

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 1-3-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)284/1-3-2019 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...Ε.Ε.», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 22-2-2019, υπ' αρ. 31/2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας (6η/2019 συνεδρίαση), καθ' ο μέρος απέκλεισε τον ίδιο από την Ομάδα 7 (ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ) της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών άνω των ορίων για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ-ΕΙΔΩΝ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΣΩΠΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ – (ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΑΙΔΕΙΑΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2019-2020-2021), ανέδειξε τον οικονομικό φορέα ...ως προσωρινό ανάδοχο αντί του προσφεύγοντος, ως και καθ' ο μέρος εγκρίθηκε καταρχήν η προσφορά του παραπάνω νυν προσωρινού αναδόχου, ως και του οικονομικού φορέα ...ΑΕ, στρέφεται δε και κατά κάθε προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης. Η ως άνω διακήρυξη με αρ. πρωτ. 40569/13-12-2018 με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ συνολικής αξίας 1.555.013,77 ευρώ και επιμέρους αξίας της Ομάδας 7 που αφορά η προσφυγή, 666.794,44 ευρώ άνευ ΦΠΑ, δημοσιεύτηκε στην ΕΕΕΕ την 13-12-2018, στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

12-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...και στο ΕΣΗΔΗΣ την 18-12-2018 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ..., ποσού 3.334,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 1-3-2019 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 22-12-2019 Απόφασης της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, αφορά δε το τμήμα 7 της διαδικασίας. Ο δε προσφεύγων που υπέβαλε στο ως άνω τμήμα προσφορά που έγινε δεκτή στα στάδια δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και υπέβαλε οικονομική προσφορά σε αυτή, συνολικού ύψους (297.925,22 + 127.605,45) 425.530,67 ευρώ άνευ ΦΠΑ και επομένως τη χαμηλότερη από κάθε άλλον αποδεκτό διαγωνιζόμενο, ως και από αυτή του προσωρινού αναδόχου, δια της προσφυγής του στρέφεται, καθ' ερμηνεία του δικογράφου, αφού με τον πρώτο λόγο του βάλλει κατά του αποκλεισμού του και στο αιτητικό του ζητά την αποδοχή της προσφυγής του, επί τω τέλει αναδείξεώς του ως προσωρινού αναδόχου, τόσο κατά του αποκλεισμού του ιδίου, όσο και κατά της αποδοχής των προσφορών των δύο ως άνω διαγωνιζομένων. Σημειωτέον δε, ότι στον τρίτο λόγο του αναφέρεται σε μη νόμιμη κατ' αυτόν αποδοχή και δύο ακόμη οικονομικών φορέων και συγκεκριμένα του ..., που απεκλείσθη ούτως ή άλλως από την προσβαλλομένη, αλλά και του ..., του οποίου όμως τον αποκλεισμό δεν ζητά στο αιτητικό της προσφυγής. Σε κάθε πάντως περίπτωση, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της μόνης βάσης αποκλεισμού του που συνίσταται στην

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

προσφορά διαφορετικής τιμής για τα ίδια είδη σε άλλους κωδικούς ειδών του τμήματος 7 και συγκεκριμένα της προσφοράς διαφορετικής τιμής πρώτον, για το είδος με α/α 30 «φακές συσκευασία 500 γρ» που προορίζεται για τον ...σε σχέση με το ταυτόσημο είδος 66 που προορίζεται για το ..., δεύτερον, για το είδος με α/α 28 «τυρί φέτα εγχώρια» που προορίζεται για τον ...σε σχέση με την τιμή που προσέφερε για το ταυτόσημο είδος με α/α 49 που προορίζεται για Έξοδα Συσσιτίου, τρίτον, για το είδος με α/α 137 «αλάτι συσκευασία 500 γρ» που προορίζεται για το ...σε σχέση με αυτήν που υπέβαλε για το τμήμα με α/α 140 ταυτοσήμου αντικειμένου, αλλά με προορισμό το ΚΑΠΗ και τέταρτον, για το είδος με α/α 1 «αλάτι συσκευασία 1000 γρ» που προορίζεται για τον ...σε σχέση με τιμή που προσέφερε για το είδος με α/α 92 που είχε το ίδιο αντικείμενο, αλλά αφορούσε τον κωδικό Έξοδα Συσσιτίου. Ο δε προσφεύγων επικαλείται ότι ο αποκλεισμός του υπό την ως άνω αιτιολογία ουδέν έρεισμα σε αντίστοιχο όρο της διακήρυξης, βρίσκει. Με τον δεύτερο, τρίτο και τέταρτο λόγο του στρέφεται κατά της αποδοχής του οικονομικού φορέα ..., αντιστοίχως στο στάδιο οικονομικών προσφορών (δεύτερος λόγος) και στο στάδιο τεχνικών προσφορών (τρίτος και τέταρτος λόγος), τον δε τρίτο λόγο του με το ίδιο περιεχόμενο προβάλλει και κατά της αποδοχής του νυν προσωρινού αναδόχου.

3. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 22-2-2019 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 1-3-2019), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, καθ' ο μέρος τουλάχιστον στρέφεται κατά του αποκλεισμού του. Περαιτέρω πάντως, αορίστως προβάλλονται αιτιάσεις κατά του οικονομικού φορέα ...και ..., αφού ο πρώτος απεκλείσθη ούτως ή άλλως,

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

για τον δε δεύτερο ουδέν αναφέρει στο αιτητικό του. Σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων δεν έχει έννομο συμφέρον ως προς το σκέλος της προσφυγής του κατά το οποίο στρέφεται κατά της αποδοχής του νυν προσωρινού αναδόχου και του οικονομικού φορέα Και τούτο διότι αν τυχόν η προσφυγή γίνει δεκτή κατ' αυτό το μέρος της, ο προσφεύγων, έχοντας προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή από τους ως άνω οικονομικούς φορείς, ουδεμία βλάβη θα υφίσταται από την καταρχήν αποδοχή τους, αφού θα πρέπει να αναδειχθεί ο ίδιος προσωρινός ανάδοχος, ως πρώτος αποδεκτός μειοδότης, η δε τυχόν υπεισέλευση των παραπάνω στη θέση του προσωρινού αναδόχου, θα λάβει χώρα αν ήδη αποκλεισθεί κατά το στάδιο κατακύρωσης ο ίδιος ο προσφεύγων και επομένως, ουδόλως η τύχη των δικών τους προσφορών (που έπονται σε σειρά αυτού) επηρεάζει την περαιτέρω τύχη του προσφεύγοντος ως προς τη δυνατότητά του να αναλάβει την επίδικη σύμβαση (Απόφαση ΑΕΠΠ 1093/2018). Αντιθέτως, αν απορριφθεί η προσφυγή του κατά το σκέλος της που αφορά τη δική του αποδοχή, θα δύνατο να έχει έννομο συμφέρον ως μη οριστικώς αποκλεισθείς μετέχων προς αποκλεισμό του συνόλου των λοιπών (αποδεκτών μετεχόντων), επί τω τέλει ματαίωσης του διαγωνισμού(Αποφάσεις 1^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 1011, 1093 και 1159/2018, σε συμφωνία με ΣτΕ ΕΑ 349/2017, 22, 106, 144/2018, περαιτέρω δε σύμφωνη και η μεταγενέστερη ΣτΕ 30/2019 αναστέλλουσα την ισχύ της Απόφασης 3^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 1094/2018 και εφεξής και Απόφαση 1^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 216/2019). Όμως, εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, δεν αιτείται τον αποκλεισμό και του τρίτου, πλην του προσωρινού αναδόχου και της ...ΑΕ, αποδεκτού μετέχοντος, ..., αφού δεν περιλαμβάνει οιοδήποτε σχετικό αίτημα στο αιτητικό του και επομένως, ακόμη και αν οι δύο παραπάνω διαγωνιζόμενοι κριθούν ως μη νομίμως αποδεκτοί, δεν θα είναι δυνατός ο αποκλεισμός όλων των μετεχόντων (αφού θα απομείνει ένας αποδεκτός, ήτοι η ...) και συνεπώς, ούτε η ματαίωση του διαγωνισμού λόγω τέτοιου αποκλεισμού όλων, άρα δεν θα μπορεί να αναγνωρισθεί ούτε έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος και βλάβη του από την προσβαλλομένη. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος που στρέφονται κατά των δύο παραπάνω διαγωνιζομένων, ήτοι προσωρινού αναδόχου και ..., δεν δύνανται να τύχουν εξέτασης ούτε υπό το φως της

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, αφού ουδεμία σχέση υφίσταται μεταξύ της αιτιολογίας αποκλεισμού του προσφεύγοντος και των λόγων που προβάλλει κατά των προσφορών των δύο παραπάνω μετεχόντων. Συνεπώς και υπό το ενιαίο μέτρο κρίσης, οι παραπάνω ισχυρισμοί προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα, απαραδέκτως. Κατ' αποτέλεσμα, μόνο ο πρώτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται μετ' εννόμου συμφέροντος και άρα, παραδεκτός, πλην όμως η παραδεκτή προβολή έστω και ενός ισχυρισμού, αρκεί για το καταρχήν παραδεκτό της προσφυγής. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, οι θέτουσες τους όρους του διαγωνισμού διακηρύξεις συνιστούν κανονιστικού περιεχομένου πράξεις, ενώ μόνο η δημοσίευση, κατά το πλήρες περιεχόμενο, των κανονιστικών αποφάσεων τους προσδίδει νόμιμη υπόσταση (ΣτΕ 33/2009, 256/2007, 3/2006, 1788/2004, 2200/2003, 4, 3195/2000, 187/1998, ΣτΕΟΛ 3136/1989). Η δε κατά τα ως άνω δημοσίευση, ως προϋπόθεση του ίδιου του καταρχήν υποστατού της κανονιστικής πράξης κατ' άρ. 42 παρ. 1 και 35 παρ. 1 Συντ., λαμβάνει τη μορφή που κατά νόμο προβλέπεται, αναλόγως τύπου κανονιστικής πράξης, αφού για τις λοιπές, πέραν των προεδρικών διαταγμάτων, κανονιστικού περιεχομένου διοικητικές πράξεις, ο νομοθέτης μπορεί να καθορίσει γενικό ή ειδικούς, κατά περίπτωση, τρόπους δημοσίευσης με άλλο πρόσφορο μέσο, που προσιδιάζει στο αντικείμενο και το χαρακτήρα της επιχειρούμενης ρύθμισης (ΣτΕ Ολ 4108 - 9/1999, σκέψη 6, ΣτΕ 1287/2008, σκέψη 4, 2817/2006, σκέψη 5, 3322/2005, σκέψη 5). Άρα και για τις διακηρύξεις και τα συνημμένα αυτών έγγραφα της σύμβασης, η δημοσίευση συνιστά προϋπόθεση του κύρους και της τελειωσής τους, άρα και της δεσμευτικότητας του περιεχομένου τους και κατά συνέπεια, μη δημοσιευθέντα κατά νόμο έγγραφα της διαδικασίας δεν παράγουν ούτε σχετική, ήτοι στο πλαίσιο των μερών που τελούν εν γνώσει τους, δεσμευτικότητα, αφού δεν έλαβαν ούτε καταρχήν υπόσταση. Περαιτέρω, κατ' άρ. 38 παρ. 3 περ. β' και παρ. 9, 66 παρ. 1 Ν. 4412/2016 οι διακηρύξεις των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων δημοσιεύονται στο ΚΗΜΔΗΣ, ενώ κατ' άρ. 53 παρ. 2 περ. ιζ, τα έγγραφα της σύμβασης εκτός της προκήρυξης στην ΕΕΕΕ και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρ. 62 Ν.

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

4412/2016, πρέπει μεταξύ άλλων να περιέχουν και «τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς». Το δε άρθρο 1 της ΥΑ 56902/215/2017 περί ΕΣΗΔΗΣ, δια του οποίου διενεργείται η προκείμενη διαδικασία, αναφέρει στην παρ. 2 αυτού ότι «Το Σύστημα αναλύεται σε ένα σύνολο διακριτών λειτουργιών και περιλαμβάνει κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα: Σχεδιασμός Διαγωνισμών - διαγωνιστική διαδικασία ... Διαδικτυακή Πύλη ΕΣΗΔΗΣ», το άρθρο 3 προβλέπει ότι «Η Διαδικτυακή Πύλη του Συστήματος αποτελεί υποσύστημα αυτού και είναι ο διαδικτυακός ιστότοπος, προσβάσιμος στη διαδικτυακή διεύθυνση www.promitheus.gov.gr, που λειτουργεί ως κομβικό σημείο πληροφόρησης και πρόσβασης σε υπηρεσίες και υποσυστήματα του Συστήματος όσον αφορά τους εμπλεκόμενους στις ηλεκτρονικές δημόσιες συμβάσεις φορείς, ήτοι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, οικονομικούς φορείς καθώς και το ενδιαφερόμενο κοινό», ενώ στο Άρθρο 4 Δικαιώματα χρήσης, και τρόπος πρόσβασης, ορίζεται ότι «1. Στο Σύστημα εφαρμόζεται συγκεκριμένη πολιτική ασφαλείας και κατάλληλες τεχνικές ασφάλειας διαχείρισης των δεδομένων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 37 και του άρθρου 259 του ν.4412/2016. 2. Το Σύστημα υποστηρίζει διαβαθμισμένη πρόσβαση με την απόδοση διαφορετικών δικαιωμάτων χρήσης στις αντίστοιχες κατηγορίες χρηστών από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Τεχνικής Στήριξης ΕΣΗΔΗΣ της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών της ΓΓΕΠΚ ως κατωτέρω: 2.1 Απλοί χρήστες του Συστήματος: Η ομάδα αυτή περιλαμβάνει ιδιώτες, επιχειρήσεις, οικονομικούς και άλλους φορείς που επιθυμούν να ενημερωθούν για το σύστημα και να επικοινωνήσουν με τα αρμόδια στελέχη της αρμόδιας Διεύθυνσης της ΓΓΕΠΚ. Η πρόσβαση τους στο σύστημα πραγματοποιείται μέσω της Διαδικτυακής Πύλης του Συστήματος και δεν απαιτεί ειδικές διαδικασίες εγγραφής, ταυτοποίησης και αναγνώρισής τους. Οι ανωτέρω χρήστες έχουν πρόσβαση αποκλειστικά και μόνο στον ελεύθερα προσβάσιμο χώρο ως ορίζεται στο υπό 2.1.1. 2.1.1 Ελεύθερα προσβάσιμος χώρος: πρόκειται για τις σελίδες της Διαδικτυακής Πύλης του Συστήματος στις οποίες η πρόσβαση επιτρέπεται ελεύθερα στο ενδιαφερόμενο κοινό. Στο χώρο αυτόν δημοσιεύονται γενικές πληροφορίες σχετικά με δημόσιες συμβάσεις. Στον ελεύθερα προσβάσιμο

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

χώρο περιλαμβάνονται ιδίως τα εξής στοιχεία: Διακηρύξεις, διευκρινίσεις επί των όρων αυτών και ανακοινώσεις σχετικές με τους διενεργούμενους ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς... 2.7 Πιστοποιημένοι οικονομικοί φορείς και πιστοποιημένοι χρήστες αυτών: η ομάδα αυτή περιλαμβάνει στελέχη των οικονομικών φορέων που πραγματοποιούν λειτουργίες δημοσίων συμβάσεων μέσω του Συστήματος, ανάλογα με τα δικαιώματα πρόσβασης που έχουν αιτηθεί και τους έχουν αποδοθεί από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Τεχνικής Στήριξης ΕΣΗΔΗΣ, καθώς και τον σχετικό Κανονισμό Ασφαλείας του. Οι χρήστες αυτοί έχουν διαβαθμισμένη πρόσβαση σε στοιχεία και λειτουργίες του Συστήματος που τους αφορούν σχετικά με τις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων στις οποίες και συμμετέχουν ανάλογα με το στάδιο της διαδικασίας. Κάθε οικονομικός φορέας έχει μέσω των χρηστών του πρόσβαση μόνο στα δικά του στοιχεία και στα στοιχεία των διαγωνισμών που συμμετέχει.". Άρα, όσον αφορά τις δια του ΕΣΗΔΗΣ διενεργούμενες διαδικασίες, ο αναγκαίος για το υποστατό του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, τύπος της δημοσίευσης είναι αυτός που ορίζεται κατά τα ως άνω σε σχέση με τη θέση των εγγράφων της σύμβασης σε δημόσια ελεύθερη πρόσβαση προς το ευρύ κοινό και ανοικτά, χωρίς τους περιορισμούς της διαβαθμισμένης πρόσβασης που απολαμβάνουν οι οικονομικοί φορείς που εγγράφονται και πιστοποιούνται από το σύστημα σχετικά με τη συμμετοχή τους σε συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Η ως άνω αναγκαία για το καταρχήν υποστατό των όρων της σύμβασης δημοσίευση λαμβάνει χώρα δια της ανάρτησής τους στη διαδικτυακή πύλη του διαγωνισμού σύμφωνα με τα ανωτέρω. Εξάλλου, ναι μεν οι διευκρινίσεις επί όρων διακήρυξης δύνανται παραδεκτώς να τροποποιήσουν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, προσθέτοντας, αφαιρώντας ή μεταβάλλοντας το τελευταίο, πλην όμως για την ταυτότητα του λόγου, αυτή η κανονιστική επενέργεια προϋποθέτει τα ίδια με την καταρχήν διακήρυξη, ήτοι σύννομη κατά τα ως άνω δημοσίευση, άρα δημοσίευση στη διαδικτυακή πύλη του διαγωνισμού. Αντίθετα, διευκρινίσεις, όπως και εν γένει όροι της σύμβασης που προκύπτουν εξ εγγράφων που δεν δημοσιεύονται στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά μόνο στον διαβαθμισμένης πρόσβασης ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, όπως μέσω της εφαρμογής «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ,

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

δεν τυγχάνουν της ως άνω δημοσίευσης και άρα δεν αποκτούν καν κανονιστική υπόσταση, επομένως δεν παράγουν οιαδήποτε δεσμευτικότητα επί των μετεχόντων στη διαδικασία. Και τούτο ανεξαρτήτως αν εν τέλει κυκλοφόρησαν και έγιναν γνωστά τα ως άνω έγγραφα σε ορισμένους εκ των μετεχόντων ή στο σύνολο αυτών που έλαβαν εν τέλει όντως μέρος στον διαγωνισμό, καθώς κατά τα παραπάνω, η δημοσίευση δεν συνιστά απλώς τρόπο γνώσης των συγκεκριμένων προσώπων, κατά τρόπο που αναπληρώνεται δια άλλου τρόπου λήψης γνώσης των όρων, αλλά στοιχείο της εξ αρχής υπόστασης των όρων, η δε δεσμευτικότητα των τελευταίων δεν είναι δυνατόν να εκλαμβάνεται σχετικά, αλλά *erga omnes*. Περαιτέρω, και μεν το άρ. 14 της ΥΑ 56902/215/2017 ορίζει ότι οι διευκρινίσεις επί των εγγράφων της σύμβασης μπορούν να παρέχονται μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και περαιτέρω είναι δυνατόν να αναρτώνται και στην ως άνω διαδικτυακή πύλη, πλην όμως δεν έχει κάθε διευκρίνιση κανονιστικό περιεχόμενο, αλλά μόνο όσες τροποποιούν το αντίστοιχο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και αυτές είναι δημοσιευτές υποχρεωτικά στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ. Αντίθετα, η απλή κοινοποίηση σε συγκεκριμένους μετέχοντες μέσω «ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ» αρκεί όταν η διευκρίνιση έχει απλώς βεβαιωτικό ή επεξηγηματικό περιεχόμενο, χωρίς να μεταβάλει τη διακήρυξη ή παρέχει απλώς πληροφορίες που δεν συνέχονται με το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, τους όρους υποβολής προσφοράς, τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα κριτήρια ανάθεσης. Επομένως, διευκρίνιση που μετέβαλε τους όρους συμμετοχής και αποδοχής προσφορών και δεν δημοσιεύθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά απλώς κοινοποιήθηκε στους εγγεγραμμένους οικονομικούς φορείς μέσω «ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ», ουδέν κανονιστικό περιεχόμενο αποκτά και ουδεμία δεσμευτικότητα παράγει ούτε καν στα μέρη στα οποία τυχόν κοινοποιήθηκε και δεν εντάσσει νέους όρους ούτε τροποποιεί τους ήδη υπάρχοντες της διαδικασίας. Και αυτά ασχέτως αν εν τέλει ο ανά περίπτωση μετέχων που τυχόν αποκλεισθεί από τους νέους όρους ή τη νέα τροποποίηση, έλαβε γνώση ή όχι προ της υποβολής της προσφοράς του περί των αδημοσίευτων διευκρινίσεων, αφού οι τελευταίες δεν εντάσσονται καν στο κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας.

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

5. Επειδή, την 9-1-2019 και ενώ καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών είχε οριστεί η 14-1-2019, η αναθέτουσα τροποποίησε τη διακήρυξη με διευκρίνιση επί του από 7-1-2019 ερωτήματος οικονομικού φορέα (άλλου του νυν προσφεύγοντος), η οποία ανέφερε ότι *«Σε συνέχεια ερωτήματος που τέθηκε στην υπηρεσία μας, θα θέλαμε να σας διευκρινίσουμε ότι δεν υπάρχει δυνατότητα διαφορετικού ποσοστού έκπτωσης ή διαφορετικής σταθερής τιμής για είδος που ανήκει στην ίδια ομάδα του διαγωνισμού. (για παράδειγμα δεν μπορεί να δοθεί άλλο ποσοστό έκπτωσης για το λάδι που αφορά τον ...και άλλο ποσοστό έκπτωσης για το λάδι του Κοινωνικού παντοπωλείου. Η ομάδα είναι ενιαία.)»*. Δηλαδή, με την παραπάνω διευκρίνιση το πρώτον ορίστηκε ότι για κάθε είδος της ίδιας ομάδας του διαγωνισμού, θα έπρεπε να προσφέρεται η ίδια ακριβώς τιμή ή έκπτωση, ανεξαρτήτως αν το είδος αυτός προβλεπόταν σε αυτοτελείς κωδικούς ζητούμενων ειδών στο πλαίσιο της οικείας ομάδας. Άρα και με δεδομένο ότι η διακήρυξη ζητούσε ως προς πλήθος προϊόντα και όσον αφορά την επιδικη ομάδα 7, το ίδιο προϊόν κατανεμημένο σε περισσότερους κωδικούς, αναλόγως επιμέρους υπηρεσίας για την οποία προοριζόταν κατά την ανά περίπτωση ζητούμενη ποσότητα, εκ των ως άνω προέκυψε ότι δεν ήταν δυνατόν να προσφερθεί διαφορετική ανά κωδικό του ίδιου είδους τιμή. Σημειωτέον δε, ότι κανένας τέτοιος όρος δεν υπήρχε στο αρχικό περιεχόμενο της διακήρυξης. Το άρ. 8 της διακήρυξης όρισε ότι το κριτήριο ανάθεσης είναι *«Για την (ΟΜΑΔΑ 4) ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΩΛΕΙΟΥ - ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΙΚΗΣ , (ΟΜΑΔΑ 7) ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ η χαμηλότερη τιμή επί των τιμών της μελέτης και με την προϋπόθεση ότι τα προσφερόμενα από αυτόν είδη καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές της προμήθειας.»*, χωρίς ουδόλως να προσδιορίσει υποχρέωση κοινής έκπτωσης για τα περισσότερα όμοια είδη της Ομάδας 7, ενώ και στο προοίμιο της διακήρυξης αναφέρθηκε ότι *«B. Για την (ΟΜΑΔΑ 4) ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΩΛΕΙΟΥ - ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΙΚΗΣ , (ΟΜΑΔΑ 7) ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ η χαμηλότερη τιμή επί των τιμών της μελέτης και με την προϋπόθεση ότι τα προσφερόμενα από αυτόν είδη καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές της προμήθειας. Κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να καταθέσει προσφορά για οποιαδήποτε (μία ή περισσότερες) από τις επτά (7) βασικές ομάδες της μελέτης ή και για όλες τις ομάδες, όχι όμως επιλεκτικά, για*

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

επιμέρους είδη διότι θα απορρίπτονται. Η ανακήρυξη μειοδότη γίνεται στο σύνολο της ομάδας.», ενώ στη σελ. 2 της ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΜΕΛΕΤΗΣ αναφέρεται ότι «*Για την (ΟΜΑΔΑ 4) ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΩΛΕΙΟΥ - ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΙΚΗΣ , (ΟΜΑΔΑ 7) ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ, τη χαμηλότερη τιμή επί των τιμών της μελέτης. Κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να υποβάλλει προσφορά για μία ή και για περισσότερες ομάδες τροφίμων ή και για το σύνολο των ομάδων.*». Εν προκειμένω δε, η παραπάνω διευκρίνιση που εκδόθηκε 5 ημέρες πριν τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών δεν δημοσιεύτηκε στην ανοικτή προς κάθε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή, διαδικτυακή πύλη του διαγωνισμού (δηλαδή στο portal του ΕΣΗΔΗΣ), όπου κάθε πρόσωπο δύναται να λάβει γνώση, αλλά κοινοποιήθηκε αποκλειστικά στους έως τότε εγγεγραμμένους χρήστες ως μετέχοντες στον εσωτερικό ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, δηλαδή το τμήμα εκείνο του ηλεκτρονικού τόπου το οποίο δεν είναι προσβάσιμο στο κοινό και σε οιονδήποτε ενδιαφερόμενο, αλλά αποκλειστικά σε όποιον οικονομικό φορέα εγγράφηκε ως προσφέρων. Επομένως, αφενός η διευκρίνιση αυτή, καίτοι επιχείρησε ουσιαδώς να τροποποιήσει το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας και μάλιστα όσον αφορά όρο άμεσα συνδεδεμένο με τους όρους κατάρτισης και αποδοχής της οικονομικής προσφοράς, όπως προκύπτει και από τον ερειδόμενο ακριβώς και αποκλειστικώς σε αυτήν, αποκλεισμό του προσφεύγοντος, δεν έτυχε της προσήκουσας δημοσίευσης, με αποτέλεσμα να μην παράγει οιαδήποτε δεσμευτικότητα και ουδόλως να δύναται να αποτελέσει βάση αποκλεισμού προσφορών. Και τούτο πέραν του γεγονότος ότι δεν αποδεικνύεται ότι ο νυν προσφεύγων έλαβε οποτεδήποτε γνώση αυτής και πάντως πριν την υποβολή της προσφοράς του, ενώ σημειωτέον ότι η αναθέτουσα ουδόλως υπέβαλε Απόψεις ούτε επικαλείται, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει το αντίθετο, παρότι φέρει η ίδια το βάρος απόδειξης προς τούτο, ειδικώς λόγω του ότι αυτή ως μόνη αρμόδια για τον χειρισμό του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού δεν δημοσίευσε τη διευκρίνιση, αλλά την κοινοποίησε μόνο προς κύκλο εγγεγραμμένων χρηστών. Ακόμη όμως και αν προέκυπτε ότι ο προσφεύγων καθ' οιονδήποτε τρόπο έτυχε να λάβει ο ίδιος γνώση περί της ως άνω διευκρίνισης και πάλι τούτο είναι αδιάφορο, διότι αυτή ουδόλως απέκτησε κανονιστικό χαρακτήρα, άρα δεν τροποποίησε το

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και συνεπώς δεν έθεσε νέους όρους στη διαδικασία ούτε τροποποίησε τους παλαιούς και αυτό διότι δεν δημοσιεύτηκε (η ίδια η διευκρίνιση) όπως νόμος ορίζει. Συνεπώς και με δεδομένο ότι η διευκρίνιση ως αυτοτελής πράξη κανονιστικού περιεχομένου δεν δημοσιεύτηκε είναι ανυπόστατη και δεν παράγει καμία έννομη συνέπεια, ως να μην είχε καθόλου και εξαρχής εκδοθεί και αυτό ανεξαρτήτως τυχόν συμπτωματικού και υποκειμενικού ζητήματος γνώσης της από τον προσφεύγοντα, ασχέτως ότι τούτο ουδόλως αποδεικνύεται, ενώ μάλιστα προκύπτει ότι ο ίδιος εκκίνησε την κατάρτιση της προσφοράς του μόλις την 11-1-2019 όταν και υπέβαλε το πρώτο έγγραφο της προσφοράς του στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Αφετέρου, ακόμη και προσηκόντως να είχε δημοσιευθεί η παραπάνω διευκρίνιση, παραβιάστηκε το άρ. 60 παρ. 3 περ. α' και β' Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι «Οι αναθέτουσες αρχές παρατείνουν την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιοδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών. Σε περίπτωση επισπευσμένης διαδικασίας, σύμφωνα με την παρ.3 του άρθρου 27 και την παρ. 7 του άρθρου 28, η προθεσμία ορίζεται σε τέσσερις (4) ημέρες, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, δεν απαιτείται από τις αναθέτουσες αρχές να παρατείνουν τις προθεσμίες.». Εν προκειμένω, η ως άνω διευκρίνιση έλαβε χώρα μόλις πέντε ημέρες πριν τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, συγχρόνως δε είχε καίρια σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών και δη οικονομικών, ενώ δεν ακολουθήθηκε επισπευσμένη διαδικασία. Συνεπώς, η αναθέτουσα όφειλε, δεδομένης της εκ μέρους της καθυστερημένης έκδοσης της ως άνω διευκρίνισης, να παρατείνει τον χρόνο υποβολής προσφορών, τουλάχιστον

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

κατά την περ. α' κατά διάστημα ώστε να πληρούνται οι έξι ημέρες πριν τη λήξη υποβολής προσφορών, περαιτέρω δε κατά την περ. β' κατά όποιο πρόσθετο κατά διακριτική καταρχήν ευχέρειά της, κρινόμενο διάστημα που θα επαρκούσε για την ορθή και πλήρη ενημέρωση των ενδιαφερομένων προς συμμετοχή και εκ μέρους τους κατάρτιση των προσφορών συμφώνως με τη διευκρίνιση αυτή. Όμως, η μη έγκαιρη χορήγηση των διευκρινίσεων και η δι' αυτών τροποποίηση του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, εφόσον δεν παρατάθηκε αντιστοίχως ο καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών, έχει τη συνέπεια ότι η ως άνω τροποποίηση δεν επιδρά στο δημοσιευθέν κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας και δεν παράγει έννομες συνέπειες. Και τούτο διότι σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, προϋπόθεση του υποστατού των κανονιστικών τροποποιήσεων είναι η σύννομη δημοσίευση και όρος της τελευταίας είναι η δημοσίευση κατά χρόνο που καταλείπει τα ελάχιστα απαιτούμενα περιθώρια προ της λήξης υποβολής προσφορών. Άλλως, η παραπάνω διάταξη δεν θα επετύγχανε και το υπέρ των ενδιαφερομένων προς συμμετοχή και προς τόνωση του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, προστατευτικό της αποτελέσμα, αφού θα διακινδυνευόταν η ουσιώδης μεταβολή του κανονιστικού περιεχομένου και των όρων συμμετοχής της διαδικασίας, εντός του κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων χρόνου ολοκλήρωσης των προσφορών και υποβολής τους στο ΕΣΗΔΗΣ, ήτοι εντός των τελευταίων ημερών πριν τη λήξη υποβολής προσφορών, ακόμη δε και έως το πλέον έσχατο σημείο της οικείας προθεσμίας και ενώ οι προσφορές είτε είχαν ήδη υποβληθεί (με αποτέλεσμα οι προσφέροντες να μην αναμένεται ευλόγως να παρακολουθούν στο ΕΣΗΔΗΣ τυχόν μεταβολές ή σε κάθε περίπτωση να μην προλαβαίνουν να αποσύρουν τις προσφορές που ήδη υπέβαλαν, να τις τροποποιήσουν και να τις επανυποβάλουν εμπρόθεσμα) είτε τελούν σε ενεργή διαδικασία υποβολής (καθώς σημειωτέον, η δια του ΕΣΗΔΗΣ υποβολή προσφορών ενδέχεται να απαιτεί πολύωρη διαδικασία και ούτως να μην είναι εφικτή η απόσυρση εγγράφων και επανυποβολή τους κατά τρόπο που δεν διακινδυνεύεται η ολοκλήρωση εμπροθέσμως της υποβολής της προσφοράς). Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, και για αυτόν τον λόγο η παραπάνω διευκρίνιση και η δι' αυτής επιχειρηθείσα τροποποίηση του κανονιστικού περιεχομένου της

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

διακήρυξης, βάσει της οποίας απεκλείσθη ο προσφεύγων, δεν παρήγαγε δεσμευτικότητα και έννομες συνέπειες και ούτως δεν θα μπορούσε να αποτελέσει βάση αποκλεισμού προσφοράς. Άρα, για αμφοτέρους τους λόγους σωρευτικά και καθ' έκαστον αυτοτελώς, η παραπάνω διευκρίνιση δεν παράγει ουδεμία δεσμευτικότητα και έννομη συνέπεια. Συνεπώς και κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, εσφαλμένα η αναθέτουσα απέκλεισε τον προσφεύγοντα, αφού ο αποκλεισμός του βασίστηκε αποκλειστικά στην παραπάνω απαίτηση που εισήχθη το πρώτον δια της παραπάνω διευκρίνισης.

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει και κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της, η Προσφυγή, ήτοι καθ' ο μέρος ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση του αποκλεισμού του. Να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 3. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος.

7. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 3.334,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 31/2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας (6η/2019 συνεδρίαση), καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα από την Ομάδα 7 (ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ) της διαδικασίας για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ-ΕΙΔΩΝ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΣΩΠΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ – (ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΑΙΔΕΙΑΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2019-2020-2021)».

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 3.334,00 ευρώ.

Αριθμός Απόφασης: 357/2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στις 2 Απριλίου 2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ