

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα- Μαρία Δρακονταειδή, Πρόεδρος- Εισηγήτρια, Μαργαρίτα Κανάβα και Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει : α) την από 2-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΓΑΚ 1483/03-12-2019 της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία: «... ΕΠΕ», (εφεξής «α' προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και β) την από 2-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΓΑΚ 1484/03-12-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία: «...Α.Ε.», (εφεξής «β' προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, οι οποίες συνεξετάζονται λόγω συνάφειας.

Κατά του Δήμου ..., (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και κατά της υπ' αριθμ. 911/40η Συνεδρίαση/18-11-2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία, κατόπιν του ανοίγματος και της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, αναδείχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι στα τμήματα 1, 2 και 3 του διαγωνισμού.

Με την προδικαστική προσφυγή της η α' προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής που δεν την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο στο Τμήμα 3 του διαγωνισμού και να γίνει δεκτό ότι πρέπει να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος στο εν λόγω Τμήμα. Επίσης, η β' προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί, η προσβαλλομένη, κατά το σκέλος αυτής που δεν την ανέδειξε προσωρινή

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

ανάδοχο στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού, ώστε να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος στο εν λόγω Τμήμα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Γερασιμούλα-
Μαρία Δρακονταειδή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω α' προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 3.686,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 02-12-2019 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο έχει υπολογιστεί με βάση την προϋπολογισθείσα αξία χωρίς Φ.Π.Α. του Τμήματος 3 της σύμβασης για το οποίο ασκείται η υπό κρίση α' προσφυγή, ήτοι 736.478,60 ευρώ.

Σημειώνεται ότι, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, η α' προσφεύγουσα συμμετείχε, υποβάλλοντας σχετική προσφορά της και στα τρία τμήματα του διαγωνισμού. Βάσει δε της προσβαλλομένης αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού, ενώ, ως ισχυρίζεται με την προσφυγή της θα έπρεπε να έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος στο Τμήμα 3, αιτείται δε την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής που δεν την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο στο Τμήμα 3 του διαγωνισμού και περαιτέρω, να γίνει δεκτό ότι πρέπει να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος στο Τμήμα 3. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω και σε εφαρμογή του άρθρου 363 παρ.2 του Ν.4412/2016, σύμφωνα με το οποίο «[...]2. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

προδικαστική προσφυγή», ορθώς καταβλήθηκε το ανωτέρω ποσό παραβόλου, υπολογιζόμενο βάσει της αξίας του Τμήματος 3 του διαγωνισμού.

Κατ' αντιστοιχία με τα ανωτέρω, η β' προσφεύγουσα με την προσφυγή της προσβάλλει την μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού και αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το αντίστοιχο σκέλος και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού. Συνεπώς, για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής αρκούσε η καταβολή παραβόλου ποσού 2.735,90 ευρώ, δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία χωρίς ΦΠΑ του Τμήματος 1 της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό 547.177,65 ευρώ. Ωστόσο, για την άσκηση της ανωτέρω β' προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 9.178,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 29-11-2019 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Κατόπιν των ανωτέρω, σε περίπτωση απόρριψης της προσφυγής της β' προσφεύγουσας θα πρέπει να της επιστραφεί το υπερβάλλον του καταβληθέντος παραβόλου ποσού (9.178- 2.735,90), ήτοι το ποσό των 6.442,1 ευρώ.

2. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ...διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: *«Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017»*, εκτιμώμενης αξίας 1.834.677,42 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε 3 τμήματα ως ακολούθως: Το τμήμα 1 αφορά τις *«Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017 στην 1η, 2η και 3η Δημοτική Κοινότητα του Δήμου ...»*, με συνολικό προϋπολογισμό έργου 547.177,65€, (χωρίς Φ.Π.Α & Αναθεώρηση). Το τμήμα 2 αφορά τις *«Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017 στην 4η και 5η Δημοτική Κοινότητα του Δήμου ...»*, με συνολικό προϋπολογισμό έργου 549.465,60€, (χωρίς Φ.Π.Α & Αναθεώρηση).

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

Το τμήμα 3 αφορά τις «*Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017 στην 6η και 7η Δημοτική Κοινότητα του Δήμου ...*», με συνολικό προϋπολογισμό έργου 736.478,60€, (χωρίς Φ.Π.Α & Αναθεώρηση). Τα εν λόγω τρία τμήματα ανατίθεται με τρεις ξεχωριστές συμβάσεις και έχουν λάβει διαφορετικούς αριθμούς καταχώρησης στο ΕΣΗΔΗΣ ως εξής: ..., Τμήμα 1, ..., Τμήμα 2 και ..., Τμήμα 3. Κάθε υποψήφιος μπορεί να υποβάλει προσφορά για ένα, για δύο ή και για τα τρία τμήματα του έργου. Ωστόσο, κάθε τμήμα θα ανατεθεί σε διαφορετικό οικονομικό φορέα σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στη διακήρυξη, αφού ο κάθε οικονομικός φορέας μπορεί μεν να υποβάλει προσφορά και στα τρία τμήματα αλλά μπορεί να αναδειχθεί μειοδότης με βάση τις προσφορές του σε ένα μόνο από τα τρία.

3. Επειδή, η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στις 16-07-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμούς Συστήματος ..., ..., ... (βλ. σκέψη 2).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση α' προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 2-12-2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 20-11-2019. Σημειώνεται ότι η καταληκτική προθεσμία υποβολής της προδικαστικής προσφυγής (30-11-2019) συνέπιπτε με κατά νόμο εξαιρετέα ημέρα κι, επομένως, εμπρόθεσμα ασκήθηκε η κρινόμενη προσφυγή την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα (2-12-2019), β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Ομοίως και η υπό εξέταση β' προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 2-12-2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 20-11-2019 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, η α' προσφεύγουσα ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε πρώτη σε σειρά μειοδοσίας στο Τμήμα 3 του διαγωνισμού θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης σχετικά με την μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου στο υπό κρίση Τμήμα που μειοδότησε και για το οποίο ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, αλλά την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού και, εν προκειμένω, στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής που, περαιτέρω, συνεπάγεται και την οικονομική ζημία της λόγω της μεγαλύτερης αξίας της αντιπαροχής στο Τμήμα 3 σε σχέση με το Τμήμα 1 του διαγωνισμού. Περαιτέρω, η β' προσφεύγουσα ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή αλλά δεν κατατάχθηκε προσωρινή ανάδοχος στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού ως θα έπρεπε, εφόσον, κατά τους ισχυρισμούς της, τηρούνταν οι όροι της διακήρυξης, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, σχετικά με την μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου στο υπό κρίση Τμήμα, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση.

7.Επειδή, η β' προσφεύγουσα, πέραν της ακύρωσης της προσβαλλομένης, αιτείται, επίσης, την τροποποίηση της προσβαλλομένης

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

κατά το αντίστοιχα προσβαλλόμενο σκέλος, ωστόσο, το αίτημα αυτό απαραδέκτως προβάλλεται, καθώς η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

8. Επειδή, στις 4-12-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση των υπό εξέταση α' και β' προσφυγών στους λοιπούς συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

9.Επειδή, με τις υπ' αριθμ. 1858/2019 και 1859/2019 Πράξεις της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί των υπό εξέταση α' και β' προσφυγών, αντίστοιχα.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 12-12-2019 στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί των υπό κρίση προσφυγών μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, τις οποίες, επίσης, με τον ίδιο τρόπο, κοινοποίησε στις 17-12-2019 στις προσφεύγουσες.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, οι ως άνω προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 6ου 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.

12. Επειδή, η α' προσφεύγουσα συμμετείχε και στα τρία Τμήματα της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας, υποβάλλοντας τις με αριθμ. συστήματος: ... (Τμήμα 1), ... (Τμήμα 2) και ... (Τμήμα 3) προσφορές της. Επίσης, και η β' προσφεύγουσα συμμετείχε και στα τρία Τμήματα της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας, υποβάλλοντας τις με αριθμ. συστήματος: ... (Τμήμα 1), ... (Τμήμα 2) και ... (Τμήμα 3) προσφορές της. Συνολικά, στην υπό

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

κρίση διαγωνιστική διαδικασία υποβλήθηκαν, κατά σειρά μειοδοσίας, οι κάτωθι προσφορές που έγιναν αποδεκτές ως σύμφωνες με τη διακήρυξη:

ΤΜΗΜΑ 1:

α/α επωνυμία προσφέροντα-
ποσοστό οικονομικής

προσφοράς

1 ...52,12%

2 ...ΕΠΕ 49,88% (α' προσφεύγουσα)

3 ...Α.Ε. 40,88% (β' προσφεύγουσα)

4 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 38,12%

5 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 36,00%

6 ... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. "... Α.Ε." 22,00%

ΤΜΗΜΑ 2:

α/α επωνυμία προσφέροντα-
ποσοστό οικονομικής

προσφοράς

1 ...53,12%

2 ...ΕΠΕ 49,88%(α' προσφεύγουσα)

3 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 42,00%

4 ...Α.Ε. 38,88% (β' προσφεύγουσα)

5 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 38,12%

6 ...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. "...Α.Ε." 22,00%

ΤΜΗΜΑ 3:

α/α επωνυμία προσφέροντα-
ποσοστό οικονομικής

προσφοράς

1 ...ΕΠΕ 49,89%(α' προσφεύγουσα)

2 ...47,11%

3 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 42,11%

4 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 39,00%

5 ...Α.Ε. 35,89% (β' προσφεύγουσα)

6 ...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. "...Α.Ε." 22,00%.

13. Επειδή, με το Πρακτικό 1/4-11-2019 της Επιτροπής διαγωνισμού έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «[...] Αφού έλαβε υπόψη το άρθρο 4.1 (i) της διακήρυξης, διαπίστωσε ότι: Στο τμήμα 1, κατά σειρά μειοδοσίας, πρώτος είναι ο ...με ποσοστό έκπτωσης 52,12%. Στο τμήμα 2, κατά σειρά μειοδοσίας, πρώτος είναι ο ... με ποσοστό έκπτωσης 53,12% • Στο τμήμα 3, κατά σειρά μειοδοσίας, πρώτος είναι η ...ΕΠΕ με ποσοστό έκπτωσης 49,89%. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, διαπίστωσε ότι στο τμήμα 1 και στο τμήμα 2 είναι ο ίδιος πρώτος μειοδότης (...) και προκειμένου να ανακηρύξει προσωρινούς

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

αναδόχους για το διαγωνισμό, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 59 του Ν.4412/16, εξέτασε την διαφορά εκάστου πρώτου με τον έκαστο δεύτερο μειοδότη και διαπίστωσε ότι στο τμήμα 1 ο πρώτος (...) έχει διαφορά με τον δεύτερο (...ΕΠΕ) ίση με $52,12\% - 49,88\% = 2,24\%$ και στο τμήμα 2 ο πρώτος (...) έχει διαφορά με τον δεύτερο (...ΕΠΕ) ίση με $53,12\% - 49,88\% = 3,24\%$. Εν συνεχεία, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι ο διαγωνιζόμενος ...ΕΠΕ κατέληξε να είναι αφενός πρώτος στο τμήμα 3 με έκπτωση $49,89\%$ και αφ' ετέρου πρώτος (εξ ανακλάσεως) στο τμήμα 1, λόγω του ότι ο πρώτος μειοδότης διαγωνιζόμενος (...) ως μειοδότης με την μεγαλύτερη διαφορά σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της διακήρυξης- ως φαίνεται θα επιλεγεί στο τμήμα 2- και θα έχει ως αποτέλεσμα την πρώτη θέση στο τμήμα 1 να την καταλάβει ο φορέας ...ΕΠΕ. Οπότε, η επιτροπή προκειμένου να κρίνει, έθεσε μέσω της λειτουργίας "επικοινωνία" του υποσυστήματος, το υπ' αριθμ. 259525/11-10-2019 ερώτημα στην Αναθέτουσα Αρχή ως εξής: "Προκειμένου η Επιτροπή να ολοκληρώσει το έργο της και να εισηγηθεί τον προσωρινό ανάδοχο σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της Διακήρυξης ..., δεδομένου ότι όλοι οι οικονομικοί φορείς και υποψήφιοι ανάδοχοι έχουν υποβάλλει οικονομική προσφορά και για τα 3 τμήματα του έργου, αλλά έχουν δυνατότητα να ανακηρυχθούν προσωρινοί ανάδοχοι σε ένα μόνο τμήμα εξ αυτών, παρακαλούμε διευκρινίστε μας: Είναι καθοριστική η προτεραιότητα στη σειρά κατάταξης στον Πίνακα Μειοδοσίας ανά Τμήμα ή η μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης από τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη συγκρίνοντας τις προσφορές τους και στα 3 τμήματα;" και διέκοψε την συνεδρίασή της, αναμένοντας την απάντηση. Η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε με το υπ' αριθμ. 269608/22-10-2019 επισυναπτόμενο έγγραφό της, ως εξής: "Σε απάντηση του σχετικού ερωτήματος η Διευθύνουσα Υπηρεσία ενημερώνει ότι σύμφωνα με το Άρθρο 4: «Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία» παράγραφο 4.1. «Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού» μεταξύ άλλων αναφέρονται ρητώς τα εξής: • Όλες οι οικονομικές προσφορές, μετά τις τυχόν αναγκαίες διορθώσεις, καταχωρίζονται, κατά τη

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

σειρά μειοδοσίας, στο πρακτικό της επιτροπής, το οποίο και υπογράφεται από τα μέλη της. • Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να δώσει προσφορά μέχρι και στα τρία τμήματα του έργου αλλά αν προκύψει ο ίδιος 1ος μειοδότης οικονομικός φορέας στα δύο ή και στα τρία τμήματα η Επιτροπή Διαγωνισμού θα εισηγείται για ποιο από τα τρία τμήματα θα του ανατεθεί, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 59 του Ν.4412/2016, ως εξής: Η Επιτροπή Διαγωνισμού θα επιλέγει τον (προσωρινό) ανάδοχο που έχει δώσει προσφορά στα δυο ή και στα τρία τμήματα του έργου με βάση τη μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης που θα έχει με τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη. Το ίδιο εφαρμόζεται και μεταξύ 2ου και 3ου μειοδότη. Παρακαλούμε για την εφαρμογή των ανωτέρω και στα τρία τμήματα του έργου και για την ολοκλήρωση των πρακτικών του έργου «Επεμβάσεις σε Δημοτικούς Βρεφικούς, Παιδικούς και Βρεφονηπιακούς Σταθμούς για την Προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017». Στις 31/10/2019, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνεδρίασε εκ νέου και λαμβάνοντας υπόψη την διακήρυξη και την υπ' αριθμ. 269608/22-10-2019 απάντηση της αναθέτουσας Αρχής και κατόπιν συζήτησης μεταξύ των μελών της, δεν καταλήγει σε ομόφωνη απόφαση αλλά σε πλειοψηφική και προτείνει προσωρινό ανάδοχο για το: • Τμήμα 3: ...ΕΠΕ με ποσοστό έκπτωσης 49,89%, ως πρώτος μειοδότης. • Τμήμα 2: ...με ποσοστό έκπτωσης 53,12%, ως πρώτος μειοδότης, γιατί, σύμφωνα με το άρθρο 4.1.της διακήρυξης είναι μειοδότης στα τμήματα 1 και 2, αλλά επιλέγεται ως προσωρινός ανάδοχος στο τμήμα 2 με βάση την μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης από τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη. Συγκεκριμένα στο τμήμα 1 ο πρώτος (...) έχει διαφορά με τον δεύτερο (...ΕΠΕ) ίση με $52,12\% - 49,88\% = 2,24\%$ και στο τμήμα 2 ο πρώτος (...) έχει διαφορά με τον δεύτερο (...ΕΠΕ) ίση με $53,12\% - 49,88\% = 3,24\%$. • Τμήμα 1: ...Α.Ε. με ποσοστό έκπτωσης 40,88%, ως πρώτος μειοδότης, αφού ο ...έχει προταθεί στο Τμήμα 2 ως προσωρινός ανάδοχος, η ...ΕΠΕ ως προσωρινός ανάδοχος στο Τμήμα 3. Επί της ανωτέρας άποψης διαφώνησαν τα μέλη της επιτροπής κ. ...και κα ... οι οποίοι ως μειοψηφούσα άποψη καταλήγει στα εξής: Τμήμα 2: ... με ποσοστό έκπτωσης 53,12%, ως πρώτος μειοδότης, γιατί, σύμφωνα με το άρθρο 4.1. της

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

διακήρυξης είναι μειοδότης στα τμήματα 1 και 2, αλλά επιλέγεται ως προσωρινός ανάδοχος στο τμήμα 2 με βάση την μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης από τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη. Συγκεκριμένα στο τμήμα 1 ο πρώτος (...) έχει διαφορά με τον δεύτερο (...ΕΠΕ) ίση με $52,12\% - 49,88\% = 2,24\%$ και στο τμήμα 2 ο πρώτος (...) έχει διαφορά με τον δεύτερο (...ΕΠΕ) ίση με $53,12\% - 49,88\% = 3,24\%$. Τμήμα 1: ...ΕΠΕ με ποσοστό έκπτωσης 49,88% γιατί με την επιλογή του οικονομικού φορέα (...) ως προσωρινού μειοδότη στο τμήμα 2, καθίσταται εξ ανακλάσεως πρώτος μειοδότης στο τμήμα 1 με ποσοστό έκπτωσης 49,88% και ενώ είναι ήδη εκ της αρχικής προσφοράς του, πρώτος στο τμήμα 3 με ποσοστό έκπτωσης 49,89%. Βάσει αυτής της κατάταξης σε συνδυασμό με την υπ' αριθμ. 269608/22-10-2019 έγγραφη απάντηση στο ερώτημα της επιτροπής, όπου διευκρινίζεται ως κυρίαρχο στοιχείο επιλογής - μετά την καταχώριση των οικονομικών φορέων κατά σειρά μειοδοσίας - αποτελεί "η μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης που θα έχει με τον επόμενο" συγκρίνει την διαφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα με τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη ως εξής: στο τμήμα 1 ο πρώτος εξ ανακλάσεως μειοδότης ...ΕΠΕ έχει διαφορά με τον δεύτερο ...Α.Ε. ίση με $49,88\% - 40,88\% = 9\%$ ενώ, στο τμήμα 3 αναλογικά, ο πρώτος μειοδότης ...ΕΠΕ έχει διαφορά με τον δεύτερο (λόγω του ότι ο οικονομικός φορέας ...επιλέγεται ως προσωρινός μειοδότης στο τμήμα 2) εξ ανακλάσεως οικονομικό φορέα ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ίση με $49,89\% - 42,11\% = 7,78\%$. Ως εκ τούτου, βάσει της εξαχθείσας διαφοράς του ποσοστού έκπτωσης εκάστου τμήματος του διαγωνισμού, ο οικονομικός φορέας που οφείλει να είναι προσωρινός ανάδοχος στο τμήμα 1 είναι ο (...ΕΠΕ) όπου και παρουσιάζει την μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης. Τμήμα 3: ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με ποσοστό έκπτωσης 42,11% ως πρώτος εξ ανακλάσεως αφού οι οικονομικοί φορείς (...ΕΠΕ) και (...) έχουν προταθεί ως προσωρινοί ανάδοχοι στο Τμήμα 1 και στο Τμήμα 2. Κατόπιν των ανωτέρω, ολοκληρώνεται το Πρακτικό Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης / Αξιολόγησης Προσφορών (Πρακτικό Νο1) και η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγείται σύμφωνα με την πλειοψηφούσα

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

άποψη να γίνουν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων σύμφωνα με τον πίνακα που ακολουθεί, ανά σειρά μειοδοσίας:

ΤΜΗΜΑ 1:

α/α επωνυμία προσφέροντα-

ποσοστό οικονομικής

προσφοράς

1 ...Α.Ε. 40,88%

2 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 38,12%

3 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 36,00%

4 ...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. "...Α.Ε." 22,00%

ΤΜΗΜΑ 2:

α/α επωνυμία προσφέροντα-

ποσοστό οικονομικής

προσφοράς

1 ...53,12%

2 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 42,00%

3 ...Α.Ε. 38,88%

4 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 38,12%

5 ...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. "...Α.Ε." 22,00%

ΤΜΗΜΑ 3:

α/α επωνυμία προσφέροντα-

ποσοστό οικονομικής

προσφοράς

1 ...ΕΠΕ 49,89%

2 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 42,11%

3 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ 39,00%

4 ...Α.Ε. 35,89%

5 ...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. "...Α.Ε." 22,00%

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγείται την έγκριση του τελικού αποτελέσματος και την ανάθεση της σύμβασης του κάθε τμήματος ως εξής: Τμήμα 1: Στο μειοδότη και προσωρινό ανάδοχο «...Α.Ε.» με μέση

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

έκπτωση 40,88%, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 324.729,26 € (χωρίς ΦΠΑ). Τμήμα 2: Στο μειοδότη και προσωρινό ανάδοχο «...» με μέση έκπτωση 53,12%, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 258.702,51€ (χωρίς ΦΠΑ). Τμήμα 3: Στο μειοδότη και προσωρινό ανάδοχο «...ΕΠΕ» με μέση έκπτωση 49,89%, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 370.487,63 € (χωρίς ΦΠΑ) [...]».

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλομένη αποφάσισε τα ακόλουθα: «Α. Εγκρίνει το από 04.11.2019 προσαρτώμενο Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού [...] κατά το σκέλος που αφορά στην κήρυξη προσωρινού αναδόχου για το Τμήμα 2 του μειοδότη “...”. Β. Δεν εγκρίνει το από 04.11.2019 προσαρτώμενο Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού του ανωτέρω έργου, κατά το σκέλος που αφορά στην κήρυξη προσωρινών αναδόχων για τα Τμήματα 1 και 3, αποδεχόμενοι την άποψη της μειοψηφίας των μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού όπως αναλύεται στο Πρακτικό Ι [...] Ως εκ τούτου, βάσει της εξαχθείσας διαφοράς του ποσοστού έκπτωσης εκάστου τμήματος του διαγωνισμού, ο οικονομικός φορέας που οφείλει να είναι προσωρινός ανάδοχος στο τμήμα 1 είναι ο (...ΕΠΕ) όπου και παρουσιάζει την μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης. Γ. Κηρύσσει τον μειοδότη “...ΕΠΕ” ως προσωρινό ανάδοχο για το Τμήμα 1 και τον μειοδότη “...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ” ως προσωρινό ανάδοχο για το Τμήμα 3, σύμφωνα με την ανωτέρω άποψη της μειοψηφίας των μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού.

15.Επειδή, με την προσφυγή της η α' προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «[...] η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να εφαρμόσει το κριτήριο που έθεσε μόνο για τα Τμήματα 1 και 2 όπου ανακηρύχθηκε ο ίδιος ανάδοχος. Στο Τμήμα 3 ευθύς εξαρχής ανακηρύχθηκε μόνο ένας ανάδοχος, η εταιρεία μας. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζοντας το Κριτήριο Ανάθεσης που η ίδια όρισε όφειλε να προχωρήσει στην κατακύρωση του Τμήματος 3 στην εταιρεία μας άνευ ετέρου. Στη συνέχεια όφειλε να εφαρμόσει το κριτήριο που έθεσε στα Τμήματα 1 και 2 και αφού ανέθετε το Τμήμα 2 στον ..., όφειλε να διαπιστώσει ότι η εταιρεία μας έχει ήδη αναλάβει κατ' εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης της διακήρυξης (άρθρο 14) το Τμήμα 3 και εν συνεχεία όφειλε να

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

κατακυρώσει το Τμήμα 1 στην ...Α.Ε. Μη πράξασα τούτο, η αναθέτουσα αρχή παρέβη το νόμο και την διακήρυξη διότι η εφαρμογή του προαναφερθέντος κριτηρίου του άρθρου 4.1. (i) της Διακήρυξης λαμβάνει χώρα μόνον όταν πρόκειται αρχίθεν να ανατεθεί η εκτέλεση πλειόνων του ενός Τμημάτων στον ίδιο διαγωνιζόμενο και όχι όταν η ανάθεση στον ίδιο διαγωνιζόμενο δεν λαμβάνει χώρα κατ' εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, αλλά προκύπτει ως αποτέλεσμα εφαρμογής του κριτηρίου του άρθρου 4.1. Στην τελευταία περίπτωση προκύπτει τεχνητή αλλοίωση των προσφορών, αφού μια προσφορά που θα αναλάμβανε εξ αρχής συγκεκριμένο Τμήμα (εν προκειμένω η προσφορά μας το Τμήμα 3), καταντά να αναλάβει τεχνηέντως και μετά από παρέμβαση της αναθέτουσας αρχής διαφορετικό Τμήμα, κατά παράβαση του βασικού κριτηρίου ανάθεσης, το οποίο αν είχε εφαρμοσθεί ορθά εξ αρχής, θα απέκλειε την εφαρμογή του κριτηρίου του 4.1.ι. Το αυτό έκρινε άλλωστε η πλειοψηφία της Ε.Δ., που αποτελείται από κατεξοχήν εξειδικευμένα μέλη. Η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής που έκρινε τα αντίθετα και δεν μας ανέθεσε το 3ο Τμήμα, αλλά το 1ο, έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί[...]

16. Επειδή, με την προσφυγή της η β' προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «[...] Ο ορθός τρόπος εφαρμογής του κανόνα είναι ο οριζόμενος στο άρθρο 4.1 της διακήρυξης, που προτάθηκε από την πλειοψηφία της Επιτροπής του διαγωνισμού. Ήτοι ανατίθεται στον οικονομικό φορέα που έχει μειοδοτήσει σε ένα μόνο τμήμα το εν λόγω τμήμα και, ακολούθως, εφόσον σε δύο τμήματα έχει μειοδοτήσει ο ίδιος οικονομικός φορέας, εφαρμόζεται το κριτήριο της διαφοράς εκπτώσεων. Αυτή η μέθοδος είναι η μόνο ορθή καθώς:

1. Τηρείται ο κανόνας της πλέον χαμηλής από οικονομικής άποψης προσφοράς, με την επιφύλαξη του μη επιτρεπτού της ανάθεσης περισσοτέρων τμημάτων της σύμβασης στον ίδιο φορέα. Έτσι, η εταιρεία ...αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος στο μοναδικό τμήμα που μειοδότησε, το οποίο είναι σύμφωνο με την αρχή της μειοδοσίας, εφόσον δεν υπάρχει το κώλυμα της μειοδοσίας της σε περισσότερα τμήματα.
2. Αποφεύγονται άτοπα όπως αυτό της παράνομης και αντίθετης στη διακήρυξη αφαίρεσης από την παραπάνω εταιρεία της ανάθεσης του τμήματος στο οποίο μειοδότησε. Με τον επιλεγέντα

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

τρόπο δεν αναδεικνύεται ανάδοχος στο τμήμα που μειοδότησε αλλά στο τμήμα που έχει προσφέρει τη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσία προσφορά. 3. Η εφαρμοσθείσα εσφαλμένη μέθοδος οδηγεί στην οικονομική ζημία του Δήμου Τούτο διότι το άθροισμα των οικονομικών προσφορών με την ορθή μέθοδο ανέρχεται σε 953.919, 40 ευρώ, δηλαδή, ...ΤΜΗΜΑ 1+...ΤΜΗΜΑ 2+...ΤΜΗΜΑ 3, ήτοι 324.729,26+258.702,51+370.487,63. Ενώ, με την εσφαλμένη, υιοθετηθείσα από την Ο.Ε. μέθοδο σε 962.016,88 ευρώ, δηλαδή, ...ΤΜΗΜΑ 1+...ΤΜΗΜΑ 2+...ΤΜΗΜΑ 3, ήτοι 275.667, 50+258.702,51+427.646,87 ευρώ. Σε κάθε περίπτωση η προσβαλλομένη στερείται νόμιμο αιτιολογικό έρεισμα καθώς δεν εξηγείται για ποιον λόγο δεν ανατέθηκε η σύμβαση στον μοναδικό μειοδότη του Τμήματος 3, όταν δεν προσκρούει στο κώλυμα της ανάθεσης του έργου σε περισσότερα τμήματα [...].».

17. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...]Η Δ/ση κτιριακής υποδομής ταυτίζεται με το περιεχόμενο του εγγράφου με αριθμ. 292219/15-11-2019 της Νομικής Διεύθυνσης, το οποίο επισυνάπτουμε, το οποίο έλαβε υπόψη η οικονομική Επιτροπή προκειμένου να αποφασίσει [...] έχει τις ακόλουθες απόψεις, οι οποίες αναφέρονται και στο έγγραφο της Νομικής Υπηρεσίας: Η πλειοψηφία της Επιτροπής παρέλειψε να εφαρμόσει τα κριτήρια για την τελική κατάταξη σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της διακήρυξης: «[...]αλλά αν προκύψει ο ίδιος μειοδότης τότε η Επιτροπή του διαγωνισμού θα επιλέγει με βάση τη μεγαλύτερη διαφορά ποσοστού έκπτωσης που θα έχει με τον αμέσως επόμενο μειοδότη [...]». Ενώ, ρητά αναφέρεται ότι το ίδιο θα εφαρμόζεται και μεταξύ 2^{ου} και 3^{ου} μειοδότη. Από το τελευταίο συνάγεται ότι η εφαρμογή του ανωτέρω κριτηρίου θα πρέπει να εφαρμόζεται όχι μόνο όταν ο ίδιος είναι μειοδότης εξαρχής σε περισσότερα τμήματα αλλά και όταν καθίσταται μειοδότης σε περισσότερα τμήματα κατά την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Αντί αυτού η Επιτροπή δεν προέβη σε έλεγχο διαφοράς και μετά το ότι η ...κατέληξε μειοδότης σε δύο τμήματα, ήτοι το 1, 3, αφού ο καταρχήν μειοδότης ...ήταν πλέον μειοδότης για το τμήμα 2. Από τους οικονομικούς φορείς δεν τέθηκε καμία επιφύλαξη ούτε ζητήθηκε διευκρίνηση

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

για τη διακήρυξη και το άρθρο 4.1 που είναι το κριτήριο για την ανάθεση του έργου[...].».

17.Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

18.Επειδή, το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :, β) την προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών από την αρμόδια υπηρεσία, τη διεύθυνση και τον τρόπο υποβολής τους,, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 59 «Υποδιαίρεση συμβάσεων σε τμήματα (άρθρο 46 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.4412/2016»: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών [...] 2. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος, αν οι προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται, ακόμη και εάν οι προσφορές είναι δυνατόν να υποβάλλονται για πολλά ή για όλα τα τμήματα, να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα, υπό την προϋπόθεση ότι ο μέγιστος αριθμός των τμημάτων ανά προσφέροντα ορίζεται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στα έγγραφα της σύμβασης τα αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή τους κανόνες που προτίθενται να εφαρμόσουν για τον προσδιορισμό των τμημάτων που ανατίθενται, στην περίπτωση που η εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης θα είχε ως αποτέλεσμα την ανάθεση σε έναν προσφέροντα τμημάτων που υπερβαίνουν τον μέγιστο αριθμό.

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 σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 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

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

22. Επειδή, στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: «[...]

Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς»: «[...]

Το συνολικό έργο «Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017» αποτελείται από 3 Τμήματα :

Το Τμήμα 1 αφορά τις «Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017 στην 1η, 2η και 3η Δημοτική Κοινότητα του Δήμου ...».

Το Τμήμα 2 αφορά τις «Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017 στην 4η και 5η Δημοτική Κοινότητα του Δήμου ...».

Το Τμήμα 3 αφορά τις «Επεμβάσεις σε δημοτικούς βρεφικούς, παιδικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς για την προσαρμογή τους στο Π.Δ. 99/2017 στην 6η και 7η Δημοτική Κοινότητα του Δήμου ...»

Κάθε υποψήφιος μπορεί να υποβάλει προσφορά για ένα, για δύο ή και για τα τρία τμήματα του έργου. Σε κάθε μία από τις περιπτώσεις οι επιμέρους ηλεκτρονικοί φάκελοι θα περιλαμβάνουν ξεχωριστούς υποφακέλους που θα αναφέρονται ξεχωριστά σε κάθε τμήμα του συνολικού έργου για το οποίο καταθέτει Προσφορά.

Κάθε τμήμα θα ανατεθεί σε διαφορετικό οικονομικό φορέα σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 4.1., αφού ο κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά μέχρι και στα τρία τμήματα αλλά μπορεί να αναδειχθεί μειοδότης με βάση τις προσφορές του σε ένα μόνο από τα τρία[...]

«4.1. Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/Εγκριση Πρακτικού» : «1) [...] Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να δώσει προσφορά μέχρι και στα τρία τμήματα του έργου αλλά αν προκύψει ο ίδιος 1ος μειοδότης οικονομικός φορέας στα δύο ή και στα τρία τμήματα η Επιτροπή Διαγωνισμού θα εισηγείται για ποιο από τα τρία τμήματα θα του ανατεθεί, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 59 του Ν.4412/2016, ως εξής: Η Επιτροπή Διαγωνισμού θα

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

επιλέγει τον (προσωρινό) ανάδοχο που έχει δώσει προσφορά στα δυο ή και στα τρία τμήματα του έργου με βάση τη μεγαλύτερη διαφορά του ποσοστού έκπτωσης που θα έχει με τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη. Το ίδιο εφαρμόζεται και μεταξύ 2ου και 3ου μειοδότη[...]»,

«Άρθρο 13: Διαδικασία σύναψης σύμβασης - Όροι υποβολής προσφορών»: «13.3 Κάθε προσφέρων μπορεί να υποβάλει μόνο μία προσφορά ανά τμήμα[...]»,

«Άρθρο 14: Κριτήριο Ανάθεσης»: «Κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή)».

23.Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

24.Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

25.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, αφενός 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 και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους 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 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, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

26.Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

27.Επειδή σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, είχε κριθεί κατά το προγενέστερο θεσμικό καθεστώς ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

28. Επειδή, η τμηματοποίηση των διαγωνισμών παρέχεται ως καταρχήν ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές, προκειμένου αυτές να προγραμματίσουν, διαστρωματώσουν και καλύψουν με τον βέλτιστο δυνατό τρόπο τις ανάγκες τους, χωρίς συγχρόνως αυτή η τμηματοποίηση να συνιστά τυχόν απαγορευμένη κατάτμηση του αυτού συμβατικού αντικειμένου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Εξάλλου, η τμηματοποιημένη διαδικασία δεν διεξάγεται σε διαφορετικά ανά τμήμα στάδια και χρόνους, αλλά η έννοια της ακριβώς είναι ότι διεξάγεται μια συγχρονισμένη διαδικασία και δη για ένα αγαθό/υπηρεσία ενός είδους (ή ακόμα και περισσοτέρων συγγενών μεταξύ τους ειδών και σχετιζόμενων με κοινή ή ομοειδή ανάγκη), αλλά απλώς είναι δυνατή η εν τέλει κατακύρωση του συνολικού συμβατικού αντικειμένου σε περισσότερους αναδόχους, δηλαδή να μην κατακυρωθούν όλα τα τμήματα στον ίδιο ανάδοχο (κάτι που δεν αποκλείεται άνευ ετέρου εκτός αν πάλι η

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

αναθέτουσα επιλέξει σχετικώς, πράγμα που και αυτό είναι κατά νόμο επιτρεπτό κατ' άρ. 59 παρ. 2 Ν. 4412/2016). Συνεπώς, η τμηματοποίηση συνιστά μια ενοποιημένη και συντονισμένη δέσμη παραλλήλων, συγχρονισμένων, πλην επιμέρους και διακριτών διαγωνιστικών διαδικασιών, στο πλαίσιο της κάθε μίας εκ των οποίων αναπτύσσεται αυτοτελής ανταγωνισμός με στόχο ένα συγγενές ή και ομοειδές μεν, αυτοτελές δε συμβατικό αντικείμενο. Περαιτέρω, η τμηματοποίηση εισήχθη στο νέο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων ακριβώς ως εργαλείο αύξησης της συμμετοχής άρα και του ανταγωνισμού και συγχρόνως της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και δη του ειδικού συμφέροντος της αναθέτουσας περί εύρεσης των συμφερότερων λύσεων και ανά περίπτωση και τμήμα αναδόχων (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016 *“Το άρθρο 59 εισάγει στη διαδικασία της προετοιμασίας της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης μέριμνα προς όφελος των αναγκών των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), παρέχοντας τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να υποδιαιρούν όλες τις συμβάσεις σε τμήματα. Η υποδιαίρεση θα μπορούσε να γίνεται, είτε σε ποσοτική βάση, είτε σε ποιοτική βάση, ή σύμφωνα με τις διαδοχικές φάσεις των σχεδίων. Το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων καθορίζεται ελεύθερα από την αναθέτουσα αρχή. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι δεν είναι σκόπιμη η υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, υποχρεούται ωστόσο να αναφέρει τους κύριους λόγους αυτής της επιλογής σε ειδική έκθεση ή στα έγγραφα της σύμβασης. Όταν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διατηρήσουν τον ανταγωνισμό ή να διασφαλίσουν την αξιοπιστία του εφοδιασμού, μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων για τις οποίες μπορεί να υποβάλει προσφορά ένας οικονομικός φορέας, καθώς και να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα....”*). Ούτως, η τμηματοποίηση επιτρέποντας αφενός περισσότερες διαγωνιστικές διαδικασίες εντός της ίδιας εν γένει διαδικασίας όπου το συμφερότερο της προσφοράς θα κριθεί επί του κάθε επιμέρους τμήματος, αφετέρου τη μείωση των απαιτήσεων συμμετοχής για τα επιμέρους τμήματα (αφού, όπως είναι σαφές όσο μικρότερο είναι το

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

επιμέρους αντικείμενο, άρα εν προκειμένω τμήμα, τόσο περισσότεροι οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετάσχουν), δίνει την ευκαιρία στην αναθέτουσα να συνδυάσει τις τυχόν διαφορετικές συμφερότερες ανά τμήμα προσφορές όσον αφορά το εν γένει συμβατικό αντικείμενο, αποκτώντας έτσι όφελος σε σχέση με τον εξαναγκασμό αποδοχής ενός μόνο αναδόχου επί τη βάση ότι η προσφορά του προκύπτει ως συμφερότερη συνολικά (και δη με μικρότερο ανταγωνισμό κατά τεκμήριο σε σχέση με τη διενέργεια σε τμήματα), ανεξαρτήτως αν αυτή η συνολική προσφορά επιβαρύνεται και έτσι καθίσταται χειρότερη από αυτήν που θα μπορούσε να είναι ανά ορισμένα επιμέρους τμήματα, λόγω της ανάγκης συμπερίληψης και τμημάτων όπου ο ανάδοχος δεν θα είχε την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Σημειωτέον, ότι όπως έχει κριθεί ήδη (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 153 και 209/2017) η παράλειψη τμηματοποίησης, αλλά και ο ειδικότερος τρόπος τμηματοποίησης δύνανται να μεταβάλουν έως και καταλυτικά το πρόσωπο του αναδόχου, αλλά και να επηρεάσουν σημαντικά το τελικό αποτέλεσμα της διαδικασίας ως προς τον αθροιστικό βαθμό κόστους, καταλληλότητας και εν γένει συμφέροντος που προκύπτει για την αναθέτουσα (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 153/2017). Εξάλλου, ορισμένοι οικονομικοί φορείς είναι πιθανό, λόγω κάποιων συγκεκριμένων πόρων και ευχερειών που διαθέτουν, να έχουν δυνατότητα υποβολής συμφερότερης, από άλλους, προσφοράς όσον αφορά συγκεκριμένα επιμέρους αντικείμενα (ιδίως αν το ολικό αντικείμενο της διαδικασίας διαφοροποιείται σημαντικά ποιοτικά, γεωγραφικά, κατ' είδος και εν γένει κατά κριτήριο το οποίο επιτρέπει τη σημαντική διαφοροποίηση των προσφορών ανά επιμέρους πτυχή του), αλλά να μη δύνανται λόγω τεχνικοοικονομικών και οργανωτικών παραμέτρων να μετάσχουν εν γένει ή έστω επιτυχώς, υπό την έννοια της συμφέρουσας προσφοράς, για το σύνολο του αντικειμένου και έτσι η μη τμηματοποίηση τους αποκλείει είτε γενικώς είτε κατ' αποτέλεσμα, με συνέπεια να χάνονται από τον ανταγωνισμό για τη διεκδίκηση του συμβατικού αντικειμένου, με συνακόλουθη ζημία όχι μόνο για αυτούς, αλλά και για την αναθέτουσα. Επιπλέον, η τμηματοποίηση επιτρέπει την απομόνωση των τυχόν ιδιαιτεροτήτων (ποσοτικών, ποιοτικών, αδυναμίας ένταξης σε κοινές

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

οικονομίες κλίμακας ή σκοπού με άλλα τμήματα, περιορισμένος κύκλος επιχειρήσεων με πρόθεση υποβολής προσφοράς ή ως προς την ειδικότητα του επιμέρους προϊόντος ή τις ειδικές απαιτήσεις μεταπωλητικής εξυπηρέτησης) συγκεκριμένων τμημάτων του ευρύτερου συμβατικού αντικειμένου, ώστε οι επιπλοκές των ιδιαιτεροτήτων των πρώτων (επί παραδείγματι, υπό τη μορφή υψηλής, συγκριτικής, αναλόγως του φυσικού αντικειμένου, επιτευχθείσας τιμής προσφοράς ή υπό τη μορφή περιορισμένου ανταγωνισμού) να μην επιβαρύνουν σε συνολικό επίπεδο την εν γένει ανάθεση. Συνεπώς, ο διαχωρισμός μιας προμήθειας σε τμήματα σημαίνει ακριβώς ότι η κάθε επιμέρους διαδικασία ανάθεσης κάθε (δυνάμενου να κατακυρωθεί αυτοτελώς, ανεξαρτήτως δε διενέργειας με ενιαίο ή περισσότερους συστημικούς αριθμούς στο ΕΣΗΔΗΣ) τμήματος και η κάθε, εν τέλει, ανάθεσή του, ως και τα στοιχεία που συνθέτουν τον ανά τμήμα ανταγωνισμό, είναι μεταξύ τους καταρχήν αυτοτελή. Ο σκοπός ακριβώς της τμηματοποίησης ανάγεται κατά τα ανωτέρω στην ανάπτυξη ενός αυτοτελούς ανά τμήμα ανταγωνισμού και, επομένως, η οικονομική προσφορά επί κάθε τμήματος συνιστά ως προς τη σύνταξη, υποβολή, σύγκριση και αξιολόγησή της διακριτή και αυτοτελή διαδικασία, ουδόλως δε υφίσταται υποχρέωση των προσφερόντων να υποβάλλουν κοινή τιμή για τα τυχόν ίδια προϊόντα/υπηρεσίες που προσφέρουν σε περισσότερα αυτοτελή τμήματα ούτε να προσφέρουν δικαιολόγηση για τις τυχόν διαφοροποιήσεις των τιμών που προσφέρουν για τα ίδια προϊόντα/υπηρεσίες σε περισσότερα τμήματα.

29. Επειδή, στις υπό εξέταση προσφυγές αμφότερες οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλομένη, εσφαλμένως ερμήνευσε και εφάρμοσε το άρθρο 4.1 (ι) της διακήρυξης, που εφαρμόζεται μόνο όταν πρόκειται εξ αρχής να ανατεθεί η εκτέλεση περισσότερων του ενός τμημάτων στον ίδιο διαγωνιζόμενο και όχι όταν η ανάθεση στον ίδιο διαγωνιζόμενο δεν λαμβάνει χώρα κατ' εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, αλλά προκύπτει ως αποτέλεσμα εφαρμογής του κριτηρίου του άρθρου 4.1, ήτοι εξ αντανάκλασας. Ενώ, εάν η αναθέτουσα αρχή σωστά ερμήνευε και εφάρμοζε τον ανωτέρω όρο της διακήρυξης θα

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

έπρεπε να εφαρμόσει το εν λόγω κριτήριο μόνο στον εξ αρχής αναδειχθέντα ως μειοδότη σε δύο τμήματα του διαγωνισμού. Έτσι, ώστε η αναθέτουσα αρχή, όφειλε να αναδείξει προσωρινό ανάδοχο του Τμήματος 3 την α' προσφεύγουσα, η οποία εξ αρχής μειοδότησε μόνο σε αυτό το Τμήμα και εξ αντανakλάσεως μόνο και στο Τμήμα 1 και, εν συνεχεία, εφαρμόζοντας τα κριτήρια του άρθρου 4.1 (i) της διακήρυξης στα Τμήματα 1 και 2, στα οποία εξ αρχής προέκυψε μειοδότης ο οικονομικός φορέας ..., να αναθέσει το Τμήμα 1 στην εταιρεία ...και το Τμήμα 2 στον οικονομικό φορέα Τούτο δε διότι στο Τμήμα 2 πράγματι υπάρχει μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης μεταξύ πρώτου και δεύτερου μειοδότη, οπότε ο καταταγείς σε αμφότερα τα τμήματα μειοδότης ..., θα έπρεπε εν τέλει να αναδειχθεί ως προσωρινός ανάδοχος στο Τμήμα 2, βάσει του μεγαλύτερου ποσοστού έκπτωσης. Περαιτέρω δε η β' προσφεύγουσα εταιρεία, 3^η σε σειρά μειοδοσίας στο Τμήμα 1, μετά την εξ αντανakλάσεως κατάταξη της α' προσφεύγουσας πρώτης σε αυτό, και, συγχρόνως, εξ αρχής καταταγείσας ως μειοδότης στο Τμήμα 3, θα έπρεπε να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος, αφού η μεγαλύτερη διαφορά ποσοστού έκπτωσης μεταξύ της α' προσφεύγουσας και της δεύτερης σε κατάταξη εταιρείας στα Τμήματα 1,3, προκύπτει στο τμήμα 3. Σε διαφορετική περίπτωση, προκύπτει τεχνητή αλλοίωση των προσφορών, αφού μια προσφορά που θα αναλάμβανε εξ αρχής συγκεκριμένο Τμήμα, καταντά να αναλάβει τεχνηέντως και μετά από παρέμβαση της αναθέτουσας αρχής διαφορετικό Τμήμα, κατά παράβαση του βασικού κριτηρίου ανάθεσης, το οποίο αν είχε εφαρμοσθεί ορθά εξ αρχής, θα απέκλειε την εφαρμογή του κριτηρίου του 4.1. (i). Περαιτέρω δε η β' προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί επαρκώς την ανάθεση της σύμβασης σε άλλο πρόσωπο, πλην του μειοδότη και ότι τελικά αυτή η μέθοδος που εφάρμοσε η αναθέτουσα αρχή οδηγεί σε οικονομική ζημία της.

30. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι ορθώς ερμήνευσε και εφάρμοσε το άρθρο 4.1 (i) της διακήρυξης, σύμφωνα με τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα σε αυτό. Άλλωστε, ως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, οι απόψεις της ταυτίζονται με αυτές της νομικής υπηρεσίας

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

του Δήμου. Σε κάθε δε περίπτωση, τον ανωτέρω σαφή όρο της διακήρυξης ουδόλως αμφισβήτησαν οι προσφεύγουσες, είτε με την προσφυγή τους στη διαδικασία των διευκρινήσεων είτε με την εμπρόθεσμη άσκηση ενδίκου βοηθήματος.

31. Επειδή, όπως προκύπτει από τους όρους 3, 4.1 (ι) και 14 της διακήρυξης, ξεχωριστά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η χαμηλότερη βάσει τιμής προσφορά. Παραταύτα, ουδόλως δύναται ο ίδιος οικονομικός φορέας να αναδειχθεί ανάδοχος σε περισσότερα του ενός από τα τρία τμήματα της σύμβασης. Σε περίπτωση που κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών διαπιστωθεί ότι ο ίδιος οικονομικός φορέας έχει μειοδοτήσει σε περισσότερα του ενός τμήματα, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ερευνήσει και διαπιστώσει σε ποιο από τα παραπάνω τμήματα παρουσιάζεται η μεγαλύτερη διαφορά στο ποσοστό έκπτωσης μεταξύ πρώτου και επόμενου μειοδότη, στο οποίο και θα αναδείξει τον οικονομικό φορέα ως προσωρινό ανάδοχο. Το ίδιο κριτήριο εφαρμόζεται και μεταξύ 2^{ου} και 3^{ου} μειοδότη. Σύμφωνα, λοιπόν, με τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης, το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης εφαρμόζεται παράλληλα με την απαγόρευση ανάδειξης του ίδιου οικονομικού φορέα ως μειοδότη σε περισσότερα του ενός τμήματα του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, μειοδότης σε κάθε τμήμα αναδεικνύεται ο οικονομικός φορέας που προσέφερε την οικονομικότερη τιμή. Εφόσον όμως διαπιστωθεί ότι ο ίδιος οικονομικός φορέας προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή σε περισσότερα τμήματα, εφαρμόζεται ο όρος της Διακήρυξης που προβλέπει ως καθοριστικό το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, ως προκύπτει από τη διαφορά των προσφερόμενων ποσοστών μεταξύ πρώτου και επόμενου μειοδότη, προκειμένου να αποφανθεί η αναθέτουσα αρχή για το τμήμα στο οποίο ο οικονομικός φορέας θα θεωρηθεί ως μειοδότης.

32. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, μετά το άνοιγμα και την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού, κατά σειρά μειοδοσίας και με τα αντίστοιχα ποσοστά έκπτωσης, κατατάχθηκαν οι κάτωθι οικονομικοί φορείς:

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

Στο Τμήμα 1 1. ...52,12%, 2. ...ΕΠΕ 49,88%, 3. ...Α.Ε. 40,88% κλπ,
στο Τμήμα 2: 1. ...53,12%, 2. ...ΕΠΕ 49,88%, 3. ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ
ΕΤΑΙΡΕΙΑ 42,00% κλπ
και στο Τμήμα 3: 1. ...ΕΠΕ 49,89%, 2. ...47,11%, 3. ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
42,11%.

Η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, διαπιστώνοντας την κατάταξη του οικονομικού φορέα ...ως μειοδότη στα δύο πρώτα τμήματα του διαγωνισμού, εφαρμόζοντας το κριτήριο του άρθρου 4.1 (i) της διακήρυξης, διαπίστωσε ότι η μεγαλύτερη διαφορά στο ποσοστό έκπτωσης μεταξύ του πρώτου ...και του επόμενου σε σειρά μειοδοσίας, ήτοι της α' προσφεύγουσας στα εν λόγω δύο τμήματα προέκυπτε στο Τμήμα 2 (Τμήμα 2: 53,12%-49,88%=3,24% έναντι του Τμήματος 1: 52,12%- 49,88%=2,25%), όπου και ανέδειξε τον οικονομικό φορέα ...ως προσωρινό ανάδοχο. Εν συνεχεία δε, διαπιστώθηκε ότι η α' προσφεύγουσα εταιρεία καταταγείσα εξαρχής πρώτη σε σειρά μειοδοσίας στο Τμήμα 3, κατετάγη, εξ αντανάκλασως, μειοδότη και στο Τμήμα 1. Εφαρμόζοντας και πάλι η αναθέτουσα αρχή το ίδιο κριτήριο, διαπίστωσε ότι η μεγαλύτερη διαφορά ποσοστού έκπτωσης μεταξύ πρώτου και δεύτερου μειοδότη προέκυπτε στο Τμήμα 1 (Τμήμα 1: 49,88%-40,88%=9 έναντι του Τμήματος 3: 49,89%-42,11%= 7,78%). Σημειώνεται ότι στο Τμήμα 3, ως προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία ..., καθώς ο 1^{ος} σε σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας, ήτοι η α' προσφεύγουσα και ο 2^{ος}, ήτοι ο ...είχαν αναδειχθεί προσωρινοί ανάδοχοι στα Τμήματα 1 και 2, αντίστοιχα.

33.Επειδή, ωστόσο, από όσα εκτέθηκαν ανωτέρω υπό τις σκέψεις 22, 31 προκύπτει ότι, εν προκειμένω, κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης και συγκεκριμένα, ενόψει της τμηματοποίησης αυτής, κάθε επιμέρους τμήματός της, είναι η χαμηλότερη βάσει τιμής προσφορά. Το παραπάνω κριτήριο, εφόσον διαπιστωθεί ότι ένας οικονομικός φορέας είναι μειοδότης σε ένα μόνον τμήμα της σύμβασης, εφαρμόζεται άνευ άλλου τινός. Όταν όμως ένας οικονομικός φορέας είναι μειοδότης σε περισσότερα του ενός τμήματα εφαρμόζεται ο αντικειμενικός κανόνας της μεγαλύτερης διαφοράς του ποσοστού έκπτωσης μεταξύ του πρώτου και του επόμενου σύμφωνα με την

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

περίπτωση του άρθρου 4.1 (i) της διακήρυξης. Συνεπώς, κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 4.1 (i) της διακήρυξης αυτό δεν εφαρμόζεται στον οικονομικό φορέα που αναδείχθηκε μειοδότης μόνο σε ένα τμήμα, καθώς σε αυτή την περίπτωση εφαρμόζεται το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής, αφού ο διαγωνισμός είναι μειοδοτικός. Το δε άρθρο 4.1 (i) τυγχάνει εφαρμογής μόνο εάν και εφόσον διαπιστώνεται ότι ο ίδιος οικονομικός φορέας προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή σε περισσότερα του ενός τμήματα, προκειμένου να επιλεγεί το τμήμα στο οποίο θα θεωρηθεί ως μειοδότης δοθέντος του ότι δεν δύναται να αναδειχθεί ανάδοχος σε περισσότερα τμήματα. Άλλωστε, ο ανωτέρω όρος δεν μπορεί να ερμηνεύεται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να μεταβάλλει το κριτήριο ανάθεσης και να οδηγεί στο άτοπο αποτέλεσμα να μην αναδεικνύεται ανάδοχος στο (μοναδικό) τμήμα που μειοδότησε ο οικονομικός φορέας, αλλά σε άλλο που είχε καταταγεί δεύτερος κλπ κατά σειρά μειοδοσίας (ΕΛΣυν 2392/2016 Τμ. VI Γ'). προσθέτοντας ένα άλλο κριτήριο για την επιλογή του, το οποίο μάλιστα δεν αφορά στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας έχει προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή σε ένα μόνο τμήμα. Η ανωτέρω άποψη ενισχύεται και από το γεγονός της τμηματοποίησης αυτής καθ' εαυτής της σύμβασης, η οποία επιβάλλει την καταρχήν θεώρηση κάθε τμήματος του διαγωνισμού ως αυτοτελούς και ανεξάρτητου από τα άλλα, καθώς οδηγεί στην σύναψη ξεχωριστής σύμβασης (βλ. σκέψεις 22-28). Σε κάθε δε περίπτωση, η διαπίστωση, εν προκειμένω, αφενός μεν της ύπαρξης ενός μοναδικού μειοδότη στο Τμήμα 3 του διαγωνισμού και αφετέρου κοινού μειοδότη στα Τμήμα 1 και 2 του διαγωνισμού έγινε ταυτοχρόνως κατά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών. Επομένως, δεν δικαιολογείται η επιλογή της εφαρμογής του άρθρου 4.1 (i) της διακήρυξης, το οποίο εισάγει κριτήρια για την επιλογή του τμήματος στο οποίο ο οικονομικός φορέας θα θεωρηθεί εντέλει ως μειοδότης πριν τη διαπίστωση ύπαρξης μειοδότη σε τμήμα δυνάμει του κριτηρίου της χαμηλότερης τιμής για τον οποίο δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 4.1. Αντιθέτως, βάσει των όσων ήδη ανωτέρω εκτέθηκαν η διαδικασία ανάδειξης μειοδότη θα πρέπει να είναι ταυτόχρονη, ήτοι θα εφαρμοστεί το κριτήριο ανάθεσης εφόσον υπάρχει οικονομικός φορέας που μειοδοτεί σε ένα

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

και μόνο τμήμα, ως απαιτεί η Διακήρυξη, και συγχρόνως ο κανόνας του 4.1 (i) εκεί όπου διαπιστώνεται ότι ο ίδιος οικονομικός φορέας είναι μειοδότης σε περισσότερα του ενός τμήματα και πρέπει να επιλεγεί με τα προβλεπόμενα κριτήρια το τμήμα στο οποίο δύναται να αναδειχθεί ανάδοχος με βάση τη χαμηλότερη τιμή. Συνεπώς, στην υπό κρίση περίπτωση η α' προσφεύγουσα θα έπρεπε να αναδειχθεί ανάδοχος στο Τμήμα 3, στο οποίο και μόνο μειοδότησε. Στο Τμήμα 2 έπρεπε, ως και έγινε, να αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας ..., καθόσον μετά τη διαπίστωση του κωλύματος ανάδειξης του μειοδότη και στα δύο Τμήματα που μειοδότησε (Τμήμα 1 και 2), στο Τμήμα 2 τελικά προέκυψε η μεγαλύτερη διαφορά ποσοστού έκπτωσης μεταξύ αυτού και του επόμενου μειοδότη. Τέλος, η β' προσφεύγουσα έπρεπε να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος στο Τμήμα 1, αφού είναι η επόμενη κατά σειρά μειοδοσίας μετά τη μη λήψη υπόψη για τους προαναφερόμενους λόγους των προσφορών της εταιρείας ... η οποία δύναται να αναδειχθεί μειοδότης μόνο στο Τμήμα 2 και της α' προσφεύγουσας, η οποία δύναται να αναδειχθεί μειοδότης μόνο στο Τμήμα 3.

34.Επειδή, όλως επικουρικώς, η ορθότητα της κατά τα ανωτέρω ερμηνείας και εφαρμογής του άρθρου 4.1 (i) της διακήρυξης επιβεβαιώνεται και από το αποτέλεσμα αυτής, ήτοι την εξαγωγή συμφερότερου οικονομικού αποτελέσματος για την αναθέτουσα αρχή κατά το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού, ως προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους προσφορών των εταιρειών: β' προσφεύγουσα, Τμήμα 1 (324.729,26 ευρώ) + ..., Τμήμα 2 (258.702,51 ευρώ)+ α' προσφεύγουσα, Τμήμα 3 (370.486,63 ευρώ)= 953.918, 40 ευρώ. Αντιθέτως, σύμφωνα με την προσβαλλομένη απόφαση, εν τέλει, αν και ο διαγωνισμός είναι μειοδοτικός, το κόστος για την αναθέτουσα αρχή είναι υψηλότερο, ήτοι α' προσφεύγουσα, Τμήμα 1 (275.667, 50 ευρώ) + ...ΤΜΗΜΑ 2 (258.702,51 ευρώ)+ ..., Τμήμα 3 (427.646,87 ευρώ) = 962.016,88 ευρώ.

35. Επειδή, η εισήγηση γίνεται στο σύνολό της δεκτή.

36.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω αμφοτέρως οι προσφυγές πρέπει να γίνουν δεκτές.

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020

37.Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή των καταβληθέντων παραβόλων σε αμφότερες τις προσφεύγουσες.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την α' προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 911/40η Συνεδρίαση/18-11-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος αυτής που δεν ανέδειξε την προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχο στο Τμήμα 3 του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος από την α' προσφεύγουσα παραβόλου ποσού τριών χιλιάδων εξακοσίων ογδόντα έξι (3.686,00) ευρώ.

Δέχεται την β' προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 911/40η Συνεδρίαση/18-11-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος αυτής που δεν ανέδειξε την προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχο στο Τμήμα 1 του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος από την β' προσφεύγουσα παραβόλου ποσού εννέα χιλιάδων εκατόν εβδομήντα οκτώ (9.178,00) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε την 24 Ιανουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΡΑΣΙΜΟΥΛΑ-ΜΑΡΙΑ
ΔΡΑΚΟΝΤΑΕΙΔΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΒΙΚΤΩΡΙΑ ΠΙΣΜΙΡΗ**

Αριθμός απόφασης: 93, 94/ 2020