε αυτό αναφέρεται η βέβαιη και τεκμηριωμένη χρονολογία συνεδρίασης 3-1-2020 για την αποσφράγιση των οικονομικών

## **Αριθμός απόφασης: 332/2020**

προσφορών, η οποία και πράγματι τότε πραγματοποιήθηκε. Σε παράγραφο αυτού (σελ. 16 προσβαλλόμενης απόφασης) αναγράφεται «Κατόπιν του αριθμ. πρωτ. 356/08-01-2020 Υπομνήματος της εταιρείας ... σχετικά με το υπόμνημα της εταιρείας ...για το είδος με Α/Α 41 ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ ΠΗΞΕΩΣ ΜΕ ΣΥΝΟΔΟ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ η επιτροπή συνεδρίασε και αποφάσισε ότι η εταιρεία ... πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές για το είδος Α/Α 41».

Η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της “...” έγινε κατόπιν του υπομνήματος της. Το υπόμνημα όμως είχε κατατεθεί -σύμφωνα με το πρακτικό 2 και την απόφαση του Δ.Σ.- στις 08.01.2020 (καταχωρημένο στο ΕΣΗΔΗΣ με αριθ. πρωτ. 356/8-1-2020) σε ημερομηνία δηλαδή μεταγενέστερη της συνεδρίασης της επιτροπής για την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

Επομένως η νέα τεχνική αξιολόγηση της εταιρείας .... για το είδος 41 -σύμφωνα πάντα με το Πρακτικό 2 – πραγματοποιήθηκε μετά την αποσφράγιση της οικονομικής της προσφοράς και με βεβαιότητα επηρέασε τα αποτελέσματα αυτής, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και του νόμου. Επιπλέον χωρίς καμία ενημέρωση μας για επανάληψη της τεχνικής αξιολόγησης, χωρίς τη λήψη σχετικής απόφασης του Δ.Σ. του Νοσοκομείου, χωρίς καμία εμφανή αιτιολογία, χωρίς να είναι ευκρινές υπό την εντολή ποίου ενεργήθηκε και πότε ακριβώς διενεργήθηκε, χωρίς να ανακληθεί το προηγούμενο πρακτικό 1, η Επιτροπή τεχνικής αξιολόγησης συνεδρίασε υπό άγνωστη ημερομηνία συνεδρίασης, έχοντας ήδη εξαντλήσει την εξουσία της για τεχνική αξιολόγηση του διαγωνισμού και μη συννόμως έγινε δεκτή η προσφορά της ... Τέλος, η νέα τεχνική αξιολόγηση μη συννόμως ερείδεται σε έγγραφα, τα οποία απαραδέκτως η ... τώρα, μεταγενέστερα της υποβολής της προσφοράς της, κατέθεσε με ανάρτηση τους στο ΕΣΗΔΗΣ με τίτλο «Από υπόμνημα».

Δεν παρέχεται από το άρθρο 102 ν. 4412/2016 δυνατότητα διευκρινίσεων για την άρση ουσιώδους έλλειψης της προσφοράς και ζητούμενου επί ποινή αποκλεισμού στοιχείου, όπως στην υπό κρίση υπόθεση. Επαφίεται αποκλειστικά στην αναθέτουσα αρχή για επουσιώδεις ελλείψεις, η διακριτική ευχέρεια του ιδίου άρθρου, η οποία και πάλι ελέγχεται ως προς τη νομιμότητα και την εκ μέρους της τήρηση των άκρων ορίων αυτής, ιδίως ως προς τον περιορισμό του άρθρου 102 παρ. 3, κατά το οποίο η άσκηση της ευχέρειας αυτής δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία

## **Αριθμός απόφασης: 332/2020**

ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. Διαφορετικά υπάρχει κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ισότητας, διαφάνειας και τυπικότητας σε βάρος των τηρούντων τους όρους της διακήρυξης λοιπών συμμετεχόντων. Το άρθρο 102 παρ. 1 ν. 4412/2016 μεταξύ των άλλων ορίζει ότι «Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη» και συνεπώς δεν υφίσταται ευχέρεια του οικονομικού φορέα αυτόκλητα να υποβάλει συμπληρωματικά έγγραφα. Συνεπώς η νέα τεχνική αξιολόγηση συνιστά ευνοϊκή σε βάρος μας μεταχείριση της ...και κατά παράβαση του νόμου ελήφθησαν υπόψη έγγραφα, τα οποία υποβλήθηκαν χωρίς να τα ζητήσει η αναθέτουσα αρχή. Η ως ανωτέρω νέα τεχνική αξιολόγηση είναι ακυρωτέα, καθώς αυτή έγινε κατά παράβαση της προβλεπόμενης στη διακήρυξη και στο νόμο διαδικασίας, καθ' υπέρβαση εξουσίας και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αρχής της διαφάνειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. Θα πρέπει να κριθεί ως μόνο έγκυρο το πρακτικό 1 και άκυρο το πρακτικό 2 (όσον αφορά το υπό Α/Α 41 είδος) και η προσβαλλόμενη απόφαση άκυρη κατά το μέρος που κάνει αυτό αποδεκτό, κάνει αποδεκτή την τεχνική προσφορά της ... και ορίζει αυτή ως μειοδότηρια στο είδος υπό Α/Α 41.».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω λόγο της προσφυγής και αναφέρει σχετικώς ότι «[...]Σύμφωνα με το από 12/12/2019 Πρακτικό 1 (Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Αξιολόγηση) η εταιρεία ... απορρίφθηκε για το είδος με α/α 41. Στη συνέχεια αποσφραγίστηκαν και τα οικονομικά στοιχεία στις 03-01-2020. Επειδή η διαδικασία της οικονομικής αξιολόγησης δεν ολοκληρώθηκε σε μία συνεδρίαση και εν τω μεταξύ κατατέθηκε το αρ. πρωτ. 356/08-01-2020 υπόμνημα της εταιρείας ..., η επιτροπή έλαβε υπόψην το υπόμνημα με αποτέλεσμα να αξιολογηθεί και να είναι οικονομικότερη η προσφορά της για το είδος με α/α 41. Η επιτροπή εκ παραδρομής δεν συνέταξε ένα Ορθό Πρακτικό 1 (Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Αξιολόγηση) όπου θα έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας ... κατόπιν του υπομνήματος της. Ωστόσο θεωρεί ότι ορθώς προχώρησε στην οικονομική της αξιολόγηση.»

12. Επειδή, με το νομίμως κατατεθέν υπόμνημά της η προσφεύγουσα αντικρούει τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και ισχυρίζεται ότι «[...]Η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι έγινε αποσφράγιση των οικονομικών στοιχείων την 3-1-2020 και από το περιεχόμενο του συνόλου των απόψεων της,

## **Αριθμός απόφασης: 332/2020**

ότι έγινε αποσφράγιση και αυτών της ... Ουδεμία έννομη σημασία έχει η οικονομική αξιολόγηση. Αυτή αφορά τον έλεγχο της νομιμότητας της οικονομικής προσφοράς. Η γνώση όμως της οικονομικής προσφοράς και ειδικότερα το ποσό αυτής, γίνεται αμέσως γνωστό και αντιληπτό με μόνη την αποσφράγιση. Η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών αφενός και η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών αφετέρου συνιστούν απολύτως διακεκριμένες φάσεις της διαδικασίας, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι δεν επηρεάζεται η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών από το ύψος της οικονομικής προσφοράς. Κατά πάγια νομολογία έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με την αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς (βλ. ΣΤΕ 843/2010, Ε.Α. 880/2010, 1177/2009), μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή, για οποιονδήποτε λόγο, η το πρώτον ή η εκ νέου αξιολόγηση τεχνικών προσφορών, όπως στην περίπτωση μας, αφού οι διαδικαστικές αυτές ενέργειες με γνωστές τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων δεν διασφαλίζουν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ 4282, 2321/2009, Ε.Α. ΣΤΕ 1177/2009, 779/2002 κ.ά.). Ο ισχυρισμός ότι από παραδρομή δεν συντάχθηκε ένα Ορθό Πρακτικό 1 είναι απορριπτέος. Η έννοια του «ορθού» χρησιμοποιείται εάν από αβλεψία τυχόν παρεισέφρησαν λάθη στο κείμενο. Θα αποτελούσε παραβίαση της αρχής της διαφάνειας κάτι τέτοιο, αφού θα ήταν δυσδιάκριτο τι διορθώθηκε, γιατί διορθώθηκε και εάν έπρεπε να διορθωθεί. Σε κάθε περίπτωση το πρόβλημα δεν είναι το πρακτικό αλλά η μη σύννομη διαδικασία της εκ νέου τεχνικής αξιολόγησης. Τέλος οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής περιορίζονται μόνο στον υπό στοιχείο Α1 λόγο προσφυγής. Ουδόλως απαντά επί των άλλων λόγων, για τις τεχνικές πλημμέλειες της προσφοράς της ... και τη λήψη υπόψη στοιχείων που κατατέθηκαν μετά το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών. Σιωπηρώς συνομολογεί τη βασιμότητα της προσφυγής μας και επί των τεχνικών ζητημάτων και τον επηρεασμό της Επιτροπής από την οικονομική προσφορά της ... κατά τη νέα μη σύννομη τεχνική αξιολόγηση».

13. Επειδή, κατ' εφαρμογή νομολογιακών συμπερασμάτων, που αφορούν διαγωνιστικές διαδικασίες με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, που εκτιμάται με βάση κριτήρια επιπρόσθετα της τιμής, ως προς τις οποίες έχει κριθεί (ΣΤΕ 4282, 2321/2009, ΕΑ ΣΤΕ 1177/2009, 779/2002) προέκυπτε ότι δεν είναι επιτρεπτή,

## **Αριθμός απόφασης: 332/2020**

για οποιοδήποτε λόγο, η εκ νέου αξιολόγηση ή η το πρώτον βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών, μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, καθώς δεν εξασφαλίζει συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα να επιφέρει τη ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού.

14. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ο συγκεκριμένος διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης την συμφερότερη βάσει τιμής και δη σε ένα στάδιο, ήτοι αν και η Επιτροπή Αξιολόγησης ελέγχει το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και αντίστοιχα τον φάκελο οικονομικής προσφοράς σε διακριτές συνεδριάσεις, προβαίνοντας στην αξιολόγηση των οικονομικών μετά από ολοκλήρωση της αξιολόγησης - σε επίπεδο διαμόρφωσης απλής γνώμης - του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών. Εν συνεχεία, εκδόθηκε μία εκτελεστή απόφαση επί του συνόλου των εισηγητικών πρακτικών.

15. Επειδή, επομένως, λαμβάνοντας υπόψη τα υπό σκέψη 14 ρηθέντα, τα ως άνω νομολογιακά συμπεράσματα δε μπορούν να τύχουν εφαρμογής στην προκείμενη περίπτωση, κατά την οποία κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο με βάση την τιμή, επομένως δεν υφίσταται στάδιο βαθμολόγησης των προσφορών, ώστε η γνωστοποίηση του ύψους των οικονομικών προσφορών πριν από την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών να επιδρά στη συνολική βαθμολογία, παραβιάζοντας τις συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού. Επιπρόσθετα, δεν τίθεται ζήτημα εκ νέου αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, μετά τη γνωστοποίηση του ύψους της οικονομικής προσφοράς της, δεδομένου ότι στον επίμαχο διαγωνισμό ο έλεγχος των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών ολοκληρώθηκε σε ένα στάδιο (ΔεφΑθ 481/2019).

16. Επειδή, επί των ισχυρισμών που αφορούν την τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου η αναθέτουσα αρχή δεν προβαίνει στην διατύπωση οιαδήποτε κρίσης προς αντίκρουσή τους.

17. Επειδή, το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί



**Αριθμός απόφασης: 332/2020**

την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η ΑΕΠΠ καταχωρίζει αυθημερόν την προσφυγή. Το αργότερο την επόμενη της καταχώρισης εργάσιμη ημέρα, η ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, κοινοποιεί την προσφυγή στην αναθέτουσα αρχή και την καλεί: (α) να κοινοποιήσει την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κοινοποίησης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερομένους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. Η παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους σε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του

## **Αριθμός απόφασης: 332/2020**

*ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής. 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. 3. Η ΑΕΠΠ, εφόσον κρίνει ότι η παράλειψη αποστολής των αναφερόμενων στην παράγραφο 1 στοιχείων ή η καθυστερημένη αποστολή τους είναι αδικαιολόγητη, καθιστά, δε, ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προδικαστικής προστασίας, μπορεί, με την απόφαση επί της προσφυγής, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες, να επιβάλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή. Το ποσό της κύρωσης αυτής μπορεί να ανέρχεται από εκατό (100) μέχρι πεντακόσια (500) ευρώ, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων και αναλόγως της βαρύτητας της παράβασης, και καταβάλλεται μία φορά για κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και αποτελεί έσοδο του Κρατικού Προϋπολογισμού. Μνεία της κύρωσης αυτής γίνεται στον ατομικό φάκελο του υπεύθυνου της καθυστέρησης ή ελλιπούς αποστολής ή μη αποστολής του φακέλου και των απόψεων της υπηρεσίας υπαλλήλου. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 ορίζεται ο τρόπος και χρόνος κατάθεσης και είσπραξης της χρηματικής κύρωσης, ο τρόπος απόδειξης της είσπραξης της, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια...».*

18. Επειδή, δεδομένης και της τεχνικής φύσης των αιτιάσεων και λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, συνάγεται κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 τεκμήριο ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Συνεπεία, των ανωτέρω ο συγκεκριμένοι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί κρίνονται ως βάσιμοι.

19. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι ελήφθησαν υπόψη απαραδέκτως από την αρμόδια Επιτροπή και την αναθέτουσα αρχή έγγραφα που υπέβαλε αυτοβούλως η προσωρινή ανάδοχος με το κατατεθέν υπόμνημά της, προβάλλονται εν προκειμένω αλυσιτελώς κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣτΕ 308/2020). Κι αυτό γιατί η τυχόν ευδοκίμηση του εν θέματι ισχυρισμού

## **Αριθμός απόφασης: 332/2020**

ουδόλως αναιρεί την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής κατά τα κριθέντα στην σκέψη 18 να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη και να απορρίψει την οικεία προσφορά.

20. Επειδή, κατά την ειδική γνώμη του Εισηγητή, λαμβάνοντας υπόψη ότι ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι με το από 12.12.2019 Πρακτικό 1 (Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Αξιολόγηση) η εταιρεία «...» απορρίφθηκε για το τμήμα με α/α 41 και ακολούθως, η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού συνήλθε στις 03.01.2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 πμ., προκειμένου να προχωρήσει στην αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών - όπου και προχώρησε στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...» για το τμήμα με α/α 41 παρότι την είχε αποκλείσει στο προηγούμενο στάδιο – προκύπτουν τα εξής : Η διαδικασία αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών δεν ολοκληρώθηκε σε μία συνεδρίαση και εν τω μεταξύ η εταιρεία «...» κατέθεσε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με αρ. πρωτ. 356/08-01-2020 υπόμνημα της. Η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού έλαβε υπόψη της το προαναφερθέν υπόμνημα και κατόπιν αυτού προχώρησε στην επαναξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...» και έκανε δεκτή την προσφορά της για το τμήμα με α/α 41, ανακηρύσσοντας την παράλληλα προσωρινή ανάδοχο. Όμως, η επαναξιολόγηση τεχνικής προσφοράς μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή αφού τα δύο στάδια αυτά του διαγωνισμού είναι διακριτά. Σύμφωνα λοιπόν με τα ανωτέρω η επιτροπή αξιολόγησης μη νομίμως προχώρησε στην επαναξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...» και ως εκ τούτου ο εξεταζόμενος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και θα πρέπει να γίνει δεκτός. Εν συνεχεία η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» προβάλλοντας λόγους που αφορούν τεχνικές πλημμέλειες, η εξέταση των οποίων όμως κρίνεται αλυσιτελής (βλ. ΣΤΕ 308/2020), καθόσον σύμφωνα με την ως άνω σκέψη 20, η προσβαλλόμενη απόφαση που έκανε δεκτή, κατόπιν επαναξιολόγησης, την προσφορά της «...» κρίθηκε ακυρωτέα.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση σύμφωνα με τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού €600 με κωδικό ....

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στις 24 Μαρτίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ευαγγελία Μιχολίτση**

**Φωτεινή Μαραντίδου**