

Η

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

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος και Εισηγητής, Ιωάννης Κίτσος, Ιωάννα Θεμελή,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.04.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 460/16.04.2019 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με έδρα την ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...», (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται «να ακυρωθούν, ολικά ή μερικά, οι προσβαλλόμενες πράξεις, ήτοι: α) η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής, να ολοκληρώσει, ως όφειλε εκ του νόμου, το παρόν στάδιο του Διαγωνισμού, β) η από 2/4/2019 πράξη της Επιτροπής Διαγωνισμού με την οποία αποφάσισε την μερική ματαίωση και επανάληψη της διαδικασίας, γ) η επανάληψή της διαδικασίας από το σημείο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής- τεχνικών προσφορών, αφού ληφθούν υπόψη μόνο τα έγγραφα που έχουν κατατεθεί πριν από την σύνταξη του πρακτικού στις 2.11.2018.»

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το

Αριθμός απόφασης: 613/2019

νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 650,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ.. 6902/30/03/2018 Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός δημόσιος ανοιχτός διαγωνισμός για την επιλογή παρόχου για την κατάρτιση σύμβασης προμήθειας με αντικείμενο την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΠΤΑ (7) ΥΠΟΒΡΥΧΙΩΝ ΑΝΤΛΗΤΙΚΩΝ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑΤΩΝ 170m - 330m 3 /hr» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, με προϋπολογισμός που ανέρχεται στο ποσό των 130.000 €, χωρίς ΦΠΑ. Καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 19η Μαΐου 2018, ημέρα Δευτέρα, και ώρα 23:59:59. Η διαδικασία διενεργήθηκε με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και πήρε αριθμό συστήματος

3. Επειδή, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού ... έλεγξε τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής και αξιολόγησε τις Τεχνικές Προσφορές των συμμετεχόντων στο Διαγωνισμό αποτυπώνοντας τα αποτελέσματά της στο από 02.11.2018 Πρακτικό, απορρίπτοντας μόνο την Τεχνική Προσφορά του οικονομικού φορέα «...» λόγω του ότι παρουσίαζε ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνταν από τα έγγραφα της διακήρυξης. Εν συνεχεία η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων και την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς μόνο της προσφεύγουσας «...» της οποίας η τεχνική προσφορά και τα δικαιολογητικά συμμετοχής είχαν κριθεί πλήρη και σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Κατά τον ανωτέρω έλεγχο διαπιστώθηκε ότι η προσφορά της προσφεύγουσας «...» φαινόταν ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, και ζητήθηκε (21.11.2018) από αυτήν, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος που προτείνει στην προσφορά της. Η προσφεύγουσα «...» απάντησε (29.11.2018) μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» επιβεβαιώνοντας την ορθότητα των τιμών της προσφοράς της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ακολούθως, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», ζήτησε (12.12.2018) επιπλέον διευκρινίσεις και συμπληρωματικά συγκεκριμένα στοιχεία σχετικά με α) τον επίσημο τιμοκατάλογο της εταιρείας ... για το αντλητικό συγκρότημα, β) το κόστος του κινητήρα και των ανταλλακτικών αυτού, γ) το κόστος της αντλίας και

Αριθμός απόφασης: 613/2019

των ανταλλακτικών αυτής, καθώς και άλλα στοιχεία που να αιτιολογούν το πολύ χαμηλό κόστος, σε σχέση με την προϋπολογισθείσα δαπάνη, της προσφοράς της για την προμήθεια των εν λόγω υποβρυχίων αντλητικών συγκροτημάτων, όπως προβλέπεται από τη Διακήρυξη (3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών) και τα άρθρα 88 και 89 του Νόμου 4412/2016 για προσφορές που φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Η προσφεύγουσα απάντησε (17.01.2019) μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» δίνοντας διευκρινίσεις και συμπληρωματικά στοιχεία των προσφερόμενων υποβρυχίων αντλητικών συγκροτημάτων. Στη συνέχεια η Επιτροπή Διαγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη της τα ανωτέρω στοιχεία, προχώρησε στον εκ νέου οίκοθεν επανέλεγχο των τεχνικών στοιχείων της Τεχνικής Προσφοράς της προσφεύγουσας κατά την οποία προέκυψαν αποκλίσεις από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η προσφεύγουσα στην Τεχνική της προσφορά προσφέρει κινητήρα αντλίας ισχύος 275hp δηλ. 205KW (το οποίο προκύπτει από την ισοδυναμία $1 \text{ hp} = 0.745699872 \text{ KW}$) με βαθμό απόδοσης 87%, ενώ στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, Β. ΚΙΝΗΤΗΡΑΣ ΑΝΤΛΙΑΣ - ΑΠΟΡΡΟΦΟΥΜΕΝΗ ΙΣΧΥΣ, αναφέρεται στην παράγραφο 1. : «Ο ηλεκτρικός κινητήρας θα είναι εμβαπτιζόμενου τύπου, κατάλληλος για μόνιμη και συνεχή λειτουργία εντός του νερού. Θα είναι τριφασικός, ασύγχρονος, βραχυκυκλωμένου δρομέα, 50Hz, διπολικός (3.000 RPM περίπου), υδρόψυκτος & υδρολίπαντος βαθμού προστασίας IP 68. Η ισχύς του θα είναι τουλάχιστον 230 KW, και ο βαθμός απόδοσης τουλάχιστον 87%». Στον κατάλογο των κινητήρων (submersible motor catalogue) που προσκόμισε η προσφεύγουσα, ο μεγαλύτερος κινητήρας είναι ο ... (250hp) και δεν φαίνεται να υπάρχει ο προσφερόμενος κινητήρας ... (με ισχύ 275hp). Κατόπιν αυτού, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού προχώρησε στις 02.04.2019 στην σύνταξη του «ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΜΕΡΙΚΗΣ ΜΑΤΑΙΩΣΗΣ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ... (ΑΡ. ΕΣΗΔΗΣ: ...)». Με το εν λόγω ΠΡΑΚΤΙΚΟ η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού αποφάσισε επί λέξει ότι «...κατά τη διαδικασία διαπιστώθηκαν σφάλματα εξ αιτίας των οποίων σύμφωνα με τον Νόμο 4412, άρθρο 317.3, θεωρείται σκόπιμη η μερική ματαίωση της διαδικασίας και η επανάληψη της από το σημείο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, όπου και εντοπίζονται τα

Αριθμός απόφασης: 613/2019

σχετικά σφάλματα. Επισημάνεται ότι κατά την επανάληψη της αξιολόγησης θα ληφθούν υπόψη μόνο τα έγγραφα που έχουν κατατεθεί πριν την σύνταξη του πρακτικού στις 02/11/2018. Όλα τα μεταγενέστερα έγγραφα όλων των φορέων δεν θα ληφθούν υπόψη.»

4. Επειδή, κατά του ως άνω ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ, με το οποίο αποφασίστηκε η επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 12.04.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή του.

5. Επειδή στην παρ. 1 του άρθ. 360, και παρ. 2 του άρθ. 345 του Ν.4412/2016 και στην παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

6. Επειδή στην παρ. 5 του άρθρου 367 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι «Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.».

7. Επειδή στο άρθρο 100 παρ.4 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι «*Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες μαζί με αντίγραφο των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών του αντίστοιχου σταδίου. Ειδικά, για τις συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, πλέον ΦΠΑ, που δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, εκδίδεται μία απόφαση, κατά τα ανωτέρω, ανεξαρτήτως του κριτηρίου ανάθεσης. Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης*

Αριθμός απόφασης: 613/2019

την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και β) του δεύτερου σταδίου, ήτοι της υποβολής προσφορών, στην περίπτωση κλειστής διαδικασίας και ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Επίσης για τις συμβάσεις με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει του κόστους ή τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής και ανεξαρτήτως ποσού και διαδικασίας, όταν εξ αρχής έχει υποβληθεί μία προσφορά, εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και β) του δεύτερου σταδίου, ήτοι της υποβολής προσφορών, στην περίπτωση κλειστής διαδικασίας και ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Κατά των ανωτέρω αποφάσεων χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως και εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ, ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360, προδικαστική προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ.».

8. Επειδή στο άρθρο 3.1.2. παράγραφο δ) της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τις τεχνικές προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη και σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της παρούσας και συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή απόρριψή τους, την κατάταξη των προσφορών και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Το εν λόγω πρακτικό κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή προς έγκριση. Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016. Στην περίπτωση ισότιμων προσφορών η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον ανάδοχο με

Αριθμός απόφασης: 613/2019

κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής του Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές. Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων («Δικαιολογητικά Συμμετοχής», «Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομική Προσφορά»), η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ. Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας.».

9. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του από 02.04.2019 «ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΜΕΡΙΚΗΣ ΜΑΤΑΙΩΣΗΣ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ... (ΑΡ. ΕΣΗΔΗΣ: ...)» υποστηρίζοντας επί λέξει ότι «Σύμφωνα με το άρθρο 317 παρ. 2 και 3 ν. 4412/2016: 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, στ) για τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. Η επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών,

Αριθμός απόφασης: 613/2019

ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών, ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους, στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής Απόφασης είναι απαραίτητη, προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου, κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 (βλ. υπ' αριθμ. 167/2017 Απόφαση 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., σκέψη 10). Περαιτέρω, κατά την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου (ΣτΕ ΕΑ 88/2015, βλ. και ΕΑ 121/2015): «[...] σύμφωνα με γενική αρχή του εθνικού, αλλά και του ενωσιακού δικαίου, η οποία διέπει όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς, η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να ακυρώσει ή να ανακαλέσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, εφόσον αιτιολογεί νομίμως Αριθμός απόφασης: 741/2018 11 και επαρκώς τη σχετική κρίση της (ΣτΕ 651/2010, ΕΑ 1132/2010, 1371/2008 κλπ). Η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον, όμως, η Απόφαση περί ματαίωσης του διαγωνισμού φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (ΣτΕ 950/20016 4146/2012, 651/2010, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 121/2015, 88/2015, 226/2009, ΔΕφΠειρ. 9/2011, ΕλΣυν, υπ' αριθμ. 164/2017 Πράξη Ε' Τμήματος κλπ). Επειδή, περαιτέρω, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, οι διοικητικές συμβάσεις δεν πρέπει να λύνονται με ευκολία, καθώς μέσω της εκτέλεσής τους, εκπληρούνται το δημόσιο συμφέρον. Εν προκειμένω, με την προσβαλλόμενη δεν επισημαίνονται καθόλου, ποιες ήταν οι φερόμενες πράξεις ή παραλείψεις που συνιστούν τα σφάλματα, ώστε να αποφασίσει η αναθέτουσα αρχή την επανάληψη της διαδικασίας. Επομένως, η προσβαλλόμενη πάσχει από έλλειψη της κατά νόμον αναγκαίας αιτιολογίας, καθίσταται δε, ιδιαιτέρως αδιαφανής και ως εκ τούτου είναι απολύτως άκυρη... Υπό το πρίσμα των αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της διασφάλισης πραγματικού ανταγωνισμού και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η αναθέτουσα αρχή, εφόσον αποφασίσει τη συνέχιση του διαγωνισμού και την ολοκλήρωση ενός σταδίου αυτού, υποχρεούται, να ολοκληρώσει το επίμαχο στάδιο του διαγωνισμού, ταυτοχρόνως, ως προς όλους τους διαγωνιζομένους και ως προς όλα τα ζητήματα που ανέκυψαν σχετικά. Δεν είναι επιτρεπτό, η αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 613/2019

αρχή, και μάλιστα χωρίς ειδική αιτιολογία, να ολοκληρώνει το στάδιο αυτό μόνον ως προς ορισμένους διαγωνιζόμενους ή μόνο ως προς κάποια από τα ζητήματα που ανέκυψαν σχετικά. Και τούτο, διότι, σε μια τέτοια περίπτωση, μπορεί να δημιουργηθούν συνθήκες ευνοϊκής ή δυσμενούς μεταχείρισης ορισμένων οικονομικών φορέων εις βάρος ή υπέρ άλλων οικονομικών φορέων. Συναφώς, μία αναθέτουσα αρχή, επιλέγοντας τη σειρά των οικονομικών φορέων για τους οποίους θα ολοκλήρωνε το ίδιο στάδιο ενός διαγωνισμού ή τα ζητήματα για τα οποία θα προέβαινε σε κάτι τέτοιο, θα μπορούσε να περιορίσει τη δυνατότητα παροχής δικαστικής προστασίας, αποκλείοντας στην πράξη τη δυνατότητα υποβολής ορισμένων λόγων ακυρώσεως, όπως, λ.χ., τη δυνατότητα υποβολής ισχυρισμών περί παραβίασης ίσου μέτρου κρίση, ή, ακόμα περισσότερο, να αποκλείσει τη δυνατότητα παροχής δικαστικής προστασίας, επισπεύδοντας τον οριστικό αποκλεισμό ενός διαγωνιζομένου και στερώντας του, με τον τρόπο αυτόν, τη δυνατότητα να ζητήσει τον αποκλεισμό όλων των άλλων διαγωνιζόμενων φορέων και, συνακόλουθα, τη ματαίωση του διαγωνισμού (ως προς το έννομο συμφέρον προσωρινώς αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ ΕΑ 30/2019). Αν, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει και μάλιστα χωρίς ειδική αιτιολογία, την ολοκλήρωση μερικώς ενός σταδίου του διαγωνισμού, υπό την έννοια ότι το ολοκληρώνει μόνο ως προς κάποιον διαγωνιζόμενο φορέα ή/ και μόνο ως προς ορισμένα από τα ζητήματα που ανέκυψαν σχετικά, η μη ολοκλήρωση συνολικά και ενιαία του επίμαχου σταδίου ταυτοχρόνως για όλους του διαγωνιζομένους συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία προσβάλλεται παραδεκτώς με βάση τα άρθρα 360 επ. του Ν. 4412/2016. Η παράλειψη δε αυτή συντελείται με την έκδοση της απόφασης με την οποία κρίνεται οριστικά ένα μόνο τμήμα του επίμαχου σταδίου. Επομένως, η επανάκριση της τεχνικής προσφοράς μας, παρά το γεγονός, ότι το στάδιο ελέγχου των τεχνικών προσφορών είχε προ πολλού λήξει επιτυχώς για όλους τους συμμετέχοντες, και παρά το γεγονός, ότι η Επιτροπή ήδη είχε υπεισέλθει στον έλεγχο της οικονομικής μας προσφοράς, (που ήταν και με μεγάλη διαφορά η συμφερότερη), ως προς το εάν η οικονομική μας προσφορά ήταν ή όχι ασυνήθιστα χαμηλή, καταδεικνύει άνιση μεταχείριση σε βάρος της εταιρίας μας. Την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη Αριθμός

Αριθμός απόφασης: 613/2019

απόφασης: 741/2018 8 προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της Διακήρυξης, ως τέτοιοι δε, θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Αποφάσεις ΕΑ 1740/2004, 94/2006, 316/2006, 563/2006 κλπ). Ουσιώδης, θεωρείται όχι μόνον η απόκλιση υποβληθείσας προσφοράς από όρους της Διακηρύξεως που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαραίτατοι, αλλά και η έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του και που αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε Διακηρύξεως (ΕΑ 720/2006, 725/2006, 1052/2008, 61/2011 κλπ). Εν προκειμένω, από τη μία, δεν διεπιστώθη και δεν υφίσταται καμιά απόκλιση της τεχνικής προσφοράς μας από τις απαιτήσεις του διαγωνισμού, που άλλωστε δεν μπορεί να διαπιστωθεί εκ των υστέρων και από την άλλη, δεν υπάρχει καμιά απολύτως πλημμέλεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ούτε αναφέρεται τέτοια από την Αναθέτουσα Αρχή.».

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις από 22.04.2019 απόψεις της και αντικρούει την ως άνω προσφυγή αναφέροντας ότι «Ο οικονομικός φορέας κατ εσφαλμένη ερμηνεία των οικείων διατάξεων, επικαλείται την παράγραφο 2 του άρθρου 317 του ν.4412/16 για να υποστηρίξει την φερόμενη έλλειψη αιτιολογίας της εισήγησής της Ε.Δ. και, της σε συνέχεια αυτής εκδοθείσας απόφασης. Επισημαίνουμε ότι η παράγραφος 2 αναφέρεται στην ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης και όχι στην μερική ακύρωση της διαδικασίας την οποία (κατ ορθή ερμηνεία του περιεχομένου της πρότασης της), εισηγήθηκε η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού Η παράγραφος 3 του άρθρου 317 του ν.4412/16 η οποία εν προκειμένω εφαρμόστηκε, κάνει συγκεκριμένα αναφορά στην μερική ακύρωση της διαδικασίας και επανάληψή της από το σημείο στο οποίο εμφιλοχώρησε το σφάλμα, διαλαμβάνοντας συγκεκριμένα: «3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη

Αριθμός απόφασης: 613/2019

του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη». Η αιτιολόγηση θα προέκυπτε στο νέο πρακτικό αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών Προσφορών, το οποίο θα αναρτούσε η Επιτροπή στη συνέχεια. Κατόπιν των ανωτέρω και ο συγκεκριμένος λόγος τυγχάνει ερείδεται επί εσφαλμένης εφαρμογής διάταξης και είναι επομένως απορριπτέος ως αβάσιμος. 2. Στην εν λόγω προσφυγή αναφέρεται «7. Εξ άλλου, οι διαπιστώσεις της Επιτροπής είναι αβάσιμες, αφού κανένα σφάλμα δεν υπάρχει, που καθιστά την τηρηθείσα διαδικασία αντικανονική.». Όπως αναφέραμε και στο ιστορικό (ανωτέρω) κατά τη διαδικασία αξιολόγηση του διαγωνισμού διαπιστώθηκαν σφάλματα εξ αιτίας των οποίων σύμφωνα με τον Νόμο 4412, άρθρο 317.3, κρίθηκε επιβεβλημένη η μερική ματαίωση της διαδικασίας και η επανάληψη της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα. Το σφάλμα που εντοπίστηκε ήταν στην αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών, όπως αναλυτικά αναφέρουμε ανωτέρω, αφορούσε την ισχύ και την απόδοση του προσφερόμενου ηλεκτρικού κινητήρα, ο οποίος βρισκόταν εκτός των ορίων των τεχνικών προδιαγραφών που ορίζονταν με το παράρτημα Ι της διακήρυξης και για αυτό το λόγο αποφασίστηκε η μερική ακύρωση της διαδικασίας και η επανάληψη της από το σημείο στο οποίο είχε εντοπιστεί το σφάλμα στην Τεχνική Αξιολόγηση των προσφορών. Κατόπιν των ανωτέρω, ο συγκεκριμένος λόγος τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. 3. Στην εν λόγω προσφυγή αναφέρεται «8. Η εκ των υστέρων, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και μετά την μεγάλη διαφοροποίηση τιμών, μεταξύ των προσφερόντων αναθετόντων φορέων, έγινε φανερό η διάθεση της αναθέτουσας αρχής, να αμφισβητήσει την δυνατότητά μας να προσφέρουμε την τιμή που προσφέραμε. ...». Η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» φαινόταν ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, και ζητήθηκαν διευκρινίσεις όπως προβλέπεται από τη Διακήρυξη (3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών) και τα άρθρα 88 και 89 του Νόμου 4412/2016 για προσφορές που φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Παράλληλα η Επιτροπή Διαγωνισμού διερεύνησε την αγορά προσπαθώντας να εκτιμήσει την μεγάλη διαφορά της προσφερόμενης τιμής από την ανωτέρω εταιρεία σε σχέση με την προϋπολογιζόμενη δαπάνη που είχε εκτιμηθεί από την αιτούσα Υπηρεσία. Για αυτό το λόγο επικοινωνήσε και

Αριθμός απόφασης: 613/2019

με την αιτούσα Υπηρεσία η οποία αμφισβήτησε το πολύ χαμηλό κόστος της προσφοράς και συμβούλεψε να γίνει επανεξέταση των τεχνικών χαρακτηριστικών των προσφερόμενων συστημάτων από την οποία εντοπίστηκε σφάλμα στην αξιολόγηση των τεχνικών χαρακτηριστικών. Εξάλλου μετά την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα, ο σχετικός λόγος ο οποίος αναφέρεται σε στάδιο μεταγενέστερο της αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς του διαγωνιζόμενου και προϋποθέτει την συμμόρφωσή της με τους όρους της διακήρυξης, προβάλλεται υπό τα δεδομένα της υπόψη περίπτωσης και αλυσιτελώς. Κατόπιν των ανωτέρω, και ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. 4. Στην εν λόγω προσφυγή αναφέρεται «9. Τέλος, αποκλειστικά αρμόδιο όργανο να αποφασίσει την μερική ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι το Διοικητικό Συμβούλιο της ... και όχι η Επιτροπή Διαγωνισμού, όπως εμμέσως αλλά σαφώς προκύπτει από το κείμενο της Διακήρυξης.». Σύμφωνα με τη διακήρυξη «Η ... ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 317 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία...». Η Επιτροπή Διαγωνισμού μετά από Εισήγηση στο αρμόδιο όργανο, που είναι ο Διευθύνων Σύμβουλος της ..., για μερική ματαίωση της διαδικασίας, εξέδωσε το πρακτικό μερικής ματαίωσης το οποίο επικυρώθηκε από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο της ... τηρούμενης της διαδικασίας του Διαγωνισμού. Συνεπώς η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας όπως ισχυρίζεται στην προσφυγή του η εταιρεία «...». Κατόπιν των ανωτέρω και ο συγκεκριμένος λόγος τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Από όσα προαναφέρθηκαν συνάγεται σαφώς το αβάσιμο της προσφυγής. Πρέπει δε αυτή να απορριφθεί, όπως και το αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και να συνεχιστεί η διενέργεια του διαγωνισμού.».

11. Επειδή ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή, ως αρμόδιο όργανο, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.2. της Διακήρυξης δεν έχει λάβει απόφαση με την οποία να επικυρώνονται τα Πρακτικά αξιολόγησης τεχνικών και οικονομικών προσφορών μέχρι τη στιγμή εξέτασης της παρούσας προσφυγής ούτε έχουν αποσταλεί σε

Αριθμός απόφασης: 613/2019

αυτήν προς έγκριση τα εν λόγω Πρακτικά από την Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα με την παρούσα προσφυγή προσβάλλει το από 02.04.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, με το οποίο αποφασίστηκε η επανάληψη του Διαγωνισμού από το σημείο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, όπου και εντοπίστηκαν τα σχετικά σφάλματα. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθ. 360, και παρ. 2 του άρθ. 345 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, η προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτώς κατά πράξεως της αναθέτουσας αρχής μόνον εφόσον αυτή είναι εκτελεστή (ΣτΕ 409/2010 ΕΑ 119/2009, 324/2006, 241/2003). Όμως το προσβαλλόμενο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, το οποίο δεν είναι απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, δεν υπόκειται αυτοτελώς σε προδικαστική προσφυγή ως μη εκτελεστή πράξη (421/2014 ΣτΕ (Ασφ), ΣτΕ 323/2012, ΕΑ ΣτΕ 721/2011, 631/2009, 818/2008, 107/2007, ΔΕφΑΘ 93/2013 ΔΕφΑΘ (ΑΣΦ) 118/2013, 169/2013). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση του, δεδομένου ότι συνιστά μη εκτελεστή πράξη, δεν επιφέρει κάποια βλάβη σε αυτήν, και συνεπώς απαραδέκτως προσβάλλεται αυτοτελώς.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 07 Ιουνίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Λαμπρινή Φώτη