

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 5 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.12.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 2008/29.12.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 239/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό 33/2020 της Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του ..., δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 26.11.2020 Πρακτικού Αξιολόγησης Προκρινόμενων Προσφορών της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και η αποδοχή των βαθμολογιών σύμφωνα με τον συνημμένο στο ως άνω πρακτικό, πίνακα, κατά το μέρος που κρίθηκε νόμιμη η αξιολόγηση-βαθμολόγηση της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. 239/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό 33/2020 της Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του ..., δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 26.11.2020 Πρακτικού Αξιολόγησης Προκρινόμενων Προσφορών της Επιτροπής Αξιολόγησης του

Διαγωνισμού και η αποδοχή των βαθμολογιών σύμφωνα με τον συνημμένο στο ως άνω πρακτικό, πίνακα, κατά το μέρος που κρίθηκε νόμιμη η αξιολόγηση-βαθμολόγηση της παρεμβαίνουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με αριθμό Διακήρυξης ... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 14.12.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών για τη «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ», (CPV: ...), εκτιμώμενης αξίας διακοσίων ενενήντα πέντε χιλιάδων τετρακοσίων ενενήντα δύο ευρώ (295.492,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι ποσού διακοσίων τριάντα οκτώ χιλιάδων τριακοσίων ευρώ (238.300,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας μέχρι της εξάντλησης των ποσοτήτων του προϋπολογισμού και για τουλάχιστον είκοσι τέσσερις (24) μήνες χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, με δικαίωμα προαίρεσης για την επανάληψη όμοιων εργασιών μέχρι του σταθερού ποσού των διακοσίων τριάντα τεσσάρων χιλιάδων τριακοσίων εξήντα ευρώ (234.360,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι προϋπολογισμού του δικαιώματος προαίρεσης, χωρίς Φ.Π.Α. 24%, εκατόν ογδόντα εννέα χιλιάδων ευρώ (189.000,00 €), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 1.3 (σελ. 7) της διακήρυξης, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 13^η Ιανουαρίου 2020 και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 17^η Ιανουαρίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 13:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα

Αριθμός Απόφασης:371/2021

υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 13.01.2020 και ώρα 13:51:07 μ.μ. την υπ' αριθμ. 160364 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 239/2020 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό 33/2020 της Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του ..., η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 16.12.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 28.12.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που κρίθηκε νόμιμη η αξιολόγηση-βαθμολόγηση της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 239/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό 33/2020 της Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του ..., δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 26.11.2020 Πρακτικού Αξιολόγησης Προκρινόμενων Προσφορών της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και η αποδοχή των βαθμολογιών σύμφωνα με τον συνημμένο στο ως άνω πρακτικό, πίνακα, κατά το μέρος που κρίθηκε νόμιμη η αξιολόγηση-βαθμολόγηση της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας, γ) να κριθεί ως μη νόμιμη η αξιολόγηση-βαθμολόγηση της αναθέτουσας αρχής, δ) να κριθεί ότι η προσφεύγουσα έχει πληρέστερη τεχνική προσφορά από την αντίστοιχη της παρεμβαίνουσας και να μεταβληθεί η βαθμολογία μεταξύ τους, ε) να συνεχίσει η προσφεύγουσα απρόσκοπτα τη συμμετοχή της στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, στ) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη και να αναπεμφθεί η υπόθεση ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής προκειμένου, η τελευταία να ανακαλέσει, μεταρρυθμίσει ή άλλως τροποποιήσει την προσβαλλόμενη απόφαση της και να οδηγηθεί σε νέα νόμιμη κρίση, ζ) να της

Αριθμός Απόφασης:371/2021

επιστραφεί και δη νομιμοτόκως το καταβληθέν παράβολο, η) σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως της έκβασης της παρούσης υπόθεσεως να της επιστραφεί το πλεονάζον παράβολο, που αντιστοιχεί στο ποσό του δικαιώματος προαίρεσης.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί 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.

5. 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 ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 28.12.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού δύο χιλιάδων εκατόν τριάντα έξι ευρώ και πενήντα λεπτών (2.136,50 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.). Μάλιστα, η προσφεύγουσα κατέβαλε πλεονάζον το νόμιμο παράβολο, το οποίο στην πραγματικότητα ανέρχεται στο ποσό των χιλίων εκατόν ενενήντα ενός ευρώ και πενήντα λεπτών (1.191,50 €), καθώς υπολόγισε σε αυτό και το δικαίωμα προαίρεσης της προς ανάθεση σύμβασης, το οποίο όμως έχει κριθεί παγίως (ΕΑ ΣτΕ 187/2017, 10/2017 και ΔεφΘεσσ 58/2019) ότι δεν λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του νομίμου παραβόλου του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του 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.

8. 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.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 30.12.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 07.01.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 7 Ιανουαρίου 2021 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή στη συνέχεια του διαγωνισμού με τελική βαθμολογία 135, έναντι 115 της προσφεύγουσας. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 2377/29.12.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 29.12.2020 και υπέβαλε στις 05.01.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 16.01.2021 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, το από 16.01.2021 υπόμνημά της.

14.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε αποδεκτή και έλαβε τελική βαθμολογία 115, έναντι 135 της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τον συνημμένο στην προσβαλλόμενη απόφαση πίνακα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 239/2020 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό 33/2020 της Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του ..., δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 26.11.2020 Πρακτικού Αξιολόγησης Προκρινόμενων Προσφορών της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και η αποδοχή των βαθμολογιών σύμφωνα με τον συνημμένο στο ως άνω πρακτικό, πίνακα, κατά το μέρος που κρίθηκε νόμιμη η αξιολόγηση-βαθμολόγηση της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως η προσφεύγουσα εταιρεία να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, στρεφόμενη κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Νομίμως και παραδεκτως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 86 «Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων» (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα.

17. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα

από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 1616/2008, ΕΑ ΣΤΕ 254/2008 κλπ).

18. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η 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 (Ολομ. ΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού

κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 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 της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕλΣυν 78/2007).

19.Επειδή, αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη.

Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976,1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, T-461/08, EU:T:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, T-183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, T-652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

20.Επειδή, όπως προέκυψε από τα στοιχεία του φακέλου αλλά και το συνολικό ιστορικό της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης είναι αυτά που αναφέρονται στις σελ. 4-8 της υπό κρίση προσφυγής και στις σελ. 3-7 των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

21. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 8-20 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «1^{ος} Λόγος Προδικαστικής Προσφυγής: Μη νόμιμη και εσφαλμένη κρίση της αναθέτουσας αναφορικά με το κριτήριο Κ.3», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, στον βαθμό που οι αξιολογήσεις επί των τεχνικών προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας εταιρείας, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και τα τιθέμενα από τη διακήρυξη κριτήρια, είναι εσφαλμένες για τους λόγους που ειδικότερα αναλύει στις οικείες σελίδες της προσφυγής της. Συγκεκριμένα, διατείνεται η προσφεύγουσα ότι στην προβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, όπως με αυτήν εγκρίθηκε το από 26.11.2020 Πρακτικό Αξιολόγησης Προκρινόμενων Προσφορών της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και έγιναν αποδεκτές οι βαθμολογίες σύμφωνα με τον συνημμένο στο ως άνω πρακτικό, πίνακα, έλαβε χώρα εσφαλμένη αξιολόγηση του Κριτηρίου Κ.3 περί του Τεύχους 3 «Σχέδιο Διαχείρισης Ενέργειας» της διακήρυξης του διαγωνισμού. Υποστηρίζει δηλαδή η προσφεύγουσα ότι, καίτοι οι δύο τεχνικές προσφορές του ως άνω Τεύχους αξιολογήθηκαν ως ισοβαρείς, προκρίθηκε και έλαβε μεγαλύτερη βαθμολογία (εσφαλμένα κατά την προσφεύγουσα), η προσφορά της παρεμβαίνουσας. Ωστόσο, με βάση τους ισχυρισμούς που παραθέτει η προσφεύγουσα, καταλήγει ότι προκύπτει σε κάθε περίπτωση ότι, η προσφορά της παρεμβαίνουσας, πράγματι αντί να μειώνει την κατανάλωση ενέργειας την επαυξάνει με την εφαρμογή, αρχικώς, φορητών σωμάτων θέρμανσης και εν συνεχεία κλιματιστικών. Ακολούθως, ισχυρίζεται ότι η όποια πιθανή ωφέλεια εκ της τοποθέτησης ηλιακού θερμοσίφωνα είναι εξαιρετικά μικρή, ενώ εξαϋλώνεται πλήρως ενόψει της τοποθέτησης των αναφερόμενων σωμάτων θέρμανσης και των μετέπειτα κλιματιστικών. Τέλος, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι η πρότασή της θέτει πολλαπλάσια μηχανήματα στις ... και ... σε πραγματικό χρόνο λειτουργίας εν σχέσει προς τα αντίστοιχα μηχανήματα της παρεμβαίνουσας και ως εκ τούτου, είναι μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση, καθώς απέδωσε την υψηλότερη βαθμολογία στο υπό εξέταση κριτήριο Κ.3 στην παρεμβαίνουσα,

καίτοι οι προτάσεις της είτε άγουν σε αύξηση της καταναλισκόμενης ενέργειας είτε είναι αντιφατικές μεταξύ τους, ενώ εξάλλου, είναι μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση, καθώς σύμφωνα με την ανάλυση που περιέχεται στους ισχυρισμούς της, περί των μηχανημάτων της ... που τίθενται σύστημα λειτουργίας σε πραγματικό χρόνο, εξάγεται ευχερώς το συμπέρασμα ότι η πρόταση της ίδιας αποτελεί την πλέον επωφελή για την καταναλισκόμενη ηλεκτρική ενέργεια, καθιστώντας και εξ αυτού του λόγου, ακυρωτέα την προσβαλλόμενη. Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 51/04.01.2021 Απόψεών της, υπό «B) ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «Επί του 1^{ου} Λόγου Προσφυγής περί μη νόμιμης και εσφαλμένης κρίσης της αναθέτουσας αναφορικά με το κριτήριο Κ.3», σελ. 7-8, αναφέρει τα εξής: *«Ο οικονομικός φορέας ... στα πλαίσια της ικανοποίησης του κριτηρίου T3 προσκόμισε την με αριθμό πρωτ. 76/9.1.2020 βεβαίωση της Το έγγραφο αυτό βεβαίωνε ότι η εταιρεία ... είχε αναλάβει την λειτουργία και συντήρηση των Εγκαταστάσεων Επεξεργασίας Λυμάτων (Ε.Ε.Λ.) ... και Στο τέλος της τέταρτης και στην αρχή της πέμπτης σελίδας του παραπάνω εγγράφου αναφέρεται ότι: “Στα πλαίσια της υπ’ αριθμ. 4062/02-10-2018 σύμβασης, η εταιρεία ... εγκατέστησε σύστημα διαχείρισης της καταναλισκόμενης ενέργειας στην Ε.Ε.Λ. Το σύστημα εγκαταστάθηκε την 01-11-2018 και λειτούργησε μέχρι τις 31-12-2019, όπου και συλλέχθηκαν τα δεδομένα για περαιτέρω διαχείρισή τους.” Με το με αριθμό πρωτ. 477/3.2.2020 έγγραφό της, η επιτροπή διαγωνισμού, ζήτησε από τον οικονομικό φορέα ... να προσκομίσει συμπληρωματικό έγγραφο της ..., από το οποίο να προκύπτει με σαφή τρόπο το είδος του εξοπλισμού που εγκαταστάθηκε στην Ε.Ε.Λ. ... για τους σκοπούς της καταναλισκόμενης ενέργειας. Ο οικονομικός φορέας ... προσκόμισε το με αριθμό πρωτ. 381/04.02.2020 έγγραφο της ... με θέμα “Εκδοση Βεβαίωσης Εξοπλισμού”*

Ο οικονομικός φορέας ... στα πλαίσια της ικανοποίησης του κριτηρίου T3 προσκόμισε την με αριθμό πρωτ. 167/Ε/10.1.2020 βεβαίωση της Το έγγραφο αυτό βεβαίωνε ότι η εταιρεία ... είχε αναλάβει την κατασκευή του έργου “Εγκατάσταση Επεξεργασίας Λυμάτων ...-...” καθώς και την τετράμηνη

δοκιμαστική λειτουργία αυτής. Στην αρχή της δεύτερης σελίδας του παραπάνω εγγράφου αναφέρεται “Ειδικότερα βεβαιώνουμε ότι η διαχείριση της ενέργειας με τον τοποθετηθέντα εξοπλισμό στην εγκατάσταση, κρίνεται αποτελεσματική.” Με το με αριθμό πρωτ. 278/21.01.2020 έγγραφό της η επιτροπή διαγωνισμού ζήτησε από τον οικονομικό φορέα ... να προσκομίσει συμπληρωματικό έγγραφο της ... από το οποίο να προκύπτουν με σαφή τρόπο το είδος και ο τρόπος λειτουργίας του εξοπλισμού που εγκαταστάθηκε στην Ε.Ε.Λ. ...-... για τους σκοπούς διαχείρισης της ενέργειας. Ο οικονομικός φορέας ... προσκόμισε το με αριθμό πρωτ. 491/Ε/27.01.2020 έγγραφο της ... με θέμα “Βεβαίωση εκτέλεσης έργου”.

Από τις ανωτέρω βεβαιώσεις παρακολούθησης του συστήματος για τη βελτιστοποίηση της διαχείρισης της καταναλισκόμενης ενέργειας που προσκόμισαν οι δύο οικονομικοί φορείς, δεν προκύπτουν αριθμητικά δεδομένα για το ποσοστό εξοικονόμησης ενέργειας που πραγματοποιήθηκε στις εγκαταστάσεις.

Η επιτροπή δεν μπορούσε να εμβαθύνει σε εξειδικευμένες τεχνικές λεπτομέρειες που αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα ... και δεν αναφέρονται στην τεχνική προσφορά του, αλλά προέβη στον έλεγχο και την αξιολόγηση των στοιχείων που παρουσιάστηκαν στις τεχνικές προσφορές.). Τα τεχνικά στοιχεία που αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή αφορούν εξειδικευμένη ανάλυση η οποία δεν θα μπορούσε να γίνει από την επιτροπή και επιπλέον τα στοιχεία αυτά δεν τέθηκαν υπόψη της επιτροπής κατά την αξιολόγηση. Με βάση τα στοιχεία που κατατέθηκαν ενώπιον της επιτροπής κατά την αξιολόγηση και ήταν αυτά τα ελήφθησαν υπόψη από την επιτροπή, οι προσφορές ήταν παρόμοιες ως προς το περιεχόμενό τους με την προσφορά του οικονομικού φορέα ... να περιέχει επιπλέον στοιχεία που βάρυναν ώστε να αξιολογηθεί θετικότερα σε σχέση με τον οικονομικό φορέα ...». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, στις σελ. 11-21 της ασκηθείσας παρέμβασής της, υπό «Α) ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟΙ, ΝΟΜΩ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑ ΑΒΑΣΙΜΟΙ ΟΙ ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «α)», υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας

προβάλλονται παντελώς αυθαίρετα και αβάσιμα για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

22. Επειδή, σχετικά με τον ανωτέρω λόγο προσφυγής, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Σύμφωνα με τη θεωρία, η πλήρης απουσία αιτιολογίας στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία συνιστά εκτελεστή ατομική διοικητική πράξη, παραβιάζει ευθέως την υποχρέωση της διοίκησης να περιλαμβάνει αιτιολογία στις ατομικές διοικητικές πράξεις που εκδίδει, σύμφωνα με το άρθρο 10 παρ. 1 του Συντ. που ορίζει ότι: *«Καθένας ή πολλοί μαζί έχουν το δικαίωμα, τηρώντας τους νόμους του Κράτους, να αναφέρονται εγγράφως στις αρχές, οι οποίες είναι υποχρεωμένες να ενεργούν σύντομα κατά τις κείμενες διατάξεις και να απαντούν αιτιολογημένα σε εκείνον που υπέβαλε την αναφορά, σύμφωνα με τον νόμο»*, αλλά και του άρθρου 17 παρ. 1 και 2 του ΚΔΔιαδ που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν. 2690/1999, το οποίο προβλέπει ότι: *«1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης. 3. [...]»*. Συγκεκριμένα, αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Περαιτέρω, η υποχρέωση αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων απορρέει από την ίδια την αρχή της νομιμότητας και την ανάγκη σεβασμού των δικαιωμάτων και των συμφερόντων του διοικουμένου. Για να είναι νόμιμη η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής. Δηλαδή δεν πρέπει να είναι αόριστη, πρέπει να αναφέρεται στη συγκεκριμένη περίπτωση και όχι κατά τρόπο γενικό στις νομικές

διατάξεις, βάσει των οποίων εκδίδεται η πράξη, καθώς και να επαρκεί ποιοτικά και ποσοτικά για να θεμελιώσει το περιεχόμενο της διοικητικής πράξης. Η αιτιολογία προβλέπεται είτε από το νόμο ρητά, οπότε συνιστά ουσιώδη τύπο της πράξης και πρέπει να περιέχεται έστω και συνοπτικά στο σώμα αυτής, είτε στην περίπτωση των δυσμενών πράξεων, από τη φύση της πράξης, οπότε αρκεί και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Παράλειψή της στην πρώτη περίπτωση συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ενώ στη δεύτερη κατ' ουσίαν διάταξης νόμου. Όταν η Διοίκηση εκδίδει την πράξη αυτεπαγγέλτως, οφείλει να συγκεντρώσει και τα αποδεικτικά στοιχεία που συνιστούν την αιτιολογία της πράξεως. Αν ωστόσο η πράξη εκδίδεται κατόπιν αιτήσεως του διοικούμενου, τότε αυτός υποχρεούται να υποβάλλει και τα απαραίτητα δικαιολογητικά στοιχεία. Αν μια ατομική πράξη δεν φέρει την απαιτούμενη δικαιολογία τότε υπάρχει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που συνιστά και λόγο ακύρωσης, διότι η αιτιολογία αποτελεί έκφραση της αρχής της νομιμότητας της πράξης (ΣΤΕ 171/2002) («Διοικητικό Δίκαιο», Απ. Γέροντας, Σ. Λύτρας, Πρ. Παυλόπουλος, Γλ. Σιούτη, Σ. Φλογαίτης, εκδ. Σάκκουλα). Η νομολογία εξάλλου έχει κρίνει παγίως, ότι η απόφαση της αναθέτουσας σε δημόσιους διαγωνισμούς πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς και να βασίζεται σε συγκριτική εκτίμηση των προσόντων των διαγωνιζομένων (ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 90/2013, 223/2013, 809/2012, 828/2012, 430/2011, ΕΑ ΣΤΕ 44/2010, 944/2007, 893/2005).

23. Επειδή, άλλωστε, έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 761/2018, 783-784/2018 και 900/2018) ότι αιτιολογία μιας πράξεως αποτελεί η έκθεση των πραγματικών και νομικών λόγων που οδήγησαν το αρμόδιο όργανο στην απόφασή του, καθώς και η παράθεση των κριτηρίων, βάσει των οποίων άσκησε τη διακριτική του ευχέρεια. Η αιτιολογία αυτή πρέπει να είναι νόμιμη, δηλαδή επαρκώς εξειδικευμένη και πλήρης κατά τρόπο ώστε, αφενός να μην καταλείπονται κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του αρμοδίου διοικητικού οργάνου και αφετέρου να δημιουργεί δυνατότητα ελέγχου τόσο από τον διοικούμενο όσο και τον ακυρωτικό δικαστή (την Α.Ε.Π.Π. εν προκειμένω) κατά πόσο η σχετική

αιτιολογία είναι σύμφωνη ή βρίσκεται σε αρμονία με τους κανόνες δικαίου που καθορίζουν το πλαίσιο της νομιμότητας. Η απαιτούμενη ειδική αιτιολογία δεν μπορεί να αναπληρωθεί από την παρεχόμενη βαθμολογία γιατί η ελλείπουσα λεκτική διατύπωση της κρίσεως της Επιτροπής είναι αναγκαία, τόσο για την υποβολή αντιρρήσεων από τον διαγωνιζόμενο, όσο και για τον έλεγχο του αιτιολογημένου της κρίσεως από τον ακυρωτικό δικαστή, εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣτΕ 1080/2006, 305/2006, ΣτΕ 1292/2005 κ.α.). Συνεπώς, αν η προσφορά του διαγωνιζομένου έχει βαθμολογηθεί σε επί μέρους στοιχείο με βαθμό κατώτερο του 100 χωρίς ειδικότερη αιτιολογία και ο διαγωνιζόμενος ισχυρισθεί, με την προσφυγή του, ότι η προσφορά του, στο στοιχείο αυτό, καλύπτει ακριβώς ή και υπερκαλύπτει τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, η Διοίκηση δεν μπορεί να απορρίψει σιωπηρά τον ισχυρισμό αυτό, αλλά θα πρέπει να αναφέρει τους λόγους, για τους οποίους η εν λόγω προσφορά δεν καλύπτει ακριβώς τις προδιαγραφές αυτές, άλλως η σιωπηρή απόρριψη της προσφυγής κατά το μέρος αυτό είναι αναιτιολόγητη (βλ. ΣτΕ 701/2011, 498/2009). Και στην ανωτέρω όμως περίπτωση, δηλαδή της βαθμολογήσεως επιμέρους κριτηρίου της τεχνικής προσφοράς με βαθμό ανώτερο ή κατώτερο του 100, η τεχνική εκτίμηση των αρμοδίων διοικητικών οργάνων ως προς την προσήκουσα βαθμολόγηση είναι ανέλεγκτη ακυρωτικώς και απαραδέκτως πλήσσει ευθέως ενώπιον της Επιτροπής Αναστολών ή της Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣτΕ 946/2007, 1080/2006). Το μέλος Χ. Ζαράρη διατύπωσε την εξής ειδική γνώμη *«λαμβάνοντας υπόψη ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ αποτελεί θετική προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση των διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον της διοικητικής δικαιοσύνης, η προσφυγή χαρακτηρίζεται ως ενδικοφανής, λόγω δε της φύσης της ενδικοφανούς προσφυγής, παρέχεται εξουσία στην ΑΕΠΠ για ουσιαστική επανεξέταση της υπόθεσης (βλ. Β. Γκέρτσος, Δ. Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 415 επ.), νομική και ουσιαστική, κατά το μέτρο των προβαλλόμενων αιτιάσεων, καθόσον ο έλεγχος δεν είναι διάχυτος»*. Εξάλλου, αν ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος έχει βαθμολογηθεί σε ορισμένο κριτήριο με 100 χωρίς αιτιολογία, ισχυρίζεται με την προδικαστική

προσφυγή του ότι η προσφορά του, ως προς το κριτήριο αυτό, υπερκαλύπτει τις οριζόμενες προδιαγραφές, οπότε έπρεπε να λάβει βαθμό ανώτερο του 100 και μέχρι τον επιτρεπόμενο ανώτατο, δεν αρκεί να διαμαρτυρηθεί απλώς κατά της βαθμολόγησης του αυτής, αλλά πρέπει να προβάλει ειδικούς ισχυρισμούς, να αναφέρει δηλαδή τους λόγους για τους οποίους, κατά την άποψη του, η προσφορά του υπερκαλύπτει, ως προς το εν λόγω κριτήριο, τις τασσόμενες προδιαγραφές, αλλιώς η απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος αυτό, δεν χρειάζεται ειδικότερη αιτιολογία. Σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος προβάλει τέτοιους ειδικούς ισχυρισμούς, η Διοίκηση είναι υποχρεωμένη να απαντήσει αιτιολογημένα, με αναφορά στα στοιχεία των φακέλων των τεχνικών προσφορών και με παράθεση των λόγων για τους οποίους η προσφορά δεν υπερκαλύπτει τις προδιαγραφές, αλλιώς η απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής είναι, κατά το μέρος αυτό, αναιτιολόγητη. Όμοια αιτιολογία απαιτείται και όταν με την προσφυγή προβληθούν συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της βαθμολογήσεως της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου (ΣΤΕ 118/2009), έτσι ώστε να προκύπτει ανελέγκτως ότι κατά τις απαιτούμενες συγκρίσεις μεταξύ των προσφορών, στις οποίες δεν κωλύονται να προβαίνουν τα όργανα του διαγωνισμού, εξασφαλίσθηκε η τήρηση του επιβαλλόμενου ενόψει της αρχής της ισότητας ενιαίου μέτρου κρίσεως των προσφορών, ανταποκρινόμενου στο επίπεδο των διαγωνιζομένων και ότι, κατ' αυτόν τον τρόπο, κατέστη εφικτή η κατά το δυνατόν ακριβοδίκαιη βαθμολόγηση τους (βλ. ΣΤΕ 2662/2004). Στην παρούσα περίπτωση, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, προφανώς είναι πράξη αιτιολογητέα και επομένως η αιτιολογία της θα πρέπει να ανταποκρίνεται στις ανωτέρω προϋποθέσεις για να είναι νόμιμη. Συναφώς, έχει κριθεί ότι: α) θα πρέπει να παρατίθενται τα στοιχεία που έλαβε υπόψη της η αναθέτουσα αρχή και τα οποία δικαιολογούν, για κάθε συγκεκριμένο κριτήριο αξιολόγησης που τίθεται από τη διακήρυξη, την ποιοτική και ποσοτική υπεροχή της προσφοράς του αναδόχου συγκριτικά με τις προσφορές των λοιπών διαγωνιζομένων. Σε κάθε περίπτωση, τα ως άνω στοιχεία θα πρέπει τουλάχιστον να προκύπτουν με σαφήνεια από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου (πρακτικά εισηγήσεις, γνωμοδοτήσεις, κ.λ.π). Η εν λόγω

ειδική κρίση της αναθέτουσας αρχής δεν δύναται να αναπληρωθεί από την παρεχόμενη βαθμολογία στα κριτήρια αξιολόγησης της προσφοράς, καθ' όσον η αναφορά συγκεκριμένων στοιχείων που δικαιολογούν τη δοθείσα ανά κριτήριο βαθμολογία, πέραν του ότι επιβάλλεται για λόγους διαφάνειας, είναι αναγκαία τόσο για την υποβολή αντιρρήσεων από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, όσο κυρίως για τον δικαστικό έλεγχο της κρίσης της αναθέτουσας αρχής η εν προκειμένω τον έλεγχο από την Α.Ε.Π.Π. (ΕλΣυν 41/2008 Πράξη VII Τμ., βλ., όμως και αντιθ. ΕλΣυν 13/2008 Πράξη VI Τμ., σύμφωνα με την οποία η δοθείσα βαθμολογία σε καθένα από τα κριτήρια χωρίς ειδική αιτιολογία καθιστά αιτιολογημένο το οικείο πρακτικό στο μέτρο που τα στοιχεία τα οποία συνθέτουν τα προς αξιολόγηση κριτήρια περιγράφονται λεπτομερώς στη διακήρυξη και προκύπτουν από το φάκελο των οικείων προσφορών που υπέβαλαν οι διαγωνιζόμενοι). Η έλλειψη στο οικείο Πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης έστω και συνοπτικά μιας εξατομικευμένης για κάθε διαγωνιζόμενο αναφοράς με παραπομπή σε συγκεκριμένα στοιχεία της τεχνικής του προσφοράς που να δικαιολογεί τη βαθμολογία που δόθηκε στα επί μέρους κριτήρια της διακήρυξης, καθιστά το πρακτικό αυτό ανατιολόγητο και τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου μη νόμιμη, ενόψει και της μικρής απόκλισης που παρουσίαζαν μεταξύ τους οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων (ΕλΣυν 327/2007 Πράξη Ζ΄ Κλιμ.), β) Η αιτιολογία του πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης δεν πρέπει να περιέχει γενικού και συμπερασματικού χαρακτήρα παρατηρήσεις από την επιτροπή διαγωνισμού (ΕλΣυν 205/2007, 224/2006 Πράξη VI Τμ.). Ειδικότερα, γενικού και συμπερασματικού χαρακτήρα αιτιολογία συνιστά η παραδοχή α) ότι ο διαγωνιζόμενος *«υπέβαλε μια πάρα πολύ καλή τεχνική έκθεση, που όμως δεν έχει την πληρότητα της έκθεσης του προηγούμενου διαγωνιζόμενου και την άριστη γνώση του αντικειμένου...»*, χωρίς να επεξηγείται, περαιτέρω, ποιο είναι το ελλείπον της έκθεσης αναφορικά με τον προηγούμενο διαγωνιζόμενο, ή β) ότι ο διαγωνιζόμενος *«υπέβαλε ...μια πολύ καλή τεχνική έκθεση, που όμως δεν έχει την πληρότητα της έκθεσης του προηγούμενου διαγωνιζόμενου και την άριστη γνώση του αντικειμένου, έχει όμως, μια αρκετά ικανοποιητική εκτίμηση του αντικειμένου της προς ανάθεση*

μελέτης...», χωρίς να τεκμηριώνονται και να αιτιολογούνται βάσει συγκεκριμένων στοιχείων οι εν λόγω αξιολογικές κρίσεις (ΕΛΣυν263/2008 Πράξη Ζ΄ Κλιμ.), γ) Η συνοπτική και σε μεγάλο βαθμό αόριστη αιτιολογία του Πρακτικού Αξιολόγησης νομίμως συμπληρώνεται από τον επισυναπτόμενο στο Πρακτικό αυτό Πίνακα ειδικής αιτιολόγησης της βαθμολογίας που συνέταξε η Επιτροπή Διαγωνισμού (ΕΛΣυν 168/2008 Πράξη VI Τμ.). Ο μη ομοιόμορφος, όμως, λεκτικός χαρακτηρισμός από την Επιτροπή Διαγωνισμού των καθορισμένων από την διακήρυξη κριτηρίων και υποκριτηρίων με την προσήκουσα αντιστοίχισή του προς την βαθμολογία καθώς και η επισήμανση μόνο των ελλείψεων των προσφορών κάποιων εκ των υποψηφίων χωρίς θετική κρίση με χαρακτηρισμό εφ' εκάστου κριτηρίου ή υποκριτηρίου, δεν καθιστά δυνατό τον έλεγχο του ενιαίου της εφαρμογής των κριτηρίων αξιολογήσεως σε όλους τους υποψηφίους και του αιτιολογημένου της συγκρίσεως των προσφορών τους, με αποτέλεσμα η τεχνική αξιολόγηση να είναι πλημμελής (ΕΛΣυν 304/2010 Πράξη Ζ΄ Κλιμ.), δ) κατά την τεχνική αξιολόγηση-βαθμολόγηση των προσφορών είναι ανεπίτρεπτη οποιαδήποτε εκτίμηση από την Επιτροπή Διαγωνισμού ειδικότερου κριτηρίου που δεν περιλαμβάνεται στο νόμο ή στην πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος. Η επίκληση δε του κριτηρίου αυτού στην αιτιολογία της απόφασης για την επιλογή της συμφερότερης προσφοράς και την ανάθεση της μελέτης καθιστά αυτήν μη νόμιμη (ΕΛΣυν 16/2009 Πράξη VII Τμ.).

24.Επειδή, ενόψει των όσων βάσιμα αναφέρονται αναλυτικά στην ασκηθείσα παρέμβαση, αλλά και στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, από τον συγκεκριμένο λόγο της κρινόμενης προσφυγής δεν προέκυψε άνευ άλλου τινός ότι πράγματι η προσβαλλόμενη με την προσφυγή απόφαση της αναθέτουσας αρχής στερείται πλήρους, ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, στο κείμενο της προσβαλλόμενης απόφασης, καίτοι υπάρχει συνοπτική αναφορά για την πλήρωση των επιμέρους κριτηρίων της διακήρυξης εκ μέρους της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εντούτοις, υπάρχει ρητή παραπομπή στο

εκτενές από 26.11.2020 Πρακτικό Αξιολόγησης Προκρινόμενων Προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, ενώ με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, έγινε διεξοδική παραπομπή σε επιμέρους διευκρινιστικά και συμπληρωματικά έγγραφα και βεβαιώσεις (βλ. αναλυτικά ανωτέρω σκέψη 21 της παρούσας), τα οποία ελήφθησαν υπόψη από την Επιτροπή κατά τον σχηματισμό της κρίσης της, αναφορικά με την υπεροχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, έναντι της προσφοράς της προσφεύγουσας, από το σύνολο των οποίων, προκύπτει αναλυτικά η αιτιολογία για την υπερκάλυψη των σχετικών κριτηρίων, με ειδική αναφορά στις επιμέρους βαθμολογίες και τη συνολική βαθμολογία κάθε ομάδας που έλαβε η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, ενώ περιλαμβάνεται λεπτομερής λεκτική αναφορά σε τι συνίσταται η υπερκάλυψη των απαιτούμενων κριτηρίων. Εξάλλου, η υπέρτερη βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας αφορά μόνο τα τρία από τα έξι συνολικά τιθέμενα κριτήρια (Κ.2, Κ.3 και Κ.6), στα οποία η προσφορά της τελευταίας έλαβε, σύμφωνα με τους ορισθέντες στη διακήρυξη, συντελεστές βαρύτητας του κάθε κριτηρίου, 30, 52,5 και 22,5 βαθμούς (έναντι 20, 35 και 15 βαθμών) αντίστοιχα της προσφοράς της προσφεύγουσας, με συνέπεια, να βαθμολογηθεί εν τέλει, στα αντιστοιχα κριτήρια, με 150 βαθμούς, έναντι 100 της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας. Σημειώνεται δε, ότι στα λοιπά κριτήρια (Κ.1, Κ.4 και Κ.5), τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας έλαβε βαθμό 30, 7,5 και 7,5 (έναντι 20, 5 και 5 βαθμών) αντίστοιχα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ως εκ τούτου, η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας στα εν λόγω κριτήρια, βαθμολογήθηκε με 150 βαθμούς, έναντι 100 της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

25.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των

προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του ίδιου ως άνω νόμου, «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής.

2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια». Όπως, άλλωστε, γίνεται αποδεκτό επί προδικαστικής προσφυγής, που φέρει το χαρακτήρα ενδικοφανούς προσφυγής, ο διενεργούμενος έλεγχος εκ μέρους της Α.Ε.Π.Π. είναι πλήρης, υπό την έννοια ότι έχει ως αντικείμενο, αφενός την διαπίστωση ότι η έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης συμμορφώνεται με το οικείο νομικό πλαίσιο, που διέπει την έκδοσή της (έλεγχος νομιμότητας), αφετέρου τη διαπίστωση της ορθότητας της εκτίμησης των πραγμάτων από την αναθέτουσα αρχή (έλεγχος ουσίας). Ωστόσο, όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΣτΕ 177/1996), στον έλεγχο ουσίας το αρμόδιο όργανο (εν προκειμένω η Α.Ε.Π.Π.) «...έχει μεν κατ' αρχήν πλήρη δικαιοδοσία, δικαιούμενο να προβεί σε δική του ουσιαστική εκτίμηση περί της συνδρομής των προϋποθέσεων του νόμου για την ικανοποίηση του διεκδικούμενου δικαιώματος και να διαμορφώσει τελικώς το περιεχόμενο αυτού, αν, όμως, η συγκεκριμένη διοικητική πράξη περιέχει κρίση επί τεχνικής φύσεως θεμάτων, για τα οποία απαιτούνται εξειδικευμένες γνώσεις επιστήμης ή τέχνης, η οποία κρίση έχει ανατεθεί από το νόμο σε ειδικά όργανα, το διοικητικό δικαστήριο περιορίζεται σε έλεγχο νομιμότητας της πράξεως αυτής, ο οποίος περιλαμβάνει και την πλάνη περί τα πράγματα και την πληρότητα της αιτιολογίας. Όταν δε κρίνει ότι η τοιαύτη διοικητική πράξη δεν αιτιολογείται νομίμως ή επαρκώς, προβαίνει [...] σε ακύρωσή της, μη δικαιούμενο πάντως να

υποκατασταθεί στην αρμοδιότητα του οργάνου αυτού και να εκφέρει δική του κρίση επί του συγκεκριμένου τεχνικής φύσεως θέματος». Σε κάθε περίπτωση, ως προς τον έλεγχο που διενεργεί η Α.Ε.Π.Π. και τα όρια αυτού, έχει κριθεί ότι σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του ΠΔ 39/2017), σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η Α.Ε.Π.Π. ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Τα ανωτέρω, τέλος, γίνονται δεκτά και από την Α.Ε.Π.Π., η οποία έχει κρίνει ότι το σχετικό αίτημα της προδικαστικής προσφυγής δεν μπορεί να είναι άλλο από την ακύρωση της πιο πάνω συγκεκριμένης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 παρ. 1 και 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016, καθώς στην Α.Ε.Π.Π. δεν έχει κατά τον νόμο δοθεί άλλη αρμοδιότητα, ιδίως και πολύ περισσότερο η εξουσία διάπλασης με ουσιαστικό περιεχόμενο των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής» (βλ. ΑΕΠΠ 134/2017). Από το σύνολο, συνεπώς, των ανωτέρω συνάγεται ότι η Α.Ε.Π.Π., αναφορικά με την βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών δεν μπορεί να κρίνει η ίδια επί του ύψους των επιμέρους βαθμολογιών και της συνολικής βαθμολογίας, παρά μόνον να ασκήσει έλεγχο νομιμότητας, ως προς την τυχόν ύπαρξη πλάνης περί τα πράγματα των αρμοδίων οργάνων της αναθέτουσας αρχής και ως προς την πληρότητα της σχετικής αιτιολογίας. Και τούτο διότι στο πεδίο των τεχνικών κρίσεων της διοικήσεως, όπου είναι δεδομένο ένα περιθώριο εκτίμησης των οργάνων αξιολόγησης, ο ελεγκτικός ρόλος της Α.Ε.Π.Π. περιορίζεται στον έλεγχο της αιτιολογίας των σχετικών πράξεων της Διοικήσεως, δια μέσου της οποίας ελέγχεται ο τρόπος με τον οποίο η Διοίκηση έκανε χρήση της διακριτικής της ευχέρειας εντός των άκρων ορίων της. Σε κάθε περίπτωση, εξάλλου, δεν μπορεί να τροποποιήσει σχετικώς την προσβαλλόμενη απόφαση, παρά μόνον

να αναπέμψει εκ νέου στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να προβεί στις οφειλόμενες ενέργειες. Προσέτι, με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, όπως περιλαμβάνονται στον υπό εξέταση πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα στρέφεται ευθέως κατά των κατ' ουσίαν αμιγώς τεχνικών κρίσεων της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και καταληκτικά της αναθέτουσας αρχής, εμφανιζόμενη ως ασκούσα κριτική στις κρίσεις αυτές και υποδεικνύοντας στην Α.Ε.Π.Π. ποιες θα έπρεπε να είναι κατά την εκτίμηση της οι προσήκουσες βαθμολογίες, αξιώνοντας από αυτή να προβεί σε ουσιαστικό έλεγχο των κρίσεων της διοικήσεως, υποκαθιστώντας τα αρμόδια προς τούτο όργανα. Και τούτο, παρά το αδιαμφισβήτητο γεγονός ότι τα χαρακτηριστικά της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης (όπως αποτυπώθηκε στο από 26.11.2020 Πρακτικό και τον ενσωματωμένο σε αυτό πίνακα αξιολόγησης της Επιτροπής, ομού με τα συμπληρωματικά έγγραφα και στοιχεία που επικαλείται με τις υποβληθείσες απόψεις της), αναφορικά με την βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών ανά επιμέρους ομάδα και κριτήριο τεχνικής αξιολόγησης, είναι τέτοια ώστε να μην καταλείπεται κανένα περιθώριο εύλογων αμφιβολιών ως προς τον τρόπο και τη συλλογιστική, με την οποία η Επιτροπή και η αναθέτουσα αρχή προέβησαν στη βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών τόσο της προσφεύγουσα όσο και της παρεμβαίνουσας, με αποτέλεσμα αυτή η καθ' όλα ειδική, επαρκής και εμπειριστατωμένη αιτιολογία να καθιστά τις κατ' ιδίαν τεχνικές κρίσεις της αναθέτουσας αρχής ανέλεγκτες και μη υποκείμενες σε έλεγχο εκ μέρους της Α.Ε.Π.Π. Κατά συνέπεια, στο μέτρο που με τον προβαλλόμενο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρεία αξιώνει να υπερβεί η Α.Ε.Π.Π. τα όρια του ελέγχου που διενεργεί και να εμπλακεί στο έργο της διοικήσεως, αξιολογώντας τεχνικές κρίσεις των οργάνων της αναθέτουσας αρχής, θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, καθ' ότι πλήττει ευθέως την ανέλεγκτη τεχνική κρίση της διοικήσεως ως προς την προσήκουσα βαθμολογία. Για τον ίδιο λόγο, ομοίως, απορριπτέοι ως απαράδεκτοι είναι και οι επιμέρους προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας περί υπεροχής της δικής της τεχνικής προσφοράς, δοθέντος ότι, όπως ήδη ειπώθηκε, μέσω αυτών αμφισβητείται ευθέως η

ανέλεγκτη δικαστικώς τεχνική κρίση της Διοίκησης ως προς την προσήκουσα βαθμολογία και όχι η σχετική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, όπως ήδη αναφέρθηκε, τυγχάνει νόμιμη, έγκυρη και επαρκής. Το μέλος Χ. Ζαράρη διατύπωσε την εξής ειδική γνώμη *«λαμβάνοντας υπόψη ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ αποτελεί θετική προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση των διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον της διοικητικής δικαιοσύνης, η προσφυγή χαρακτηρίζεται ως ενδικοφανής, λόγω δε της φύσης της ενδικοφανούς προσφυγής, παρέχεται εξουσία στην ΑΕΠΠ για ουσιαστική επανεξέταση της υπόθεσης (βλ. Β. Γκέρτσος, Δ. Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 415 επ.)*, νομική και ουσιαστική, κατά το μέτρο των προβαλλόμενων αιτιάσεων, καθόσον ο έλεγχος δεν είναι διάχυτος. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος, ενώ πρέπει να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

26. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 20-28 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «2^{ος} Λόγος Προδικαστικής Προσφυγής: Μη νόμιμη και εσφαλμένη κρίση της αναθέτουσας αναφορικά με το κριτήριο Κ.6», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που η τεχνική προσφορά της, αναφορικά με το αξιολογηθέν Κριτήριο Κ.6 κρίθηκε ελλιπής, λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν παρέθεσε υποδείγματα μηνιαίων εκθέσεων και εγχειρίδιο προγράμματος συντήρησης, με συνέπεια να βαθμολογηθεί χαμηλότερα από την αντίστοιχη προσφορά της παρεμβαίνουσας. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η παρεμβαίνουσα με την τεχνική προσφορά της, προτείνει γενικά, αδιαφοροποίητα και αδιάκριτα έντυπα για όλες τις Ε.Ε.Λ., σημειώνοντας, μάλιστα με κενό (.....) το κάθε έντυπο, ώστε απλώς να μεταβάλει τον τίτλο του κατά την συμπλήρωση του, ενώ η ίδια η προσφεύγουσα προσφέρει και προτείνει στην τεχνικής της προσφορά, εξατομικευμένα και διαφοροποιημένα

έντυπα για κάθε Ε.Ε.Λ. ξεχωριστά. Συναφώς, επικαλείται ότι η παρεμβαίνουσα παρέλειψε να συμπεριλάβει στο κριτήριο Κ.6 Εγχειρίδιο Προγράμματος Συντήρησης (βλ. σελ. 195 της Τεχνικής της Προσφοράς), καθώς και ότι σφάλει η προσβαλλόμενη ως προς την φερόμενη διαπίστωση της ως προς τα Εγχειρίδια Προγράμματος Συντήρησης, καθώς αυτά προτείνονται από την προσφεύγουσα στο Τεύχος 6. Β. στις σελίδες 22, 23, 41 και 49, όπως προκύπτει και εκ του ως πίνακα της προσφοράς της, όπως παρατίθεται στην προσφυγή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, με τους επιμέρους ισχυρισμούς που προβάλλει, διατείνεται ότι η ίδια παρέθεσε αναλυτικότερη και πληρέστερη πρόταση από την αντίστοιχη της παρεμβαίνουσας και ούτως, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή προσέδωσε μεγαλύτερη βαθμολογία στην τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, έναντι της αντίστοιχης της προσφεύγουσας αναφορικά με το Κριτήριο Κ.6, υπολαμβάνοντας ότι δεν προσφέρονται Εγχειρίδια Προγράμματος Συντήρησης, ενώ προσφέρονται στο οικείο έντυπο, καθώς και είναι επίσης εσφαλμένη η κρίση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, καίτοι δεν προσφέρονται τα Εγχειρίδια Προγράμματος Συντήρησης από την παρεμβαίνουσα (βλ. σελ. 195 Τεχνικής της Προσφοράς), εντούτοις δεν διαπιστώθηκε η εν λόγω παράλειψη. Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες απόψεις της, υπό «Β) ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «Επί του 2^{ου} Λόγου Προσφυγής περί μη νόμιμης και εσφαλμένης κρίσης της αναθέτουσας αναφορικά με το κριτήριο Κ.3», σελ. 8-9, αναφέρει τα εξής: *«Η επιτροπή διαγωνισμού στο 1^ο πρακτικό της, στο οποίο έγινε η καταγραφή, ο έλεγχος των δικαιολογητικών και των τεχνικών προσφορών είχε κρίνει ότι ο οικονομικός φορέας ... δεν πληροί τις προϋποθέσεις που αναφέρονται στο κριτήριο Τ6 καθώς σε αυτό αναφέρεται (σελ. 60) ότι οι υποψήφιοι πρέπει να «παραθέσουν υποδείγματα μηνιαίων εκθέσεων και εγχειριδίου προγράμματος συντήρησης», που αποτελούν βασικά στοιχεία για την διαπίστωση – από την υπηρεσία – της υλοποίησης των υποχρεώσεων του αναδόχου κατά τη φάση λειτουργίας. Αντί της έκθεσης, ο ενδιαφερόμενος δήλωσε ότι «Η έκθεση ελέγχου-λειτουργίας & συντήρησης θα υποβάλλεται κάθε μήνα, εντός του πρώτου δεκαπενθημέρου του επόμενου*

μήνα, στη Διευθύνουσα Υπηρεσία και θα καταγράψει τις εργασίες συντήρησης και ελέγχων που εκτελέστηκαν σύμφωνα με το λεπτομερές πρόγραμμα επιθεώρησης & συντήρησης σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παράγραφο με τίτλο «ΤΑΚΤΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ – ΣΥΤΝΗΡΗΣΗΣ – ΕΛΕΓΧΟΥ» του Παραρτήματος Ι, αλλά και έκτακτων εργασιών που απαιτήθηκαν για τη διασφάλιση της λειτουργίας των εγκαταστάσεων».

Η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη τα στοιχεία της αρχικής αξιολόγησης δεν θα μπορούσε να παραβλέψει το γεγονός ότι οι αναφορές στο κριτήριο Τ6 δεν καλύπτουν πλήρως τους όρους του συγκεκριμένου κριτηρίου αλλά αυτό γίνεται με αναφορά σε άλλο κριτήριο (Τ4). Σεβόμενη την με αριθμό Απόφαση 710/2020 του 7^{ου} Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) προέβη στην αξιολόγηση της προσφοράς δίνοντα έμφαση στο ότι ο τρόπος σύνταξης της προσφοράς δυσχέραινε το έργο της και δημιουργούσε εντύπωση, μη ορθά δομημένης προσφοράς, γεγονός που βάρυνε για την βαθμολόγησή της σε σχέση με την προσφορά έτερου οικονομικού φορέα.». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, στις σελ. 21-23 της ασκηθείσας παρέμβασής της, υπό «Α) ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟΙ, ΝΟΜΩ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑ ΑΒΑΣΙΜΟΙ ΟΙ ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «β)», υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται παντελώς αυθαίρετα και αβάσιμα για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

27. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως ήδη εκτέθηκε αναλυτικά ανωτέρω στις σκέψεις 22-25 της παρούσας, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης κρίθηκε από το οικείο Κλιμάκιο ότι είναι κατ' αρχήν επαρκής και νόμιμη. Σε συνέχεια της ανωτέρω παραδοχής, δεδομένου ότι σύμφωνα με την ανέλεγκτη ακυρωτικά, τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 616/2012), στο κείμενο της προσβαλλόμενης παρατίθενται αναλυτικά τα πλεονεκτήματα της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας από τεχνικής απόψεως σε κάθε επιμέρους κριτήριο της προς ανάθεση σύμβασης, προκύπτει ότι υπήρχε πλήρης, σαφής, εμπειριστατωμένη και ειδική αιτιολογία στην προσβαλλόμενη σχετικά με τη βαθμολόγηση των επίμαχων τμημάτων της

προσφοράς των υποψηφίων, όπως αυτά προσβάλλονται από την προσφεύγουσα με τον εξεταζόμενο δεύτερο λόγο της προσφυγής. Εξάλλου, κατά το μέρος που οι αιτιάσεις που προβάλλονται με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής αμφισβητούν την ανέλεγκτη ακυρωτικά τεχνική κρίση της διοίκησης, είναι απορριπτέες ως απαράδεκτες (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 77/2011, 419/2010, 107/2010). Ομοίως, απαραδέκτως αμφισβητείται από την προσφεύγουσα η ουσιαστική κρίση της Διοίκησης ως προς το ύψος της βαθμολογίας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας στα συγκεκριμένα κριτήρια (ΕΑ ΣΤΕ 164/2010, 216, 402/2009, 613/2008, 827, 232/2007), ενώ όπως έχει κριθεί, η περαιτέρω αμφισβήτηση της αιτιολογίας βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, κατά το μέτρο που βαθμολογήθηκε με τον τρόπο που αποτυπώνεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, απαραδέκτως πλήττει την ανέλεγκτη τεχνική κρίση των οργάνων της Διοίκησης (ΕΑ ΣΤΕ 391/2010, 35/2010, 283/2013, 285/2013, 616/2012, 306/2012).

28.Επειδή, συναφώς, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 367 παρ. 1 του Ν. 441/2016 ορίζεται ότι: *«Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος...»*, ενώ σύμφωνα με τη ρητή διατύπωση του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016: *«Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια.»*. Περαιτέρω, όπως δέχεται παγίως και η νομολογία (βλ. και ΑΕΠΠ 761/2018) ο έλεγχος ουσίας που πραγματοποιείται στα πλαίσια της κρίσης επί μίας προσφυγής, όπως η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., εκ μόνου του λόγου ότι περιλαμβάνει πλήρη έλεγχο πραγμάτων και εξουσία ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης, δεν συνεπάγεται ότι είναι απεριορίστος ή ότι η επανεξέταση και επανεκτίμηση της υποθέσεως μπορεί να πραγματοποιηθεί εξ υπαρχής και πρωτοτύπως κατά λειτουργική υποκατάσταση

της ενεργού διοικήσεως. Και τούτο διότι και ο ουσιαστικός έλεγχος είναι πάντως έλεγχος συγκεκριμένης πράξεως, ο οποίος οριοθετείται αφενός μεν, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 68 και 79 του ΚΔΔ και του Ν. 4412/2016 που έχουν παρατεθεί ανωτέρω, από το αντικείμενο και την πραγματική της βάση, καθώς και τους λόγους και τα αιτήματα της προσφυγής, και αφετέρου, από τους κανόνες για το αντικείμενο και το βάρος της απόδειξης (ΣΤΕ 166/2018, ΔΕφΑΘ 637/2013, πρβλ. και ΣΤΕ 1879/2008, σκ. 5). Το μέλος Χ. Ζαράρη διατύπωσε την εξής ειδική γνώμη *«λαμβάνοντας υπόψη ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ αποτελεί θετική προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση των διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον της διοικητικής δικαιοσύνης, η προσφυγή χαρακτηρίζεται ως ενδικοφανής, λόγω δε της φύσης της ενδικοφανούς προσφυγής, παρέχεται εξουσία στην ΑΕΠΠ για ουσιαστική επανεξέταση της υπόθεσης (βλ. Β. Γκέρτσος, Δ. Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 415 επ.), νομική και ουσιαστική, κατά το μέτρο των προβαλλόμενων αιτιάσεων, καθόσον ο έλεγχος δεν είναι διάχυτος. Ωστόσο, τα τεχνικά στοιχεία που αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή δεν τέθηκαν υπόψη της επιτροπής κατά την αξιολόγηση, ώστε να κριθεί νομίμως εάν πράγματι υπερτερεί η προσφορά του προσφεύγοντος, ως ο ίδιος διατείνεται»*. Μετά και την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας, ως μη νόμιμης, τυχόν ουσιαστική περαιτέρω εξέταση της υπόθεσης από το δικαστήριο, εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π., θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της και για το λόγο αυτό πρέπει να απόσχει. Συνεπώς, πρέπει να αναπεμφθεί η υπόθεση στη διοίκηση κατ' αυτεπάγγελτη ενέργεια του Δικαστηρίου (της Αρχής) (ΔΕφΑΘ 5088/2002). Ο Δικαστής και εν προκειμένω η Α.Ε.Π.Π., ερευνά συγκεκριμένα αν υπάρχει πλημμέλεια όσον αφορά τον καθορισμό των κριτηρίων που έθεσε η διοίκηση κατά διακριτική ευχέρεια με τη σύνταξη των όρων της διακήρυξης επί παραδείγματι, χωρίς όμως εξουσία να υποκαταστήσει τη διοίκηση στην άσκηση της διακριτικής ευχέρειας και να μεταρρυθμίσει την προσβληθείσα με προσφυγή διοικητική πράξη, σε περίπτωση που η άσκηση της διακριτικής ευχέρειας κριθεί μη σύνομη, λόγω υπέρβασης των νομίμων ορίων της (ΣΤΕ 1222/1979, βλ. και

Ηλία Κουβαρά, «Η απαγόρευση υποκατάστασης του δικαστή στο έργο της Διοίκησης ως είδωλο της διοικητικής δικαιοσύνης», ΕΔΔΔΔ 3/2015 και εκεί περαιτέρω εκτενείς παραπομπές σε σχετική νομολογία και θεωρία). Συναφώς έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 1072/2009) ότι η κρίση περί της δυνατότητας ανταποκρίσεως της αιτούσας στις ανάγκες υλοποίησεως του έργου ανήκει κατ' αρχήν στην αναθέτουσα αρχή, η δε Επιτροπή Αναστολών και άρα και η Α.Ε.Π.Π. κατά την κρίση της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής ενώπιόν της, δεν έχει την εξουσία να προβεί πρωτοτύπως στην εξέταση του ζητήματος αυτού, ενέργεια η οποία θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της κρίσεως της Διοικήσεως (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 31/2003). Έτσι, όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, μοναδικό αίτημα σε ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., είναι αποκλειστικά εκ του νόμου, σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η Α.Ε.Π.Π. να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την φερόμενη προς κρίση παράλειψή της και να αναπέμψει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να συμμορφωθεί με το διατακτικό της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., η οποία ωστόσο σε καμία περίπτωση, όπως ήδη εκτέθηκε, δεν έχει εξουσία ούτε να διαπλάσει το ουσιαστικό περιεχόμενο της ακυρωθείσας από αυτήν απόφασης, υπό την έννοια της τροποποίησής του ούτε φυσικά να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, στον βαθμό που με αυτόν η προσφεύγουσα προσβάλλει την ανέλεγκτη τεχνικά κρίση της αναθέτουσας αρχής και περαιτέρω, αιτείται την τροποποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης από την Α.Ε.Π.Π., ως προς τη βαθμολογία που έλαβε η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, ενώ αντίστοιχα γίνονται δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί.

Αριθμός Απόφασης:371/2021

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016) έως του νομίμως αναλογούντος ποσού ύψους 1.191,50 ευρώ, και να της επιστραφεί το πλεονάζον ήτοι ποσό εννιακοσίων σαράντα πέντε ευρώ (945,00 €) κατά τα αναφερόμενα στη σκ.5 της παρούσας.

31. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου έως του νομίμως αναλογούντος ποσού ύψους χιλίων εκατόν ενενήντα ένα ευρώ και πενήντα λεπτών (1.191,50€) κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό (σκ. 5 και 30 της παρούσας).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα