

Η

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

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 10.01.2022 με ΓΑΚ 61/13.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής ο αναθέτων φορέας].

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων «.....», που εδρεύει στη ... και κατέθεσε την από 24.01.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη ΔΥΠΜ 44/05.01.2022 εγκριτική απόφαση του του Γενικού Διευθυντή Εφοδιαστικής Αλυσίδας και Ψηφιοποίησης του αναθέτοντος φορέα ως αρμόδιου οργάνου σύμφωνα με τα άρθρα 4.1 και 16.4 της Διακήρυξης με την οποία εγκρίθηκε εν συνόλω το Πρακτικό Αξιολόγησης του Υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» της Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού «ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ... ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΦΥΓΟΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΤΣΙΜΕΝΤΟΣΤΥΛΩΝ», κατά το μέρος αυτής το οποίο έκρινε ως τεχνικά παραδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

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 και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με ηλεκτρονικό κωδικό ... ποσού €3.589,28 (η προσφεύγουσα κατέθεσε προσφορά για τις ομάδες Β2 και Β3 του διαγωνισμού,

Αριθμός Απόφασης: 345/2022

συνολικής αξίας 717.856 ευρώ).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα μετέσχε στον ανοικτό διαγωνισμό «ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ... ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΦΥΓΟΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΤΣΙΜΕΝΤΟΣΤΥΛΩΝ» καταθέτοντας προσφορά για τις ομάδες Β2 και Β3, με ενδεικτική προϋπολογισμένη αξία ομάδας: α] για την Β2: 526.048 ευρώ + 263.024 ευρώ ως δικαίωμα προαίρεσης και β] για την Β3: 191.808,00 ευρώ + 95.904,00 ευρώ ως δικαίωμα προαίρεσης, ήτοι συνολικής αξίας 717.856 ευρώ, πλέον 3589,28 ευρώ που αντιστοιχούν στο δικαίωμα προαίρεσης. Με την υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου 8957/09.12.2020 εγκριτική απόφαση του Γενικού Διευθυντή Εφοδιαστικής Αλυσίδας και Ψηφιοποίησης του αναθέτοντος φορέα, με την οποία εγκρίθηκε εν συνόλω το αντίστοιχο Πρακτικό Αξιολόγησης του Υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» της Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού, η προσφορά της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας κρίθηκε ως «τεχνικά μη παραδεκτή». Κατά της ανωτέρω εκτελεστής πράξεως η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών την από 21.12.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1957/22.12.2020 και επ' αυτής εκδόθηκε η 341/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία ακύρωσε την προσβληθείσα πράξη, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της ως τεχνικά μη παραδεκτή, για τις ομάδες Β2 και Β3. Σε συμμόρφωση της ανωτέρω απόφασης ο αναθέτων φορέας ζήτησε με την ΔΔ/7469/9.7.2021 επιστολή του διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα ως προς την τεχνική προσφορά της. Με το ίδιο έγγραφο ζήτησε διευκρινήσεις και από την παρεμβαίνουσα. Εν συνεχεία, η αρμόδια Επιτροπή Τεχνικής Κρίσεως εξέδωσε το 11754/5.11.2021 Πόρισμα Τεχνικής Αξιολόγησης με το οποίο εισηγήθηκε να χαρακτηριστεί η προσφορά της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας ως τεχνικά παραδεκτή. Επ' αυτής εκδόθηκε η προσβαλλομένη ΔΥΠΜ 44/05.01.2022 εγκριτική απόφαση του Γενικού Διευθυντή Εφοδιαστικής Αλυσίδας και Ψηφιοποίησης του αναθέτοντος φορέα, με την οποία η προσφορά της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας κρίθηκε ως τεχνικά παραδεκτή.

3. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 10.01.2022, με κατάθεση μέσω του Συστήματος

Αριθμός Απόφασης: 345/2022

Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της εταιρείας «cosmoONE», 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 και με προφανές έννομο συμφέρον καθότι η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας έχει γίνει αποδεκτή και επιδιώκει την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προς τον σκοπό να μειωθούν οι ανταγωνίστριες εταιρείες.

4. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, κοινοποίησε στις 13.01.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, μέσω του Συστήματος Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της εταιρείας «cosmoONE», και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. 611/28.01.2022 απόψεις του σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 28.01.2022 ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε το από 11.02.2022 Υπόμνημά της, το οποίο όμως δεν λαμβάνεται υπόψη ως απαραδέκτως ασκηθέν λόγω εκπρόθεσμης υποβολής.

5. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα στις 13.01.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 24.01.2022 (ημέρα Δευτέρα), η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η τεχνική προσφορά της.

6. 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 ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της

Αριθμός Απόφασης: 345/2022

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. 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).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη παρανόμως έκρινε ως τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι η τελευταία είχε αποκλειστεί οριστικά από τον διαγωνισμό. Ειδικότερα, η προηγούμενη πράξη του αναθέτοντος φορέα με την οποία είχαν κριθεί ως τεχνικά μη αποδεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας κοινοποιήθηκε στις 11.12.2020 και η παρεμβαίνουσα δεν άσκησε προσφυγή κατά της πράξης αυτής. Συνεπώς, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι μετά την παρέλευση της προς τούτο προθεσμίας, την 21.12.2020, η παρεμβαίνουσα θεωρείται οριστικά αποκλεισθείσα, διότι η υπ' αριθμ. 341/2021 απόφαση της Ανεξάρτητης Αρχής Προδικαστικών Προσφυγών ακύρωσε την ανωτέρω πράξη, μόνο κατά το μέρος που αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας ως τεχνικά μη παραδεκτής για τις ομάδες Β2 και Β3 και δεν ακυρώθηκε εν συνόλω ως προς τους λοιπούς συμμετέχοντες οι οποίοι θεωρούνται ως οριστικώς αποκλεισθέντες. Από τον συνδυασμό των διατάξεων του Ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών Οδηγιών 89/665/ΕΚ και 92/13/ΕΚ (άρθρα 1 § 3 και 2α § 2), συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραιτήσεως από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα (πρβλ. ΕΠΑνΣΤΕ 144/2018), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην, όμως, ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής αιτήσεως ακυρώσεώς του (ΣΤΕ 30/2019). Συνεπώς, η παρεμβαίνουσα έχει οριστικώς αποκλεισθεί από τον Διαγωνισμό.

8. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η αρχή της διαφάνειας

Αριθμός Απόφασης: 345/2022

αποτελούν τη βάση των κανόνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΔΕΚ C-213/07, Μηχανική, EU:C:2008:731, σκέψη 45). Ειδικότερα, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, και η υποχρέωση διαφάνειας έχουν, μεταξύ άλλων, την έννοια ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ισότιμη μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή (βλ., ΔΕΕ C-6/15, TNS Dimarso NV, ECLI:EU:C:2016:555, σκ. 22, C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., EU:C:2005:718, σκέψη 22, C-396/14, MT Højgaard και Züblin, EU:C:2016:347, σκέψη 37, C-538/13, eVigilo, EU:C:2015:166, σκέψη 33). Τις αρχές αυτές οφείλουν να τηρούν απαρεγκλίτως οι αναθέτουσες αρχές σε κάθε διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης. Τούτο συνεπάγεται, ειδικότερα, ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές προς διασφάλιση της νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, είτε εξ ίδιας πρωτοβουλίας είτε σε συμμόρφωση προς δικαστικές αποφάσεις, πρέπει να τηρούν τις ανωτέρω αρχές.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον υπό κρίση λόγο: Με την υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου 8957/09.12.2020 εγκριτική απόφαση του Γενικού Διευθυντή Εφοδιαστικής Αλυσίδας και Ψηφιοποίησης του αναθέτοντος φορέα, με την οποία εγκρίθηκε εν συνόλω το αντίστοιχο Πρακτικό Αξιολόγησης του Υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» της Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού, η προσφορά της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας κρίθηκε ως «τεχνικά μη παραδεκτή». Οι λόγοι αποκλεισμού και των δύο ως άνω εταιρειών ταυτίζονταν απόλυτα και συνοψίζονται ως εξής: 1ος λόγος: Μη υποβολή στον ηλεκτρ. φάκελο στοιχείων που έχουν κατατεθεί σε έντυπη μορφή (παρ. 1.1, 3.2 και 5.1 της ΔΥΠΜ – 8957/09.12.2020), 2ος λόγος: Ασάφεια περί της δυνατότητας συγκόλλησης των ράβδων σε δυο θέσεις (παρ. 1.2, 3.3 και 5.2 της ΔΥΠΜ – 8957/09.12.2020), 3ος λόγος: Ασάφεια περί της χρήσης πρόσθετου για το σκυρόδεμα (παρ. 1.3, 3.4 και 5.3 της ΔΥΠΜ – 8957/09.12.2020). Κατά της ανωτέρω εκτελεστής πράξεως η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών

Αριθμός Απόφασης: 345/2022

Προσφυγών την από 21.12.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1957/22.12.2020 και επ' αυτής εκδόθηκε η 341/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία ακύρωσε την προσβληθείσα πράξη, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της ως τεχνικά μη παραδεκτή, για τις ομάδες Β2 και Β3. Ειδικότερα με την απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι ο αναθέτων Φορέας υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας που του παρέχουν τα άρθρα 310 του Ν. 4412/2016 και 15 της διακήρυξης, καθόσον όφειλε να ζητήσει διευκρινήσεις ή/και συμπληρώσεις από την προσφεύγουσα πριν την απόρριψη της προσφοράς της δεδομένου ότι είχε υποβάλει τα απαραίτητα έγγραφα (έστω και έντυπα) και δηλώσεις. Περαιτέρω η ΑΕΠΠ έκρινε ότι συντρέχει περίπτωση παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή η απόρριψη της προσφοράς άνευ άλλου τινός συνιστά παραβίαση δέσμιας αρμοδιότητας, όπως προβλέπεται από την παρ. 5 του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016 (πανομοιότυπη η διατύπωση της παρ. 15.3 της διακήρυξης), να καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων, τον συμμετέχοντα στο διαγωνισμό του οποίου επίκειται ο αποκλεισμός. Κατόπιν των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας ζήτησε κατ' αρχήν διευκρινήσεις επί των προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και εν συνεχεία προέβη στην έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης με α.π. ΔΥΠΜ 44/05.01.2022, με την οποία έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά και των δύο εταιρειών. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η με την παρούσα προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι η παρεμβαίνουσα δεν είχε προσβάλει την ανακληθείσα με α.π. ΔΥΠΜ-8957/09.12.2020 εγκριτική απόφαση του αναθέτοντος φορέα και ως εκ τούτου κατέστη οριστικώς αποκλεισθείσα από την συνέχεια του διαγωνισμού.

Όμως, όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθμ. 278/2021 απόφαση της ΕΑ του ΣτΕ, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή ανακαλεί πράξεις διαγωνισμού ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως συμμορφούμενη προς δικαστική απόφαση, με την οποία διαγνώστηκε πλημμέλεια της διαγνωστικής διαδικασίας ή προσφοράς οικονομικού φορέα, υποχρεούται, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, να ανακαλέσει όμοιες πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας που αφορούν άλλους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς και φέρουν την ίδια πλημμέλεια, μολονότι διέφυγαν του δικαστικού ελέγχου. Επομένως, ο αναθέτων φορέας όφειλε προς τήρηση του ενιαίου

Αριθμός Απόφασης: 345/2022

μέτρου κρίσης και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας να επαναλάβει τη διαγωνιστική διαδικασία και όσον αφορά την παρεμβαίνουσα από το στάδιο της κλήσης της προς παροχή διευκρινήσεων με το ΔΔ/7469/9.7.2021 έγγραφο, μολονότι η αρχική 8957/09.12.2020 απόφαση δεν αμφισβητήθηκε δικαστικώς από αυτήν και κατέστη οριστική, καθόσον στην αντίθετη περίπτωση θα συνέβαινε να διατηρούνται στον νομικό κόσμο εν γνώσει του αναθέτοντος φορέα εσφαλμένες πράξεις του, επειδή οι τυχόν βλαπτόμενοι έτεροι οικονομικοί φορείς παρέλειψαν να ασκήσουν Προδικαστική Προσφυγή. Επομένως, από τη στιγμή που η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας απορρίφθηκε ακριβώς για τους ίδιους λόγους για τους οποίους κρίθηκε τεχνικά μη αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, για την οποία η ΑΕΠΠ έκρινε ότι ο αναθέτων φορέας υπείχε κατά δέσμια αρμοδιότητα, υποχρέωση πριν την απόρριψη της να ζητήσει διευκρινήσεις, ο τελευταίος, ενεργώντας στο πλαίσιο της νομιμότητας, των αρχών της ισότητας και του ίσου μέτρου κρίσης των διαγωνιζομένων και κυρίως προς διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος, ορθά ανακάλεσε την με ΔΥΠΜ- 8957/09.12.2020 απόφαση και κατόπιν νέας κρίσεως εξέδωσε την προσβαλλόμενη. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι αβάσιμη και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ