

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 16^η Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Απόστολος Σιαπέρας Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.6.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 695/10.6.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο, επί των οδών και, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου, (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά του από 28.05.2019 ηλεκτρονικού μηνύματος της αναθέτουσας αρχής που εστάλη μέσω της «επικοινωνίας» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού περί αποκλεισμού των οικονομικών προσφορών σύμφωνα με την υπ' αριθμό 17/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, την υπ' αριθμό 298/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ και την υπ' αριθμό 76/6.05.2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο....., επί της οδού....., αριθμ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που απέκλεισε την προσφορά του.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 856/2019

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 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 6.6.2019 πληρωμή στην και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 5.141.356,77 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμό 53/2018 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διεθνή διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής στο Πλαίσιο Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Βοήθειας που χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας για τους Απόρους (Τ.Ε.Β.Α.)»», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 5.889.767,71 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3.Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 31.10.2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 31.10.2018 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

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

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 7.6.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 28.5.2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ.

Αριθμός απόφασης: 856/2019

1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

7.Επειδή την 7.6.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή με την υπ' αριθμόν 878/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την από 15.06.2019 και με αριθμ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 545/2019 παρέμβασή του, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, , ο οποίος θεμελιώνει έννομο συμφέρον, εν προκειμένω, στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στις 5.07.2019 μέσω της επικοινωνίας στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

11. Επειδή, ο προσφεύγων την 9.07.2019 ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου Υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω Υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η διάσκεψη για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 16.7.2019 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

Αριθμός απόφασης: 856/2019

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

13. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος 120331 και 120324 προσφορές τους αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμό 17/16.01.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκαν οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων πλην του παρεμβαίνοντος. Κατά της εν λόγω απόφασης ο προσφεύγων άσκησε την με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 98/25.01.2019 προδικαστική προσφυγή. Στο πλαίσιο συζήτησης της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή κατέθεσε την από 31.01.2019 έκθεση απόψεων στην οποία παρέθεσε και συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος. Ειδικότερα επισήμανε ότι η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί και για τον πρόσθετο λόγο ότι, αν και κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση ότι η διακίνηση των προϊόντων θα γίνει από φορτηγά δικά του και της, οι άδειες και βεβαιώσεις καταλληλότητας που υποβλήθηκαν για τα μέσα μεταφοράς της είχαν λήξει, ενώ δεν κατατέθηκε καμία άδεια ή βεβαίωση για τα μέσα μεταφοράς του προσφεύγοντος.

14. Επειδή η ΑΕΠΠ με την υπ' αριθμό 298/2019 απόφαση έκρινε αποδεκτή την προδικαστική προσφυγή του προσφεύγοντος και ακύρωσε την προσβαλλόμενη απόφαση του αποκλεισμού του. Στη συνέχεια, ο παρεμβαίνων άσκησε αίτηση αναστολής κατά της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η οποία έγινε αποδεκτή με την υπ' αριθμό 76/2019 απόφαση με την αιτιολογία της παράβλεψης του λόγου αποκλεισμού της προσφοράς του προσφεύγοντος που προβλήθηκε με την από 31.01.2019 έκθεση απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Η δε αναθέτουσα αρχή, κατόπιν έκδοσης της ανωτέρω απόφασης του Εφετείου προέβη σε αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος και απέστειλε ηλεκτρονικό μήνυμα προς τον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού με το εξής περιεχόμενο:.....

15.Επειδή ο προσφεύγων με την υπό κρίση προσφυγή του αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης για τους ακόλουθους λόγους : «.Η υπ' αριθ.

Αριθμός απόφασης: 856/2019

17/16-1-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, που επικύρωσε το υπ' αριθ. 26/9-1-2019 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής στο Πλαίσιο Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Βοήθειας που χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας για τους Απόρους (Τ.Ε.Β.Α)» π.δ. 5.889,767,71 € με ΦΠΑ, απέκλεισε από το διαγωνισμό την εταιρία μας.

Με την από 21-1-2019 και με ΓΑΚ 98/25-1-2019 προδικαστική προσφυγή μας προσβάλαμε την απόφαση αυτή και επ' αυτής εξεδόθη η υπ' αριθ. 298/2019 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., που έκανε δεκτή την προσφυγή μας και ακύρωσε την πιο πάνω απόφαση.

Κατά της απόφασης αυτής η εταιρεία με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο....., άσκησε αίτηση αναστολής με αριθ. Καταχ. ANM51/29-3-2019 ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθ. 76/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, που την έκανε δεκτή, ανέστειλε την εκτέλεση της απόφασης της ΑΕΠΠ και έδωσε δικαίωμα στην Αναθέτουσα Αρχή να συνεχίσει και ολοκληρώσει τον επίδικο διαγωνισμό.

Κατόπιν αυτών η Αναθέτουσα Αρχή συνέχισε τον επίμαχο διαγωνισμό, αφού απέκλεισε την προσφορά μας με την από 28-5-2019 προσβαλλόμενη πράξη της. Η νέα πράξη αποκλεισμού μας αναφέρει αντί άλλης αιτιολογίας την απόφαση 76/2019 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, στην οποία αναφέρεται ο νέος λόγος αποκλεισμού της εταιρίας μας. Τον λόγο του πρόσφατου αποκλεισμού μας από το διαγωνισμό, προέβαλε για πρώτη φορά η Αναθέτουσα Αρχή με την από 31-1-2019 έκθεση απόψεων, που υπέβαλε ενώπιον της ΑΕΠΠ, κατά την εκδίκαση της προδικαστικής προσφυγής μας, χωρίς εμείς ουδέποτε να λάβουμε γνώση. Κατά τη διάταξη του εδ. Β' της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης με την προδικαστική προσφυγή πράξης». Εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή δεν παρέθεσε απλώς αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης, αλλά παρέθεσε έναν νέο και ουδόλως προηγουμένως προταθέντα και επικληθέντα λόγο αποκλεισμού μας από το διαγωνισμό. Τον

Αριθμός απόφασης: 856/2019

λόγο αυτό αποκλεισμού μας δεν είχαμε τη δυνατότητα να αντικρούσουμε με υποβολή υπομνήματος κατά το στάδιο της εκδίκασης της προδικαστικής προσφυγής μας στην ΑΕΠΠ, καθόσον δεν προβλεπόταν ούτε υποχρέωση κοινοποίησης των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, ούτε δυνατότητα κατάθεσης υπομνήματος επί των απόψεων αυτών στην ΑΕΠΠ, πριν την πρόσθεση νέου εδαφίου στην παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019, που άρχισε να ισχύει όμως από 1-4-2019. Επομένως, σε καμία περίπτωση δεν πληρούνταν οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας κατά το στάδιο αυτό, όπως εσφαλμένα δέχθηκε η υπ' αριθ. 76/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, κατά της οποίας προτιθέμεθα άμεσα να ασκήσουμε αίτηση ανακλήσεως. Εφόσον λοιπόν η πράξη αποκλεισμού μας στηρίχθηκε σε τελείως διαφορετικό και νέο λόγο, έχουμε δικαίωμα να προσφύγουμε εκ νέου στην ΑΕΠΠ με νέα προδικαστική προσφυγή, διότι κατά τη διάταξη του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 « Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 προβλεπομένων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Παράλληλα αποκλείστηκε και η δυνατότητά μας να υποβάλουμε ηλεκτρονικά την παρούσα προσφυγή μας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Επομένως δικαιούμαστε να ασκήσουμε την παρούσα προσφυγή κατά τη διάταξη του εδ. Β' της παρ. 1 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 4 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και ηλεκτρονικά απευθείας στην ΑΕΠΠ. Συνεπώς έχουμε έννομο συμφέρον και νομιμοποιούμαστε να υποβάλουμε ηλεκτρονικά απευθείας στην ΑΕΠΠ εκ νέου προδικαστική προσφυγή κατά της πράξης αποκλεισμού μας από το διαγωνισμό, η οποία στηρίχθηκε σε τελείως καινούργιο λόγο αποκλεισμού μας. Η προσβαλλόμενη απέκλεισε την εταιρία μας από το διαγωνισμό, στον οποίο συμμετείχαμε για το τμήμα 2 «τρόφιμα ψυγείου», διότι στην τεχνική προσφορά μας, που κατατέθηκε ηλεκτρονικά στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, οι άδειες ή

Αριθμός απόφασης: 856/2019

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 δε τη διάταξη της παρ. 5 του ιδίου άρθρου: 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. Κατά τα πιο πάνω, εφόσον η ασάφεια ως προς την ισχύ των αδειών καταλληλότητας θα οδηγούσε στον αποκλεισμό της εταιρίας μας από το διαγωνισμό, όφειλε η αναθέτουσα Αρχή, εφόσον διαπίστωσε διαφοροποίηση του ηλεκτρονικού φακέλου από το φυσικό, να μας καλέσει εγγράφως για διευκρινίσεις, κάτι που δεν έπραξε. Παράλληλα, δεν προέβαλε αρχικά την ασάφεια αυτή ως λόγο αποκλεισμού μας από το διαγωνισμό, ούτως ώστε να έχουμε τη δυνατότητα να αντικρούσουμε το λόγο αυτόν και μόλις με την έκθεση απόψεων ενώπιον της ΑΕΠΠ προέβαλε το πρώτον τέτοιο λόγο αποκλεισμού της εταιρίας μας. Κατά το εδ. Β' της παρ. 2 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 «Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.» Εφόσον η προσκόμιση των ισχυουσών αδειών καταλληλότητας έγινε προς συμπλήρωση των εγγράφων, που είχαν ήδη υποβληθεί και αποσκοπούσε στην απλή διευκρίνισή τους και τη διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, χωρίς η τροποποίηση αυτή να συνεπάγεται την υποβολή νέας προσφοράς, ήταν απολύτως νόμιμη κατά τα πιο πάνω. Η δυνατότητα αυτή υπηρετεί και την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και διασφαλίζει ότι οι προσφορές των υποψηφίων δεν θα απορρίπτονται για ήσσονος σημασίας πλημμέλειες. Διαφορετική προσέγγιση θα είχε ως αποτέλεσμα να αποκλείονται υποψήφιοι, οι οποίοι έχουν την

Αριθμός απόφασης: 856/2019

ικανότητα να εκτελέσουν τη σύμβαση, εξαιτίας τυχόν σφαλμάτων, που εκ παραδρομής εμφοιχώρησαν κατά τη σύνταξη της προσφοράς τους. Η νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, έκανε δεκτό ότι (σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες ενόψει της αρχής της χρηστής διοίκησης), είναι δυνατή μετά την κατάθεση των προσφορών και η υποβολή στοιχείων διορθωτικών τυχόν γραφικών ή αριθμητικών σφαλμάτων της προσφοράς που οφείλονται σε παραδρομή (Βλ. ΕΑ ΣτΕ 738/2009 ΣτΕ 567/2008, ΕΑ 450/2005, 38/2004, 992/2003) (Δείτε Δ. Ράικου «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων» 2η έκδοση 2017, Διευκρινίσεις και συμπλήρωση των προσφορών σελ. 384 επ., Πληροφορία από www.sakkoulas-online.gr - © ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ ΑΕ). Στην προκειμένη περίπτωση είναι προφανές ότι εκ παραδρομής και μόνο υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά οι άδειες καταλληλότητας των φορητών, που είχαν λήξει, εφόσον νέες άδειες εν ισχύι υπήρχαν στην κατοχή μας ήδη προ διμήνου, τις οποίες και καταθέσαμε στο φυσικό φάκελο. Όφειλε συνεπώς η αναθέτουσα Αρχή να κρίνει ότι νομίμως συμπληρώσαμε τα ήδη υποβληθέντα έγγραφα, με άλλα, που ήδη ίσχυαν και κατά την υποβολή του ηλεκτρονικού φακέλου, προς διόρθωση προδήλων εκ παραδρομής λαθών. Παρανόμως επομένως η προσβαλλόμενη μας απέκλεισε από το διαγωνισμό, παρόλο που είχαμε αρκούντος πιστοποιήσει την καταλληλότητα και την αδειοδότηση των φορητών διακίνησης προϊόντων της εταιρίας, που θα χρησιμοποιούσαμε, όπως ακριβώς απαιτούσε η διακήρυξη. Κατά τον τρόπο αυτό η προσβαλλόμενη παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων, καθώς και τις αρχές της χρηστής διοίκησης, της καλής πίστης και της προστατευομένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου προς τη διοίκηση. Πρέπει επομένως να ακυρωθεί για το λόγο αυτό η προσβαλλόμενη».

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής αναφέρει αυτολεξεί ότι : «...Σύμφωνα με την προδικαστική προσφυγή της εταιρείας που αναφέρει πράξη αναθέτουσας Αρχής με ημερομηνία 28/5/2019 σας γνωρίζουμε ότι κανένα όργανο του Δήμου (Δημοτικό Συμβούλιο, Οικονομική Επιτροπή, Επιτροπή Ποιότητας Ζωής Δήμαρχος, κ.λ.π.) δεν συνεδρίασε την συγκεκριμένη ημερομηνία, οπότε δεν είναι δυνατόν να υφίσταται απόφαση με την συγκεκριμένη ημερομηνία.

Αριθμός απόφασης: 856/2019

Η μόνη ενέργεια στην οποία προέβη η Αναθέτουσα Αρχή ήταν η ανάρτηση στις 27/5/2019 στην πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:

α) της υπ. αριθ. 76/6-5-2019 Απόφ. του Διοικητικού Εφετείου Θεσ/νίκης με την οποία δέχεται την αίτηση της και αναστέλλει την εκτέλεση της υπ. αριθ. 298/2019 Απόφ. της Α.Ε.Π.Π.,

β) την πρόσκληση για αποσφράγιση οικονομικών προσφορών η οποία απευθυνόταν στην μοναδική εναπομείνασα συμμετέχουσα εταιρεία

Μετά τα παραπάνω στις 28-5-2019 έγινε η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών του διαγωνισμού. Στις οικονομικές προσφορές οι οποίες αποκλείστηκαν στάλθηκε ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ότι ο αποκλεισμός έγινε σύμφωνα με την υπ' αριθ. 17/2019 Α.Ο.Ε, με την υπ'αρ. 298/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π και με την 76/6-5-2019 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης

Η Επιτροπή ως αναφορά τις απόψεις της, εμμένει στις απόψεις που σας κατέθεσε επί της πρώτης προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας και οι οποίες επισυνάπτονται. Επίσης σύμφωνα με την άρθρο 102 παρ.2 «Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση κατά του πρώτου εδαφίου δεν επιτρέπεται που έχουν υποβληθεί». Η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι δεν ήταν ασάφεια η κατάθεση αδειών που έχουν λήξει και δεν εμπίπτει στην ως άνω παράγραφο περί διευκρινήσεων. Σημειωτέον ότι στους ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς οι οικονομικοί φορείς έχουν πρόσβαση μόνο στην πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. δηλ. στα ηλεκτρονικά αρχεία και βάσει αυτών προβαίνουν σε τυχόν ενστάσεις».

17. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα κάτωθι: «α. Στο άρθρο 360 («Δικαίωμα άσκησης προσφυγής») του Ν. 4412/2016 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, 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή

Αριθμός απόφασης: 856/2019

παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1...». β. Όπως συνάγεται ρητά από τις ανωτέρω διατάξεις, αλλά όπως έχει κριθεί παγίως υπό το προηγούμενο καθεστώς των Ν. 3886/2012 και 2522/1997, το οποίο, κατά το μέρος αυτό, δεν διαφοροποιείται επί της ουσίας σε σχέση με το ισχύον, η προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, ως προϋπόθεση άσκησης αίτησης αναστολής και ακυρώσεως, ασκείται παραδεκτώς κατά διοικητικών πράξεων όταν αυτές έχουν εκτελεστό χαρακτήρα, δηλαδή όταν παράγουν μονομερώς δικαιώματα και υποχρεώσεις για τους ενδιαφερόμενους. Τούτο σημαίνει ότι οι διαδικαστικού απλώς χαρακτήρα πράξεις του διαγωνισμού, όπως π.χ. η ενημέρωση των υποψηφίων για την ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ή η πρόσκληση που απευθύνει η αναθέτουσα Αρχή προς τους υποψηφίους για την προσκόμιση των προβλεπόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών κατακύρωσης ή τη συμπλήρωση των τυχόν ελλειπόντων, τα διαβιβαστικά έγγραφα κ.λπ., δεν είναι δεκτικές αυτοτελούς προσβολής με προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι δεν επηρεάζουν άμεσα την οριστική έκβαση του διαγωνισμού και, επομένως, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα (βλ. σχετ. Η. Μάζο εις Ε.-Ε. Κουλουμπίνη κ.ά., Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016, Νομολογιακή προσέγγιση και πρακτική εφαρμογή, 2019, σελ. 493-494, ομοίως, Δ. Ράικος κ.ά. Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/ 2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. 1, 2018, σελ. 1172-1176, Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τ. 1, 2017, σελ. 88 επ., Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, 2013, σελ. 54 επ., ΕΑΣΤΕ 19/2019, 26/2018, 107/2018, 72/2017, 76/2017, 77/2017, 188/2017 κ.ά., Α.Ε.Π.Π. 8/2019, 229/2019). γ. Εν προκειμένω, όπως αναφέρεται στη σελ. 3 της κρινόμενης προσφυγής, η άσκησή της έλαβε χώρα «κατά της από 28-5-2019 απόφασης της αναθέτουσας Αρχής, που αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., κατά την οποία: Αποκλείστηκε: Προσφορά “120331” για το διαγωνισμό (Προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής Συνδρομής). Αιτία αποκλεισμού: Σύμφωνα με την υπ' αριθ. 17/2019 Α.Ο.Ε., την υπ' αριθ. 298/2019 Απόφ. της Α.Ε.Π.Π. και την υπ' αριθ. 76/6-5-2019 Απόφ. του Διοικητικού Εφετείου Θεσ/νίκης». Ωστόσο, όπως προκύπτει και

Αριθμός απόφασης: 856/2019

από τα στοιχεία του φακέλου του διαγωνισμού, μετά την έκδοση της ως άνω υπ' αριθ. 76/2019 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, δεν ακολούθησε καμία εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας Αρχής, και δη βλαπτικής για την προσφεύγουσα «.....» (καθώς αυτή έχει ήδη αποκλειστεί), ενώ και στο προαναφερθέν υπ' αριθ. πρωτ. 17024/ 11-6-2019 πληροφοριακό έγγραφο του Τμήματος Προκηρύξεων και Δημοπρασιών του Δήμου αναφέρεται ότι «... δεν υπάρχει απόφαση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία έκδοσης την 28-5-2019. Στις 28-5-2019 έγινε η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών του διαγωνισμού Στις οικονομικές προσφορές, οι οποίες αποκλείστηκαν στάλθηκε ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ότι ο αποκλεισμός έγινε σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 17/2019 Α.Ο.Ε., με την υπ' αρ. 298/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και με την 76/6-5-2019 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης». Εξάλλου, στην ως άνω δικαστική απόφαση αναφέρονται τα ακόλουθα: «... με τα δεδομένα αυτά, φαίνεται ότι παραδεκτώς προστέθηκε με τις από 31-1-2019 απόψεις της αναθέτουσας αρχής συμπληρωματική αιτιολογία απορρίψεως της προσφοράς της παρεμβαίνουσας... είναι μη νόμιμη η κρίση της προσβαλλόμενης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., με την οποία, ... έγινε δεκτό ότι, εφόσον δεν ίσταντο οι δύο πρωτογενώς διατυπωθέντες λόγοι απορρίψεως της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρίστατο ως μη νόμιμος ο αποκλεισμός αυτής από τον ένδικο διαγωνισμό, κατά παράβλεψη, ωστόσο, του κατά τα ανωτέρω προστεθέντος συμπληρωματικού λόγου απορρίψεως της προσφοράς αυτής, κατά του οποίου ουδεμία ειδική αιτίαση προβλήθηκε από την παρεμβαίνουσα ... Οίκοθεν, πάντως, νοείται, ότι η αναθέτουσα Αρχή έχει την ευχέρεια, σε συμμόρφωση προς όσα κρίθηκαν πιο πάνω, να συνεχίσει και ολοκληρώσει τον επίδικο διαγωνισμό...» (σκ. 14-15, σελ. 26 επ.). Εφόσον, λοιπόν, η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. τη συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της, με συνέπεια ο αποκλεισμός της να έχει καταστεί οριστικός, νομίμως συνεχίστηκε η διαδικασία του διαγωνισμού με την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, χωρίς τη δική της συμμετοχή. Εξάλλου, κατά το στάδιο αυτό, δεν χρειάστηκε νέα εκδοθεί νέα εκτελεστή πράξη περί αποκλεισμού της προσφεύγουσας «.....», διότι αυτός είχε ήδη συντελεστεί, και μάλιστα κατά τρόπο οριστικό, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν πιο πάνω. Ως εκ τούτου, η γενομένη την 28-5-2019

Αριθμός απόφασης: 856/2019

γνωστοποίηση στην προσφεύγουσα, ότι, όπως ήταν ευνόητο, δεν μετείχε στο στάδιο της αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, στερείται προδήλως εκτελεστού χαρακτήρα, ενώ, ακόμη και εάν θεωρείτο «απόφαση», δεν διαθέτει και πάλι εκτελεστότητα, καθόσον είναι επιβεβαιωτική απλώς του ήδη χωρήσαντος αποκλεισμού. δ. Σύμφωνα δηλαδή με τα παραπάνω, η αναθέτουσα Αρχή ενήργησε – και μόνο – σε συμμόρφωση προς τα κριθέντα με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου, σύμφωνα με την οποία έχει πλέον καταστεί απρόσβλητος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, χωρίς να χρειαστεί να εκδώσει νέα εκτελεστή διοικητική πράξη περί αποκλεισμού της από το διαγωνισμό. Συνεπώς, εφόσον δεν υφίσταται στον νομικό κόσμο νέα, βλαπτική για την αιτούσα, εκτελεστή πράξη αποφασίζοντος οργάνου της αναθέτουσας Αρχής, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα. 2. Ως προς το παραδεκτό και βάσιμο του πρώτου λόγου της προσφυγής (παράλειψη κοινοποίησης της συμπληρωματικής αιτιολογίας απόρριψης της προσφυγής) α. Στο άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι «1. ... 5. Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης». Επίσης, στην παρ. 5 του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά». 9 β. Όπως γίνεται δεκτό, η υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης εφαρμόζεται και στην περίπτωση της προσωρινής δικαστικής προστασίας που παρέχεται με τις αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας ή/ και των Διοικητικών Εφετείων, στο πλαίσιο της ακυρωτικής τους αρμοδιότητας, προς τις οποίες υπάρχει επίσης υποχρέωση συμμορφώσεως, δεδομένου ότι και η αίτηση αναστολής, συναρτώμενη προς την αίτηση ακυρώσεως, τυγχάνει και αυτή συνταγματικής κατοχύρωσης. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι η απόφαση της Επιτροπής Αναστολών για την αναστολή της πράξης παράγει προσωρινό δεδουλευμένο (ΣτΕ 4611/2009), δεσμεύει τη Διοίκηση και δημιουργεί υποχρέωση συμμόρφωσης κατά τα άρθρα 95 παρ. 5 του Συντάγματος και 50

Αριθμός απόφασης: 856/2019

παρ. 4 του Π.Δ. 18/1989 (ΣΤΕ 3312/2009, 2059/2007 επταμ., 2593/1999 κ.ά., με συνέπεια να μην επιτρέπεται η έκδοση νέας διοικητικής πράξης, η οποία χωρίς να αντικαθιστά την προσβληθείσα, αποσκοπεί απλώς στο να εξουδετερώσει το ανασταλτικό αποτέλεσμα (ΣΤΕ 2044/1988, 4329/1998, βλ. σχ. Επ. Σπηλιωτόπουλο, ό.π.. τ. 2, σελ. 180, Φ. Αρναούτογλου, ό.π., σελ. 262 επ.). γ. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ως άνω δικαστική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η οποία συνιστά την αιτιολογία της προσβαλλόμενης «πράξης», δεν είναι νόμιμη. Με τον τρόπο αυτό, όμως, αμφισβητεί την κρίση του Διοικητικού Εφετείου επί ζητήματος το οποίο, επειδή ακριβώς έχει εξεταστεί από το Δικαστήριο, δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης από την Α.Ε.Π.Π., αφού η τελευταία δεσμεύεται από το προσωρινό δεδικοσμένο της δικαστικής απόφασης. Γι' αυτό το λόγο, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί μη εκπλήρωσης των προϋποθέσεων ουσιαστικής αντιμωλίας, με την παράθεση συμπληρωματικής αιτιολογίας αποκλεισμού της από πλευράς του Δήμου, πρέπει να απορριφθεί κατ' αρχάς ως απαράδεκτος. δ. Στο άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ορίζονται τα ακόλουθα: «1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, 10 το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. Η παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους σε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 856/2019

αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων...». ε. Όπως συνάγεται από τις ανωτέρω διατάξεις, σε συνδυασμό και με εκείνες των άρθρων 9 παρ. 1 εδ. β' και παρ. 2 εδ. β' του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα Αρχή, εφόσον εμμένει στην αρχική πράξη της (και συνακόλουθα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής), μπορεί να παραθέσει στην έκθεση απόψεων που υποβάλλει στην Α.Ε.Π.Π., αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης. Υπό το προηγούμενο καθεστώς του Ν. 3886/2012, το οποίο, κατά το μέρος αυτό, δεν διαφοροποιείται επί της ουσίας από το ισχύον, είχε κριθεί από τη νομολογία ότι ο προσφεύγων όφειλε, επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια, να πληροφορηθεί εάν είχε περιέλθει στο Δικαστήριο μεταξύ των στοιχείων του φακέλου και η έκθεση απόψεων της αναθέτουσας Αρχής που περιλάμβανε αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία και να καταθέσει υπόμνημα με το οποίο να προβάλλει συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της αιτιολογίας αυτής (αρχικής ή συμπληρωματικής), πριν από τη συζήτηση της αίτησης αναστολής, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στην αναθέτουσα Αρχή και τους τυχόν παρεμβαίνοντες να αμυνθούν έναντι των προβαλλόμενων με το υπόμνημα λόγων και να τηρηθεί, κατά τον τρόπο αυτό, η αρχή της αντιμωλίας. Ήδη, τα αυτά ισχύουν, κατ' αντιστοιχία, κατά τη διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Ειδικότερα, όπως και υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, έτσι και υπ' αυτό του Ν. 4412/2016, ο σκοπός του νομοθέτη με τη θέσπιση της δυνατότητας της αναθέτουσας Αρχής προς παράθεση αιτιολογικών ερεισμάτων που δεν υφίσταντο ή είναι συμπληρωματικά των αρχικών, συνίσταται στην ταχεία εκκαθάριση του πραγματικού της υπόθεσης και την επίλυση της διαφοράς που προέκυψε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Με άλλες λέξεις, η υπόθεση πρέπει να έχει αποκρυσταλλωθεί και ωριμάσει πριν φθάσει στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, προκειμένου να αποφεύγεται η καθυστέρηση στην παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο (βλ. σχ. Δ. Ράικο κ.ά., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. Ι, 2018, σελ. 1206 επ., ΕΑΣΤΕ 24/2018, 48/2017, 61/2017, 77/2017 κ.ά.). στ. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα αμφισβητεί τη δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής να παραθέσει συμπληρωματική αιτιολογία επί της απόφασης αποκλεισμού της, μέσω της προβολής το πρώτον με την έκθεση απόψεών της προς της Α.Ε.Π.Π., λόγου απόρριψης της προσφοράς που δεν είχε

Αριθμός απόφασης: 856/2019

περιληφθεί στην αιτιολογία της υπ' αριθ. 17/πρακτικό 2ο/16-1-2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Όμως, η σχετική δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής προβλέπεται ρητά στο άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και δεν αναιρείται από το γεγονός ότι δεν επιβαλλόταν (με βάση την τότε ισχύουσα ρύθμιση) κοινοποίηση της συμπληρωματικής αιτιολογίας στον προσφεύγοντα, αλλά ούτε και από το ότι δεν προβλεπόταν ρητά δυνατότητα του τελευταίου να καταθέσει υπόμνημα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προβάλλοντας αιτιάσεις κατά της νέας αυτής αιτιολογίας, αφού η δυνατότητα αυτή βρίσκεται πάντοτε έρεισμα στο άρθρο 10 του Συντάγματος. Αντιθέτως, όπως αναφέρεται και στην υπ' αριθ. 76/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, ο προσφεύγων οφείλει, επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια, να πληροφορηθεί αν έχει περιέλθει στην Α.Ε.Π.Π. τέτοιο έγγραφο της αναθέτουσας αρχής και, σε καταφατική περίπτωση, να καταθέσει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. υπόμνημα, ακόμη και μη προβλεπόμενο ειδικά στον Ν. 4412/2016, με το οποίο να προβάλει συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της νέας αυτής αιτιολογίας και να τηρηθεί, κατά τον τρόπο αυτό, η αρχή της αντιμωλίας. ζ. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, όπως ήδη κρίθηκε από το Δικαστήριο, η αναθέτουσα Αρχή παρέθεσε νομίμως, με τις απόψεις της προς την Α.Ε.Π.Π. συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία όφειλε να επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια ώστε να αμυνθεί αποτελεσματικά, καταθέτοντας σχετικό υπόμνημα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προς αντίκρουση της συμπληρωματικής αυτής αιτιολογίας. Σημειώνουμε συναφώς ότι και με τη νομολογία του ΣτΕ αναγνωρίζεται δικαίωμα του προσφεύγοντος να λάβει γνώση των απόψεων της αναθέτουσας Αρχής προς την Α.Ε.Π.Π. και τυχόν ασκηθείσας παρέμβασης, εφόσον υποβάλει σχετικό αίτημα, και όχι οίκοθεν υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να προβεί σε σχετική γνωστοποίηση, εξαρτάται δηλαδή η γνωστοποίηση των σχετικών στοιχείων από εάν εκδηλώσει σχετικό ενδιαφέρον ο προσφεύγων (δείτε ΕΑ ΣτΕ 395/2018). 1 3. Ως προς το παραδεκτό και βάσιμο του δεύτερου λόγου της κρινόμενης προσφυγής (παράλειψη κατάθεσης νόμιμων δικαιολογητικών στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς) α. Σύμφωνα με όσα ήδη αναφέρθηκαν πιο πάνω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας για την εκ παραδρομής μη υποβολή των απαιτούμενων αδειών ή βεβαιώσεων καταλληλότητας των μεταφορικών μέσων που θα χρησιμοποιήσει, δεν προβάλλεται παραδεκτά, αφού δεν μπορεί πλέον να

Αριθμός απόφασης: 856/2019

αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης από την Α.Ε.Π.Π. Η τελευταία δεσμεύεται από το προσωρινό δεδिकाσμένο της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου, σύμφωνα με την οποία ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας έχει καταστεί οριστικός. β. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, ο σχετικός ισχυρισμός πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμος, σύμφωνα με όσα αναφέρουμε στη συνέχεια. i. Πριν κάνουμε ειδικότερη αναφορά στους προβαλλόμενους με την προσφυγή ισχυρισμούς, οφείλουμε προεισαγωγικά να επισημάνουμε ότι, οι διατάξεις του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού που αφορούν την υποβολή των απαιτούμενων για την αξιολόγηση των προσφορών δικαιολογητικών και στοιχείων, αποτελούν अपαράβατους (άλλως, ουσιώδεις) όρους, απόκλιση από τους οποίους επιφέρει απόρριψη της προσφοράς, στην οποία είναι υποχρεωμένη να προβεί η Διοίκηση, αφού, όπως γίνεται δεκτό, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει (και) την αναθέτουσα Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό (αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης, ΕΑ ΣτΕ 18, 53/2011 κ.ά., ΑΕΠΠ 56, 64, 88, 90/2019 κ.ά.). ii. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, οι σχετικοί όροι της διακήρυξης αποτελούν έκφανση της αρχής της τυπικότητας, η οποία, όπως αναφέρθηκε, διέπει τον τρόπο σύνταξης εν γένει των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών και εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, τις ανάγκες διαφάνειας της διαδικασίας, ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησης των προσφορών αλλά και σύγκρισης αυτών μεταξύ τους, αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών κ.λπ. (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 79/2009, 1285/2008, 1229/2007), επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή) τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της αναθέτουσας Αρχής (ΕΑΣΤΕ 816/2007, 26/2007). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (αντιθέτως, στη διακήρυξη του διαγωνισμού υπάρχει σχετική ρητή πρόβλεψη) 13 ότι οι απαιτήσεις αυτές τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007, ΑΕΠΠ 1, 2, 5, 9/2019 κ.ά.). iii. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι η συμμόρφωση προς τους όρους του διαγωνισμού που τίθενται από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, πρέπει να συντρέχει κατά το χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής των προσφορών, η δε διάγνωση της τυχόν κατά το χρόνο εκείνο ελλείψεως συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού να αποκλείσει την εμφανίζουσα την

Αριθμός απόφασης: 856/2019

έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατόν να προσκομιστούν εκ των υστέρων νέα κρίσιμα κατά τη διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 88/2019, 28/2018). Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλουν την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προσφορών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους συμμετέχοντες (πρβλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές αξιολογούνται επί τη βάσει των όσων δηλώθηκαν, προσκομίστηκαν και εν γένει ίσχυαν κατά την ολοκλήρωση της διαδικασίας υποβολής τους. δ. Τέλος, όπως γίνεται δεκτό από τη νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ και της Α.Ε.Π.Π., η κλήση της αναθέτουσας Αρχής προς παροχή διευκρινίσεων αφορά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση νομίμως υποβληθέντων στοιχείων και όχι την αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών. Η κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής ελέγχεται, τόσο ως προς την άσκησή της (τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν), όσο και ως προς την παράλειψη άσκησής της, βάσει των κανόνων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης, ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος, θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του άρθρου 102 παρ. 3 και του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν. Είναι δε επιτρεπτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από την ίδια τη φύση του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον και ευχερές, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς, ενώ η συμπλήρωση αυτή δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα, έναντι των ανταγωνιστών του, εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να επιτρέπει τη μεταβολή ήδη κατατεθείσας προσφοράς, την υποβολή εναλλακτικών προσφορών κ.λπ. Ως εκ τούτου, η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων δεν ερμηνεύεται υπό την έννοια η αναθέτουσα Αρχή δύναται να δέχεται εν γένει διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες, κατά τη ρητή

Αριθμός απόφασης: 856/2019

πρόβλεψη εγγράφων της σύμβασης, επάγονται τον αποκλεισμό του υποψηφίου (ΕΑΣΤΕ 135/2008, 401/2008, 346/2017, Α.Ε.Π.Π. 88/2019 κá.). ε. Εν προκειμένω, η συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας στηριζόταν στην παράλειψή της να υποβάλει νομίμως και προσηκόντως τις ζητούμενες άδειες ή βεβαιώσεις καταλληλότητας από τη Διεύθυνση Κτηνιατρικής, για τα μέσα μεταφοράς της ίδιας αλλά και της παρέχουσας σ' αυτήν στήριξη εταιρίας «.....», που αφορούν τη διακίνηση προϊόντων ζωικής προέλευσης. Ειδικότερα, στην παρ. 2.2.6 (σελ. 28) της διακήρυξης προβλέπονται τα ακόλουθα: « 2.2.6. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να καταθέσουν μαζί με την προσφορά τους τα παρακάτω: Α. Τμήματα Τροφίμων: 1) ... 3) Άδεια ή βεβαίωση καταλληλότητας από την Δ/ση Κτηνιατρικής για τα μέσα μεταφοράς της επιχείρησης, που αφορούν στη διακίνηση προϊόντων ζωικής προέλευσης και για τα οποία ο προσφέρων συμμετέχει στο διαγωνισμό...». Αντίστοιχος όρος περιέχεται και στο παράρτημα ΙΙ (σελ. 29). Τόσο στην τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, όσο και στην από 6-12-2018 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, αναφέρεται ότι «η διακίνηση των προϊόντων θα γίνει με φορτηγά της εταιρείας μας άλλα και φορτηγά της». Ωστόσο, όπως προκύπτει από τα στοιχεία της προσφοράς της, α) δεν κατατέθηκε καμία άδεια ή βεβαίωση καταλληλότητας για μεταφορικά μέσα της προσφεύγουσας, παρότι στην προσφορά της έχει δηλώσει ότι η μεταφορά των υπό προμήθεια προϊόντων θα γίνει και με φορτηγά της ίδιας, και β) όλες οι άδειες που κατατέθηκαν για τα οχήματα της εταιρίας «.....» είχαν λήξει την 23-10-2018, δηλαδή πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς (7-12-2018), και επομένως θεωρούνται μη υποβληθείσες, αφού δεν έχει προβληθεί κανένας λόγος ανυπαίτιας αδυναμίας της εταιρίας «.....» να 15 προσκομίσει άδειες ευρισκόμενες σε ισχύ (π.χ. καθυστέρηση ανανέωσής τους για λόγο που οφείλεται στη Διοίκηση, παρά την υποβολή σχετικής εμπρόθεσμης αίτησης κ.λπ.). Επισημαίνεται ότι, όπως συνάγεται από τα οριζόμενα στην παρ. 1.5 (σελ. 11) της διακήρυξης αλλά και στο άρθρο 15 της Υ.Α. υπ' αριθ. 56902/215/19-5-2017 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» (Φ.Ε.Κ. Β' 1924/2-6-

Αριθμός απόφασης: 856/2019

2017), ως ημερομηνία υποβολής της προσφοράς θεωρείται εκείνη της ηλεκτρονικής υποβολής της στο Σύστημα (Ε.Σ.Η.ΣΗ.Σ.), με συνέπεια να μην είναι δυνατή η αναπλήρωση μη υποβληθέντων διόλου ή μη νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων, με τα εν συνεχεία κατατιθέμενα δικαιολογητικά του φακέλου της έντυπης προσφοράς, ο οποίος, άλλωστε, έχει συγκεκριμένο περιεχόμενο, καθώς μ' αυτόν προσκομίζονται μόνον τα ήδη υποβληθέντα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς που απαιτείται να προσκομιστούν και σε έντυπη μορφή σύμφωνα με τον Ν. 4250/2014 (παρ. 2.4.2.5, σελ. 42 της διακήρυξης). Σημειωτέον ότι για αντίστοιχη πλημμέλεια της προσφοράς της, έχει ήδη αποκλειστεί από το διαγωνισμό η εταιρία «.....». στ. Ως εκ τούτου, συνέτρεχε βάσιμος λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας, τον οποίο επικαλέστηκε η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της προς την Α.Ε.Π.Π., ενώ τη συνδρομή του δέχθηκε εν συνεχεία με την απόφασή του και το Διοικητικό Εφετείο. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, δεν συνέτρεχε εν προκειμένω περίπτωση «πρόδηλου τυπικού σφάλματος» ή «επουσιώδους παράλειψης» που επιδεχόταν διόρθωση ή συμπλήρωση, υπό την έννοια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όπως οι διατάξεις του αναλύθηκαν ανωτέρω, αλλά περίπτωση μη πλήρωσης απαραίτου όρου, που αφορά την εκπλήρωση κριτηρίου επιλογής και τεχνικής απαίτησης της διακήρυξης. Τέλος, σημειώνεται ότι η νομολογία στην οποία παραπέμπει η προσφεύγουσα, αφορά τη διόρθωση γραφικών ή αριθμητικών σφαλμάτων της προσφοράς οφειλόμενων σε προφανή παραδρομή, τα οποία προέκυπταν ευχερώς από την αντιπαραβολή του κειμένου της προσφοράς με τα συνοδεύοντα αυτήν έγγραφα που περιλαμβάνονταν μέσα στο φάκελο της προσφοράς, δηλαδή περιπτώσεις εντελώς διαφορετικές σε σχέση με το πραγματικό της προκείμενης διαφοράς. Αντιθέτως, είναι πάγια η θέση της νομολογίας ότι, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, 16 υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν επ' αυτών σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΔΕφΑΘ 599/ 2013, βλ. και ΣτΕ 567, 3075/2008, Ε.Α. ΣτΕ 738/2009, 584, 1038, 1282/2008 κ.ά.).

4. Στα ανωτέρω πρέπει, επίσης, να προστεθεί ότι, όπως είχε επισημάνει η αναθέτουσα Αρχή με τις από 31-1-2019 έγγραφες απόψεις της προς την Α.Ε.Π.Π., ειδικά για τα νωπά κοτόπουλα, απαιτείται με τα έγγραφα της

Αριθμός απόφασης: 856/2019

σύμβασης (διακήρυξη, παρ. 2.2.6, σελ. 28-29, και Παράρτημα II, σελ. 28 – 29), να προσκομιστεί επιπροσθέτως η άδεια λειτουργίας επιχείρησης που σχετίζεται με την εκτροφή και εμπορία κοτόπουλων, ο Κωδικός Αριθμός Κτηνιατρικής Έγκρισης από τις κτηνιατρικές υπηρεσίες καθώς και εγγραφή στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων της εταιρίας, που θα συμπεριλαμβάνει τα είδη στα οποία θα λάβει μέρος ο οικονομικός φορέας. Παρότι, λοιπόν, η ίδια η εταιρία «.....» έχει δηλώνει ότι η εκτροφή και σφαγή των πουλερικών θα γίνει στη μονάδα της εταιρίας «.....» (αφού, σε κάθε περίπτωση, η εταιρία «.....» δεν αποτελεί μονάδα εκτροφής), δεν έχει προσκομίσει γι' αυτήν άδεια λειτουργίας της επιχείρησης, Κωδικό Αριθμό Κτηνιατρικής Έγκρισης και βεβαίωση εγγραφής στο Μητρώο Εμπόρων Ζωικών Προϊόντων. Συνεπώς, συνέτρεχε και ο ανωτέρω, πρόσθετος λόγος αποκλεισμού της Εταιρίας «.....», τον οποίο επικαλέστηκε με σαφήνεια η αναθέτουσα Αρχή με τις από 31-1-2019 έγγραφες απόψεις της προς την Α.Ε.Π.Π. και τον οποίο, ομοίως, ουδόλως αμφισβήτησε η εν λόγω εταιρία. 5. Σύμφωνα, λοιπόν, με όλα τα παραπάνω, προβάλλονται απαραδέκτως και, πάντως, στερούνται βασιμότητας οι αιτιάσεις της προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας «.....», η οποία πρέπει γι' αυτό να κριθεί απορριπτέα στο σύνολό της».

18. Επειδή στο από 9.07.2019 υπόμνημα του προσφεύγοντος αναφέρονται αυτολεξεί τα κάτωθι: «Προς υποστήριξη της από 6-6-2019 προδικαστικής προσφυγής μας και προς αντίκρουση των από 13-6-2019 απόψεων της αναθέτουσας Αρχής επαγόμεστε και τα ακόλουθα:

Α. Σχετικά με το παραδεκτό της υπό κρίση προσφυγής μας: Η ανάρτηση στις 27-5-2019 στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, στην οποία προέβη η Αναθέτουσα Αρχή, συνιστά μία εκτελεστή διοικητική πράξη. Ένα από τα βασικά χαρακτηριστικά της διοικητικής πράξης, που συνδέεται με την μονομερή θέσπιση κανόνα δικαίου μέσω αυτής, είναι η εκτελεστότητά της, που σημαίνει ότι επιφέρει άμεση μεταβολή στον εξωτερικό νομικό κόσμο. Με άλλα λόγια, η εφαρμογή της (δηλαδή η παραγωγή εννόμων συνεπειών) είναι υποχρεωτική τόσο για τη Διοίκηση, όσο και για τον διοικούμενο, ήδη από τη στιγμή της έκδοσής της, χωρίς να προϋποτίθεται η διαμεσολάβηση δικαστικής απόφασης ή άλλη διαδικασία (Οι διοικητικές πράξεις (έννοια-διακρίσεις) (Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Ε. Πρεβεδούρου). Με άλλα λόγια: Μια διοικητική πράξη είναι εκτελεστή επειδή επιδρά άμεσα στον εξωτερικό κόσμο (κυρίως στις σχέσεις

Αριθμός απόφασης: 856/2019

Διοίκησης-διοικούμενου). Αυτό σημαίνει ότι μια διοικητική πράξη ισχύει από τη στιγμή της έκδοσής της και παράγει τις έννομες συνέπειες που προβλέπει η ρύθμιση, που θεσπίζει άνευ ετέρου εκτός κι αν ανασταλεί η εκτέλεσή της υπό τις προϋποθέσεις του νόμου. Οι διοικητικές πράξεις ισχύουν τυπικά από την έκδοσή τους, ανεξάρτητα από το εάν είναι κανονιστικές ή ατομικές. Τα έννομα αποτελέσματα των πράξεων που δημοσιεύονται, δηλαδή η εφαρμογή των ρυθμίσεων που θεσπίζουν, αρχίζουν από τη δημοσίευσή τους. Για την έναρξη των αποτελεσμάτων των ατομικών διοικητικών πράξεων που δε χρειάζονται δημοσίευση, εάν απαιτείται κοινοποίηση (δηλαδή έχουμε απευθυντέα πράξη) τα έννομα αποτελέσματα αρχίζουν από την κοινοποίηση στο πρόσωπο στο οποίο απευθύνονται (Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Σπηλιωτόπουλος Ε. σελ. 183-184). Εν προκειμένω, με την ανάρτηση της 27-5-2019 η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε μία νέα απόφαση περί αποκλεισμού μας από το διαγωνισμό, δυνάμει της 76/2019 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης. Είχαμε δε και έννομο συμφέρον να προσβάλουμε τη νέα αυτή πράξη και νομιμοποιούμαστε να το πράξουμε. Πράγματι, η υπ' αριθ. 17/16-1-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, που επικύρωσε το υπ' αριθ. 26/9-1-2019 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής στο Πλαίσιο Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Βοήθειας που χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας για τους άπορους (Τ.Ε.Β.Α)» π.δ. 5.889.767,71 € με ΦΠΑ, απέκλεισε από το διαγωνισμό την εταιρία μας για τρεις συγκεκριμένους λόγους. Με την από 21-1-2019 και με ΓΑΚ 98/25-1-2019 προδικαστική προσφυγή μας προσβάλαμε την απόφαση αυτή και επ' αυτής εξεδόθη η υπ' αριθ. 298/2019 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., που έκανε δεκτή την προσφυγή μας και ακύρωσε την πιο πάνω απόφαση, δεχόμενη ότι όλοι οι λόγοι αποκλεισμού μας ήταν μη νόμιμοι. Κατά την εκδίκαση της προσφυγής μας εκείνης, η Αναθέτουσα Αρχή προέβαλε ένα νέο λόγο αποκλεισμού μας από το διαγωνισμό, τον οποίο λόγο έκρινε βάσιμο η υπ' αριθ. 76/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης Από τη στιγμή όμως, που είχε ολοκληρωθεί η συγκεκριμένη φάση με την επίσημη ανάδειξη του αναδόχου ή του προμηθευτή, δεν υπήρχε δυνατότητα επιστροφής σε προγενέστερο στάδιο της διαδικασίας του διαγωνισμού. Όσο

Αριθμός απόφασης: 856/2019

περισσότερο απομακρύνεται η αναθέτουσα αρχή από την προδιαγεγραμμένη διαδικασία, τόσο εντονότερα παραβιάζει την κοινοτική και εθνική νομοθεσία (δείτε Δ. Γέροντα-Σ.Λυτρα-Π.Παυλόπουλου-Γ.Σιούτη-Σ.Φλογαίτη «Δικοιμητικό Δίκαιο 4η εκδ. 2018 σελ. 384-391, Πληροφορία από www.sakkoulas-online.gr - © ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ ΑΕ). Επομένως παρανόμως στο στάδιο της εκδίκασης της πρώτης προσφυγής μας η Αναθέτουσα Αρχή προέβαλε νέο λόγο αποκλεισμού μας από το διαγωνισμό. Εφόσον λοιπόν η πράξη αποκλεισμού μας στηρίχθηκε σε τελείως διαφορετικό και νέο λόγο, νομίμως προσφύγαμε εκ νέου στην ΑΕΠΠ με νέα προδικαστική προσφυγή, διότι κατά τη διάταξη του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 προβλεπομένων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Β. Επί του λόγου της προσφυγής μας: Είναι βάσιμος ο μόνος λόγος της προσφυγής μας. Εν προκειμένω, μαζί με τις άδειες καταλληλότητας των φορτηγών, υποβάλαμε και την από 3-12-2018 Υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας, που είναι παραγωγός και προμηθευτής μας στα ζητούμενα προϊόντα – τρόφιμα ψυγείου, κατά την οποία είχε δηλώσει ότι δεσμεύεται να διαθέσει όλους τους αναγκαίους πόρους και να στηρίξει οικονομικά, τεχνικά ή με οποιοδήποτε άλλο τρόπο την εταιρία μας, σε περίπτωση κατακύρωσης σε μας του διαγωνισμού για την ομάδα ΤΜΗΜΑ 2: ΤΡΟΦΙΜΑ ΨΥΓΕΙΟΥ. Επομένως είχε δεσμευτεί ότι είναι κατάλληλα τα τεχνικά μέσα, που θα μας προμήθευε. Δεδομένου δε ότι υπήρχαν εν ισχύ οι άδειες καταλληλότητας των φορτηγών, είναι φανερό ότι μόνο εκ παραδρομής υποβλήθηκαν οι παλαιές άδειες και ήταν νόμιμη η συμπλήρωση – διευκρίνιση του ηλεκτρονικού φακέλου. Δεν αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο, ειδικότερα, η κατ' εξαίρεση διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση των δεδομένων της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή τους ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό τον όρο ότι η τροποποίηση αυτή δεν συνεπάγεται στην πράξη την υποβολή νέας προσφοράς. Διαφορετική

Αριθμός απόφασης: 856/2019

προσέγγιση θα είχε ως αποτέλεσμα να αποκλείονται υποψήφιοι, οι οποίοι έχουν την ικανότητα να εκτελέσουν τη σύμβαση, εξαιτίας τυχόν σφαλμάτων, που εκ παραδρομής εμφιλοχώρησαν κατά τη σύνταξη της προσφοράς τους. (Δείτε Δ. Ράικου «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων» 2η έκδοση 2017 , Διευκρινίσεις και συμπλήρωση των προσφορών σελ. 384 επ., Πληροφορία από www.sakkoulas-online.gr - © ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ ΑΕ). Επομένως είναι βάσιμος ο λόγος της υπό κρίση προσφυγής μας και πρέπει αυτή να γίνει δεκτή.

19. Επειδή στο άρθρο 100 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην έναρξη της διαδικασίας αποσφράγισης των προσφορών την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή από τη σχετική πρόσκληση. Η αποσφράγιση διενεργείται δημόσια, παρουσία των προσφερόντων/συμμετεχόντων ή των νομίμως εξουσιοδοτημένων εκπροσώπων τους, οι οποίοι λαμβάνουν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία και των στοιχείων που υποβλήθηκαν από αυτούς, όπως ειδικότερα ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 21. Η αποσφράγιση διενεργείται δημόσια. 2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ή στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο. Το αρμόδιο όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών δεν αποσφραγίζονται, αλλά μονογράφονται και σφραγίζονται από το παραπάνω όργανο και τοποθετούνται σε ένα νέο φάκελο ο οποίος επίσης σφραγίζεται και υπογράφεται από το ίδιο όργανο και φυλάσσεται, προκειμένου να αποσφραγισθεί την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την πρόσκληση. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των

Αριθμός απόφασης: 856/2019

εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης. γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την ειδική πρόσκληση και ακολουθεί σχετική ανακοίνωση τιμών. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως άνω στάδια α΄ και β΄ οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται, αλλά επιστρέφονται».

20. 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».

21. Επειδή στο άρθρο 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 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».

22. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει

Αριθμός απόφασης: 856/2019

αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης».

23. Επειδή στο άρθρο 372 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α' 8). [...]5. Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989.».

24. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας:« [...] 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Ειδικότερα : α) το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση μόνο των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη. Η αξιολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσεται πρακτικό για την

Αριθμός απόφασης: 856/2019

απόρριψη όσων τεχνικών προσφορών δεν πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και την αποδοχή όσων τεχνικών προσφορών αντίστοιχα πληρούν τα ανωτέρω. Για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών μπορεί να συντάσσεται ενιαίο πρακτικό, το οποίο κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», μόνο στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να ορίσει την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης του (υπο)φακέλου των οικονομικών προσφορών. γ) Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση οι φάκελοι όλων των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών. δ) Το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τις τεχνικές προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη και σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της παρούσας και συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή απόρριψή τους, την κατάταξη των προσφορών και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Το εν λόγω πρακτικό κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή προς έγκριση. Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 Ν. 4412/2016. Στην περίπτωση ισότιμων προσφορών η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής του Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές. Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων («Δικαιολογητικά Συμμετοχής», «Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομική Προσφορά»), η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ.

Αριθμός απόφασης: 856/2019

Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας.[...]

3.4 Προδικαστικές Προσφυγές - Προσωρινή Δικαστική Προστασία Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση 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, δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής¹³⁰ η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης σε αυτόν αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης. Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου *Portable Document Format (PDF)*, το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικά οριζόμενα στο άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 στο άρθρο 19 παρ. 1.1 και στο άρθρο 7 της με αριθμ. 56902/215 Υ.Α. Το παράβολο επιστρέφεται στον προσφεύγοντα, σε περίπτωση ολικής ή μερικής

Αριθμός απόφασης: 856/2019

αποδοχής της προσφυγής του ή σε περίπτωση που, πριν την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ανακαλεί την προσβαλλόμενη πράξη ή προβαίνει στην οφειλόμενη ενέργεια. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 364 του Ν. 4412/2016. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός αν ζητηθούν προσωρινά μέτρα προστασίας κατά το άρθρο 366 του ν.4412/2016. Οι αναθέτουσες αρχές μέσω της λειτουργίας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ: κοινοποιούν την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην περ. α του πρώτου εδαφίου της παρ.1 του αρ. 365 του Ν. 4412/2016 διαβιβάζουν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) τα προβλεπόμενα στην περ. β του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 του αρ. 365 του Ν. 4412/2016. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. Οι χρήστες - οικονομικοί φορείς ενημερώνονται για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφυγής από την ΑΕΠΠ».

25. Επειδή κατά τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 και 360 του ν.4412/2016 προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί από τον θιγόμενο παραδεκτώως προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα, δηλαδή, να παράγει έννομες συνέπειες και δη βλαπτικές για τον προσφεύγοντα.

26. Επειδή κατά πάγια νομολογία οι πράξεις με τις οποίες η αναθέτουσα αρχή παρέχει πληροφορίες στους συμμετέχοντες ή προβαίνει σε ανακοινώσεις καθώς και τα διαβιβαστικά έγγραφα στερούνται εκτελεστότητας και προσβάλλονται απαραδέκτως με αίτηση ακύρωσης (βλ. ΣΤΕ 660/2015, 286/1995 και Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 88).

Αριθμός απόφασης: 856/2019

27. Επειδή κατόπιν έκδοσης της υπ' αριθμό 76/2019 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η οποία αποδέχτηκε την αίτηση αναστολής του παρεμβαίνοντος και ανέστειλε την με αριθμό 289/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ η οποία είχε ακυρώσει τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, η αναθέτουσα αρχή, προχώρησε την 28.05.2018 στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του μόνου εναπομείνοντος στο διαγωνισμό παρεμβαίνοντος και απέστειλε ηλεκτρονικό μήνυμα προς τον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού με το υπό σκέψη 14 περιεχόμενο. Επομένως, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη σε έκδοση νέας εκτελεστής διοικητικής πράξης περί αποκλεισμού του προσφεύγοντος αλλά σε διαβίβαση ενημερωτικού μηνύματος περί της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη μη αποσφράγιση της οικονομικής του προσφοράς. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη αποτελεί ενημερωτικού χαρακτήρα ηλεκτρονικό μήνυμα αναφορικά με την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και στερείται εκτελεστότητας κατά τα εκτεθέντα υπό την προηγούμενη σκέψη, απαραδέκτως δε προσβάλλεται με την υπό εξέταση προσφυγή (πρβλ. ΣΤΕ 2683/2003, 2253/2000, 3372/1999 κ.ά.).

28. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

29. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στις 2 Αυγούστου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΛΙΑΚΑΤΣΙΔΑΣ