

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 18 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μαργαρίτα Κανάβα και Μιχαήλ Σειραδάκης (δυνάμει της υπ' αριθμ. 20/2021 Πράξης αναπλήρωσης του Προέδρου της ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 97/11-01-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (...) (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται: 1) να ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. 15707/30.12.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη κατά την 530η συνεδρίαση περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 5899/30.12.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και ανέδειξε την εταιρία με την επωνυμία ... ως προσωρινή ανάδοχο, 2) να ληφθεί υπόψη η υπεύθυνη δήλωσή της και να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος ως μειοδότη για τα είδη 18 και 19, άλλως και όλως επικουρικά να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας ... και να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία ως προς τα ως άνω υπό 18 και 19 είδη και 3) να της κοινοποιηθούν οι απόψεις

Αριθμός απόφασης: 397/2021

της αναθέτουσας αρχής καθώς και κάθε τυχόν παρέμβασης, προς γνώση της και άσκηση των νομίμων δικαιωμάτων της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 9.01.2021 πληρωμή ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι ούτε από την Πρόσκληση, ούτε από τα μνημονευόμενα σε αυτή έγγραφα προκύπτει το προϋπολογιζόμενο ποσό των υπό προμήθεια ειδών με α/α 18 (Επιτοίχιο Ροόμετρο Ο2 διπλό με υγραντήρα και ρουξούνι) και 19 (Επιτοίχια αναρρόφηση) για τα οποία ασκείται η προσφυγή. Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσό παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, όπου ορίζεται ότι: « 1.[...] Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ».

2. Επειδή με τη με αριθμ. πρωτ. 15648/15.12.2020 πρόσκληση η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορά για την επείγουσα προμήθεια λοιπού ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού ΜΕΘ των νέων κλινών του ... (...) για την αντιμετώπιση των συνεπειών της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά

Αριθμός απόφασης: 397/2021

βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 23 είδη, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη καθώς και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας έκαστου είδους.

3. Επειδή με το άρθρο 22 του ν. 2737/1999 το ..., που ιδρύθηκε με το άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 1965/1991 και λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, μετατράπηκε σε ανώνυμη εταιρία, το μετοχικό κεφάλαιο της οποίας αποτελείται από μία ονομαστική μετοχή, η οποία ανήκει στο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ΕΘΝΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΦΑΡΜΑΚΩΝ (Βλ. ΔΕφΑΘ 3562/2013). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 48 του ν. 4753/2020 *«Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται ο κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, και έως και την 28η.2.2021, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» (...) δύναται, κατά παρέκκλιση όλων των κείμενων εθνικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων, πλην αυτών που ενσωματώνουν ενωσιακό δίκαιο και των διατάξεων περί σκοπού της ..., να απευθύνει πρόσκληση για την αγορά ειδικού νοσοκομειακού εξοπλισμού για θεραπεία και νοσηλεία κρουσμάτων κορωνοϊού που ενδέχεται να χρήζουν νοσηλείας σε Μονάδα Εντατικής Θεραπείας (ΜΕΘ) ή σε μονάδες αυξημένης φροντίδας (ΜΑΦ) σε δημόσιες δομές υγείας για τη νοσηλεία κρουσμάτων κορωνοϊού. Ειδικός νοσοκομειακός εξοπλισμός που εμπίπτει στη διαδικασία προμήθειας του παρόντος ενόψει της ενεστώσας έκτακτης ανάγκης δημόσιας υγείας, είναι αναπνευστήρες, κλίνες νοσηλείας, πάγιος εξοπλισμός κλινών, μόνιτορ παρακολούθησης ζωτικών ενδείξεων, κλειστά κυκλώματα αναρρόφησης και αναγκαία ιατροτεχνολογικά προϊόντα συνοδά προς τη λειτουργία αναπνευστήρων. Η πρόσκληση αναρτάται μέσω της ιστοσελίδας της εταιρείας για χρονικό διάστημα τριών (3) ημερών και δύναται να απευθύνεται σε κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης του ανωτέρω εξοπλισμού και παροχής υπηρεσιών. Οι συμβάσεις συνάπτονται με σκοπό την αγορά ικανών ποσοτήτων με κριτήριο χαμηλότερης τιμής μεταξύ των άμεσα διαθέσιμων προϊόντων και υπηρεσιών κατά παρέκκλιση της υποπαρ. 1.1.3 του άρθρου 25*

Αριθμός απόφασης: 397/2021

του ν. 4472/2017». Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, εν προκειμένω η ... ΜΑΕ αποτελεί αναθέτουσα αρχή κατά τις διατάξεις του Ν.4412/2016.

4. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 15.12.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό

5. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 9.01.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 30.12.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν 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 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή στις 9.01.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 109/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 15.01.2021 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 397/2021

αυθημερόν μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και σχετική ειδοποίηση μέσω της «Επικοινωνίας».

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό για τα είδη με α/α 18 και 19 συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η εταιρεία με την επωνυμία ... οι οποίες υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 5899/30.12.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Αξιολόγησης, μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής διαπίστωσε ότι: «7. ...

Δεν υπάρχει υπεύθυνη δήλωση συμμόρφωσης στην τεχνική της προσφορά.

Συνεπώς υπάρχει παράβαση των όρων της διακήρυξης και ως εκ τούτου η προσφορά απορρίπτεται.». Στη συνέχεια, αφού μελέτησε και το με αριθμ. πρωτ. 8511/30.12.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Εμπειρογνομόνων μετά από τον έλεγχο των τεχνικών προσφορών, διαπίστωσε ότι: «**ΕΙΔΟΣ 18: ΕΠΙΤΟΙΧΙΟ ΡΟΟΜΕΤΡΟ Ο2 ΔΙΠΛΟ ΜΕ ΥΓΡΑΝΤΗΡΑ ΚΑΙ ΡΟΥΞΟΥΝΙ**

1. Η προσφορά της εταιρείας κρίνεται αποδεκτή

2. Η προσφορά της εταιρείας κρίνεται αποδεκτή

Και οι δυο προσφορές των εταιρειών αποκλίνουν των τεχνικών προδιαγραφών §.Γ.α και §.Δ.σ. Η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη την επείγουσα προμήθεια του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για τις ΜΕΘ των νέων κλινών του ... για την αντιμετώπιση των συνεπειών της διασποράς του κορωνοϊού covid-19 κρίνει ότι οι παραπάνω αποκλίσεις είναι μη ουσιώδεις και αξιολογεί ως αποδεκτές και τις δυο εταιρείες.

<i>ΕΙΔΟΣ 18: ΕΠΙΤΟΙΧΙΟ ΡΟΟΜΕΤΡΟ Ο2 ΔΙΠΛΟ ΜΕ ΥΓΡΑΝΤΗΡΑ ΚΑΙ ΡΟΥΞΟΥΝΙ (ΤΕΜΑΧΙΑ 51)</i>						
<i>ΕΤΑΙΡΕΙΑ</i>	<i>Τεχνική Προσφορά</i>	<i>ΟΙΚΟΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ</i>	<i>ΜΟΝΤΕΛΟ</i>	<i>ΚΟΣΤΟΣ (€)</i>	<i>Προσφερόμενα ΤΕΜΑΧΙΑ</i>	<i>ΧΡΟΝΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ</i>

Αριθμός απόφασης: 397/2021

...	αποδεκτή	... (...)	... (...)	560,00	51	ΈΩΣ 15/01/2021
...	αποδεκτή	188,00	51	ΈΩΣ 15/01/2021

ΕΙΔΟΣ 19: ΕΠΙΤΟΙΧΙΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗ ΚΕΝΟΥ

1. ...: Η προσφορά της εταιρείας κρίνεται αποδεκτή
2. ...: Η προσφορά της εταιρείας κρίνεται αποδεκτή

ΕΤΑΙΡΕΙΑ	Τεχνική Προσφορά	ΟΙΚΟΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ	ΜΟΝΤΕΛΟ	ΚΟΣΤΟΣ (€)	Προσφερόμενα ΤΕΜΑΧΙΑ	ΧΡΟΝΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ
...	αποδεκτή	... (...)	...	560,00	44	ΈΩΣ 15/01/2021
...	αποδεκτή	94,00	44	ΈΩΣ 15/01/2021

Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή κατάρτισε πίνακα ανά είδος, εταιρεία που γίνεται τεχνικά αποδεκτή και κατά αύξουσα τιμή προσφοράς και πρότείνει τα εξής σύμφωνα με τις οικονομικές προσφορές και τους χρόνους παράδοσης: «Για το ΕΙΔΟΣ 18: ΕΠΙΤΟΙΧΙΟ ΡΟΟΜΕΤΡΟ Ο2 ΔΙΠΛΟ ΜΕ ΥΓΡΑΝΤΗΡΑ ΚΑΙ ΡΟΥΞΟΥΝΙ (ΤΕΜΑΧΙΑ 51) μειοδότης κρίνεται η εταιρεία ... που προσφέρει 51 Επιτοίχια ροόμετρα Ο2 διπλά με υγραντήρα και ρουξούνι του Οίκου ... μοντέλο ... + δύο υγραντήρες ... στην τιμή των 188,00€ πλέον ΦΠΑ το τεμάχιο. Πληροί τον χρόνο παράδοσης.

Για το ΕΙΔΟΣ 19: ΕΠΙΤΟΙΧΙΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗ ΚΕΝΟΥ (ΤΕΜΑΧΙΑ 44) μειοδότης κρίνεται η εταιρεία ... που προσφέρει 44 επιτοίχιες αναρροφήσεις κενού του Οίκου ... μοντέλο ... στην τιμή των 94,00€ πλέον ΦΠΑ το τεμάχιο. Πληροί τον χρόνο παράδοσης». Λαμβάνοντας υπόψη «αφενός την αρτιότητα των δικαιολογητικών και αφετέρου την συμμόρφωση με τις τεχνικές προδιαγραφές - σύμφωνα με το πρακτικό της επιτροπής εμπειρογνομόνων -

Αριθμός απόφασης: 397/2021

προτείνει ομόφωνα την προμήθεια των μηχανημάτων σύμφωνα με τους πίνακες που ακολουθούν [...]

ΕΙΔΟΣ 18. ΕΠΙΤΟΙΧΙΟ ΡΟΟΜΕΤΡΟ ΟΙ ΔΙΠΛΟ ΜΕ ΥΓΡΑΝΤΗΡΑ ΚΑΙ ΡΟΥΞΟΥΝΙ

ΕΤΑΙΡΕΙΑ	ΖΗΤΟΥΜΕΝΗ ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΤΙΜΗ ΜΟΝΑΔΟΣ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΤΙΜΗ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΤΙΜΗ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΦΠΑ 24%
...	51	51	560€	28.560€	35.414,4€

ΕΙΔΟΣ 19. ΕΠΙΤΟΙΧΙΑ ΑΝΑΡΡΟΦΗΣΗ

ΕΤΑΙΡΕΙΑ	ΖΗΤΟΥΜΕΝΗ ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΤΙΜΗ ΜΟΝΑΔΟΣ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΤΙΜΗ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΤΙΜΗ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΦΠΑ 24%
...	44	44	560€	24.640€	30.553,60€

προτείνοντας την ανάδειξη της εταιρείας με την επωνυμία ... ως προσωρινής αναδόχου.

Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 5899/30.12.2020 Πρακτικό.

12. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα για τα είδη με α/α 18 και 19 του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά

Αριθμός απόφασης: 397/2021

νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από την προσφεύγουσα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας.

Ωστόσο, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας η οποία κρίθηκε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατ' αρχήν, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή

Αριθμός απόφασης: 397/2021

λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230). Εν προκειμένω, διαπιστώθηκε ότι αμφότερες προσφορές παρουσίαζαν αποκλίσεις ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές §.Γ.α και §.Δ.σ που, ωστόσο, κρίθηκαν ως επουσιώδεις και οι τεχνικές τους προσφορές έγιναν αμφότερες δεκτές. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ισχυρισμούς για τη θεμελίωση της παραβίασης της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης δοθέντος ότι και οι δύο προσφορές αξιολογήθηκαν με τον ίδιο τρόπο.

Επίσης, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ´. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα αναφέρει σχετικά ότι: «Περαιτέρω, με έννομο συμφέρον στρεφόμεστε παραδεκτώς κατά της αποδοχής της προσφοράς της ήδη ανακηρυχθείσας προσωρινής αναδόχου εταιρείας ... για τα είδη υπό 18 και 19, καθόσον κατά πάγια νομολογία έννομο συμφέρον προς επιδίωξη ακύρωσης

Αριθμός απόφασης: 397/2021

αποδοχής συνδιαγωνιζομένου δύναται να θεμελιώσει, πέραν της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, μόνο ο μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, ήτοι αυτός που παρότι ήδη τυχόν απεκλείσθη, πάντως επικαίρως αμφισβήτησε τον αποκλεισμό του και σε κάθε περίπτωση, αφού αμφισβήτησε αυτόν ήδη δεν έχει κριθεί με μορφή δεδουλευμένου το νόμιμο του αποκλεισμού του, πράγμα που βέβαια προϋποθέτει την καταρχήν αμφισβήτηση του αποκλεισμού αυτού, ελλείψει της οποίας καθίσταται ήδη οριστικώς αποκλεισθείς και δεν έχει έννομο συμφέρον προς επιδίωξη ακύρωσης αποδοχής συνδιαγωνιζομένου. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μιας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζόμενης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση». Ωστόσο, δεν προβάλλει κανέναν ισχυρισμό ως προς τις ενδεχόμενες πλημμέλειες της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας παρά μόνο ότι η προσφερόμενη τιμή για τα επίμαχα είδη είναι πολύ υψηλότερη από τη δική της. Επομένως, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα βάλλει, εν τοις πράγμασι, μετ'εννόμου συμφέροντος, κατά της απόρριψης της προσφοράς της και όχι κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας.

Περαιτέρω, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα να ληφθεί υπόψη η υπεύθυνη δήλωσή της και να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος ως μειοδότη για τα είδη 18 και 19, καθόσον το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, η οποία, επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση

Αριθμός απόφασης: 397/2021

αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 54/2018 και βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 93-94/2020, 1224/2020).

Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 367 του Ν.4412/2016, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται με το έγγραφο της υπό εξέταση προσφυγής τις απόψεις της αναθέτουσας καθώς και κάθε τυχόν παρέμβασης, προς γνώση της και άσκηση των νομίμων δικαιωμάτων της, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται παραδεκτώς την ολική ή μερική ακύρωση βλαπτικών για τον ίδιο εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 5 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας προβλέπεται το δικαίωμα κάθε ενδιαφερόμενου να λαμβάνει γνώση των διοικητικών εγγράφων, το περιεχόμενο αυτού καθώς και ο τρόπος άσκησής του, ήτοι κατόπιν γραπτής αίτησής του προς τούτο (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 336/2021, σκ. 8, 107/2020, σκ. 6, 824/2020, σκ. 8 και 857/2020, σκ.6 εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου).

13. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην προσφυγή της τα ακόλουθα :«[...] Η προσφορά της εταιρείας μας απορρίφθηκε για μη ουσιαστικό, καθαρά τυπικό λόγο, ήτοι λόγω της μη έγκαιρης ανάρτησης στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, ουχί βεβαίως με δική μας υπαιτιότητα, της υπεύθυνης δήλωσης του Ν. 1599/1986 ότι:

"α) η διάθεση του προς προμήθεια είδους αποτελεί αντικείμενο της επαγγελματικής δραστηριότητας αυτού και ότι έχει δικαίωμα για την νόμιμη κυκλοφορία του προς προμήθεια είδους στην Ελλάδα , και β) η προσφορά του είναι σύμφωνη με τις Τεχνικές Απαιτήσεις, όπως καταγράφονται στο Παράρτημα «Τεχνικές προδιαγραφές» της παρούσας, και ότι με αυτήν προσκομίζονται και όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που αποδεικνύουν την ως άνω συμμόρφωση με τις Τεχνικές προδιαγραφές."

Αριθμός απόφασης: 397/2021

Συγκεκριμένα, στην σελίδα 4 του ως άνω πρακτικού αναφέρεται κάτω από την επωνυμία της εταιρείας μας ότι "Δεν υπάρχει υπεύθυνη δήλωση συμμόρφωσης στην τεχνική της προσφορά. Συνεπώς υπάρχει παράβαση των όρων της διακήρυξης και ως εκ τούτου η προσφορά απορρίπτεται."

Πλην όμως, η εταιρεία μας διέθετε την ημέρα του διαγωνισμού την απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, η οποία φέρει την υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας μας, ... και ημερομηνία 18/12/2020, θεωρημένη δε για το γνήσιο της υπογραφής από αρμόδια δημόσια υπηρεσία (ΚΕΠ), ως κατωτέρω:

ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ

(άρθρο 8 Ν.1599/1986)

Η ακρίβεια των στοιχείων που υποβάλλονται με αυτή τη δήλωση μπορεί να ελεγχθεί με βάση το αρχείο άλλων υπηρεσιών (άρθρο 8 παρ. 4 Ν. 1599/1986)

ΠΡΟΣ(1):		Δ.τ.	
Ο - Η Όνομα:	Επώνυμο:		
Όνομα και Επώνυμο Πατέρα:			
Όνομα και Επώνυμο Μητέρας:			
Ημερομηνία γέννησης(2):			
Τόπος Γέννησης:			
Αριθμός Δελτίου Ταυτότητας:	Τηλ:		
Τόπος Κατοικίας:	Οδός:	Αριθ:	ΤΚ:
Αρ. Τηλεομοτύπου (Fax):	Δ/ση Ηλεκτρ. Ταχυδρ. (e-mail)		

Με ατομική μου επίθεση και γνησιότητα της κηρύσις(3), που τοβιβλίστηται από τις διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν.1599/1986 (Α.75), ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας, δηλώνω ότι:

Α) η διάθεση των προς προμήθεια ειδών αποτελεί αντικείμενο της επαγγελματικής δραστηριότητας της εταιρείας και έχουμε το δικαίωμα για την νόμιμη εκμετολή των προς προμήθεια ειδών στην Ελλάδα και.

Β) η προσφορά μας είναι σύμφωνη με τις Τεχνικές Απαιτήσεις, όπως καταγράφονται στο Παράρτημα «Τεχνικές προδιαγραφές» της παρούσας διακήρυξης με αρ. πρωτ. 15648/15.12.2020 και με αυτήν προσκομίζονται και όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που αποδεικνύουν την ως άνω συμμόρφωση με τις Τεχνικές προδιαγραφές.

ΚΕΝΤΡΟ ΔΙΑΣΥΝΔΕΣΗΣ ΥΠΗΤΤΟΥ
 Αρμόδιος τα γνήσια της καταγραφής
 Α.Δ.Τ.



Ημερομηνία: 18/12/2020

Ο - Δηλών

(1) Αναγράφεται από το ενδιαφερόμενο πρόσωπο ή Αρχή ή η Υπηρεσία του δημόσιου τομέα, που αποβιβάζει τη αίτηση.

(2) Αναγράφεται ηλεκτρονικά.

(3) «Όπως το γνήσιο του δημόσιου βιβλίου γέννησης ή αρμόδια ή αρμόδια με έγγραφη υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 ταυρίσσει με φωτοκλήση τουλάχιστον τριών φθισών. Εάν ο υπαίτιος ασκούν των πράξεων στήθει να προστηρίσει στην πιστόν του ή σε άλλον αρμοδιακό Αρχείο βιβλιότυπος τρίτων ή σκόπει να βλάβη άλλου, ταυρίσσει με κλήση μέχρι 10 ετών.

Αριθμός απόφασης: 397/2021

Παρά τις επανειλημμένες προσπάθειες της εταιρείας μας να καταχωρήσει/ αναρτήσει την εν λόγω υπεύθυνη δήλωση στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, αυτό δεν έγινε εφικτό λόγω τεχνικής δυσλειτουργίας της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ- πρόβλημα που παρατηρείται δυστυχώς πολύ συχνά. Συγκριμένα, το σύστημα της ΕΣΗΔΗΣ δεν επέτρεπε την επισύναψη της προσφοράς της εταιρείας μας μαζί με την ως άνω υπεύθυνη δήλωση, δηλαδή "πέταγε έξω τον χρήστη". Τις πολλαπλές προσπάθειες υποβολής που έκανε η εταιρεία μας στις 18/12/2020, δίχως δυστυχώς το θεμιτό αποτέλεσμα, μπορείτε και σας καλούμε δια της παρούσας να τις διαπιστώσετε δια ελέγχου του ηλεκτρονικού αποτυπώματος στη πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ.

Επίσης μπορείτε να διαπιστώσετε ότι η υποβολή έγινε τελικά το Σάββατο 19/12/2020 το πρωί, όταν προφανώς αποσυμφορήθηκε η πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ (επειδή το Σάββατο δεν είναι εργάσιμη ημέρα για τις περισσότερες εταιρείες και αντιπροσωπίες).

Αντίκειται στην αρχή της καλής πίστης και της αναλογικότητας, αλλά και στον ίδιο τον σκοπό του διαγωνισμού που προτάσσει ως κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, ο αποκλεισμός της εταιρείας μας, επειδή, για λόγους που τονίζουμε ότι δεν άπτονται της δικής μας υπαιτιότητας, αλλά της τεχνικής δυσλειτουργίας της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, δεν καταφέραμε να αναρτήσουμε την ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση καίτοι την διαθέταμε υπογεγραμμένη και θεωρημένη για το γνήσιο της υπογραφής με ημερομηνία πρωθύστερη της καταληκτικής ημερομηνίας του διαγωνισμού. Πόσο μάλλον δε, αφού η εταιρεία μας έχει προσκομίσει αναλυτικά με την προσφορά της όλες τις τεχνικές προδιαγραφές, περιγραφές, φυλλάδια και όλες τις πιστοποιήσεις που αφορούν την τεχνική αρτιότητα και συμβατότητα των προσφερομένων από αυτήν υλικών υπό 18 και 19, δεσμεύεται και επικυρώνει το περιεχόμενο αυτής της τυπικής υπεύθυνη δήλωσης και με την παρούσα, την οποία και παραθέτει εδώ, και προσφέρει τιμή 3 και 6 φορές χαμηλότερη από τον προσωρινό ανάδοχο που έχει οριστεί (ήτοι την εταιρεία ...).

Αριθμός απόφασης: 397/2021

Πιο συγκεκριμένα, δεδομένης της ίδιας αξιολόγησης επί των τεχνικών χαρακτηριστικών των υλικών με αυτήν που έγινε για τα υλικά που προσφέρει η εταιρεία ..., η αποδοχή της παρούσας προσφυγής της εταιρείας μας και η ανακήρυξη της εταιρείας μας ως μειοδότης εταιρείας και προσωρινής αναδόχου για τα εν λόγω είδη υπό 18 και 19, είναι δίκαια, νόμιμη και καθόλα συμφέρουσα για την αναθέτουσα αρχή, καθόσον η εταιρεία μας προσφέρει 51 επιτοίχια ροόμετρα οξυγόνου διπλά με υγραντήρα και ρουξούνι με τιμή μονάδας 188 ευρώ άνευ ΦΠΑ έναντι 560 ευρώ άνευ ΦΠΑ που προσφέρει η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος εταιρεία ... και 44 επιτοίχιες αναρροφήσεις κενού με τιμή μονάδος 94 ευρώ άνευ ΦΠΑ έναντι 560 ευρώ άνευ ΦΠΑ που προσέφερε η εταιρεία

Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν εφάρμοσε την αρχή της καλής πίστης και της αναλογικότητας ως προς την προσφορά μας, διότι την απέρριψε λόγω μη πλήρωσης της τυπικής προϋπόθεσης ανάρτησης υπεύθυνης δήλωσης, για την οποία αφενός ουδεμία ευθύνη φέρει η εταιρεία μας καθότι οφείλεται σε δυσλειτουργία της ηλεκτρονικής πλατφόρμας και όχι επειδή δεν την διέθετε και αφετέρου το περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσης καταλαμβάνεται και υπερκαλύπτεται επί της ουσίας από τα λοιπά τεχνικά έγγραφα, φυλλάδια, περιγραφές, προσπέκτους και πιστοποιήσεις που έχουμε υποβάλλει. Με αυτήν την κρίση, στηριζόμενη στο γράμμα της διακήρυξης και όχι στην ουσία, έθεσε εκτός συνέχειας του διαγωνισμού τεχνικά αποδεκτά προϊόντα που προσφέρει η εταιρεία μας σε τιμή 3 και 5 φορές χαμηλότερη από αυτή που προσφέρει ο ανταγωνιστής

Επειδή, θεωρούμε ότι η εταιρεία ... παρανόμως αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος για τα υπό 18 και 19 είδη του διαγωνισμού με το υπ' αριθ. πρωτ. 15648/15-12-2020 πρακτικό, αφού για μεν τα τυπικά (ουχί ουσιαστικά θέματα, ήτοι την υπεύθυνη δήλωση) η Επιτροπή επέδειξε μεγάλη αυστηρότητα, απορρίπτοντας την εταιρεία μας, ενώ για τα ουσιαστικά- τεχνικά χαρακτηριστικά των προϊόντων επέδειξε επιείκεια, καθ υπέρβαση της αρχής της αντικειμενικότητας και της ίσης μεταχείρισης, χαρακτηρίζοντάς τις τεχνικές

Αριθμός απόφασης: 397/2021

ελλείψεις 'επουσιώδεις' (χωρίς να διαφωνούμε βεβαίως με τον εν λόγω χαρακτηρισμό «επουσιώδεις» για τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά). Η Επιτροπή όμως, υιοθέτησε δύο μέτρα και δύο σταθμά, ειδικά εάν λάβει υπόψη του κανείς ότι η εταιρεία μας διέθετε την υπεύθυνη δήλωση, βεβαίωνε και υπερκάλυπτε το περιεχόμενο αυτής δια της προσκόμισης των τεχνικών εγγράφων, προσπέκτους, περιγραφές, φυλλάδια και πιστοποιήσεις των υλικών. Δηλαδή, η επιτροπή σε άλλα σημεία της διαγωνιστικής διαδικασίας επέδειξε ευλαβική πίστη και προσήλωση στο γράμμα του νόμου και της διακήρυξης, ενώ σε άλλα σημεία (πολύ πιο σημαντικά και ουσιαστικά καθότι άπτονται των τεχνικών χαρακτηριστικών των προϊόντων), επέδειξε επιείκεια.

Επειδή, σκοπός της διακήρυξης είναι η προμήθεια υλικού στην χαμηλότερη τιμή, την οποία προσέφερε η εταιρεία μας. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή όφειλε επικείμενου του αποκλεισμού μας να μας καλέσει να δώσουμε διευκρινίσεις όπως προβλέπεται στο άρθρο 102 του νόμου 4412/2016, άλλως να μας δώσει την ευκαιρία να προσκομίσουμε την υπεύθυνη δήλωση που είχαμε ετοιμάσει και δεν μπορέσαμε να προσκομίσουμε εγκαίρως λόγω σφάλματος της ηλεκτρονικής πλατφόρμας.

Επειδή, για λόγους που ανάγονται στο δημόσιο συμφέρον και στον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να λάβει όλα τα μέτρα εκείνα που κρίνονται αναγκαία προς το σκοπό του διαγωνισμού (όπως να μεριμνά για την εύρυθμη λειτουργία της ηλεκτρονικής πλατφόρμας υποβολής των προσφορών) που δεν είναι άλλος από την προμήθεια των πλέον κατάλληλων μηχανημάτων στην πιο συμφέρουσα τιμή.

Επειδή, κατά τα ανωτέρω θεμελιώνουμε το άμεσο έννομο συμφέρον, σύμφωνα με το άρθρο 360 του ν.4412/2016, καθόσον υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) δεν τηρήθηκαν οι αρχές της αναλογικότητας, της ίσης αντιμετώπισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της ασφάλεια του δικαίου που πρέπει να διέπουν έναν δημόσιο διαγωνισμό, β) υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (βλ. (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την

Αριθμός απόφασης: 397/2021

προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.), άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλειομένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011).

Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία μας προσδιόρισε τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού λόγω μη πλήρωσης μιας τυπικής προϋπόθεσης, η οποία θα μπορούσε και θα όφειλε να χαρακτηριστεί ως επουσιώδεις, αφενός γιατί υπερκαλύπτεται η ουσία αυτής από τα λοιπά προσκομιζόμενα τεχνικά έγγραφα, προσπέκτους και πιστοποιήσεις των υλικών και αφετέρου γιατί η εταιρεία μας διέθετε την εν λόγω υπεύθυνη δήλωση, την οποία δεν κατάφερε να την αναρτήσει εγκαίρως λόγω δυσλειτουργίας της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, η σχέση ποιότητας και τιμής των υλικών που προσφέρει η εταιρεία μας είναι ασυγκρίτως καλύτερη και ευνοϊκότερη από αυτήν της εταιρείας ..., της οποίας τα υλικά έτυχαν ίδιας τεχνικής αξιολόγησης, αλλά προσφέρονται σε 3 και 5 φορές υψηλότερη τιμή από τα αντίστοιχα δικά μας [...].».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα εξής : « [...]Η προσφεύγουσα υπέβαλε την υπ' αριθμόν πρωτ. .../19-12-2020 Προσφορά, η οποία απερρίφθη από την Αναθέτουσα Αρχή με την προσβαλλόμενη πράξη, κατόπιν σχετικής εισήγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης με το υπ' αριθμόν 5899/30-12-2020 πρακτικό αυτής, για τον λόγο ότι (σελ. 5 της προσβαλλομένης αρ.7): [...]

Συγκεκριμένα, πρόκειται για την Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986, η οποία προβλέπεται επί ποινή αποκλεισμού στον υπ' αριθμόν 2.2 παράγρ. 2

Αριθμός απόφασης: 397/2021

όρο της Πρόσκλησης, υπό τον τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», σύμφωνα με τον οποίο ορίζεται επί λέξει ότι: [...]

Ωστόσο, η τεχνική προσφορά της κρίθηκε –κατά τα λοιπά- ως τεχνικώς αποδεκτή από την ανωτέρω μνησθείσα Επιτροπή Εμπειρογνομόνων (βλ. σελ. 18 και 19 της προσβαλλομένης πράξης), η οποία και εισηγήθηκε προς την Επιτροπή Αξιολόγησης να γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας εξ αυτής της απόψεως.

7.- Σήμερα, η διαδικασία είναι στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών από τους προσωρινούς μειοδότες σε όσα είδη υπεβλήθη έστω και μία παραδεκτή προσφορά, σύμφωνα με το άρθρο 5 της Πρόσκλησης».

15. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]».

16. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [.....]».

17. Επειδή το άρθρο 91 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 397/2021

προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...].».

18. Επειδή το άρθρο 92 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...]4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

19. Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων,

Αριθμός απόφασης: 397/2021

διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις υποπαραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

20. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι : « [...] ο διαγωνισμός θα διενεργηθεί σύμφωνα με τα παραρτήματα που επισυνάπτονται στην παρούσα και αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής:

ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ – ΣΥΝΟΠΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α΄
ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΛΗΞΗΣ
ΥΠΟΒΟΛΗΣ

Αριθμός απόφασης: 397/2021

ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ 21/12/2020 και ώρα 16:00 μμ [...]

ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ είναι η επείγουσα προμήθεια:

[...] 18) Πενήντα ένα (51) Επιτοίχιων Ροόμετρων Ο2 διπλών με υγραντήρα και ρουζούνι,

19) Σαράντα τεσσάρων (44) Επιτοίχιων αναρροφήσεων, [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄ ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΟΙ ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ

1. ΚΑΤΑΡΤΙΣΗ ΚΑΙ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

[...]1.9 Διευκρινίσεις που παρέχονται από τους προσφέροντες οποτεδήποτε μετά την λήξη χρόνου υποβολής των προσφορών τους δεν γίνονται δεκτές και απορρίπτονται ως απαράδεκτες.

1.10. Διευκρινίσεις παρέχονται μόνο όταν ζητούνται αρμοδίως

1.11. Πέραν της κύριας προσφοράς δεν γίνονται δεκτές αντιπροσφορές ή εναλλακτικές προσφορές [...]

2. ΦΑΚΕΛΟΣ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ

ΠΡΟΣΦΟΡΑ»[...] 2.1.2 Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α΄ 75), όπως εκάστοτε ισχύει, προς την Αναθέτουσα Αρχή, στην οποία δηλώνεται ότι ο προσφέρων οικονομικός φορέας:

Αποδέχεται ανεπιφυλάκτως τους όρους της παρούσας.

Συμμετέχει με μια μόνον προσφορά στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού.

Δεσμεύεται για την παράδοση του συνόλου της ποσότητας των ειδών που θα του κατακυρωθεί σύμφωνα με τους όρους της παρούσας πρόσκλησης και συγκεκριμένα το αργότερο μέχρι και την 15η Ιανουαρίου 2021.

Τηρεί και θα εξακολουθήσει να τηρεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγεί, τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 397/2021

Λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διαφυλάξει την εμπιστευτικότητα των πληροφοριών που έχουν χαρακτηριστεί ως τέτοιες.

Κατά την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης δεσμεύεται για την απαρέγκλιτη τήρηση των διατάξεων του με αρ. 2016/679 Κανονισμού (ΕΕ) του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 27ης Απριλίου 2016 και του Ν.4624/2019, για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

Σημειώνεται ότι σύμφωνα με την παράγραφο 3 του Ν. 4250/26-03-2014 (ΦΕΚ 74/Α/26-03-2014) οι ανωτέρω δηλώσεις φέρουν ημερομηνία εντός των τελευταίων τριάντα ημερολογιακών ημερών [...] 2.2. «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» Η τεχνική προσφορά πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος ΣΤ’ της παρούσας, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Επιπρόσθετα, πρέπει να περιληφθεί, επί ποινή αποκλεισμού, Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986, του προσφέροντος ότι :

- α) η διάθεση του προς προμήθεια είδους αποτελεί αντικείμενο της επαγγελματικής δραστηριότητας αυτού και ότι έχει δικαίωμα για την νόμιμη κυκλοφορία του προς προμήθεια είδους στην Ελλάδα , και
- β) η προσφορά του είναι σύμφωνη με τις Τεχνικές Απαιτήσεις, όπως καταγράφονται στο Παράρτημα «Τεχνικές προδιαγραφές» της παρούσας, και ότι με αυτήν προσκομίζονται και όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που αποδεικνύουν την ως άνω συμμόρφωση με τις Τεχνικές προδιαγραφές. [...]

21. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και

Αριθμός απόφασης: 397/2021

των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

22. Επειδή, 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* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη 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* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

23. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι

οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

24. Επειδή, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

25. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

26. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγματέυση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την

Αριθμός απόφασης: 397/2021

επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις. Η δε αίτηση διευκρίνισης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επιπροσθέτως η αναθέτουσα αρχή, κατά την άσκηση της ευχέρειας εκτιμήσεως που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, πρέπει να μεταχειρίζεται τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, κατά τρόπο ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να εκληφθεί ως έχουσα αδικαιολογήτως περιαγάγει σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους τους οποίους αφορά η αίτηση αυτή (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 43)».

27. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της υποστηρίζει ότι η προσφορά της απορρίφθηκε για εντελώς τυπικό λόγο και όχι για λόγους που άπτονται των τεχνικών χαρακτηριστικών ούτε λόγω της τιμής των προσφερόμενων ειδών που είναι πολύ χαμηλότερη από αυτή της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας. Κατά την προσφεύγουσα, χωρίς δική της υπαιτιότητα δεν μπόρεσε να αναρτήσει εγκαίρως στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ την απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση, την οποία

Αριθμός απόφασης: 397/2021

επισυνάπτει με την προσφυγή της, αν και τη διέθετε κατά την ημέρα του διαγωνισμού, με υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας και θεωρημένη για το γνήσιο της υπογραφής από ΚΕΠ. Και τούτο διότι, ως διατείνεται η προσφεύγουσα, παρά τις προσπάθειές της να την αναρτήσει, αυτό δεν κατέστη εφικτό λόγω τεχνικής δυσλειτουργίας της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ και το σύστημα την «πέταγε έξω» με αποτέλεσμα, η υποβολή να γίνει τελικά το Σάββατο 19/12 το πρωί όταν αποσυμφορήθηκε η πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ. Ως εκ τούτου, αντίκειται στην αρχή της καλής πίστης και της αναλογικότητας ο αποκλεισμός της για λόγο που δεν οφείλεται σε δική της υπαιτιότητα, παρόλο που είχε προσκομίσει όλα τα απαραίτητα έγγραφα με την τεχνική της προσφορά και για τον λόγο αυτό, παρανόμως αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος η έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία.

28. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Πρόσκληση, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών προβλέπεται η 21-12-2020 και ώρα 16.00μμ, ενώ στο άρθρο 2.2 προβλέπεται ότι, επί ποινή αποκλεισμού, οι συμμετέχοντες πρέπει να υποβάλουν με την τεχνική τους προσφορά υπεύθυνη δήλωση ότι η διάθεση του προς προμήθεια είδους αποτελεί αντικείμενο της επαγγελματικής δραστηριότητας αυτού και ότι έχει δικαίωμα για την νόμιμη κυκλοφορία του προς προμήθεια είδους στην Ελλάδα, και ότι η προσφορά τους είναι σύμφωνη με τις Τεχνικές Απαιτήσεις, όπως καταγράφονται στο Παράρτημα «Τεχνικές προδιαγραφές» της Πρόσκλησης, και ότι με αυτήν προσκομίζονται και όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που αποδεικνύουν την ως άνω συμμόρφωση με τις Τεχνικές προδιαγραφές.

29. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, η μόνη υπεύθυνη δήλωση που έχει υποβάλλει προσφεύγουσα με την προσφορά της είναι η υπεύθυνη δήλωση που απαιτείται να υποβληθεί με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, ήτοι η υπεύθυνη δήλωση που προβλέπεται στο άρθρο 2.1.2 της Πρόσκλησης και όχι η υπεύθυνη δήλωση που έπρεπε να υποβληθεί με την τεχνική της προσφορά. Η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση

Αριθμός απόφασης: 397/2021

υποβλήθηκε στις 18-12-2020. Στις 19-12-2020 η προσφεύγουσα έχει υποβάλει τεχνική προσφορά συστήματος, οικονομική προσφορά και οικονομική προσφορά συστήματος.

30. Επειδή αβασίμως και, σε κάθε περίπτωση, αναποδείκτως προβάλλει η προσφεύγουσα ότι χωρίς δική της υπαιτιότητα δεν κατόρθωσε να υποβάλει την επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, αν και τη διέθετε λόγω τεχνικού προβλήματος στο ΕΣΗΔΗΣ. Εξάλλου, στην τεχνική προσφορά συστήματος που τελικώς ανάρτησε η προσφεύγουσα δεν υπάρχει καμία αναφορά σε έτερη υπεύθυνη δήλωση πλην της προβλεπόμενης στο άρθρο 2.1.2 της Πρόσκλησης ώστε να δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι το τεχνικό πρόβλημα παρουσιάστηκε ειδικώς κατά την ανάρτηση της απαιτούμενης υπεύθυνης δήλωσης. Αλυσιτελώς δε υποστηρίζει ότι κατόρθωσε να αναρτήσει τα αρχεία της προσφοράς της στις 19-12-2020 και ότι τεχνικό πρόβλημα του συστήματος την εμπόδισε να αναρτήσει όλα τα απαιτούμενα έγγραφα της προσφοράς της καθώς η ημερομηνία υποβολής προσφορών έληγε στις 21-12-2020 και, ως εκ τούτου, υπήρχε το χρονικό περιθώριο της εμπρόθεσμης υποβολής όλων των απαιτούμενων εγγράφων της προσφοράς. Εξάλλου, στις 19-12-2020, όταν, κατά την προσφεύγουσα, κατέστη δυνατή η ανάρτηση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει λόγους που να αιτιολογούν τη μη υποβολή της. Περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα ότι διέθετε την επίμαχη υπεύθυνη δήλωση με ημερομηνία προγενέστερη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς της επισυνάπτοντάς την το πρώτον στην υπό εξέταση προσφυγή και τούτο διότι δεν αίρει την υποχρέωσή της να την υποβάλει, επί ποινή αποκλεισμού, με την τεχνική της προσφορά. Εξάλλου, η ΑΕΠΠ, ως έχει κριθεί, δεν δύναται, προκειμένου να διατυπώσει την κρίση για το εάν εκπληρώνονται οι απαιτήσεις της Διακήρυξης, να στηριχθεί σε δικαιολογητικά τα οποία προσκομίσθηκαν το πρώτον με την προδικαστική προσφυγή και δεν είχαν υποβληθεί με την προσφορά (βλ. ΣτΕ 7μ. 827/2019, σκ. 28). Ως εκ τούτου, η επισυναπτόμενη υπεύθυνη δήλωση δεν δύναται να ληφθεί υπόψη από το αποφασίζον

Αριθμός απόφασης: 397/2021

Κλιμάκιο (βλ. *ad hoc* αποφάσεις 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 113/2021, 1480/2020, εισηγήτρια Ε. Αφοκάρδου). Ομοίως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η προσφορά της απορρίφθηκε για τυπικούς και όχι για ουσιαστικούς λόγους τυγχάνουν απορριπτέοι καθώς η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση απαιτούνταν ρητώς και επί ποινή αποκλεισμού από την Πρόσκληση, ενώ η αναθέτουσα αρχή δεν θα εδύνατο να την καλέσει να την υποβάλει εκ των υστέρων χωρίς τούτο να συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Επομένως, ορθώς η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Συνακόλουθα, ο μόνος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

33. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 26 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΦΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ