

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-και
Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13/08/2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/809/14-08-2018
Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία
«.....» (.....), που εδρεύει στην....., νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά του αναθέτοντα φορέα με την επωνυμία «.....που
εδρεύει στην....., νομίμως εκπροσωπούμενης και της υπ' αριθμόν
19770/1.8.2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της....., καθώς
και κάθε άλλης συναφούς με αυτήν πράξη οιοδήποτε αρμοδίου οργάνου
της....., με την οποία αποφάσισε ομόφωνα την απόρριψη της
προσφοράς της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση της υπ' αριθμόν 19770/2018 απόφασης και κάθε άλλης συναφούς
πράξης οιοδήποτε αρμοδίου οργάνου της....., όπως ενδεικτικά τα από
18.7.2018 και 26.7.2018 πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού και την
πρόκριση και συμμετοχή της στην τελική φάση του Διαγωνισμού (αποσφράγιση
- σύγκριση Οικονομικών Προσφορών), την αξιολόγηση της οικονομικής
προσφοράς τηςκαι την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην
μειοδότη εταιρεία, ήτοι σ' αυτήν.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, ποσού τριών χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ (3.750€) με κωδικό αριθμόν 22917997495810120008 πληρωθέν στην ALPHA BANK, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64).

2. 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.

3. Επειδή με τη με αρ. πρωτ. Δ.5999 (Αριθμ. 57961-ΕΣΗΔΗΣ) Διακήρυξη Δημόσιου Διεθνούς Μειοδοτικού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού τηςπροκηρύχτηκε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την Προμήθεια-Μεταφορά και Διανομή Φυσικού Αερίου στις εγκαταστάσεις του Κέντρου επεξεργασίας Λυμάτων Ψυτάλλειας με κριτήριο αξιολόγησης των προσφορών την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής. Η διεξαγωγή του Διαγωνισμού έγινε σύμφωνα με το Ν.4412/2016 μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ με α/α ΕΣΗΔΗΣ 57961. Η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία είχε εγκριθεί με την υπ' αριθ. 19491/10.1.2018 απόφαση του Δ.Σ. της....., σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016, για την προμήθεια, μεταφορά και διανομή φυσικού αερίου στις εγκαταστάσεις του Κέντρου Επεξεργασίας Λυμάτων Ψυτάλλειας (ΚΕΛΨ), για χρονικό διάστημα ενός έτους, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 750.000,00€, πλέον ΦΠΑ, καθώς και των σχετικών τευχών δημοπράτησης. Η σχετική Διακήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 14/05/2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Διακήρυξη (Δ-5999) καταχωρήθηκε στο διαδίκτυο στις 17/5/2018 με καταληκτική

Αριθμός Απόφασης : 671/2018

ημερομηνία υποβολής των προσφορών στις 22/6/2018 και ώρα 12:00. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών ορίστηκε η Πέμπτη 28 Ιουνίου 2018 και ώρα 12:00. Η παραπάνω Επιτροπή συνήλθε την ως άνω καθορισθείσα ημερομηνία και ώρα και ως αρμόδιο όργανο του αναθέτοντος φορέα, προέβη μέσα από την ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, στην έναρξη του ηλεκτρονικού ανοίγματος των προσφορών σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1 της Διακήρυξης και κατά το άρθρο 100 του ν.4412/2016 αποσφραγίζοντας μόνο τον Υποφάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά». Κατατέθηκαν ηλεκτρονικά δύο (2) προσφορές από την Προσφεύγουσα και την «.....».

4. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 13/08/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στις 14/08/2018, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά και ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθμόν 19770/2018 απόφαση και κάθε άλλης συναφής πράξη οιοδήποτε αρμοδίου οργάνου της.....

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει 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.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

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

Αριθμός Απόφασης : 671/2018

9. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα στον επίδικο διαγωνισμό υποβάλλοντας τη με αρ. 99568 προσφορά για τον υπόψη διαγωνισμό, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη του αναθέτοντος φορέα.

10. Επειδή, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή ασκείται παραδεκτώς κατά της απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Αναθέτοντος Φορέα.

11. Επειδή η Προσφεύγουσα με την υπό κρίση της Προδικαστική Προσφυγή αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμόν 19770/1.8.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου τηςμε την οποία απεφασίσθη η απόρριψη της προσφοράς της εταιρείαςστον εν θέματι Διαγωνισμό και η κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού στην εταιρεία....., αφού έκανε πλήρως δεκτή την από 27.7.2018 σχετική εισήγηση της Ειδικής Επιτροπής Ηλεκτρονικού Ανοικτού Δημόσιου Διαγωνισμού για την «Προμήθεια - Μεταφορά και Διανομή Φυσικού Αερίου στις εγκαταστάσεις του Κέντρου επεξεργασίας Λυμάτων Ψυτάλλειας καθώς και τα από 18.7.2018 και 26.7.2018 Πρακτικό Πρώτης φάσης ελέγχου δικαιολογητικών του Διαγωνισμού και Πρακτικό αποσφράγισης οικονομικών προσφορών αντίστοιχα. Αντιθέτως, απαραδέκτως στρέφεται κατά κάθε άλλης συναφούς με αυτήν πράξη οιοδήποτε αρμοδίου οργάνου της

Συνεπώς παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

12. Επειδή με το από 18.7.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας (προσφορά με αριθμό 99568) επειδή όπως έκρινε η Επιτροπή Διαγωνισμού «κατά την εντός τριών ημερών αιτούμενη από τον αναθέτοντα φορέα υποβολή των στοιχείων της προσφοράς της προσφεύγουσας και σε έντυπη μορφή διαπιστώθηκε ότι αυτά τα τελευταία εμπεριέχοντο μεν σε ένα σφραγισμένο φάκελο εντός του οποίου δεν υπήρχαν τρεις διακριτοί σφραγισμένοι υποφάκελοι, αλλά απλώς εμπεριεχόταν στον ως άνω ένα και μοναδικό σφραγισμένο φάκελο το σύνολο των εγγράφων της προσφοράς, ήτοι δικαιολογητικά, τεχνική προσφορά και

Αριθμός Απόφασης : 671/2018

οικονομική προσφορά». Εν συνεχεία με το από 26.7.2018 πρακτικό της η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκλήρωσε την διαδικασία κατακυρώνοντας τον διαγωνισμό στην μοναδική εναπομείνασα προσφορά τηςέχοντας αποκλείσει ήδη την προσφεύγουσα. Η άποψη αυτή στην οποία κατέληξε η Επιτροπή δια των ως άνω πρακτικών αποτυπώθηκε στην από 27.7.2018 Εισήγηση της Επιτροπής προς το αποφαινόμενο περί της έγκρισης των αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού και περί της κατακύρωσης όργανο, ήτοι το Διοικητικό Συμβούλιο τηςτο οποίο με την υπ' αριθμόν 19770/1.8.2018 απόφαση του ενέκρινε τα ως άνω πρακτικά δηλαδή ενέκρινε και τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας και κατακύρωσε τον διαγωνισμό στην μοναδική εναπομείνασα συμμετέχουσα εταιρεία.

13. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής επικαλείται ότι «Ο διαγωνισμός είναι ηλεκτρονικός η δε επίκληση του άρθρου 92 του Ν. 4412/2016 όπου γίνεται λόγος για υποβολή των εντύπων της προσφοράς σε διακριτούς σφραγισμένους υποφακέλους δεν εφαρμόζεται στην παρούσα ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ και στον Παρόντα ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ, αφού στην παράγραφο 1 του εν λόγω άρθρου ρητά αναφέρεται ότι αυτό εφαρμόζεται σε διαδικασίες ΠΟΥ ΔΕΝ ΔΙΕΝΕΡΓΟΥΝΤΑΙ ΜΕ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΕΣΑ.υπέβαλε ηλεκτρονικά και εμπρόθεσμα, διακριτά και ορθά μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας τους αιτούμενους υποφακέλους όπως προέβλεπε η διακήρυξη (παρ. 2.4.2.3 της Διακήρυξης) και με βάση αυτούς θα έπρεπε να κριθεί η συμμετοχή της στην διαδικασία και όχι με την εντός τριημέρου υποβολή αυτών σε έντυπη μορφή, αφού ο διαγωνισμός πανηγυρικά, τυπικά και ουσιαστικά είναι ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΣ. Συναφώς υποστηρίζει ότι στην παράγραφο 2.4.2.5 της Διακήρυξης γίνεται αναφορά στην υποχρέωση των συμμετεχόντων ότι *«εντός τριών εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στηνσε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή...»*.

14. Επειδή η προσφεύγουσα σημειώνει εν συνεχεία ότι «ορθά εσώκλεισε σε σφραγισμένο φάκελο τα στοιχεία της προσφοράς της τα οποία ωστόσο είχαν ήδη αποσταλεί διακριτά και ηλεκτρονικά προ τριών ημερών μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας όπως ακριβώς προέβλεπε ο Διαγωνισμός. Σε καμιά περίπτωση επομένως δεν τίθεται ζήτημα παρατυπίας ή τυπικού λόγου αποκλεισμού αφού τα εν λόγω έντυπα στοιχεία έρχονται απλά να επιβεβαιώσουν και μόνο τα ήδη ηλεκτρονικώς υποβληθέντα, η δε Διακήρυξη δεν ομιλούσε για ξεχωριστούς φακέλους αλλά για έναν σφραγισμένο φάκελο που τα θα έπρεπε να τα εμπεριέχει. Είναι χαρακτηριστικό ότι στις 19.7.2018 μετά τον υποτιθέμενο έλεγχο του πρώτου φακέλου μας αποστάλθηκε αρμοδίως μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ηλεκτρονικό μήνυμα από με αποστολέα στέλεχος τηςότι «η προσφορά 99568 ως απάντηση στον διαγωνισμό 57961 περιλαμβάνεται στην τελική λίστα για την επόμενη φάση της αξιολόγησης (Οικονομική). Επιπλέον στις 23.7.2018 μας ενημέρωσαν αρμοδίως από την ίδια ηλεκτρονική διεύθυνση για την επιτυχή ολοκλήρωση της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών. Από τα παραπάνω συνάγεται ότι ο αναθέτων φορέας μέχρι και τις 23.7.2018 θεωρούσε ότι ησυμμετείχε κανονικά στην διαδικασία έχοντας προκριθεί από το πρώτο στάδιο της διαδικασίας (βλ. μήνυμα ηλ. Ταχυδρομείου 19.7.2018) και συνέχιζε στο τελευταίο στάδιο γεγονός για το οποίο ενημερώθηκε στις 23.7.2018 με τον ίδιο τρόπο. Με έκπληξη επομένως ενημερωθήκαμε όχι με αποστολή μηνύματος αλλά από σχετική ανάρτηση στην πλατφόρμα (ημερομηνία ανάρτησης 3.8.2018) ότι είχαμε ήδη αποκλεισθεί την στιγμή που μας απέστειλλαν αρμοδίως μηνύματα ότι ηείχε προκριθεί στην επόμενη φάση. Τέλος πρέπει να σημειωθεί ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας μας ήταν εν τέλει κατά πολύ χαμηλότερη από την οικονομική προσφορά της εναπομείνουσας συμμετέχουσας εταιρείας στην οποία κατακυρώνεται ο Διαγωνισμός με βάση την προσβαλλόμενη απόφαση του ΔΣ με αποτέλεσμα σε περίπτωση που η εταιρεία μας δεν είχε μη νομίμως αποκλεισθεί θα ήταν η μειοδότης».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 23/8/2018 κατατεθειμένες απόψεις της προς την ΑΕΠΠ υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης κατά τρόπο νόμω και ουσία βάσιμο, υποστηρίζοντας ότι «Κατά το άνοιγμα του φακέλου της εταιρείαςδιαπιστώθηκε ότι μέσα στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής υπήρχε και η οικονομική προσφορά της εταιρείας, ανοιχτή χωρίς ξεχωριστό φάκελο. Με βάση το άρθρο 92 του ν. 4412/2016 σε ανοικτές διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης οι οικονομικοί φορείς καταθέτουν ξεχωριστό φάκελο οικονομικής προσφοράς, ενώ κατά το άρθρο 91 του ίδιου νόμου οι αναθέτουσες αρχές/φορείς απορρίπτουν σε κάθε περίπτωση προσφορά «α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτητων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης....». Περαιτέρω κατά τον όρο 2.4.2.3. της Διακήρυξης: «Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: ... (β) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά...». Σύμφωνα τέλος με τον όρο 2.4.6. της Διακήρυξης: «.....με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της προσφοράς,....». Κατόπιν τούτων και εφόσον η οικονομική προσφορά της εταιρείαςδεν υποβλήθηκε κατά τον τρόπο που προβλεπόταν στην Διακήρυξη 5999, η προσφορά της με αριθμό 99658 πρέπει να απορριφθεί ως παράτυπη».

16. Επειδή στην σχετική διακήρυξη αναφέρεται ρητώς ότι «σύμφωνα με τον όρο 2.4.2 (Χρόνος και Τρόπος Υποβολής των Προσφορών) και τα σε αυτόν προβλεπόμενα ορίζεται ότι: «2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) Έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής -Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) Έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικό φορέα και τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά. (...) 2.4.2.4. Οι οικονομικοί φορείς συντάσσουν την τεχνική και οικονομική τους προσφορά συμπληρώνοντας τις αντίστοιχες ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος. Στην συνέχεια το σύστημα παράγει τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία τα οποία υπογράφονται ηλεκτρονικά και υποβάλλονται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ηλεκτρονικού αρχείου pdf (το οποίο θα υπογραφεί ηλεκτρονικά) πρέπει να ταυτίζονται. (...) 2.4.2.5. Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου. pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής. *Από το Σύστημα εκδίδεται ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής προσφοράς, η οποία αποστέλλεται στον οικονομικό φορέα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.* Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στηνσε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι

ενδεικτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τα πρωτότυπα έγγραφα τα οποία έχουν εκδοθεί από ιδιωτικούς φορείς και δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, καθώς και τα έγγραφα που φέρουν τη Σφραγίδα της Χάγης (Apostille). Δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή στοιχεία και δικαιολογητικά τα οποία φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή, τα ΦΕΚ, τα τεχνικά φυλλάδια και όσα προβλέπεται από το ν.4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται σε αντίγραφα των πρωτοτύπων.».

17. Επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 91 παρ. 1 του ν.4412/2016 «... 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 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της 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 νόμου 4412/2016 (Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής) το οποίο εφαρμόζεται και από τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου Ι δυνάμει του άρθρου 315 του νόμου, προβλέπει ότι: «1. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, που δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, οι προσφορές και αιτήσεις συμμετοχής υποβάλλονται μέσα σε σφραγισμένο φάκελο (...).

2. Στην ανοικτή διαδικασία οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

α) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη Δικαιολογητικά Συμμετοχής' κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 93,

β) ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη 'Τεχνική Προσφορά', εφόσον απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης (...) και

γ) ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη 'Οικονομική Προσφορά', εφόσον απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης, ο οποίος

περιέχει τα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 95 για τις συμβάσεις που αφορά το άρθρο αυτό και τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης.

(...)

6. Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 36 όλα τα παραπάνω δικαιολογητικά υποβάλλονται σε (υπό)φακέλους (κατηγορία επισυναπτόμενων αρχείων στο ηλεκτρονικό σύστημα), σύμφωνα με τα οριζόμενα στις αποφάσεις που εκδίδονται κατ' εξουσιοδότηση των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 36.».

19. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

20. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «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... 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 ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

21. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

22. Επειδή, ο κανονιστικός χαρακτήρας της διακήρυξης (ΣΤΕ ΕΑ 352/2016) δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα όσο και τους συμμετέχοντες, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού, οι δε μετέχοντες οφείλουν να υποβάλλουν τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχουν νομίμως στο διαγωνισμό. Όμως, η δέσμευση από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης προϋποθέτει ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης ή των συνημμένων σε αυτήν παραρτημάτων και εγγράφων ή παραπομπή σε έτερη διάταξη της διακήρυξης, των εγγράφων της σύμβασης ή του νόμου και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν από την ίδια τη διακήρυξη. Επιπλέον, ουσιώδης όρος της διακήρυξης, η παράβαση του οποίου συνιστά λόγο αποκλεισμού, είναι αυτός ο οποίος ρητά προκύπτει ως τέτοιος από το ίδιο το κανονιστικό κείμενο αυτής και τίθεται ούτως ή ως επί ποινή αποκλεισμού ή όποιος συνέχεται αυτονόητα με το εν όλω παραδεκτό και σαφές της προσφοράς και σε κάθε περίπτωση επάγεται έννομες συνέπειες. Εξάλλου σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και Ενωσιακού Δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά. Ωστόσο, η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης,

λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

23. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, 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. Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003). 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 δικαιοϋλικού 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). 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.

24. Επειδή συναφώς ως έκφανση της αρχής της μυστικότητας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, έχει κριθεί ότι «Η μετάβαση στο στάδιο της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών γίνεται μετά την περάτωση του σταδίου του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής αξιολόγησης, μόνο για τις προσφορές που κρίθηκαν αποδεκτές οριστικά, χωρίς πλέον η αναθέτουσα αρχή να έχει διακριτική ευχέρεια να επανέλθει στο προηγούμενο στάδιο. Στην περίπτωση που μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών κριθεί ότι υπάρχει πλημμέλεια αναγόμενη στο στάδιο του παραδεκτού της συμμετοχής των διαγωνιζομένων, η μόνη δυνατότητα είναι αυτή της ματαίωσης του διαγωνισμού και της επαναπροκήρυξής του, καθόσον η αναθέτουσα αρχή στερείται στο στάδιο αυτό της διακριτικής ευχέρειας διαφοροποίησης του αποτελέσματος μετά από επαναφορά σε προηγούμενο στάδιο... 5. ... Και τούτο διότι [με το να επανέλθει η αναθέτουσα αρχή στο προηγούμενο στάδιο] παραβίασε την αυστηρά τυπική διαδικασία του διαγωνισμού, που επιβάλλει τον απόλυτα διακριτό χαρακτήρα των επιμέρους σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη γενική αρχή της μυστικότητας των υποβαλλόμενων οικονομικών προσφορών που διέπει εν γένει τους δημόσιους διαγωνισμούς, την οποία και καθιστά άνευ ουσίας» (ΕΛΣυν σκέψη 10, στην Πράξη (ΣΤ΄ Κλιμάκιο) 133/2017).

25. Επειδή, από όσα εκτέθηκαν ανωτέρω προκύπτει, ότι η αιτιολογία του λόγου απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι νόμιμη και συνακόλουθα ο λόγος της υπό κρίση προσφυγή είναι στο σύνολό του νόμω και ουσία αβάσιμος και τούτο για τους ακόλουθους λόγους. Από την συνολική

Αριθμός Απόφασης : 671/2018

επισκόπηση του εξετασθέντος φακέλου, προκύπτει αβίαστα ότι η υπ' αριθμόν 19770/2018 απόφαση του ΔΣείναι νόμιμη, καθώς, όπως ορθά επισημαίνεται από την αναθέτουσα, «Επομένως, κατ' αρχάς ηδεν είχε την υποχρέωση και ως εκ τούτου δεν έπρεπε να καταθέσει εγγράφως την οικονομική της προσφορά, η οποία μάλιστα δεν φάνηκε να είναι υπογεγραμμένη ηλεκτρονικά (αφού έλλειπε σχετική ένδειξη από το σώμα της), παρά μόνο έφερε φυσική υπογραφή. Αφ' ης στιγμής όμως, την κατέθεσε, όφειλε να την έχει εσωκλείσει σε ξεγυριστό σφραγισμένο φάκελο ο οποίος θα ανέγραφε ότι περιέχεται σε αυτόν η οικονομική προσφορά προκειμένου να μην ανοιχτεί από την Επιτροπή Διαγωνισμού, τουλάχιστον όχι πριν από το στάδιο της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιρειών. Αντιθέτως, το γεγονός ότι με την ανοικτή οικονομική προσφορά η Επιτροπή μπορούσε ευχερώς να λάβει γνώση του οικονομικού μεγέθους της προσφοράς τηςκαι σε περίπτωση (μη συντρέχουσα εν προκειμένω) που η εν λόγω εταιρεία συνέχιζε κανονικά στον διαγωνισμό, παρά την παράτυπη υποβολή της προσφοράς, θα συνιστούσε ευθεία προσβολή της αρχής της διαφάνειας και της τυπικότητας της διαδικασίας ανάθεσης ενώ επιπλέον εύκολα θα μπορούσαν να δημιουργηθούν υπόνοιες ευνοϊκής μεταχείρισης του συγκεκριμένου διαγωνιζόμενου ακόμα και αν αυτό δεν ίσχυε στην πραγματικότητα».

26. Επειδή επομένως και σε συνέχεια της ανωτέρω σκέψης, κατά πλήρη αποδοχή του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας, γίνεται δεκτό από το Κλιμάκιο, ότι ακόμα και στην περίπτωση που η ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς ήθελε υποτεθεί ότι όντως πραγματοποιήθηκε σύμφωνα με την Διακήρυξη και τη νομοθεσία, αφ' ης στιγμής εμπεριεχόταν στον έντυπο φάκελο και η οικονομική προσφορά, ανοικτή και όχι σφραγισμένη, η προσφορά τηςορθώς χαρακτηρίστηκε στο σύνολό της παράτυπη, διότι σε κάθε περίπτωση, αφενός εφαρμόζεται το άρθρο 92 του νόμου και οι σχετικοί όροι της Διακήρυξης του διαγωνισμού, αφετέρου τόσο κατά το προϊσχύον δίκαιο όσο και κατά το ισχύον, οι (υπό)φάκελοι των προσφορών των διαγωνιζόμενων πρέπει να είναι ξεχωριστοί και σφραγισμένοι, είτε πρόκειται για ηλεκτρονικό διαγωνισμό

είτε όχι, ώστε να αποσφραγίζονται διαδοχικά κατά τα διακριτά στάδια της διαδικασίας και να αποφεύγεται ο κίνδυνος για την Επιτροπή Διαγωνισμού να επηρεαστεί από τις προσφερόμενες τιμές ως προς την τελική κρίση της κάτι το οποίο υποθετικά θα μπορούσε να οδηγήσει σε άνιση μεταχείριση των συμμετεχόντων, αφού με αυτό τον τρόπο θα παραβιάζονταν κατάφωρα η αρχή της μυστικότητας των προσφορών που υποβάλλονται προς αξιολόγηση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής.

27. Επειδή, όπως παγίως γίνεται δεκτό το κείμενο της διακήρυξης δεν μπορεί ούτε να συμπληρωθεί ούτε να τροποποιηθεί από διατάξεις περιλαμβανόμενες σε νομοθετήματα μνημονευόμενα στην διακήρυξη ως εφαρμοστέα όπως εν προκειμένω ο ν. 4412/2016, αφού η αναφορά αυτή νοείται ότι γίνεται μόνον προς ρύθμιση ζητημάτων μη ρυθμιζόμενων κατά τρόπο ολοκληρωμένο από την διακήρυξη (Ε.Α ΣτΕ 193/2011, Ε.Α. ΣτΕ 95/2009, ΔΕφΑθ. 181/2018).

28. Επειδή ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται ότι ο αναθέτων φορέας νομίμως εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη.

29. Επειδή, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά «κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερη συναφούς πράξης ή παράλειψης», είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. ΙΙ Τμ. Ελ. Συν. 3220, 3200, 2822, 2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016). Συναφώς το αυτό ισχύει και για το αίτημα ακύρωσης των πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού τα οποία ως έχοντα προεχόντως γνωμοδοτικό χαρακτήρα δεν είναι δεκτικά ακυρωτικής προσβολής.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης : 671/2018

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 27 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 28 Αυγούστου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη