

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή (σε αναπλήρωση του Μέλους Ιωάννα Θεμελή δυνάμει της υπ' αριθμ. 1017/2021 τροποποιητικής πράξης της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 751/12.04.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ... οδός ..., αριθμ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 47/23.03.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των από 29.12.2020 και 18.02.2021 πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών, οικονομικών προσφορών και επανάληψης του διαγωνισμού για την Ομάδα Β.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για την Ομάδα Β του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

παράβολο με κωδικό ... την από 9.04.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της Ομάδας Β΄ της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 51.720,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την από 7.12.2020 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια ειδών καθαριότητας και πλαστικών σάκων απορριμμάτων για τις υπηρεσίες του Δήμου ..., την Πρωτοβάθμια & Δευτεροβάθμια Σχολική Επιτροπή και τη Δημοτική Κοινωνική Επιχείρηση ... (...).», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 184.760,94€ πλέον ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε δύο Ομάδες, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για μία ή και τις δυο Ομάδες αλλά για το σύνολο των ειδών έκαστης Ομάδας.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 7.12.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ....

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή 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.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 9.04.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 1.04.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα 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.

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

6. Επειδή στις 12.04.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους 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.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 870/2021 Πράξη της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στις 19.04.2021 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της επικοινωνίας τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής.

9. Επειδή ο προσφεύγων στις 11.05.2021 κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα. 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 συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 18.04.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> 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.

11. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό για την Ομάδα Β' συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων ο οποίος υπέβαλε τη με αριθμ. συστήματος 202263 προσφορά του. Σύμφωνα με το από 29.12.2020 Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος με την αιτιολογία ότι στον κύριο φάκελο υποβολής δικαιολογητικών δεν είχε συμπεριλάβει τους δύο ξεχωριστούς φακέλους με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» ο πρώτος φάκελος και την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» ο δεύτερος φάκελος αλλά αντί αυτών των φακέλων υπήρχαν στον ενιαίο κύριο φάκελο μόνο τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά και εισηγήθηκε τον αποκλεισμό του αλλά και των λοιπών συμμετεχόντων και την

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

επανάληψη του διαγωνισμού για την Ομάδα Β΄ με τους ίδιους όρους. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε, μεταξύ άλλων, το ως άνω Πρακτικό.

12. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του, καθώς και στη ματαίωση του διαγωνισμού δοθέντος ότι αυτή ερείδεται στην απόρριψη των προσφορών όλων των συμμετεχόντων.

13. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο 2.4.2.5 της διακήρυξης και τα άρθρα 18 και 102 του ν. 4412/2016 υποστηρίζει ότι: « [...] Με την ισχύουσα νομοθετική μεταρρύθμιση του αρ. 102 Ν. 4412/2016 κάμπτεται η εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας, καθώς εισάγεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για την αποστολή πρόσκλησης παροχής διευκρινίσεων προς τον οικονομικό φορέα, κατά το στάδιο αξιολόγησης της προσφοράς, προκειμένου να συμπληρώσει τις ελλείψεις του φακέλου της προσφοράς, ανεξαρτήτως εάν η υποχρέωση, η οποία δεν εκπληρώθηκε από τον διαγωνιζόμενο προβλέπεται επί ποινή αποκλεισμού από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Εκ της γραμματικής διατύπωσης της νέας ρύθμισης του αρ. 102 του Ν. 4412/2016 συνάγεται ότι η απόρριψη της προσφοράς επέρχεται σε περίπτωση που κατόπιν της χορήγησης των διευκρινίσεων, ο οικονομικός φορέας εξακολουθεί να μην συμμορφώνεται με απαράβατο όρο της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, το ρυθμιστικό πεδίο της εν λόγω διάταξης διαφοροποιείται ουσιωδώς από το προϊσχύον δίκαιο, καθώς δεν καταλείπεται πλέον στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η αποστολή πρόσκλησης προς τους οικονομικούς φορείς για την αποσαφήνιση των προσφορών, πλέον ότι καταργεί την σύνδεση της χορήγησης του εν λόγω δικαιώματος προς τους προσφέροντες με τον χαρακτηρισμό της πλημμέλειας ως επουσιώδους ή ουσιώδους, η οποία κατέτεινε στην απαράδεκτη συμπλήρωση της προσφοράς μετά την υποβολή της, δια της προσκόμισης το πρώτον, κατά το στάδιο αξιολόγησης της προσφοράς, εγγράφων που προβλεπόταν από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού επί ποινή αποκλεισμού του υποψηφίου αναδόχου. [...]

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

Από την γραμματική διατύπωση αλλά και την συστηματική διάρθρωση του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού καθίσταται αδιαμφισβήτητο ότι η τιθέμενη υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών σε έντυπη μορφή, εντός ενός κυρίου φακέλου, στον οποίο θα συμπεριλαμβάνονται δύο ξεχωριστοί φάκελοι με την ένδειξη αφενός «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» ο πρώτος φάκελος και αφετέρου την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά», ο δεύτερος φάκελος συνδέεται με την πληρότητα της προσφοράς. Συνεπώς, οι τυχόν ελλείψεις των υποβληθέντων φακέλων εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του αρ. 102 του ίδιου νόμου, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την διάταξη του αρ. 42 του Ν. 4782/2021, με αποτέλεσμα, σε περίπτωση παραλείψεων του οικονομικού φορέα για την υποβολή των δυο ξεχωριστών φακέλων να δημιουργείται η εκ του νόμου υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για την αποστολή πρόσκλησης παροχής διευκρινίσεων, αιτούμενη την προσκόμιση τυχόν ελλειπόντων εγγράφων. Η παραβίαση της εν λόγω υποχρέωσης συνεπάγεται την ακυρότητα της εκδοθείσας πράξης λόγω της παράβασης ουσιαστικής διάταξης της νομοθεσίας που διέπει την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

Εν προκειμένω, στο πλαίσιο των υποχρεώσεων που προβλέπονται από την διακήρυξη, υποβλήθηκε ένας κύριος, ενσφράγιστος φάκελος, με τα έγγραφα που ορίζονται από το κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού και αφορούν σε δικαιολογητικά συμμετοχής και έγγραφα της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς. Η παράλειψη προσκόμισης δυο διαφορετικών υποφακέλων, σύμφωνα με την διαφοροποίηση του όρου 2.4.2.5 της διακήρυξης εμπίπτει *ratione temporis* στο πεδίο εφαρμογής του αρ. 102 Ν. 4412/2021, όπως ισχύει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε την 23.03.2021, ήτοι μεταγενέστερα της έναρξης εφαρμογής της ρύθμισης του αρ. 42 του Ν. 4782/2021, η οποία έλαβε χώρα την 09.03.2021 (αρ. 142 παρ. 2 του ίδιου νόμου) και σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες. Αντίστοιχα, πληρούται και η *ratione materiae* της ίδιας διάταξης, καθώς πρόκειται για παράλειψη που εμφοχώρησε κατά την υποβολή της προσφοράς και αφορά στην τήρηση τυπικής υποχρέωσης που εισάγεται με την διακήρυξη, ήτοι την

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

τοποθέτηση των φυσικών εντύπων σε δύο υποφακέλους, εντός του κυρίως ενσφράγιστου φακέλου.

Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογία της υπ' αριθ. 47/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ο λόγος απόρριψης της προσφοράς ερείδεται σε πλημμέλεια που συνδέεται με την πληρότητα της προσφοράς. Με την αιτιολογία της πληττόμενης πράξης επέρχεται η παραβίαση ουσιαστικής διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή παρότι είχε την υποχρέωση εκ του νόμου, δεν απέστειλε πρόσκληση για την χορήγηση διευκρινίσεων, με την οποία θα αιτούνταν την συμπλήρωση της υπό κρίση έλλειψη της προσφοράς. Συνεπώς, ο αποκλεισμός από την διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς την προηγούμενη τήρηση της διαδικασίας που προβλέπεται από το αρ. 102 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει κατά τον κρίσιμο χρόνο της έκδοσης της διοικητικής πράξης επιφέρει την παραβίαση της αρχής της νομιμότητας και ως εκ τούτου καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωτέα και εξαφανιστέα. Για το λόγο αυτό αιτούμαστε της ακύρωσης της υπ' αριθ. 47/2021 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφορά της εταιρείας μας για την Ομάδα Β' της σύμβασης».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι: « [...]Το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 κατέστρωνε αναλυτικότερα τις προϋποθέσεις υποχρεωτικής ή και προαιρετικής πρόσκλησης των οικονομικών φορέων προκειμένου να διορθώσουν ή να συμπληρώσουν τα δικαιολογητικά και πληροφορίες υπό την προϋπόθεση ότι αυτές αναφέρονται σε επουσιώδη στοιχεία και όχι σε κύρια όπως εν προκειμένω η μορφή κατάθεσης των προσφορών και σε κάθε περίπτωση η πρόσκληση δεν έπρεπε να παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων. [...] Κατά τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα η νέα διατύπωση του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 επιτρέπει στην Αναθέτουσα Αρχή ή και της επιβάλλει να προσκαλέσει προς συμπλήρωση ή διόρθωση τον οικονομικό φορέα ακόμη και για τα ουσιώδη ζητήματα όπως εν προκειμένω ο τύπος υποβολής της οικονομικής προσφοράς, αδιακρίτως εάν η πρόσκληση αυτή μπορεί να συνιστά παραβίαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης.

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

Επίσης ακόμη και εάν η νέα διατύπωση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 είχε αυτό το ευρύ περιεχόμενο και ουσιαστικά καταργούσε την αρχή της τυπικότητας, η Αναθέτουσα Αρχή βασίστηκε στα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού τα οποία συντάχθηκαν την 29.12.2020 και 18.2.2021 ήτοι σε χρόνο προγενέστερο της μεταρρύθμισης του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, η δε πιθανή πρόσκληση μετά την θέση σε ισχύ του Ν. Ν. 4782/2021, ήτοι μετά την 9<sup>η</sup> 3.2021 όπως αναφέρεται στην συνέχεια καθίσταται αδύνατη ως προς την διατήρηση της διαγωνιστικής διαδικασίας και της επανάληψης της διαδικασίας κατάθεσης οικονομικών προσφορών διότι η διαδικασία κατά τον τρόπο αυτόν είχε ολοκληρωθεί και το περιεχόμενο τόσο της τεχνικής προσφοράς όσο των και των οικονομικών είχε αποκαλυφθεί.

Η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων με το με αρ. πρωτ.: 2339/16/04/2021 έγγραφό με θέμα: «Διευκρινίσεις ως προς επιμέρους διατάξεις του ν. 4782/2021 (Α' 36). Τροποποίηση του ν. 4412/ 2016 και άλλες διατάξεις», ορίζει επί της εφαρμογής του τροποποιημένου άρθρου 102 του Ν.4412/2016 σχετικά με τον χρόνο έναρξης της εφαρμογής και για τις ευρισκόμενες σε εξέλιξη διαγωνιστικές διαδικασίες κατά την 9.3.2021 ορίζονται τα ακόλουθα: «λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν υπάρχει ρητή μεταβατική διάταξη, σύμφωνα με την οποία οι ως άνω ρυθμίσεις των άρθρων 102 και 310, όπως αντικαθίστανται, να καταλαμβάνουν τις εκκρεμείς, κατά την έναρξη ισχύος τους, ήτοι την 9η Μαρτίου 2021, διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, επισημαίνονται τα ακόλουθα:

Οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, οι οποίες εκκινούν, ήτοι δημοσιεύονται, μετά τις 9/3/2021 καταλαμβάνονται από την ως άνω διάταξη και οι όροι τους πρέπει να συμπεριλαμβάνουν τις ρυθμίσεις των άρθρων 102 και 310, όπως τροποποιήθηκαν.

Ως προς εκκρεμείς διαδικασίες, οι όροι των οποίων έχουν συνταχθεί με βάση τις προϊσχύουσες ρυθμίσεις του άρθρου 102 και στις οποίες, δεν έχει ακόμη εκπνεύσει η προθεσμία υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή δύναται να προβαίνει σε:

- τροποποίηση των όρων της οικείας διακήρυξης, προκειμένου να συμπεριλάβει τις ως άνω νέες ρυθμίσεις των άρθρων 102 και 310, τηρώντας

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

τις αναγκαίες απαιτήσεις δημοσιότητας ή - έκδοση σχετικής απόφασης- ανακοίνωσης του αρμοδίου αποφαινόμενου οργάνου με σαφή παραπομπή στην εφαρμογή των ως άνω διατάξεων, και η οποία (απόφαση) θα πρέπει να αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα των αρχικών εγγράφων της σύμβασης (πχ Διακήρυξης), ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να λάβουν επαρκή γνώση».

Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η πρόοδος της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας μετά την υποβολή των προσφορών οι οποίες εξάλλου έγιναν σε χρόνο όπου ίσχυε το προ της τροποποίησης άρθρο 102 Ν.4412/2016, και καθόσον έχει προβεί σε άνοιγμα των προσφορών δεν είναι δυνατή ούτε επιτάσσεται εξάλλου η εφαρμογή του άρθρου 102 Ν.4412/2016 όπως ισχύει μετά την τροποποίηση με το άρθρο 42 του Ν.4782/2021.

Η Αρχή Σας με την 337/2018 Απόφαση, σκέψεις 12 και 14, έχει αποφανθεί επί παρόμοιας περίπτωσης θεμιτής παραβίασης της αρχής της τυπικότητας.

[...]Επειδή η τροποποίηση του άρθρου 102 του Ν.4412/2016, υπό την προϋπόθεση ότι επιτάσσεται υπό την νέα μορφή η υποχρεωτική πρόσκληση προς αποκατάσταση της παραβίασης του άρθρου 2.4.2.5. της Διακήρυξης επήλθε μετά την κρίση της Επιτροπών Διαγωνισμού και ενώ είχε ολοκληρωθεί η διαδικασία στην Επιτροπή Διαγωνισμού ήτοι προ της 9.3.2021 δεν καθίσταται υποχρεωτική ούτε είναι εφικτή η τροποποίηση των όρων της οικείας διακήρυξης, προκειμένου να συμπεριλάβει τις ως άνω νέες ρυθμίσεις των άρθρων 102 και 310, τηρώντας τις αναγκαίες απαιτήσεις δημοσιότητας ούτε η έκδοση σχετικής απόφασης- ανακοίνωσης του αρμοδίου αποφαινόμενου οργάνου με σαφή παραπομπή στην εφαρμογή των ως άνω διατάξεων, και η οποία (απόφαση) θα πρέπει να αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα των αρχικών εγγράφων της σύμβασης (πχ Διακήρυξης), ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να λάβουν επαρκή γνώση.

Επειδή η παραβίαση του άρθρου 2.4.2.5. της Διακήρυξης όπως αναφέρεται ανωτέρω αποτελεί λόγο αποκλεισμού του οικονομικού φορέα καθότι δεν είναι εφικτή η συμπλήρωση εκ των υστέρων εφόσον έχει ανοιχθεί ο σφραγισμένος φάκελος. Η μη υποβολή της οικονομικής προσφοράς δεν αποτελεί στοιχείο

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

παραβίασης της τυπικότητας που διορθώνεται- συμπληρώνεται με πρόσκληση του οικονομικού φορέα προς τούτο. Πολύ δε περισσότερο όταν εγείρεται ο ισχυρισμός ότι η οικονομική προσφορά είχε κατατεθεί χωρίς να περιλαμβάνεται σε ξεχωριστό φάκελο, διότι στην περίπτωση αυτή δεν είναι δυνατή η διόρθωση αφού τα στοιχεία της οικονομικής προσφοράς έχουν αποκαλυφθεί

Επειδή είναι πρακτικά αδύνατο να συνεχιστεί ο διαγωνισμός τόσο λόγω της παραβίασης του οριζόμενου στο άρθρο 2.4.2.5. της Διακήρυξης τύπου υποβολής της οικονομικής προσφοράς όσο και λόγω της αποσφράγισης των φακέλων της τεχνικής προσφοράς και των δικαιολογητικών έτσι ώστε να μην καθίσταται πλέον εφικτή, δυνάμει και της 337/2018 Απόφαση, σκέψη 12 και 14 της Αρχή Σας η συμπλήρωση εκ των υστέρων της οικονομικής προσφοράς».

15. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του προβάλλει τα ακόλουθα: «Κατά την πάγια αρχή του Διοικητικού Δικαίου, οι διοικητικές πράξεις εφαρμόζουν τις νομοθετικές διατάξεις που ισχύουν κατά το χρόνο έκδοσης τους. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδόθηκε μετά την έναρξη εφαρμογής του αρ. 42 του Ν. 4782/2021, ήτοι μετά την 09.03.2021. Δεδομένου δε ότι ο νομοθέτης δεν προβλέπει ρητή μεταβατική διάταξη, με την οποία να καθορίζεται ότι η εν λόγω ρύθμιση καταλαμβάνει τους διαγωνισμούς που προκηρύσσονται μετά την έναρξη ισχύος της συνάγεται ότι η τροποποιηθείσα διάταξη του αρ. 102 του Ν. 4412/2016 εφαρμόζεται επί των διοικητικών πράξεων που εκδίδονται μετά την έναρξη ισχύος της.

Με τις έγγραφες απόψεις, η αναθέτουσα αρχή διατείνεται ότι βασίστηκε στα Πρακτικά της Επιτροπής του διαγωνισμού, που συντάχθηκαν πριν την έναρξη εφαρμογής της διάταξης του αρ. 42 του Ν. 4782/2021, καθώς και ότι καθίσταται αδύνατη η επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας με την κατάθεση οικονομικών προσφορών, καθώς είχε αποκαλυφθεί το περιεχόμενο των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων. Ωστόσο, οι εν λόγω αιτιάσεις τυγχάνουν αβάσιμες διότι σύμφωνα με τους όρους της

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

επίμαχης διακήρυξης, το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής αποτελεί η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., τα δε Πρακτικά των Επιτροπών του διαγωνισμού συνιστούν απλή γνώμη, ήτοι δεν δεσμεύουν την τελική κρίση του διοικητικού οργάνου. Συνεπώς, κρίσιμος χρόνος για την αποκρυστάλλωση της *rationae temporis* της υπό κρίση διάταξης συνιστά η έκδοση απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία εξάλλου αποτελεί και την μόνη εκτελεστή διοικητική πράξη.

Αντίστοιχα, κατά το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία εξελίσσεται σε ένα στάδιο, με την έκδοση μιας απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αξιολογούνται οι προσφορές των οικονομικών φορέων, ήτοι εξετάζονται τα δικαιολογητικά συμμετοχής αλλά και οι τεχνικές και οικονομικές προσφορές των προσφερόντων. Η επίκαιρη προσβολή της απόφασης της αναθέτουσας αρχής περιλαμβάνει την δυνατότητα προβολής ισχυρισμών για οποιοδήποτε σφάλμα εμφιλοχωρήσει κατά την αξιολόγηση των προσφορών, με αποτέλεσμα να καθίσταται σαφές ότι, σε περίπτωση διεξαγωγής του διαγωνισμού σε ένα μόνο στάδιο, κατά το χρονικό στάδιο που ασκείται η προδικαστική προσφυγή έχουν αξιολογηθεί σε κάθε περίπτωση και οι οικονομικές προσφορές. Συνεπώς, δοθέντος ότι δεν καταλείπεται η δυνατότητα προσβολής της απόφασης της αναθέτουσας αρχής πριν την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, ο υπό κρίση ισχυρισμός τυγχάνει αβάσιμος και ως εκ τούτου απορριπτέος.

Η επίκληση της υπ' αριθ. 337/2018 Απόφασης της ΑΕΠΠ ουδόλως επιφέρει διαφοροποίηση των ως άνω παραδοχών, καθώς η κρίση της Αρχής στην ως άνω Απόφαση στηρίζεται σε ουσιωδώς διαφορετικά πραγματικά περιστατικά, που δεν συντρέχουν εν προκειμένω. Συγκεκριμένα, στην εν λόγω υπόθεση εξετάσθηκε η νομιμότητα απόφασης αναθέτουσας αρχής, η οποία προέβη στην αξιολόγηση οικονομικής προσφοράς πριν την οριστική κρίση περί της τεχνικής πληρότητας των προσφορών των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση της κατά στάδια διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στην υπό εξέταση περίπτωση έχει ολοκληρωθεί η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

οικονομικών φορέων και ως εκ τούτου δεν υφίσταται η επικαλούμενη παραβίαση των αρχών της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών και του υγιούς ανταγωνισμού, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή.

Περαιτέρω, με το υπ' αριθ. πρωτ. 2339/16.04.2021 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ παρέχονται διευκρινίσεις προς τις αναθέτουσες αρχές σχετικά με την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 4782/2021. Στο πλαίσιο της εφαρμογής του αρ. 42 του ίδιου νόμου εισάγεται η μη νομικά δεσμευτική γνώμη ότι για τους διαγωνισμούς που έχουν προκηρυχθεί πριν την έναρξη ισχύος της νέας ρύθμισης και ευρίσκονται στο στάδιο πριν την υποβολή των προσφορών, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να διευκρινίζουν την εφαρμογή της ρύθμισης υπό την νέα διατύπωση της. Εν προκειμένω ωστόσο, δεν μεταβάλλεται το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, το οποίο προβλέπει με σαφήνεια την εφαρμογή του αρ. 102 του Ν. 4412/2016, καθώς από τις διατάξεις της διακήρυξης, σε συνδυασμό με τις ρυθμίσεις του αρ. 4782/2021 προκύπτει ότι οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται μετά την 09.03.2021 καταλαμβάνονται από την ρύθμιση του τελευταίου.

Ενόψει των ανωτέρω, οι αντίθετες αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής τυγχάνουν νόμω και ουσία αβάσιμες και για το λόγο αυτό αιτούμαστε της απόρριψής τους».

16. Επειδή το άρθρο 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.».

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

απόρριψη της προσφοράς,[...]κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

18. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.[...].».

19. Επειδή το άρθρο 92 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 2. Στην ανοικτή διαδικασία οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:α) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 93, β) ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Τεχνική Προσφορά», εφόσον απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης, ο οποίος περιέχει τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 94 για τις συμβάσεις που αφορά το άρθρο αυτό και τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης. Αν τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς δεν είναι δυνατόν, λόγω μεγάλου όγκου, να τοποθετηθούν στον κυρίως φάκελο, τότε αυτά συσκευάζονται χωριστά και ακολουθούν τον κυρίως φάκελο με τις ίδιες ενδείξεις και γ) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά», εφόσον απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης, ο οποίος περιέχει τα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 95 για τις συμβάσεις που αφορά το άρθρο αυτό και τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης.[...].».

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

20. Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, ορίζει ότι : «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.».

21. Επειδή το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης [...]».

22. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «Προμήθεια ειδών καθαριότητας και πλαστικών σάκων απορριμμάτων για τις υπηρεσίες του Δήμου ..., την Πρωτοβάθμια & Δευτεροβάθμια Σχολική Επιτροπή και τη Δημοτική Κοινωφελή Επιχείρηση ... (....) Συγκεκριμένα η προμήθεια των ειδών περιλαμβάνει τις εξής δύο (2) ομάδες:

[...] 2. Ομάδα Β: Πλαστικοί σάκοι απορριμμάτων για τις ανάγκες του Δήμου ..., εκτιμώμενης αξίας 51.720,00 πλέον ΦΠΑ [...]

Η προσφορά θα αφορά τουλάχιστον το σύνολο των ειδών κάθε ομάδας (Α ή Β). Στον διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να υποβάλουν προσφορά για τη μία ή και για τις δύο ομάδες (όπως περιγράφονται κατωτέρω) με βάση τους Πίνακες του Παραρτήματος Ι' [...]

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

2.4.2.5 [...] Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι ενδεικτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τα πρωτότυπα έγγραφα τα οποία έχουν εκδοθεί από ιδιωτικούς φορείς και δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, καθώς και τα έγγραφα που φέρουν τη Σφραγίδα της Χάγης (Apostille).[...]

Στον σφραγισμένο φάκελο θα πρέπει να αναγράφονται ευκρινώς:

- α) η λέξη Προσφορά,
- β) η επωνυμία της αναθέτουσας αρχής,
- γ) ο τίτλος της διακήρυξης σύμβασης,
- δ) η καταληκτική ημερομηνία (ημερομηνία λήξης προθεσμίας υποβολής προσφορών),
- ε) τα στοιχεία του οικονομικού φορέα. (άρθρο 92 παρ.1 Ν.4412/16) ο οποίος θα περιλαμβάνει
  - α) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» ο οποίος επί ποινή αποκλεισμού, θα πρέπει να περιέχει όλα τα απαιτούμενα ως παραπάνω δικαιολογητικά & από τις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσας διακήρυξης στοιχεία (π.χ τεχνική προσφορά συστήματος, πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, πρωτότυπη εγγυητική συμμετοχής, prospectus κτλ). Αν τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς δεν είναι δυνατόν, λόγω μεγάλου όγκου, να τοποθετηθούν στον κυρίως φάκελο, τότε αυτά συσκευάζονται χωριστά και ακολουθούν τον κυρίως φάκελο με τις ίδιες ενδείξεις.
  - β) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά», ο οποίος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει εκτός από το αναρτημένο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV) & την

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

παραγόμενη από το σύστημα οικονομική προσφορά, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένες.

Οι ως άνω ξεχωριστοί σφραγισμένοι φακέλοι φέρουν επίσης τις ενδείξεις του κυρίως φακέλου.[...]

Τα κατά περίπτωση στοιχεία και δικαιολογητικά, όπως περιγράφονται ανωτέρω, θα προσκομιστούν, σε καλά σφραγισμένο ενιαίο κυρίως φάκελο, στο Τμήμα Πρωτοκόλλου, της Αναθέτουσας Αρχής, όπου θα λάβουν σχετικό αριθμό.[...]

### 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), [...] β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 [...]

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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 (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

24. Επειδή, 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 επιτυχανόταν 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).

25. 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 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).

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 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, κατ' εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας που διέπει τον τρόπο σύνταξης των προσφορών, στο πλαίσιο των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών, σκοπείται η ύπαρξη διαφάνειας, η αποφυγή

## Αριθμός απόφασης: 954/2021

κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και η ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους. Έκφραση της αρχής αυτής συνιστά η τιθέμενη με τη Διακήρυξη υποχρέωση των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν σε διαφορετικούς υποφακέλους την τεχνική και την οικονομική τους προσφορά, και ειδικότερα να τοποθετούν τα τεχνικά και οικονομικά στοιχεία της προσφοράς τους στους φακέλους της τεχνικής και της οικονομικής προσφοράς αντίστοιχα (ΔΕφΘεσσ 203/15, ΔΕφΑθ 29/2013). Ως εκ τούτου, η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών αφενός και η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών αφετέρου συνιστούν απολύτως διακεκριμένες φάσεις της διαδικασίας, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι δεν επηρεάζεται η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών από το ύψος της οικονομικής προσφοράς. Μάλιστα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, η αποκάλυψη οικονομικών στοιχείων εκ μέρους διαγωνιζομένου πριν από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και κατά το χρόνο που διαρκεί ακόμα το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών επιφέρει τον αποκλεισμό αυτού από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα στοιχεία αυτά πράγματι ανταποκρίνονται, κατά το περιεχόμενό τους, στα περιλαμβανόμενα στο φάκελο της οικονομικής προσφοράς στοιχεία (ΣΤΕ 2283/06, 1452/2000, 2478/1997, Ε.Α. 326/08, 599/07, 1234/07, 1265/06, 44/05, ΔΕφΑθ 50/2013).

28. Επειδή στον όρο 2.4.2.5 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να προσκομίσουν και έντυπο φάκελο της ηλεκτρονικώς υποβληθείσας προσφοράς τους, ο οποίος θα περιλαμβάνει δυο διακριτούς σφραγισμένους υποφακέλους, ήτοι έναν υποφάκελο με την ένδειξη «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ- ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» στον οποίο θα περιέχονται τα έγγραφα που απαιτούνται ως δικαιολογητικά συμμετοχής και προς τον σκοπό απόδειξης των τεχνικών προδιαγραφών και έναν έτερο υποφάκελο με την ένδειξη «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» στον οποίο θα κατατεθούν το έγγραφο της οικονομικής προσφοράς κατά το υπόδειγμα του Παραρτήματος V της διακήρυξης και η οικονομική προσφορά του συστήματος. Η δε εν λόγω υποχρέωση περί υποβολής δυο διακριτών υποφακέλων, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 27, επιβάλλεται βάση

## **Αριθμός απόφασης: 954/2021**

της αρχής της τυπικότητας και προς τον σκοπό διασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού και αντικειμενικής αξιολόγησης των προσφορών, η οποία τίθεται εν αμφιβόλω, σε περίπτωση αποκάλυψης οικονομικών στοιχείων πριν την οριστική κρίση περί του παραδεκτού της τεχνικής προσφοράς και ως εκ τούτου αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι η απαίτηση για δυο διακριτούς υποφακέλους τίθεται για λόγους πληρότητας της προσφοράς. Σημειωτέον ότι η παράβαση της υποχρέωσης του όρου 2.4.2.5 της διακήρυξης αποτελεί λόγο αποκλεισμού της προσφοράς κατά τα αναφερόμενα στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης.

29. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων δεν υπέβαλε στον έντυπο φάκελο της προσφοράς τους δυο διακριτούς σφραγισμένους υποφακέλους κατά την απαίτηση του όρου 2.4.2.5 της διακήρυξης αλλά μόνον έναν σφραγισμένο υποφάκελο στον οποίο περιλαμβάνονται τα δικαιολογητικά συμμετοχής, η τεχνική και οικονομική του προσφορά, με αποτέλεσμα κατά την αποσφράγισή του από την Επιτροπή Διαγωνισμού να έχουν αποκαλυφθεί τα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς του, χωρίς να έχει ολοκληρωθεί η αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής του προσφοράς. Ο δε ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί εφαρμογής του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε από τον άρθρο 42 του ν. 4782/2021 τυγχάνει απορριπτέος διότι ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι, εν προκειμένω, τίθεται ζήτημα έλλειψης εγγράφων της προσφοράς του ή ασάφειας δεκτικής διευκρίνισης/συμπλήρωσης. Τουναντίον και ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, η υποβολή με τον έντυπο φάκελο της προσφοράς του προσφεύγοντος ενός μόνον υποφακέλου αντίκειται στην σαφώς επιβαλλόμενη εκ της διακήρυξης αρχή της αξιολόγησης των προσφορών σε δυο διακριτά στάδια, ενώ σε κάθε περίπτωση η εφαρμογή του άρθρου 102 θα ήταν ατελέσφορη, δοθέντος ότι δεν είναι δυνατή η δια διευκρινίσεων απόκρυψη οικονομικών στοιχείων που έχουν ήδη αποκαλυφθεί. Ενόψει δε τούτων παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των εκατέρωθεν ισχυρισμών περί εφαρμογής στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 κατά το τροποποιηθέν του

**Αριθμός απόφασης: 954/2021**

περιεχόμενο. Επομένως, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 23-27, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

30. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

31. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

32. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην 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.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε την 24<sup>η</sup> Μαΐου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**  
**α/α ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ**