

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.03.2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ (και ήδη ΕΑΔΗΣΥ) 443/22.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ... .., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά τ... .. (εφεξής: η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Την από 31.03.2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής: «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στ... .., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 074/2022 Απόφαση της οικονομικής επιτροπής τ... .., στο μέτρο που με αυτήν κρίθηκε ότι η προσφορά της εταιρείας «.....» και ήδη παρεμβαίνουσας έγινε αποδεκτή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 900,00 ευρώ υπερβάλλον κατά το ποσό των 11,75 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ήτοι 177.650,00 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. Διακήρυξη προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «.....» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, με εκτιμώμενη αξία 177.650,00 Ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, η οποία αναρτήθηκε στις 25.11.2021 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 25.11.2021, όπου έλαβε ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 21.03.2022 (ήτοι την επομένη

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

εργάσιμη μετά τη συμπλήρωση της 10ήμερης προθεσμίας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής που συμπληρώθηκε την 20^η.03.2022 ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα) στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.03.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρ. 361, παρ. 1 και 362, παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και στα άρ. 4, παρ. 1, εδ. α' και 8, παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά μετά και την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών κρίθηκε αποδεκτή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος καθόσον έλαβε σειρά κατάταξης με αύξοντα αριθμό 1, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στη ζημία της από την (τυχόν) παράνομη συμμετοχή άλλων προσφερόντων (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 - Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, σκ. 35-37). Η δε σειρά κατάταξης δεν αποκλείει αυτόματα την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος εκ μέρους οιοδήποτε συμμετέχοντα και μη οριστικώς αποκλεισθέντος, ως εν προκειμένω.

6. Επειδή, στις 08.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις υπ' αρ. πρωτ. 2916/01.04.2022 απόψεις της την 01.04.2022 μέσω της λειτουργικότητας

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

«επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, επί της προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες. Με τις απόψεις της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτές, ζητεί την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, στις 31.03.2022 η εταιρεία με την επωνυμία «.....» κατέθεσε εμπροθέσμως παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλομένης πράξης μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με την οποία ζητεί να απορριφθεί η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλομένη πράξη, την οποία απέστειλε επίσης δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ την ίδια ημέρα. Την ως άνω παρέμβαση κοινοποίησε η αναθέτουσα αρχή στις 11.04.2022 δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες.

9. Επειδή, στις 06.04.2022 η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπροθέσμως μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού Υπόμνημα προς αντίκρουση της Παρεμβάσεως και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο απέστειλε αυθημερόν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ.

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

11. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού 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. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ.

και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). 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).

12. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, 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, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

13. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού 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. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

14. Επειδή, στο αρ. 102 του Ν. 4412/2016 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών», ως ισχύει εν προκειμένω μετά την τροποποίησή του με το αρ. 42 Ν. 4782/2021 ορίζεται ότι : «*Κατά τη διαδικασία*

αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.».

15. Επειδή, στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4782/2021 ως προς την τροποποίηση του αρ. 102 Ν. 4412/2016 επισημαίνονται τα εξής: «Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά,

υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρείας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί κατά παράβαση του αρ. 91 ν. 4412/2016, του όρου 2.4.6 της Διακήρυξης, καθώς και του όρου 1.3 της με αριθμ. Μελέτης του διαγωνισμού κατά το ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε πρωτόκολλο κατάθεσης των δειγμάτων στην αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, ισχυρίζεται τα εξής: «Το άρθρο 91 ν.4412/2016 - Λόγοι απόρριψης προσφορών, 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 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. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης. ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) Προσφορά υπό αίρεση. ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 95. η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής στην κλειστή διαδικασία, τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στη σύμπραξη καινοτομίας.».

Ακόμη, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης - Λόγοι απόρριψης προσφορών, προβλέπεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

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 παρούσας, 96 β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλείψεις, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας και τα άρθρα 102 και 103 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ.γ της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) η οποία είναι υπό αίρεση, ζ) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, η) για την οποία ο προσφέρων δεν παράσχει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, εξηγήσεις αναφορικά με την τιμή ή το κόστος που προτείνει σε αυτήν, στην περίπτωση που η προσφορά του φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με τα αγαθά, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 88 του ν.4412/2016, θ) εφόσον διαπιστωθεί ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή διότι δε συμμορφώνεται με τις

ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν.4412/2016, ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης, 95 Άρθρο 91 του ν. 4412/2016 96 Άρθρα 92 έως 97, άρθρο 100 καθώς και άρθρα 102 έως 104 του ν. 4412/16 Σελίδα 32 ια) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης, εφόσον αυτές δεν θεραπευτούν από τον προσφέροντα με την υποβολή ή τη συμπλήρωσή τους, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα με τα άρθρα 102 και 103 του ν.4412/2016, ιβ) εάν από τα δικαιολογητικά του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4. επ., περί κριτηρίων επιλογής, ιγ) εάν κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών του άρθρου 103 του ν.4412/2016, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία.». Ακολούθως, στη με αριθμ. 9/2022 Μελέτη του διαγωνισμού, υπό 1.3 ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΑΠΟ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΕΣ, ΕΙΣΑΓΩΓΕΙΣ ΚΑΙ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΟΥΣ, προβλέπεται ότι: «Αντίγραφο δελτίου αποστολής των κατατεθειμένων δειγμάτων προς το Δήμο, καθώς και αριθμός Πρωτοκόλλου κατάθεσης αυτών, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να υποβληθεί με την τεχνική προσφορά.». Τέλος, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης - Τεχνική προσφορά, προβλέπει ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.». Κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν [βλ. ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.], όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και αυτές που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων [ΕΣ VI Τμήμα Πράξη 10/2018 σκέψη III], οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού [ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ], αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (βλ. ΑΕΠΠ 4.....). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27). Περαιτέρω, η απόκλιση προσφοράς υποψηφίου από απαράβατους όρους της Διακήρυξης, συνεπάγεται αυτομάτως τον αποκλεισμό του υποψηφίου κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ΣτΕ ΕΑ 1089/2009 σκέψη 5), καθώς δεν επιτρέπεται η συμπλήρωσή τους με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016 (ΑΕΠΠ 4....., 1/2018 σκέψη 31, 20/2018 κ.ά.). Ειδικότερα, στη με αριθμ. μελέτη του διαγωνισμού, προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να καταθέσουν στον διαγωνισμό δείγματα των υπό προμήθεια προϊόντων, δύο (2) εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στο πρωτόκολλο του Δήμου. Επιπλέον, με την τεχνική προσφορά, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να υποβληθεί αντίγραφο δελτίου αποστολής των κατατεθειμένων δειγμάτων

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

προς το Δήμο, καθώς και ο αριθμός πρωτοκόλλου του Δήμου Βισαλτίας για την κατάθεση αυτών στο πρωτόκολλο για της αναθέτουσας αρχής. Στην συγκεκριμένη περίπτωση, η εταιρία έχει προσκομίσει στον διαγωνισμό (α) το αρχείο με τίτλο «ΔΑΠ ΔΕΙΓΜΑΤΩΝ, (β) το αρχείο με τίτλο «διαβιβαστικό ΔΕΙΓΜΑΤΑ με αριθμ. πρωτ.». Πλην όμως σε κανένα από τα αρχεία αυτά, αλλά ούτε και σε άλλο αρχείο της προσφοράς της δεν περιλαμβάνεται το πρωτόκολλο κατάθεσης αυτών στο πρωτόκολλο τ... .., ως όφειλε επί ποινή αποκλεισμού».

17. Επειδή, επί του ανωτέρω προβαλλόμενου λόγου η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει τα εξής: «Η ανάδοχος εταιρεία επιχειρεί να δημιουργήσει εσφαλμένες εντυπώσεις ισχυριζόμενη ότι δήθεν δεν υπέβαλε με την προσφορά της τον αριθμό πρωτοκόλλου για τα κατατεθειμένα δείγματα. Ωστόσο αποκρύπτει το γεγονός ότι στο αρχείο που κατέθεσε η εταιρεία μας και αποτελεί τμήμα της προσφοράς της και τιτλοφορείται «διαβιβαστικό ΔΕΙΓΜΑΤΑ με αριθμ. πρωτ. s.pdf» αναφέρεται στο τμήμα πάνω δεξιά ο αριθμός πρωτοκόλλου κατάθεσης των δειγμάτων- 14774/29-12-2021, τον οποίο πληροφορηθήκαμε μετά την αποστολή των δειγμάτων και την επιβεβαίωση παραλαβής τους από την αναθέτουσα αρχή. Στο δε έγγραφο της προσφοράς με τίτλο «ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΣ: ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΕΤΟΧΗΣ / ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» (σελ. 2) απαριθμείται το ως άνω έγγραφο με τίτλο «Διαβιβαστικό δειγμάτων με αριθμό Πρωτοκόλλου». Από τον τίτλο των δύο ως άνω εγγράφων της προσφοράς μας αλλά κυρίως από το περιεχόμενο του εγγράφου με τίτλο «διαβιβαστικό ΔΕΙΓΜΑΤΑ με αριθμ. πρωτ. s.pdf» ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται για το γεγονός της έγκυρης προσκόμισης από την εταιρεία μας του σχετικού αριθμού πρωτοκόλλου».

18. Επειδή, μετά την εξέταση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και του κανονιστικού πλαισίου της επίμαχης Διακήρυξης, επί του πρώτου προβαλλόμενου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής: Η υπ’

αριθμ. Μελέτη, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της επίμαχης Διακήρυξης, πράγματι προβλέπει στο αρ. 1.3 αυτής ότι «*Αντίγραφο δελτίου αποστολής των κατατεθειμένων δειγμάτων προς τ... .., καθώς και αριθμός Πρωτοκόλλου κατάθεσης αυτών, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να υποβληθεί με την τεχνική προσφορά*». Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι το κατατεθειμένο συνημμένα προς την τεχνική προσφορά της αρχείο με την ονομασία «*διαβιβαστικό ΔΕΙΓΜΑΤΑ με αριθμ. πρωτ. s.pdf*» αποτελεί το απαιτούμενο κατά τα ανωτέρω αντίγραφο δελτίου αποστολής των κατατεθειμένων δειγμάτων προς το Δήμο, καθώς ο αριθμός πρωτοκόλλου που αναγράφεται επί αυτού (14774/29-12-2021) είναι ο αριθμός πρωτοκόλλου που έλαβε η εταιρεία από τ... .. κατά την αποστολή των δειγμάτων και εκ των υστέρων συμπληρώθηκε επί του εν λόγω εγγράφου, προκειμένου να υποβληθεί αυτό στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μαζί με την προσφορά της. Τα αυτά ισχυρίζεται και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Πλην όμως, η μη κατάθεση του αντιγράφου του δελτίου αποστολής των δειγμάτων, επί του οποίου να έχει τεθεί και ο αριθμός πρωτοκόλλου κατάθεσης αυτών **από την ίδια την αναθέτουσα αρχή** συνιστά παράβαση του ανωτέρου όρου της Διακήρυξης, καθώς το κατατεθέν έγγραφο με το λογότυπο της παρεμβαίνουσας εταιρείας, επί του οποίου έχει αναγραφεί από την ίδια την παρεμβαίνουσα εταιρεία ο αριθμός πρωτοκόλλου που φέρεται να έλαβε από το Δήμο δημιουργεί σύγχυση ως προς το εάν ο εν λόγω αριθμός πρωτοκόλλου έχει δοθεί σε εισερχόμενο προς την αναθέτουσα αρχή έγγραφο ή σε εξερχόμενο από την παρεμβαίνουσα εταιρεία έγγραφο. Ωστόσο, η ως άνω πλημμέλεια κατά την υποβολή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δεν άγει στην άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς της, αλλά δύναται να τύχει διευκρίνισης κατά τη διαδικασία που ορίζει το αρ. 102 ν. 4412/2016, καθόσον από τα στοιχεία του φακέλου και τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής (βλ. αρχείο «*διαβιβαστικό ΔΕΙΓΜΑΤΑ με αριθμ. πρωτ. s.pdf*») υπονοείται η υποβολή του ληφθέντος αριθμού πρωτοκόλλου κατά την κατάθεση των δειγμάτων προς την

αναθέτουσα αρχή μαζί με την τεχνική προσφορά της, χωρίς όμως να έχει υποβληθεί αυτούσιο το διαβιβαστικό έγγραφο με συμπληρωμένο τον αριθμό πρωτοκόλλου επί αυτού από υπάλληλο της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, ώστε να είναι απολύτως σαφής η προέλευσή του. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη «*Η διακήρυξη απαιτεί επί ποινή αποκλεισμού κατάθεση με την προσφορά «Αντίγραφο δελτίου αποστολής των κατατεθειμένων δειγμάτων προς το Δήμο, καθώς και αριθμός Πρωτοκόλλου κατάθεσης αυτών, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να υποβληθεί με την τεχνική προσφορά».* Σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου αμφότερες οι απαιτήσεις πληρούνται και Δελτίο Αποστολής τους κατατέθηκε και ο αριθμός πρωτοκόλλου κατάθεσης τους. Πράγματι, μπορεί να δημιουργηθεί ασάφεια στους ανταγωνιστές ως προς την πλήρωση της επίμαχης απαίτησης, λόγω των όσων αναφέρθηκαν ανωτέρω, ωστόσο η μη κατάθεση του αντιγράφου του δελτίου αποστολής των δειγμάτων, επί του οποίου να έχει τεθεί και ο αριθμός πρωτοκόλλου κατάθεσης αυτών από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, αν και παρίσταται ως ο πλέον ενδεδειγμένος τρόπος απόδειξης πλήρωσης της επίμαχης ως άνω απαίτησης, δεν προκύπτει από τα έγγραφα της σύμβασης, ούτε δύναται νομίμως να ερμηνευθεί διασταλτικά η διακήρυξη. **Χάριν, ωστόσο, πλήρους διαφάνειας και δοθέντος ότι δεν αφορά σε στοιχείο μη κατατεθέν με την προσφορά θα πρέπει να κληθεί ο προσφεύγων προς παροχή διευκρινήσεων, κατά τρόπο ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία στον ανταγωνιστή**». Επομένως, ο πρώτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός κατά τα ανωτέρω.

19. Επειδή, με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα κάτωθι: «*Στο άρθρο 92 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «4. Οι προσφορές και οι αιτήσεις συμμετοχής, καθώς και τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε αυτές, συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5ης.10.1961, που κυρώθηκε με τον ν. 1497/1984 (Α' 188). Τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα*

συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα, επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις κείμενες διατάξεις είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Στα έγγραφα της σύμβασης του άρθρου 53 μπορεί να ορίζεται ότι ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα, εταιρικά ή μη, με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο, δηλαδή έντυπα με αμιγώς τεχνικά χαρακτηριστικά, όπως αριθμούς, αποδόσεις σε διεθνείς μονάδες, μαθηματικούς τύπους και σχέδια, που είναι δυνατόν να διαβαστούν σε κάθε γλώσσα και δεν είναι απαραίτητη η μετάφρασή τους, μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα, χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική..». Ακόμη, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης - Τεχνική προσφορά, προβλέπει ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με στο Παράρτημα I της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.». Ακολούθως, στο Παράρτημα I - με αριθμ. Μελέτη της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «ΠΡΟΤΥΠΑ ΚΑΙ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΣΕΙΣ Πρότυπα: Το φωτιστικό θα είναι σύμφωνο με: EN 60598-1, EN 60598-2-3, EN 62471, EN55015, EN 61547, EN 61000-3-2, EN 61000-3-3. Πιστοποιήσεις και εκθέσεις δοκιμών: Οι πιστοποιήσεις που θα διαθέτει είναι CE Certificate, ENEC, EN60598 Test Report, LM79, LM80, ISO9227, Photobiological Safety. Πιστοποίηση κατασκευάστριας εταιρίας: Η κατασκευάστρια εταιρία είναι πιστοποιημένη κατά ISO 9001 και ISO 14001 Εγγύηση φωτιστικού: 5 έτη Ενδεικτικού ή ισοδύναμου τύπου Q-DROME». Στον υπ' αριθμόν 2.1.4. όρο της διακήρυξης προβλέπεται, επίσης, ότι: «Τα έγγραφα της σύμβασης έχουν συνταχθεί στην ελληνική γλώσσα. Τυχόν ενστάσεις ή προδικαστικές προσφυγές υποβάλλονται στην ελληνική γλώσσα. Οι προσφορές και τα περιλαμβανόμενα σε αυτές στοιχεία συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη

μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5ης.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α'188)38. Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α'188). Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο. Ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα -εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται στην αγγλική γλώσσα, χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική. Κάθε μορφής επικοινωνία με την αναθέτουσα αρχή, καθώς και μεταξύ αυτής και του αναδόχου, θα γίνονται υποχρεωτικά στην ελληνική γλώσσα».

Εκ των ανωτέρω διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης συνάγεται ότι συντρέχει περίπτωση νόμιμης απόρριψης προσφοράς διαγωνιζόμενου, η οποία δεν συνοδεύεται από την προβλεπόμενη μετάφραση στην ελληνική γλώσσα των προσκομιζόμενων ξενόγλωσσων πιστοποιητικών, τα οποία προβλέπονται ως αποδεικτικά της πλήρωσης των σχετικών τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΔΕφΘεσ/νικης 152/2021).

Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία «.....» συμπεριέλαβε στην προσφορά της έγγραφο με τίτλο: «..... .pdf», «..... .pdf», «..... .pdf», «..... .pdf», «..... .pdf», «..... .pdf», «ISO9227.pdf» (φάκελος «ΦΩΤΙΣΤΙΚΑ ΙΣΤΟΣ»), στην αγγλική γλώσσα, χωρίς να συνοδεύονται από

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

επίσημη μετάφραση στην ελληνική γλώσσα. Σημειωτέον δε ότι τα έγγραφα αυτά δεν έχουν τεχνικό περιεχόμενο. Με δεδομένο ότι σύμφωνα με τον ανωτέρω όρο της διακήρυξης τα προσκομιζόμενα από τους προσφέροντες αποδεικτικά έγγραφα πρέπει να είναι συντεταγμένα στην ελληνική γλώσσα ή να συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση στην ελληνική γλώσσα, εάν αυτά είναι συντεταγμένα σε άλλη γλώσσα, τα σχετικά έγγραφα έχουν υποβληθεί κατά παράβαση του προαναφερθέντος ουσιώδους όρου της διακήρυξης και δεν μπορούν να ληφθούν υπ' όψη για την εξέταση της πλήρωσης της τασσομένης απαίτησης των όρων 2.4.2.3. και 2.4.3.2. της διακήρυξης σχετικά με το υποχρεωτικό περιεχόμενο του φακέλου της τεχνικής προσφοράς (πρβλ. Ε.Α. 131,277/2019), με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύεται η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών. Ως εκ τούτου, μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της ανωτέρω εταιρίας και για τον λόγο αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί».

20. Επειδή, επί του ανωτέρω δεύτερου προβαλλόμενου λόγου η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται τα εξής: «Η ανάδοχος εταιρεία παραπλανητικά ισχυρίζεται ότι η εταιρεία μας υπέβαλε ξενόγλωσσα έγγραφα χωρίς μετάφραση και ειδικότερα τα αναφερόμενα στον αρ.37 της υπ' αριθμόν μελέτης (σελίδα 61 από 67). Ειδικότερα η ανάδοχος ισχυρίζεται ότι η εταιρεία μας προσκόμισε χωρίς μετάφραση τα ακόλουθα ξενόγλωσσα έγγραφα:

1. «..... .pdf»,

Ωστόσο το ως άνω έγγραφο είναι η έκθεση δοκιμών του εργαστηρίου με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο καθώς περιλαμβάνει μετρήσεις, εικόνες και μαθηματικούς τύπους για τη μέτρηση της φωτοβιολογικής ασφάλειας των λαμπτήρων του φωτιστικού.

2. «..... .pdf»

Ομοίως το παραπάνω έγγραφο είναι η έκθεση δοκιμών για το LM-80, έγγραφο

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

αποτελούμενο από 74 σελίδες με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο καθώς περιλαμβάνει μετρήσεις, εικόνες και μαθηματικούς τύπους.

3. «..... .pdf»

Το ως άνω έγγραφο είναι η έκθεση δοκιμών για το LM-79, έγγραφο αποτελούμενο από 24 σελίδες με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο καθώς περιλαμβάνει μετρήσεις, σχέδια και μαθηματικούς τύπους.

4. «..... .pdf»

Το ως άνω έγγραφο είναι η έκθεση δοκιμών για το LM-79 έγγραφο αποτελούμενο από 7 σελίδες με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο που περιλαμβάνει μετρήσεις, σχέδια και μαθηματικούς τύπους .

5. «..... .pdf»

Το ανωτέρω έγγραφο είναι η έκθεση δοκιμών για το EN60598, έγγραφο αποτελούμενο από 171 σελίδες με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο καθώς περιλαμβάνει μετρήσεις, σχέδια και μαθηματικούς τύπους.

6. «ISO 9227.pdf»

Το ανωτέρω έγγραφο αποτελεί έκθεση δοκιμών για την αλατονέφωση σύμφωνα με το ISO9227, έγγραφο αποτελούμενο από 14 σελίδες με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μετρήσεις, εικόνες, μαθηματικούς τύπους.

Τα ανωτέρω εντάσσονται στην κατηγορία «ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα εταιρικά ή μη με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο», τα οποία σύμφωνα με τον όρο 2.1.4 της διακήρυξης μπορούν να υποβάλλονται στην αγγλική γλώσσα χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική, το οποίο άλλωστε επιτρέπεται και από το άρθρο 92 του ν. 4412/2016. Άλλωστε όπως έχει κριθεί ότι «τεχνικό φυλλάδιο ή έντυπο με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο» είναι έγγραφο που δεν έχει δύναμη πιστοποίησης- απόδειξης

Αριθμός Απόφασης : 746/2022

αλλά συνιστά έγγραφο ενημερωτικού χαρακτήρα το οποίο χρησιμοποιείται για εμπορικούς σκοπούς, στο πλαίσιο προώθησης των προϊόντων του κατασκευαστή στις αγορές κλπ (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 1366/2021, ΑΕΠΠ 116/2019 και νομολογία ΔΕφΚομ 15/2019, ΔΕφΑθ 525/2013 (ΑΣΦ), 632/2013 (ΑΣΦ), ΔΕφΧαν 39/2013, ΣτΕ 745/2011 (ΑΣΦ), 277/2011). Άλλωστε η διάκριση αυτή ενισχύεται και από τη συστηματική διάρθρωση του άρθρου 37 της μελέτης όπου ρητά γίνεται διαχωρισμός των εγγράφων που φέρουν δύναμη πιστοποίησης- απόδειξης σε σχέση με αυτά που περιλαμβάνουν αποτελέσματα εκθέσεων δοκιμών, ήτοι «ΠΡΟΤΥΠΑ ΚΑΙ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΣΕΙΣ»

Πρότυπα: Το φωτιστικό θα είναι σύμφωνο με: EN 60598-1, EN 60598-2-3, EN 62471, EN55015, EN 61547, EN 61000-3-2, EN 61000-3-3.

Πιστοποιήσεις και εκθέσεις δοκιμών: Οι πιστοποιήσεις που θα διαθέτει είναι CE Certificate, ENEC, EN60598 Test Report, LM79, LM80, ISO9227, Photobiological Safety.

Πιστοποίηση κατασκευάστριας εταιρίας: Η κατασκευάστρια εταιρία είναι πιστοποιημένη κατά ISO 9001 και ISO 14001»

Είναι σαφές κατά τα ανωτέρω ότι οι εκθέσεις δοκιμών διαχωρίζονται σαφώς από τα έγγραφα που αποτελούν αποδεικτικά συνδρομής τεχνικής προδιαγραφής. Ειδικότερα αναφορικά με το ISO9227, δοθέντος ότι το επίμαχο Πρότυπο δεν είναι πιστοποιήσιμο και δεν καθορίζει απαιτήσεις, παρά αποτελεί έκθεση δοκιμών για την αλατονέφωση, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι φέρει χαρακτήρα πιστοποιητικού (πρβλ. ΑΕΠΠ 79.....), άποψη που ενισχύεται και από το γεγονός της κατάταξής του στην κατηγορία των εκθέσεων δοκιμών».

21. Επειδή, κατόπιν εκτίμησης αμφοτέρων των ισχυρισμών καθώς και του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης επί του δεύτερου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής: Από τα οριζόμενα στο ανωτέρω

παρατιθέμενο αρ. 92 του Ν. 4412/2016 καθώς και στον όρο 2.1.4 της επίμαχης Διακήρυξης, προκύπτει ότι από το γενικό κανόνα της προσκόμισης των αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων συνοδευόμενα από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα, εξαιρούνται τα ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και τα έντυπα με τεχνικό περιεχόμενο, τα οποία μπορούν να υποβάλλονται χωρίς επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης και δεν αμφισβητείται, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε τα αρχεία με τίτλο: «..... .pdf», «..... .pdf», «..... .pdf», «..... .pdf», «..... .pdf», «ISO 9227.pdf» (φάκελος «ΦΩΤΙΣΤΙΚΑ ΙΣΤΟΣ»), συνταχθέντα στην αγγλική γλώσσα χωρίς να συνοδεύσει αυτά με επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Αβασίμως ωστόσο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ως άνω κατάθεση των εν λόγω εγγράφων μη μεταφρασμένων στην ελληνική γλώσσα είναι πλημμελής, καθόσον από την επισκόπηση του περιεχομένου τους προκύπτει ότι αυτό είναι αμιγώς τεχνικό και ως εκ τούτου περιλαμβάνονται στις ως άνω εξαιρετές περιπτώσεις εγγράφων που δύνανται να υποβληθούν νομίμως χωρίς επίσημη μετάφραση στην ελληνική γλώσσα. Το αυτό δε ισχύει και για το αρχείο με την ονομασία «ISO 9227.pdf», το οποίο ως ορθώς ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα αποτελεί έκθεση δοκιμής (test report) ψεκασμού αλατιού και κατά τούτο διακρίνεται από τα πρότυπα που φέρουν τα χαρακτηριστικά πιστοποιητικού ISO και χρήζουν μετάφρασης στην ελληνική γλώσσα ως έχοντα χαρακτήρα αποδεικτικού εγγράφου. Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Χ. Ζαράρη «Καταρχήν δεν αμφισβητείται η κατοχή του επίμαχου εγγράφου το οποίο αποτελεί στοιχείο της τεχνικής προσφοράς όπου ναι μεν κατά τους όρους της διακήρυξης το αρ. 2.1.4 περί γλώσσας υποβολής των εγγράφων της προσφοράς καταλαμβάνει το σύνολο του περιεχομένου της προσφοράς και των τεχνικών προσφορών μη εξαιρουμένων πλήν όμως δεν περιλαμβάνεται ρητά ως όρος τεθείς επί ποινή απόρριψης (αυτόματης) σε περίπτωση μη κατάθεσης μετάφρασης με την προσφορά, ούτε το αρ. 2.4.3.2 περί τεχνικής προσφοράς παραπέμπει στο αρ.

2.1.4 επιτάσσοντας την απόρριψη της προσφοράς σε περίπτωση μη συμπερίληψης των οπικείων εγγράφων σε επίσημη μετάφραση, ούτε το αρ. 2.1.4 περιλαμβάνεται ρητά στο αρ. 2.4.6 ώστε να δύναται έστω να συναχθεί άνευ αμφιβολίας ότι επιφέρει την αυτόματη απόρριψη της προσφοράς και ήτοι ότι δεν είναι δεκτική συμπλήρωσης. Η ανωτέρω, ερμηνεία συνάδει με τη διάταξη του αρ. 53 περ. ιζ ν. 4412 που απαιτεί να ορίζονται στη διακήρυξη οι απαραίσιμοι όροι που τίθενται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς σε συνδυασμό με το αρ. 102 ν. 4412/2016 ως τροποποιηθέν ισχύει με το αρ. 42 ν. 4782/2021, ιδωμένα υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΕ που δεν αποδέχεται τη διευκρίνιση στοιχείων η προσκόμιση των οποίων κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς είχε τεθεί επί ποινή απόρριψης της (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 και C-927/19 Clairpedos) υπό την προϋπόθεση ότι η οικεία απαίτηση είχε τεθεί με σαφήνεια». Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

22. Επειδή, με τον τρίτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: «Σύμφωνα με το άρθρο 100 ν.4412/2016, Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, προβλέπεται ότι: «1. Το αρμόδιο όργανο αρχίζει τη διαδικασία αποσφράγισης των προσφορών την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή από τη σχετική πρόσκληση. Αν ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης έχει επιλεγεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, τα επιμέρους στάδια, στην ανοικτή διαδικασία ή στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, έχουν ως εξής: α) Η αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, και της οικονομικής προσφοράς γίνεται την

ημερομηνία και ώρα που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης ή τη σχετική πρόσκληση. Στο στάδιο αυτό τα στοιχεία των προσφορών που αποσφραγίζονται είναι προσβάσιμα μόνο στα μέλη του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου και την αναθέτουσα αρχή. Το αρμόδιο όργανο προβαίνει αρχικά στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και εν συνεχεία στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, με την επιφύλαξη της παρ. 1 του άρθρου 72, περί παράλειψης προσήκουσας προσκόμισης εγγύησης συμμετοχής. Η διαδικασία αξιολόγησης ολοκληρώνεται με την καταχώριση σε πρακτικό των προσφερόντων, των αποτελεσμάτων του ελέγχου και της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών. β) Στη συνέχεια αξιολογούνται οι οικονομικές προσφορές των προσφερόντων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά κρίθηκαν αποδεκτά σύμφωνα με την περ. α' και οι οικονομικές προσφορές καταχωρίζονται σε πρακτικό κατά σειρά μειοδοσίας. γ) Μετά από την ολοκλήρωση της διαδικασίας των περ. α' και β', η αναθέτουσα αρχή, εφόσον εγκρίνει τα πρακτικά με απόφασή της, προσκαλεί εγγράφως τον πρώτο σε κατάταξη μειοδότη, στον οποίον πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινός ανάδοχος»), να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 103, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών. Η απόφαση έγκρισης των πρακτικών δεν κοινοποιείται στους προσφέροντες και ενσωματώνεται στην απόφαση κατακύρωσης. Η διαδικασία ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105 στην οποία ενσωματώνεται η απόφαση της περ. γ'. Μετά από την έκδοση και κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 105, οι προσφέροντες λαμβάνουν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία και των στοιχείων που υποβλήθηκαν από αυτούς. Κατά της απόφασης κατακύρωσης χωρεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ σύμφωνα με

όσα προβλέπονται στο Βιβλίο IV. Κατά της ανωτέρω απόφασης δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής.». Με το άρθ. 40 ν. 4782/2021, τροποποιήθηκε το άρθρο 100 παρ. 2 ν. 4412/2016. Σύμφωνα με το τελευταίο, αναμορφώνεται πλήρως η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών σε συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, δήθεν για λόγους επιτάχυνσης της διαδικασίας και μείωσης των διοικητικών βαρών. Ειδικότερα, όταν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, προβλέπεται η έκδοση μίας ενιαίας απόφασης της αναθέτουσας αρχής, αντί των δύο που προβλέπονταν στη προισχύσασα διάταξη, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των σταδίων της διαδικασίας, δηλαδή την υποβολή δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς, οικονομικής προσφοράς και δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι δε συμμετέχοντες λαμβάνουν γνώση των στοιχείων των λοιπών προσφερόντων με την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης. Μόνη δε εκτελεστή πράξη είναι η απόφαση κατακύρωσης, η οποία και μόνο προσβάλλεται παραδεκτά με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία μας ανακήρυξε προσωρινούς αναδόχους, ενσωμάτωσε όλα τα προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού και για το λόγο αυτό είναι εκτελεστή και προσβάλλεται παραδεκτά και νόμιμα με την παρούσα προδικαστική προσφυγή. Ωστόσο, αν παρ' ελπίδα υποτεθεί ότι δήθεν η απόφαση αυτή δεν είναι εκτελεστή, επισημαίνουμε ότι η διάταξη του άρθ. 100 παρ. 2 ν. 4412/2016, είναι ανίσχυρη και δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω, διότι αντιτίθεται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, στην αρχή της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων των οργάνων του διαγωνισμού, στην αρχή της οικονομίας της δίκης και στο άρθ. 5 παρ. 1 του Συντάγματος. Ειδικότερα, η κρίσιμη διάταξη δεν επιτυγχάνει την οικονομία της διαδικασίας χάριν της οποίας δήθεν θεσπίστηκε. Τούτο διότι, δεν επιτρέπει την άμεση εκκαθάριση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την απόρριψη των μη νομίμων προσφορών ήδη από πρώιμο στάδιο του διαγωνισμού, την οποία ακριβώς εξυπηρετούσε η

έκδοση δύο αυτοτελών εκτελεστών αποφάσεων, η μία εκ των οποίων αφορούσε αυτοτελώς στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και η δεύτερη εκ των οποίων αφορούσε αυτοτελώς στο στάδιο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Σημειωτέον δε ότι, η ως άνω διάταξη, όχι μόνο δεν επιτυγχάνει την επιτάχυνση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την ταχεία και αποτελεσματική δικαστική προστασία στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, αλλά αντιθέτως συμβάλλει στην επιβράδυνσή τους, δεδομένου ότι δύναται να καταλήξει στην ανακήρυξη ως οριστικού αναδόχου του διαγωνισμού ενός οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει υποβάλει μη νόμιμη προσφορά. Με αυτό τον τρόπο, εάν δηλαδή με την προσβολή της κατακυρωτικής πράξης του διαγωνισμού - η οποία είναι η μόνη επιτρεπτά προσβαλλόμενη - διαγνωστεί πλημμέλεια σε προγενέστερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να συμμορφωθεί, θα πρέπει να επαναλάβει τη διαδικασία από το στάδιο στο οποίο έχει εμφιλοχωρήσει η πλημμέλεια. Τούτο θα προκαλέσει υπέρμετρες καθυστερήσεις και περιττή γραφειοκρατία, ώστε η κρίσιμη διάταξη όχι μόνο δεν εξυπηρετεί τον σκοπό της, αλλά τον καταστρατηγεί και τον υπονομεύει. Σημειωτέον δε ότι η περαιτέρω επιβράδυνση της διαδικασίας και η πάροδος μεγάλου χρονικού διαστήματος από τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μας, αφενός παραβιάζει και το δικαίωμά μας στην οικονομική ελευθερία, δεδομένου ότι στο χρονικό αυτό διάστημα δύναται να επέλθουν άρδην μεταβολές των κοινωνικών και οικονομικών συνθηκών (βλ. ραγδαίες αυξήσεις υλικών, καυσίμων, ενεργειακή κρίση), ώστε μεταβάλλονται τα οικονομικά δεδομένα και ο οικονομικός προγραμματισμός με βάση τον οποίον υποβάλαμε την προσφορά μας. Αφετέρου, παραβιάζει και το δικαίωμά μας στην δικαστική προστασία, διότι διευρύνει τον όγκο των εγγράφων των προσφορών, των οποίων τη συμμόρφωση οφείλουμε να ελέγξουμε σε σχέση με το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά - οικονομική προσφορά - δικαιολογητικά κατακύρωσης), ενώ ταυτόχρονα περιορίζει υπέρμετρα τον χρόνο εντός του οποίου οφείλουμε να τα ελέγξουμε

και να ασκήσουμε προδικαστική προσφυγή (10 ημέρες για το σύνολο των εγγράφων). Κατ' ουσίαν, δηλαδή, καταργεί πλήρως την αρχή της επίκαιρης τήρησης των διαδικασιών και την αρχή της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού, (βλ. ΔΕφΠειρ 96/2021, ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 245/2011), οι οποίες κατοχυρώνονται και στο ενωσιακό δίκαιο και οι οποίες αποβλέπουν στην αποκλεισμό του παρεμπόπτοντα ελέγχου της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (βλ. ΕΑ ΣτΕ 305/2011). Για τους λόγους αυτούς, η κρίσιμη διάταξη του άρθρου 100 παρ. 2 ν.4412/2016 είναι αντισυνταγματική, ώστε δεν πρέπει να εφαρμοστεί στην συγκεκριμένη περίπτωση, και η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή μας πράξη πρέπει να λογιστεί ως παραδεκτά προσβαλλόμενη υπό κάθε εκδοχή».

23. Επειδή, επί του ανωτέρω προβαλλόμενου λόγου η παρεμβαίνουσα εταιρεία αντιτάσσει τα κάτωθι: «Η ανάδοχος απαράδεκτα βάλλει κατά της συνταγματικότητας διάταξης νόμου και άρα όρου της διακήρυξης. Με τις αιτιάσεις της αναδόχου εταιρείας που άπτονται της συνταγματικότητας των σχετικών διατάξεων της διακήρυξης, οι οποίες ερείδονται καταρχήν στο νόμο και οι οποίες, κατά την κρίση της, αντίκεινται σε θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές, δέον ειπείν ότι εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ ο αιτούμενος από την ανάδοχο εταιρεία έλεγχος, καθώς ως διοικητική αρχή βάσει, άλλωστε, και ρητής νομοθετικής πρόβλεψης υποχρεούται να απέσχει από τη διενέργεια παρεμπόπτοντος ελέγχου. Εξάλλου, με βάση την πάγια νομολογία, ο παρεμπόπτων έλεγχος ανήκει (βλ. και αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ) στη δικαστική εξουσία. Ειδικότερα, ο παρεμπόπτων έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων επιφυλάσσεται από το Σύνταγμα υπέρ της δικαστικής εξουσίας μονομερώς (βλ. αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ), ενώ η Διοίκηση στα πλαίσια της αρχής της νομιμότητας οφείλει να τηρεί απαρέγκλιτα το οικείο νομοθετικό

και κανονιστικό καθεστώς. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αποτελεσματικής δικαστικής Αριθμός προστασίας δεν επιτάσσουν την αποχή της διοίκησης από την εφαρμογή διατάξεων νόμου, ακόμη και στην περίπτωση που η συμβατότητά τους προς το ενωσιακό δίκαιο ή το Σύνταγμα έχει αμφισβητηθεί δικαστικά, απόκειται, δε, στα αρμόδια δικαστήρια να αναστείλουν την εκτέλεση των σχετικών διοικητικών πράξεων ή, αν εκκρεμεί στο ΣΤΕ η επίλυση του ζητήματος στα πλαίσια πρότυπης δίκης, να αναστείλουν την εκδίκαση των υποθέσεων στις οποίες ανακύπτει το ίδιο ζήτημα (ΑΕΠΠ Σ6262/2021, Δ. Εφ. Αθηνών 113/2018 επί αιτ. αναστ.)».

24. Επειδή, μετά την εξέταση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του τρίτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής: Στο αρ. 347 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : « 1. Συστήνεται *Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων [(ΕΑΔΗΣΥ) (εφεξής «η Αρχή»)]*, με αντικείμενο: α) την ανάπτυξη και προαγωγή της εθνικής στρατηγικής, πολιτικής και δράσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, τη διασφάλιση της διαφάνειας, αποτελεσματικότητας, συνοχής και εναρμόνισης των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης των δημόσιων συμβάσεων προς το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, τη διαρκή βελτίωση του νομικού πλαισίου των δημόσιων συμβάσεων και την τήρησή του από τα δημόσια όργανα και τις αναθέτουσες αρχές και β) την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο Τμήμα II του παρόντος Τίτλου. (..) 4. Η Αρχή είναι ανεξάρτητη διοικητική αρχή, απολαύει λειτουργικής ανεξαρτησίας, διοικητικής και οικονομικής αυτοτέλειας, δεν υπόκειται σε έλεγχο ή εποπτεία από κυβερνητικά όργανα ή άλλες διοικητικές αρχές και υποστηρίζεται διοικητικά από το Υπουργείο Δικαιοσύνης. Η Αρχή υπόκειται μόνο σε κοινοβουλευτικό έλεγχο, σύμφωνα με το άρθρο 138Α του Κανονισμού της Βουλής (Α΄ 106) και

στον κατασταλτικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου». Επιπλέον, στο αρ. 360 παρ. 1 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, στο αρ. 87 παρ. 1 του ισχύοντος Συντάγματος ορίζεται ότι «Η δικαιοσύνη απονέμεται από δικαστήρια συγκροτούμενα από τακτικούς δικαστές, που απολαμβάνουν λειτουργική και προσωπική ανεξαρτησία» , ενώ στο αρ. 93 παρ. 4 αυτού προβλέπεται ότι «Τα δικαστήρια υποχρεούνται να μην εφαρμόζουν νόμο που το περιεχόμενό του είναι αντίθετο προς το Σύνταγμα». Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι εκφεύγει των αρμοδιοτήτων της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νομών, ο οποίος κατά συνταγματική επιταγή ανήκει στα δικαστήρια της χώρας, καθώς η ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ αποτελεί ανεξάρτητη διοικητική αρχή και όχι δικαστικό όργανο και συνακόλουθα οι αρμοδιότητες της αφορούν την διοικητική επίλυση των διαφορών, που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων. Κατόπιν των ανωτέρω ο τρίτος προβαλλόμενος λόγος απαραδέκτως προβάλλεται ενώπιον της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ και για το λόγο δεν δύναται να εξετασθεί.

25. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή κατά το σκεπτικό.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Απορρίπτει την παρέμβαση σύμφωνα με το σκεπτικό.
3. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμφωνα με το σκεπτικό.
4. Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου εκ μέρους της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28.04.2022 και εκδόθηκε στις 18.05.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ