

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7-8-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/769/8-8-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΙΛΙΟΥ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί η κοινοποιηθείσα σε αυτόν την 3-8-2018 Απόφαση 315/2.8.2018 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα από την Ομάδα Α του διαγωνισμού και κάθε άλλης συναφούς πράξης και παράλειψης, στο πλαίσιο διαδικασίας δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών της κάτω των ορίων υπ' αρ. 23204/13.6.2018 Διακήρυξης Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΙΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ, εκτιμώμενης μετά ΦΠΑ αξίας 159.999,90 ευρώ (129.032,18 ευρώ άνευ ΦΠΑ), που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-6-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC003255089 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 13-6-2018 με συστημικό α/α 60242.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 22848255995810080006 και ποσού ευρώ 700,00, που φέρει την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ.

2. Επειδή, η από 7-8-2018 προδικαστική προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περατώσεως σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, ο δε προσφεύγων απεκλείσθη από την Ομάδα Α, βάσει έλλειψης που ευρέθη στην προσφορά του στο στάδιο των τεχνικών προσφορών. Συγκεκριμένα, ενώ κατά το πρώτο πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού της 12-7-2018 εκρίθη αποδεκτός και ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική προσφορά του, κατόπιν εγγράφου-υπομνήματος έτερου διαγωνιζομένου που από το πρώτο πρακτικό είχε προκύψει ως αποκλειστέος, εν τέλει εκρίθη και αυτός ως αποκλειστέος με το από 26-7-2018 μεταγενέστερο Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού για τον λόγο ότι σε σύνολο 110 προς προμήθεια ειδών που ομού συγκροτούσαν την Ομάδα Α, προσκομίστηκε μη επικυρωμένο τεχνικό φυλλάδιο για το είδος με α/α 93 «Τσέρκι μικρό Φ12Χ0,7Χ5 mm (για στήριξη καλωδίων) γαλβανιζέ (των 10 m)». Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, ουδεμία αποδεκτή προσφορά ευρέθη για την Ομάδα Α, καθώς αυτή του προσφεύγοντος ήταν η μόνη που έστω αρχικά είχε κριθεί ως αποδεκτή. Σημειωτέον δε, ότι η αναθέτουσα επικαλέστηκε στην αιτιολογία του παραπάνω Πρακτικού ότι αποκλείει αυτόν για λόγους ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων «...» και «...» που αποκλείσθηκαν για τη μη νόμιμη επικύρωση των τεχνικών φυλλαδίων που υπέβαλαν με την προσφορά τους. Η δε προσβαλλόμενη επικύρωσε στο σύνολό τους τα πρακτικά, ενσωματώνοντάς τα ως αιτιολογία της, απέκλεισε δε ούτως τον προσφεύγοντα από την Ομάδα Α. Ο δε προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ότι το υπόμνημα του παραπάνω έτερου διαγωνιζομένου στην Επιτροπή Διαγωνισμού, κατόπιν του οποίου έλαβε χώρα το δεύτερο πρακτικό αυτής, απαραδέκτως υπεβλήθη, λόγω έλλειψης εννόμου

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

συμφέροντος και παράβασης του ενιαίου μέτρου κρίσης, αφού ο έτερος διαγωνιζόμενος απεκλείσθη για διαφορετικούς λόγους από τον προσφεύγοντα και συνεπώς εσφαλμένα το έλαβε υπόψη η Επιτροπή Διαγωνισμού και έκρινε τον προσφεύγοντα ως αποκλειστέο. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων αιτιάται ότι η αναθέτουσα παραβίασε την αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών σταδίων, αφού ενώ ενέκρινε την τεχνική προσφορά του και εν συνεχεία αποσφράγισε οικονομικές προσφορές, ανεπίτρεπτα επανήλθε στον έλεγχο της τεχνικής προσφοράς του. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η αναθέτουσα δύνατο να του ζητήσει διευκρινίσεις για την αναπλήρωση της έλλειψης της επικύρωσης σε 1 φυλλάδιο από το σύνολο των 114 προσκομισθέντων για ισάριθμα είδη και των δύο Ομάδων, όμως δεν έπραξε τούτο. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται ότι δια του αποκλεισμού του λόγω της μη προσήκουσας προσκόμισης βάσει 1 από 114 τεχνικά φυλλάδια παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας. Η δε αναθέτουσα με τις από 9-8-2018 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ επαναλαμβάνει την αιτιολογία του τελευταίου πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού, που επικυρώθηκε δια της νυν προσβαλλομένης, επικαλείται δε ότι το οικείο τεχνικό φυλλάδιο πάσχει λόγω μη νόμιμης υποβολής δικαιολογητικών κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και όχι επουσιώδη πλημμέλεια λόγω μη νόμιμης σήμανσης αντιγράφου, επικαλείται δε και την ίση μεταχείριση έναντι των έτερων διαγωνιζομένων.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί ανάθεσης προμήθειας αγαθών και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 3-8-2018, και άσκηση την 7-8-2018, ήτοι την τέταρτη ημέρα από την κοινοποίηση της προσβαλλομένης), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό της. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του, αφού ενώ ήταν ο μόνος αποδεκτός μετέχων στο στάδιο οικονομικών προσφορών για την Ομάδα Α, εν τέλει κρίθηκε αποκλειστέος ήδη από το στάδιο τεχνικών προσφορών και συνεπώς προδήλως ευνοείται από την άρση του αποκλεισμού του. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο και τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, που λόγω του αντικειμένου τους, ήτοι ότι κατά τον πρώτο η αναθέτουσα έλαβε υπόψη της το υπόμνημα έτερου διαγωνιζομένου που προέβαλε ισχυρισμούς άνευ εννόμου συμφέροντος και κατά τον δεύτερο η αναθέτουσα παραβίασε την αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών σταδίων, πρέπει να συνεξετασθούν, προκύπτουν τα εξής. Κατ' άρ. 100 παρ. 4 εδ. γ' Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει μετά το άρ. 107 πατ. 18 Ν. 4497/2017, ΦΕΚ Α 171/13.11.2017 και καταλαμβάνει την επίδικη διαδικασία που προκηρύχθηκε μετά την ως άνω τροποποίηση (*«Για τις συμβάσεις με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας ..»*), που εφαρμόζεται βάσει και της αντίστοιχης πρόβλεψης του άρ. 15 της διακήρυξης (*«Τα αποτελέσματα [ΟΛΩΝ] των ανωτέρω σταδίων επικυρώνονται με απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής»*) δεδομένου ότι η προκείμενη διαδικασία αφορά προμήθεια αγαθών με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, το σύνολο των σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφορών και οικονομικών προσφορών συνεπικυρώνονται και επ' αυτών εκδίδεται μόνο μία και ενιαία εγκριτική πράξη του αποφαινόμενου οργάνου, ήτοι εν προκειμένω της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας. Τα δε Πρακτικά των αποκλειστικά γνωμοδοτικής και ουδόλως αποφασιστικής αρμοδιότητας, Επιτροπών Διαγωνισμού που εκδίδονται και διατυπώνουν κρίσεις επί εκάστου επιμέρους

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

σταδίου του διαγωνισμού κατ' άρ. 100 παρ. 2 και 221 Ν. 4412/2016, συνιστούν απλές γνωμοδοτήσεις προς το ως άνω αποφαινόμενο όργανο και στερούνται εκτελεστό χαρακτήρα, δεν επάγουν δε έννομες συνέπειες τα ίδια έως και την επικύρωσή τους από το αποφαινόμενο όργανο, όταν και ενσωματώνονται στη μόνη μία και ενιαία εκτελεστή εγκριτική πράξη του συνόλου των σταδίων της διαδικασίας, πλην αυτού της κατακύρωσης, για το οποίο, κατ' άρ. 103 παρ. 6 Ν. 4412/2016, εξακολουθεί και απαιτείται και κατά το νυν ισχύον καθεστώς, αυτοτελής εγκριτική εκτελεστή πράξη του αποφαινομένου οργάνου. Οι δε πράξεις των Επιτροπών Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών έχουν χαρακτήρα απλής γνώμης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας και ως εκ τούτου, ως μη εκτελεστές γνωμοδοτικής φύσεως πράξεις (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 175/2018, ΣτΕ 323/2012 και ΣτΕ ΕΑ 421/2014, 423/2013, 464/2012, 251, 419, 721/2011, 115, 631, 1279/2009, 818/2008, 107, 645/2007, 115/2009, 420, 153, 46/2006, 860, 352, 43/2005, 57, 375, 806/2002) δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή ούτε στα ένδικα βοηθήματα προσωρινής και οριστικής προστασίας του άρ. 372 Ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 157/2017, 10 και 36/2018). Επομένως, τα γνωμοδοτικά και μη εκτελεστά Πρακτικά Επιτροπών Διαγωνισμού δεν περατώνουν τα οικεία στάδια επί των οποίων εκδίδονται, καθώς η περάτωσή τους άρα και η εξαγωγή οριστικής κρίσης επ' αυτών επέρχεται μόνο μετά την έγκριση και επικύρωσή τους, ήτοι την έκδοση της μόνης επαγόμενης έννομες συνέπειες και άρα περάτωση των διαγωνιστικών σταδίων, εκτελεστής πράξης του αποφαινομένου οργάνου. Συνεπώς, δεδομένων των ως άνω που απορρέουν ευθέως από το νέο περιεχόμενο του άρ. 100 παρ. 4 Ν. 4412/2016 και δεδομένου ότι πλέον δεν εκδίδεται σε διαγωνισμούς προμηθειών με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή αυτοτελής επικυρωτική και άρα εκτελεστή πράξη του αποφαινομένου οργάνου για τα στάδια δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και αυτοτελής για το στάδιο οικονομικών προσφορών, ο τρίτος λόγος της προσφυγής αλυσιτελώς προβάλλεται. Και τούτο, διότι αφενός ουδόλως το στάδιο των οικονομικών προσφορών είχε περατωθεί δια μόνης της εκδόσεως Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, αφού αυτό εγκρίθηκε μόνο και το

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

πρώτον δια της νυν προσβαλλομένης και συνεπώς ουδεμία μετακίνηση της αναθέτουσας σε πρότερα ήδη περατωθέντα στάδια έλαβε χώρα. Αφετέρου, υπό τις νέες ως άνω διατάξεις και δη όσον αφορά διαγωνισμούς προμήθειας αγαθών και γενικών υπηρεσιών με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, ακριβώς λόγω του σαφούς περιεχομένου του άρ. 100 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ήρθη εκ του νόμου η αυτοτέλεια των διαγωνιστικών σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών προσφορών, αλλά πλέον και οικονομικών προσφορών, αφού αυτά εγκρίνονται και άρα περατώνονται ομού και συγχρόνως με μία πράξη, με αποτέλεσμα οι οικείες επικλήσεις του προσφεύγοντος να μην ευρίσκουν εφαρμογή πλέον και δη σε διαγωνισμούς όπως ο συγκεκριμένος, με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή και αντικείμενο την προμήθεια αγαθών. Εξάλλου, το αποφαινόμενο όργανο ουδόλως κωλύεται να μην εγκρίνει ή να εγκρίνει εν μέρει ή να καταλήξει σε άλλη απόφαση από τα εισηγητικού χαρακτήρα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού.

5. Επειδή, εξάλλου, συνεπεία όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού της προκείμενης διαδικασίας, δεν ήταν δυνατό να υποβληθούν ούτε ενστάσεις ούτε προδικαστική προσφυγή και τούτο όχι μόνο διότι κατά το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 για διαγωνισμούς που εμπίπτουν στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ δεν προβλέπεται ένσταση και άλλη διοικητική προσφυγή κατ' άρ. 360 παρ. 3 Ν. 4412/2016, αλλά προδικαστική προσφυγή με αποκλειστική αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εκ του νόμου προς εξέτασή της, αλλά και γιατί η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν εκδίδει εκτελεστές πράξεις, παρά μόνο γνωμοδοτήσεις προς το αποφαινόμενο όργανο. Επομένως, το παραπάνω υπόμνημα που υπέβαλε ο έτερος οικονομικός φορέας κατά τη διάρκεια της αξιολόγησης και πριν περατωθεί αυτή με την έκδοση της προσβαλλομένης και με την υπόμνηση σφαλμάτων της προσφοράς του νυν προσφεύγοντος που δεν είχαν ληφθεί υπόψη από το πρώτο γνωμοδοτικό Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, ουδόλως είχε την έννοια διοικητικής προσφυγής, αλλά εγγράφου απλής υπόμνησης, ενημέρωσης, ειδοποίησης, πληροφόρησης, αναφοράς προς την αναθέτουσα σφάλματος στην εκ μέρους της άσκηση της αρμοδιότητάς της. Προς τούτο, και δεδομένου ότι δεν

πρόκειτο ούτε για προδικαστική ή εν γένει διοικητική προσφυγή ή ενδίκου βοηθήματος προσωρινής ή οριστικής δικαστικής προστασίας, δεν νοείται έννομο συμφέρον και προϋπόθεση αυτού προς υποβολή του οικείου εγγράφου ούτε εξάλλου η οικεία αρμοδιότητα της αναθέτουσας προς αποκλεισμό προσφορών που δεν συμμορφώνονταν με τα απαιτούμενα εξαρτήθηκε νομικά από την αίρεση της εκ μέρους του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου υποβολής του παραπάνω εγγράφου ούτε είχε ως ανάγκη να εύρει νομικό έρεισμα επ' αυτού, όπως επί παραδείγματι θα λάμβανε χώρα στο πλαίσιο προδικαστικής προσφυγής ή ενδίκου βοηθήματος. Προς τούτο ουδόλως έχει εφαρμογή η προϋπόθεση του εννόμου συμφέροντος ως και η οικεία αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης, αφού αυτά αφορούν την προβολή ισχυρισμών στο πλαίσιο διοικητικής προσφυγής ή ενδίκου βοηθήματος και δεν μπορούν ούτε αναλογικά να εφαρμοστούν στο πλαίσιο ενός ενημερωτικού εγγράφου και στο πεδίο της άσκησης του απλού δικαιώματος αναφοράς, το οποίο εξάλλου, εξαρχής δεν εμποδιζόταν να ασκήσει και ένας οιοσδήποτε πολίτης, ανεξαρτήτως αν είχε λάβει μέρος στη διαδικασία και δη, αφού η αναθέτουσα και αυτεπαγγέλτως, ανεξαρτήτως τρόπου ενημέρωσής της ή τρόπου με τον οποίου ανήυρε την παράλειψή της να εντοπίσει το όποιο οικείο σφάλμα και πάντως χωρίς ουδόλως να δεσμεύεται από την υποβολή εγγράφου, αιτήματος και εν γένει την προβολή ισχυρισμού από οποιονδήποτε δυνατό να προβεί σε ανάκληση της τυχόν παράνομης πράξης της, ήτοι της πλημμελούς εγκρίσεως προσφοράς διαγωνιζομένου. Εξάλλου, οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί αυτοτέλειας των σταδίων, η οποία εμποδίζει την επάνοδο της αναθέτουσας σε περατωθέντα στάδια, καίτοι μάλιστα εν προκειμένω δεν είχαν καν περατωθεί αυτά, κατά τα ανωτέρω, προσκρούουν και στο άρθρο 106 παρ. 3 Ν. 4412/2016 κατά το οποίο *“Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που επιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.”* και επομένως καθιερώνεται δυνατότητα οποτεδήποτε ανάκλησης εκ μέρους της αναθέτουσας των πράξεών της περί περατώσεως των σταδίων της διαδικασίας και επαναφοράς σε

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

προηγούμενα στάδια, ως εναλλακτική της εν γένει ακύρωσης και ματαίωσης της όλης διαδικασίας. Και τα ως άνω θα εφαρμόζονταν τόσο αν πρόκειται για εκτελεστή πράξη έγκρισης προσφοράς, την οποία η αναθέτουσα μπορεί οποτεδήποτε να ανακαλέσει ελευθέρως και κατά καταρχήν διακριτική της ευχέρεια, όσο και κατά μείζονα λόγο για ένα απλό γνωμοδοτικό πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, προ της έκδοσης εκτελεστής πράξης και προ περατώσεως της οικείας κρίσης και των διαγωνιστικών σταδίων, όπως δηλαδή εν προκειμένω. Είναι δε όλως αδιάφορο, ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το μεταγενέστερο πρακτικό της, ως να εξέταζε το υπόμνημα του έτερου διαγωνιζομένου, διότι τούτο δεν μπορεί να μεταβάλει την εξαρχής ελεύθερη αρμοδιότητά της να μεταβάλει για οιονδήποτε λόγο και κατόπιν οιονδήποτε γεγονότος, τη γνωμοδότησή της προς το αποφαινόμενο όργανο, προ καν της επικυρώσεως και της έκδοσης εκτελεστής πράξης από το τελευταίο.

6. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, προκύπτει ότι η νυν προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη δεν παραβίασε ούτε την όποια τυχόν αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών σταδίων ούτε την αρχή του εννόμου συμφέροντος προς προβολή ισχυρισμών κατά προσφοράς έτερου διαγωνιζομένου και επομένως, είναι απορριπτέοι ο πρώτος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

7. Επειδή, και ο τέταρτος λόγος της προσφυγής περί παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας στην προκείμενη διαδικασία, επί τη βάσει αποκλεισμού του προσφεύγοντος μόνο λόγω ενός επουσιώδους σφάλματος, όπως προκύπτει και από την προσβαλλόμενη είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, αφού τα οικεία ζητήματα ρυθμίζονται κατ' ειδικό τρόπο στο άρ. 102 Ν. 4412/2016, η εφαρμογή του οποίου εν προκειμένω, θα εξετασθεί στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου της προσφυγής και συνεπώς δεν χωρεί εφαρμογή γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου επί του ζητήματος των επουσιωδών πλημμελειών, τυπικών σφαλμάτων, ασαφειών και εν γένει επί οτιδήποτε οριζομένου και ρυθμιζομένου κατά το άρ. 102 Ν. 4412/2016, ενώ οποιαδήποτε πλημμέλεια δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της παραπάνω ειδικής ρύθμισης

και επομένως δεν διέπεται κατ' ειδικό τρόπο ως θεραπευόμενη δια διευκρινίσεων πλημμέλεια, δεν δύναται να νοηθεί ως συγχωρητέα και θεραπευόμενη, ακριβώς λόγω του κανονιστικού χαρακτήρα της διακήρυξης και των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της τυπικότητας των διαγωνιστικών διαδικασιών, που επιτάσσουν τον αποκλεισμό προσφορών με ουσιώδεις αποκλίσεις από τα ζητούμενα, αλλά και συγχρόνως επιτρέπουν τη θεραπεία ασαφειών και επουσιωδών πλημμελειών στο πλαίσιο πάντως των ρητών ορίων του άρ. 102 Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι κατά το άρ. 102 παρ. 1-4 Ν. 4412/2016, που επαναλαμβάνονται αυτούσιοι στον άρθρο 12 της διακήρυξης, ορίζεται 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, 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*

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

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 ήσσονος 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.”. Κατά τα ανωτέρω, (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208, 231 και 253/2017) κατ’άρ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται στην αναθέτουσα ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ελέγχεται τόσο ως προς την εκ μέρους της άσκηση, όσο και παράλειψη άσκησης, βάσει των κανόνων του άρ. 102 Ν. 4412 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187 και 208/2017). Η δε παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν διάθεσή της από την αναθέτουσα, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα, αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 παρ. 1 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας όπως αυτή εφαρμόζεται δια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 στην κρίση περί θεραπευσίμου πλημμελειών των προσφορών, βλ. και αμέσως προηγούμενη σκέψη, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας επί των οποίων λαμβάνουν χώρα, η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης, όπως και το αντικείμενο, έγγραφο, δικαιολογητικό επί του οποίου το σφάλμα έλαβε χώρα, της τυχόν περιπλοκότητας συντάξεώς του, του πλήθους των πληροφοριών που περιλαμβάνει, του μεγάλου μεγέθους του, της αποδεικτικής του σημασίας ως προς τη συνολική διαδικασία, του γενικού όγκου πληροφοριών και αποδεικτικών εγγράφων που απαιτεί η διαδικασία και της εν γένει επιμέλειας που επέδειξε ο προσφέρων ως προς τις λοιπές αποδεικτικές υποχρεώσεις του και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά συγκροτήματος και ενότητας τέτοιων στοιχείων τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, κατά το ρητό γράμμα του παραπάνω άρ. 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016, η πλημμελής σήμανση εγγράφων που εκδίδονται κατ' άρ. 1 Ν. 4250/2014 συνιστά έλλειψη θεραπεύσιμη δια διευκρινίσεων, ενώ εξάλλου, ανεξαρτήτως τούτου, η απουσία επικύρωσης από δικηγόρο σε μεμονωμένο μεταξύ πολλών περισσοτέρων, ήδη προσκομισθέν τεχνικό φυλλάδιο συνιστά όλως επουσιώδη πλημμέλεια, η συμπλήρωση της οποίας με την προσκόμιση κατά το τελευταίο εδάφιο του άρ. 102 παρ. 2 επικυρωμένου αντιγράφου του ίδιου τεχνικού φυλλαδίου που ήδη προσκομίσθηκε και η οποία θα αποδείξει απλώς ότι το ήδη προσκομισθέν είναι ακριβές αντίγραφο γνησίου εγγράφου, ουδόλως συνιστά διακριτική μεταχείριση ούτε προσδίδει πλεονέκτημα στον οικονομικό φορέα ούτε του επιτρέπει το πρώτον να υποβάλει νέο έγγραφο που ουδόλως είχε προσκομισθεί και να αποδείξει συμμόρφωση με απαίτηση που ουδόλως είχε λάβει χώρα, αλλά απλώς να αποδείξει ότι το ήδη προσκομισθέν από αυτόν έγγραφο και με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο με το οποίο ήδη προσκομίσθηκε, έχει ισχύ πρωτοτύπου

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

(βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 247/2017, κατά την οποία μάλιστα, η έλλειψη βεβαίωσης γνησίου υπογραφής σε δήλωση δεν είναι θεραπεύσιμη με διευκρινίσεις, διότι η βεβαίωση αυτή βεβαιώνει και τον αληθή ακριβή χρόνο της δηλώσεως, πράγμα που δεν είναι εξ αντικειμένου δυνατόν να θεραπευθεί αναδρομικά, αφού κάθε μεταγενέστερη βεβαίωση γνησίου υπογραφής θα αφορά το χρονικό σημείο στο οποίο λαμβάνει χώρα, άρα μεταγενέστερο αυτού της αρχικής δήλωσης, διαφοροποίηση που επάγεται σαφείς έννομες συνέπειες ως προς τον χρόνο κατά τον οποίο τα οικεία δηλούμενα θα πρέπει να ισχύουν και ως προς την κρίση του αληθούς της δήλωσης, τούτο όμως ζήτημα δεν αφορά πάντως την επικύρωση αντιγράφου εγγράφου, η οποία οποτεδήποτε και αν λάβει χώρα και πάλι αποδεικνύει ότι το επικυρωμένο αντίγραφο έχει το ακριβές περιεχόμενο του πρωτοτύπου). Εξάλλου, τίποτε αντίθετο με τα ανωτέρω δεν εκρίθη δια της Απόφασης ΑΕΠΠ 89/2017 που μνημονεύει η αναθέτουσα με την αιτιολογία της. Και τούτο, διότι η Απόφαση αυτή έκρινε ότι η μη νόμιμη επικύρωση κατά τα ζητούμενα στη διακήρυξη αντιγράφου ιδιωτικού εγγράφου, όπως ακριβώς το τεχνικό φυλλάδιο, συνιστά πλημμέλεια, ουδόλως όμως υπεισήλθε στην ειδικότερη κρίση περί του αν η έλλειψη αυτή είναι αθεράπευτη δια κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεων, πολλώ δε μάλλον και διότι στην ως άνω Απόφαση, η μη νόμιμη επικύρωση τεχνικού φυλλαδίου ήταν μία από περισσότερες και συγκεκριμένα τρεις, σωρευτικές πλημμέλειες που διαπιστώθηκαν και εν τέλει εκρίθησαν ως βάσιμες κατά την Απόφαση αυτή, επί της προσφοράς του εκεί παρεμβαίνοντος, έκαστη δε εξ αυτών αρκούσε για τον αποκλεισμό του τελευταίου και κατά συνέπεια, δεν υπήρχε ούτως ή άλλως νόημα διερεύνησης του θεραπευσίμου δια διευκρινίσεων της μίας από τις περισσότερες αυτοτελείς βάσεις αποκλεισμού, ενώ συγχρόνως ο εκεί παρεμβαίνων ούτως ή άλλως τύγχανε αποκλειστέος λόγω των λοιπών βάσεων απορρίψεως της προσφοράς του.

9. Επειδή, βάσει της αιτιολογίας της προσβαλλομένης, προκύπτει ότι ο προσφεύγων απεκλείσθη διότι από τα τεχνικά φυλλάδια που προσκόμισε για τα 110 προϊόντα που συγκροτούν την Ομάδα Α της διαδικασίας, το ένα από αυτά, ήτοι αυτό που αφορά το είδος 93 προσκομίσθηκε μεν, πλην όμως όχι

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

νομίμως επικυρωμένο, ενώ δεν προκύπτει έτερη πλημμέλεια του ως άνω φυλλαδίου κατά την αιτιολογία της προσβαλλομένης. Δεδομένων όσων κρίθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, του επουσιωδους χαρακτήρα της έλλειψης, της σε κάθε περίπτωση προσκόμισης τεχνικού φυλλαδίου που ουδόλως από την αιτιολογία της προσβαλλομένης προκύπτει ότι φέρει πλημμέλειες άλλες από την επικύρωση και ότι δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης και του γεγονότος πως ούτε η συμπλήρωση της παραπάνω όλως τυπικής πλημμέλειας θα επιτρέψει στον προσφεύγοντα να επιτύχει για πρώτη φορά την εκ μέρους αυτού και των προϊόντων του πλήρωση προσόντος που καθόλου δεν προέκυπτε από την προσφορά του (όπως αν δεν είχε προσκομίσει καθόλου τεχνικό φυλλάδιο) ή να προσκομίσει έγγραφο που ουδόλως προσκομίστηκε και να αποδείξει κάτι παραπάνω πέραν της ακρίβειας του εγγράφου που ήδη έχει προσκομίσει ούτε θα του επιτρέψει να μεταβάλει την προσφορά του (όπως θα προέκυπτε αν μετέβαλε το ίδιο το προϊόν που προσέφερε, ήτοι αν προσκόμιζε τεχνικό φυλλάδιο για νέο προϊόν ή τεχνικό φυλλάδιο με διαφορετικό περιεχόμενο από το ήδη προσκομισθέν) και να επιτύχει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ των έτερων διαγωνιζομένων, η ως άνω πλημμέλεια ήταν θεραπεύσιμη δια διευκρινίσεων, πολύ περισσότερο μάλιστα λόγω του όλως σημειακού, μεμονωμένου και περιορισμένου περιεχομένου της πλημμέλειάς του, δεδομένου και του εύρους της προσφοράς του και των προσκομισθέντων εγγράφων της. Κατ' αποτέλεσμα, η αναθέτουσα ναι μεν είχε καταρχήν διακριτική ευχέρεια κλήσης του προσφεύγοντος για συμπλήρωση επουσιωδών πλημμελειών κατ' άρ. 102 παρ. 2 και 4 Ν. 4412/2016, πλην όμως με την προκείμενη παράλειψη άσκησης της, βάσει του συνόλου όλων των ανωτέρω που συγκροτούν το πραγματικό της υπόθεσης ως και του γεγονότος ότι το συγκεκριμένο τεχνικό φυλλάδιο είχε καταρχήν, έστω και ανεπικύρωτο προσκομισθεί και επομένως δεν υπάγεται στην περίπτωση του άρ. 13 παρ. 1 της διακήρυξης περί ελλείψεως δικαιολογητικού άρθρου 8 άρα και εγγράφου τεχνικής προσφοράς, παρέβη τα άκρα όρια αυτής και κατέληξε σε κακή χρήση της και επομένως, η ως άνω παράλειψη κατέστη μη νόμιμη, ομοίως δε μη νόμιμος κατέστη και ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, κατ' άμεσο αποτέλεσμα της παραπάνω παράλειψης.

10. Επειδή, εξάλλου, η εσφαλμένη εφαρμογή νόμου και όρων της διακήρυξης και η εν γένει παράβαση εκ μέρους της αναθέτουσας εις βάρος ενός διαγωνιζομένου δεν μπορεί να δικαιολογηθεί με την επίκληση ίσης μεταχείρισης με άλλους διαγωνιζομένους. Και τούτο, διότι αν οι περισσότερες περιπτώσεις είναι ίδιες μεταξύ τους, η παρανομία εις βάρος ενός δεν συνεπάγεται δυνατότητα και ευχέρεια, πολλώ δε μάλλον υποχρέωση παράνομης μεταχείρισης και των λοιπών διαγωνιζομένων, αφού δεν χωρεί ισότητα στην παρανομία και δη τη δυσμενή παρανομία εις βάρος των διαγωνιζομένων. Αν πάλι, οι περιπτώσεις δεν είναι ίδιες, τότε ούτως ή άλλως δεν χωρεί εξαρχής ζήτημα ίσης μεταχείρισης, η οποία επιβάλλει πάντως τον ίδιο χειρισμό των ίδιων πραγματικών περιστατικών και τον διαφορετικό των διαφορετικών. Αντίθετα, όσον αφορά την παρανομία εις βάρος ενός διαγωνιζομένου και την τυχόν ανάκληση εκ μέρους της αναθέτουσας των ομοίων παρανόμων πράξεων της κατά άλλων διαγωνιζομένων, έχουν κριθεί τα ακόλουθα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 409/2018). Καταρχάς, ναι μεν η διοίκηση έχει διακριτική ευχέρεια να ανακαλεί παράνομες ατομικές διοικητικές πράξεις της για τις οποίες παρήλθε η προθεσμία προσβολής τους ή οι οποίες έχουν προσβληθεί ανεπιτυχώς, όχι όμως και υποχρέωση προς τούτο, εκτός αν αυτή επιβάλλεται βάσει κανόνα δικαίου (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 952/1988, 3230, 1668/2012, πρβλ. 1006/2015, 4646/2013). Η άρνηση ανάκλησης δεν συνιστά, συνεπώς, παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας ωστόσο πρέπει να είναι ειδικά αιτιολογημένη ώστε να είναι δυνατός ο δικαστικός έλεγχος της διακριτικής ευχέρειας (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 3065/1991). Ειδικώς, όμως, όσον αφορά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι ως άνω γενικές αρχές κάμπτονται σε περίπτωση κατά την οποία η τήρηση της από την Διοίκηση στα στάδια της διαδικασίας ανοικτού διαγωνισμού προμηθείας με κριτήριο κατακυρώσεως την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά αναιρεί τις αρχές του διευρυμένου συναγωνισμού και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, οι οποίες είναι θεμελιώδεις για τον δημόσιο αυτό διαγωνισμό (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 43/2003, 598/2002), χάριν δε αυτών η Διοίκηση υποχρεούται (και δεν δύναται απλώς) σε ανάκληση της παρανόμου διοικητικής πράξεως, εφόσον δε δεν συντρέχει άλλος νόμιμος λόγος (ΣΤΕ ΕΑ 294/2004). Ούτως, έχει κριθεί (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 598/2002, 294/2004,

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

861-862/2006, ΔΕΦΑΘ 470/2015), ότι σε περίπτωση που διοικητική πράξη, εντασσόμενη στο στάδιο διαδικασίας διαγωνισμού, διέφυγε τον έλεγχο του δικαστηρίου της Αίτησης Ανατολής (και υπό το προϋσχύσαν καθεστώς του δικαστηρίου ασφαλιστικών μέτρων) παρότι άλλες πράξεις εντελώς ομοίου περιεχομένου και συγκεκριμένα με ίδια νομική και ταυτόσημη πραγματική βάση, έχουν κριθεί μη νόμιμες με άλλες αποφάσεις στη διαδικασία αυτή (ασφαλιστικών μέτρων και ήδη Αίτησης Αναστολής), και προς αποκατάσταση της αρχής του επί ίσοις όροις ανταγωνισμού των διαγωνιζομένων και της εν γένει ίσης μεταχειρίσεως αυτών, αλλά και των αρχών της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα η επανεξέταση της υποθέσεως με σκοπό την ανάκληση της πράξεως αυτής που διέφυγε τον δικαστικό έλεγχο, χωρίς αυτή να έχει διακριτική ευχέρεια προς σιωπηρή ή εν γένει αναιτιολόγητη απόρριψη του σχετικού αιτήματος του αποκλεισθέντος περί ανάκλησης του αποκλεισμού του, η δε όποια διακριτική της ευχέρεια δεν καταλαμβάνει πλέον τον λόγο αποκλεισμού που είχε ήδη διαγνώσει και ο οποίος στην όμοια έτερη περίπτωση εκρίθη ως παράνομος και συνεπώς, εφόσον δεν συντρέχουν άλλες τυχόν πλημμέλειες και έτεροι εν γένει λόγοι αποκλεισμού, οφείλει να προβεί στην ανάκληση του αποκλεισμού, κατά δεσμία, δηλαδή, αρμοδιότητά της. Σημειωτέον, ότι τα ως άνω αναφερθέντα, για την ταυτότητα του νομικού λόγου είναι εφαρμοστέα και στην περίπτωση όπου η παρανομία της πράξης αποκλεισμού συγκεκριμένου προσφέροντος διέφυγε του ελέγχου της ΑΕΠΠ, ο οποίος σκοπεύει εξάλλου στην παροχή ταχείας και αποτελεσματικής οριστικής επίλυσης των διαφορών του προσυμβατικού σταδίου σε διοικητικό επίπεδο και στην προαγωγή της ασφάλειας δικαίου και της εμπιστοσύνης των οικονομικών φορέων σχετικά με την αδιάβλητη και αντικειμενική ανάθεση δημοσίων συμβάσεων (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016, σελ. 71-72), ενώ ταυτόσημος λόγος αποκλεισμού έτερης προσφοράς ήδη κρίθηκε ως παράνομος. Συνεπώς, δεν είναι νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλομένης και δη όσον αφορά τη μη κλήση του προσφεύγοντος προς θεραπεία της οικείας πλημμέλειάς του, λόγω της επίκλησης στην αιτιολογία αυτή, του αποκλεισμού άλλων διαγωνιζομένων, λόγω του ότι προσκόμισαν μη επικυρωθέντα τεχνικά φυλλάδια, επί τη βάσει της αρχής της

Αριθμός Απόφασης: 642/2018

ισότητας (αδιαφόρως του ότι οι έτεροι δύο διαγωνιζόμενοι που εμφάνισαν το ίδιο ζήτημα, απεκλείσθησαν για περισσότερους σωρευτικούς λόγους και ασχέτως του αν νομίμως οι ίδιοι απεκλείσθησαν για τη μη επικύρωση των τεχνικών φυλλαδίων τους, αντικείμενο που δεν μπορεί να εξετασθεί παρεμπιπτόντως στο πλαίσιο της ως άνω υπόθεσης), αφού η ίση μεταχείριση προϋποθέτει ίδιο πραγματικό και αν το πραγματικό στις περιπτώσεις των ως άνω διαγωνιζομένων ήταν το ίδιο με αυτό του προσφεύγοντος, η κρίση της αναθέτουσας περί αποκλεισμού τους θα έπασχε για τον ίδιο ακριβώς λόγο με αυτόν για τον οποίο πάσχει ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, άρα και πάλι η παρανομία εις βάρος τους δεν θα μπορούσε να δικαιολογήσει παρανομία και εις βάρος του προσφεύγοντος, η νομιμότητα αποκλεισμού του οποίου συνιστά το μόνο, ειδικό και αποκλειστικό αντικείμενο εξέτασης στο πλαίσιο της προκείμενης Προσφυγής, κατ' άρ. 360 και 367 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω σκ. 8-10, πρέπει να γίνει δεκτός ο τρίτος λόγος της προσφυγής κατά το ειδικότερο περιεχόμενο του οποίου, η προσβαλλομένη μη νομίμως προχώρησε σε αποκλεισμό του προσφεύγοντος, παραλείποντας προηγουμένως και αφού εντόπισε την επουσιώδη πλημμέλεια μη επικύρωσης ενός εκ των τεχνικών φυλλαδίων, να καλέσει αυτόν να συμπληρώσει την προσφορά του με νομίμως επικυρωμένο αντίγραφο του συγκεκριμένου τεχνικού φυλλαδίου.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή. Να ακυρωθεί δε η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφορά του προσφεύγοντος από την Ομάδα Α, κατά πρότερη παράλειψη όπως του ζητήσει κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 να άρει την εντοπισθείσα έλλειψη της προσφοράς του με συμπλήρωση. Να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να άρει την ως άνω παράλειψη ζητώντας από τον προσφεύγοντα συμπλήρωση των εγγράφων της προσφοράς του και δη με την προσκόμιση νομίμως επικυρωμένου του οικείου τεχνικού φυλλαδίου για το είδος 93, ώστε να κριθεί εν τέλει κατόπιν της συμπλήρωσης αυτής και αναλόγως της προσκομίσεως του ανωτέρω εγγράφου, εκ νέου το αποδεκτό της

προσφοράς του.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 700,00 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση 315/2.8.2018 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα από την Ομάδα Α του διαγωνισμού κατά παράλειψη όσων αναφέρονται στη σκ. 12.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε όσα αναφέρονται στη σκ. 12.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 700,00 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-8-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ