

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11.06.2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.05.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 598/20.05.2019 του οικονομικού φορέα [...].

Κατά της 5^{ης} ΥΓΕΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ [...] και της με αριθ. 33097/2.5.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκαν τα Πρακτικά αποσφράγισης/αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή του, ο προσφεύγων επιδιώκει την ανάκληση/τροποποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν, κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, απορρίφθηκε η τεχνική του προσφορά και έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά του συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα [...].

2. Επειδή, με τη με αριθ. 7/2019 Διακήρυξη της 5^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας [...] προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός

Αριθμός απόφασης: 655/2019

κάτω των ορίων με αντικείμενο την προμήθεια υπηρεσιών αναβάθμισης του συστήματος φωτισμού των δομών της 5ης Υγειονομικής Περιφέρειας [...], προϋπολογισθείσας αξίας 129.032,26 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 08.03.2019 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 08.03.2019 , όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 71332.

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 27550481795907110002), ποσού 646,00 €, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 129.032,26 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 02.05.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 12.05.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται

Αριθμός απόφασης: 655/2019

στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του, η οποία απορρίφθηκε κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών. Περαιτέρω, ο προσφεύγων, ως μη οριστικώς αποκλεισθείς, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής και κατά το μέρος που με αυτήν αιτείται την απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας [...], η οποία κατά το ως άνω στάδιο έγινε αποδεκτή.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή του, ο προσφεύγων βάλλει κατά της με αριθ. 33097/2.5.2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής τόσο κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά του για την ανάθεση της σύμβασης όσο και κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας [...], αιτούμενος την ανάκληση/τροποποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης. Ειδικότερα, αναφορικά με την προσφορά της εταιρίας [...], ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των τιθέμενων επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης με τους οποίους ορίζεται ότι : *«Οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό υποχρεούνται να υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους επί ποινή αποκλεισμού τα εξής : {...} 11. Ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει στο μόνιμο προσωπικό του τουλάχιστον δύο τεχνικούς με άδεια ηλεκτρολόγου εγκαταστάτη (υποβολή βεβαιώσεων αναγγελίας & κατάσταση προσωπικού από την Επιθεώρηση Εργασίας) 12. Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από τρεις παρόμοιες συμβάσεις (συντήρηση – εγκατάσταση φωτισμού από τον Δημόσιο ή Ιδιωτικό τομέα (τουλάχιστον μία εξ αυτών να αφορά συνεργασία με τον Δημόσιο Τομέα) συνοδευόμενες από τις αντίστοιχες συμβάσεις ή οποιοδήποτε άλλο νόμιμο παραστατικό (π.χ. τιμολόγιο, αποφάσεις, κτλ.) από τις οποίες θα προκύπτει επακριβώς το είδος των εργασιών»*, η συνδιαγωνιζόμενη

Αριθμός απόφασης: 655/2019

εταιρία δεν κατέθεσε τα ζητούμενα κατά τις παραγράφους 11 και 12 της διακήρυξης έγγραφα (καταστάσεις μόνιμου προσωπικού, επαγγελματικές άδειες μόνιμου προσωπικού, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, αντίστοιχες συμβάσεις, νόμιμα παραστατικά κλπ.) με τρόπο που να μπορούν να λάβουν γνώση οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι. Ειδικότερα, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, από το αρχείο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ» της προσφοράς της εταιρείας [...] ένας πλήθος αρχείων (οκτώ στον αριθμό) που υποτίθεται απαντούν στις απαιτήσεις των παραγράφων 11 και 12 της διακήρυξης χαρακτηρίζονται αυθαίρετα ως «εμπιστευτικά» ώστε να μην μπορούν να λάβουν γνώση του περιεχομένου τους οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι. Εκ του πλήθους των αρχείων (οκτώ) και από το περιεχόμενό τους συνάγεται σκόπιμη αλλά και αδικαιολόγητη απόκρυψη, αφού το περιεχόμενο τους δεν έχει κανένα χαρακτήρα εμπιστευτικότητας (π.χ. οι επαγγελματικές άδειες των ηλεκτρολόγων να είναι «εμπιστευτικές» ενώ των μηχανικών «μη εμπιστευτικές»). Ως εκ τούτου, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, για λόγους ισότητας και διαφάνειας, αλλά και για να μην δημιουργηθεί δεδικασμένο, τα «εμπιστευτικά» αρχεία, όταν μάλιστα αφορούν σε «επί ποινή αποκλεισμού» ζητούμενα της διακήρυξης, θα πρέπει να θεωρηθούν ως μη υποβληθέντα, άλλως ο κάθε συμμετέχων θα έχει κατά την κρίση του το δικαίωμα να αποκρύπτει από τους υπόλοιπους συμμετέχοντες ακόμα και το σύνολο της προσφοράς του, χαρακτηρίζοντάς την αυθαίρετα ως «εμπιστευτική». Αναφορικά με την απόρριψη της δικής του προσφοράς με την αιτιολογία ότι δεν κατέθεσε μαζί με την προσφορά του ασφαλιστήριο συμβόλαιο, παρότι στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης – Απαιτήσεις και Τεχνικές Προδιαγραφές αναφέρεται ότι « ... Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποχρεούνται να υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους επί ποινή αποκλεισμού τα εξής : {...} Ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης με συνολική κάλυψη κατ' ελάχιστο 1.000.000 ευρώ.....», ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στην τεχνική του προσφορά αναφέρεται ότι : «ΑΣΦΑΛΙΣΤΗΡΙΟ ΣΥΜΒΟΛΑΙΟ ΑΣΤΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΜΕ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΚΑΛΥΨΗ ΚΑΤ' ΕΛΑΧΙΣΤΟ 1.000.000 € ΘΑ ΚΑΤΑΤΕΘΕΙ ΜΕ ΤΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ». Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος της διακήρυξης περι

Αριθμός απόφασης: 655/2019

ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης είναι ασαφής τόσο ως προς το περιεχόμενο του συμβολαίου όσο και ως προς τον χρόνο ισχύος του, σε κάθε δε περίπτωση η απαίτηση αυτή ουδόλως σχετίζεται με την τεχνική ικανότητα και την οικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων, έρχεται δε σε αντίθεση με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, όπου προβλέπεται αφενός μεν συγκεκριμένος τρόπος απόδειξης της τεχνικής ικανότητας και αφετέρου απλοποίηση της συμμετοχής των οικονομικών φορέων με την υποβολή των κυριότερων αποδεικτικών εγγράφων της προσφοράς κατά το στάδιο της κατακύρωσης. Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι όπως προκύπτει και από το ασφαλιστήριο συμβόλαιο που κατέθεσε η εταιρία [...], αυτό έχει ως έναρξη ισχύος την 08.04.2019, ήτοι την ημέρα υποβολής της προσφοράς της και έχει συναφθεί προκειμένου να κατατεθεί στον διαγωνισμό.

9. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 41047/31.05.2019 έγγραφο της η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής. Ειδικότερα, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας [...], η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι στην προκειμένη περίπτωση, το γεγονός ότι η ως άνω συμμετέχουσα εταιρία υπέβαλε μεν τα ζητούμενα από τις παραγράφους 11 και 12 της Διακήρυξης έγγραφα δικαιολογητικά, πλην όμως δεν μπόρεσε να λάβει γνώση αυτών ο προσφεύγων, δεν καθιστά την προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας απαράδεκτη και απορριπτέα καθότι αυτή πληρούσε τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές αυτής. Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι ο προσφεύγων για πρώτη φορά με την υπό κρίση προσφυγή του αιτιάται τον χαρακτηρισμό των αρχείων της προσφοράς της ως άνω εταιρίας ως εμπιστευτικών, εντελώς καταχρηστικά ενώ θα μπορούσε, όταν για πρώτη φορά διαπίστωσε τον χαρακτηρισμό των αρχείων ως εμπιστευτικών, να ζητήσει, στα πλαίσια της διαδικασίας, τον αποχαρακτηρισμό τους και να λάβει πλήρη γνώση του περιεχομένου τους, όπως συμβαίνει πάντα σε αντίστοιχες περιπτώσεις, ενέργεια στην οποία δεν πρόβη. Αναφορικά δε με την απόρριψη της προσφοράς του ίδιου του προσφεύγοντος, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι αυτή ορθώς απορρίφθηκε

Αριθμός απόφασης: 655/2019

διότι εκ των όρων της επίμαχης διακήρυξης προκύπτει ότι όλοι οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποχρεούνταν να υποβάλλουν, επί ποινή αποκλεισμού, μαζί με την προσφορά τους, μεταξύ άλλων και ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης με συνολική κάλυψη κατ' ελάχιστο 1.000.000 ευρώ. Δεδομένου δε ότι ο προσφεύγων, όπως συνομολογεί και στην υπό κρίση προσφυγή του, δεν κατέθεσε ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης με συνολική κάλυψη κατ' ελάχιστο 1.000.000 ευρώ αλλά ανέφερε στην προσφορά του ότι αυτό θα κατατεθεί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, νομίμως απορρίφθηκε. Κατόπιν των ανωτέρω, λοιπόν, και δεδομένου ότι δεν υπέβαλλε με τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης με συνολική κάλυψη κατ' ελάχιστο 1.000.000 ευρώ, αποκλείστηκε, όπως προβλέπεται από την υπό κρίση Διακήρυξη.

10. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»* και στο άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»*, όπως η διάταξη αυτή

Αριθμός απόφασης: 655/2019

επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017. Ήτοι, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

11. Επειδή, στο άρθρο 21 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : « 1. Εκτός αν προβλέπεται άλλως στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) ή σε άλλες διατάξεις, ιδίως στο άρθρο 1 του π.δ. 28/2015 (Α` 34) και στο άρθρο 24 του Ν. 2121/1993 (Α` 25), και με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων σχετικά με τη δημοσιοποίηση των συναπτόμενων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 64 και 70, η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών. 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις στους οικονομικούς φορείς, με σκοπό την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τις οποίες παρέχουν οι αναθέτουσες αρχές καθ' όλη τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων. Μπορούν επίσης να απαιτήσουν από τους οικονομικούς φορείς να διασφαλίζουν την τήρηση των απαιτήσεων αυτών από το προσωπικό τους, τους υπεργολάβους τους και κάθε άλλο τρίτο πρόσωπο που χρησιμοποιούν κατά την ανάθεση ή εκτέλεση της σύμβασης. 3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. 4. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που

Αριθμός απόφασης: 655/2019

χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της. 5. Το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων ασκείται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015 (Α`34)». Περαιτέρω, στο άρθρο 70 παρ. 3 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποφασίζουν να μην γνωστοποιήσουν ορισμένες πληροφορίες που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 σχετικά με την ανάθεση των συμβάσεων, τη σύναψη συμφωνιών-πλαίσιο ή την αποδοχή σε ένα δυναμικό σύστημα αγορών, εάν η γνωστοποίηση των εν λόγω πληροφοριών μπορεί να εμποδίσει την εφαρμογή των νόμων, να είναι αντίθετη, καθ' οιονδήποτε άλλο τρόπο, προς το δημόσιο συμφέρον ή να βλάψει τα νόμιμα εμπορικά συμφέροντα ενός συγκεκριμένου οικονομικού φορέα δημόσιου ή ιδιωτικού ή τις συνθήκες θεμιτού ανταγωνισμού μεταξύ οικονομικών φορέων».

12. Επειδή, στο άρθρο 1 του π.δ. 28/2015 «Κώδικας Πρόσβασης σε Δημόσια Έγγραφα και Στοιχεία» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα, ύστερα από γραπτή αίτησή του, να λαμβάνει γνώση των διοικητικών εγγράφων. Ως διοικητικά έγγραφα νοούνται όσα συντάσσονται από τις δημόσιες υπηρεσίες, όπως εκθέσεις, μελέτες, πρακτικά, στατιστικά στοιχεία, εγκύκλιες οδηγίες, απαντήσεις της Διοίκησης, γνωμοδοτήσεις και αποφάσεις. 2. Όποιος έχει ειδικό έννομο συμφέρον δικαιούται, ύστερα από γραπτή αίτησή του, να λαμβάνει γνώση των ιδιωτικών εγγράφων που φυλάσσονται στις δημόσιες υπηρεσίες και είναι σχετικά με υπόθεσή του η οποία εκκρεμεί σε αυτές ή έχει διεκπεραιωθεί από αυτές. 3. Το κατά τις προηγούμενες παραγράφους δικαίωμα δεν υφίσταται στις περιπτώσεις που το έγγραφο αφορά την ιδιωτική ή οικογενειακή ζωή τρίτου, ή αν παραβλάπτεται απόρρητο το οποίο προβλέπεται από ειδικές διατάξεις. Η αρμόδια διοικητική αρχή μπορεί να αρνηθεί την ικανοποίηση του δικαιώματος τούτου αν το έγγραφο αναφέρεται στις συζητήσεις του Υπουργικού Συμβουλίου, ή αν η ικανοποίηση του δικαιώματος αυτού είναι δυνατόν να δυσχεράνει ουσιωδώς την έρευνα δικαστικών, διοικητικών, αστυνομικών ή στρατιωτικών αρχών σχετικώς με την τέλεση εγκλήματος ή διοικητικής παράβασης. 4. Το δικαίωμα των παραγράφων 1 και 2 ασκείται : α)

Αριθμός απόφασης: 655/2019

με μελέτη του εγγράφου στο κατάστημα της υπηρεσίας ή β) με χορήγηση αντιγράφου, εκτός αν η αναπαραγωγή τούτου μπορεί να βλάψει το πρωτότυπο. Η σχετική δαπάνη αναπαραγωγής βαρύνει τον αιτούντα, εκτός αν ο νόμος ορίζει διαφορετικά. Αν πρόκειται για πληροφορίες ιατρικού χαρακτήρα, αυτές γνωστοποιούνται στον αιτούντα με τη βοήθεια γιατρού, ο οποίος ορίζεται για τον σκοπό αυτόν. 5. Η άσκηση του κατά τις παραγράφους 1 και 2 δικαιώματος γίνεται με την επιφύλαξη της ύπαρξης τυχόν δικαιωμάτων πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας. 6. Η χρονική προθεσμία για τη χορήγηση εγγράφων κατά τις παραγράφους 1 και 2 ή την αιτιολογημένη απόρριψη της σχετικής αίτησης του πολίτη είναι είκοσι ημέρες».

13. Επειδή, κατά τους όρους της υπόψη διακήρυξης προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 2.4.2 με τίτλο «Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών» προβλέπεται ότι : «2.4.2.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζει η παρούσα διακήρυξη (άρθρο 3.1), στην Ελληνική Γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο ν.4412/2016, ιδίως άρθρα 36 και 37 και την Υπουργική Απόφαση αριθ. 56902/215 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». Για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της Υ.Α. 56902/215 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» (ΦΕΚ Β 1924/02.06.2017) και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας την διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 της ίδιας Υ.Α. 2.4.2.2. Ο χρόνος υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 655/2019

προσφοράς και οποιαδήποτε ηλεκτρονική επικοινωνία μέσω του συστήματος βεβαιώνεται αυτόματα από το σύστημα με υπηρεσίες χρονοσήμανσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 37 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 της ως άνω Υπουργικής Απόφασης. Μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας και ώρας, δεν υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφοράς στο Σύστημα. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, η αναθέτουσα αρχή θα ρυθμίσει τα της συνέχειας του διαγωνισμού με σχετική ανακοίνωσή της»

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

(α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά. Από τον προσφέροντα σημαίνονται με χρήση του σχετικού πεδίου του συστήματος τα στοιχεία εκείνα της προσφοράς του που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του ν. 4412/16 . Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδας, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της.

2.4.2.4. Οι οικονομικοί φορείς συντάσσουν την τεχνική και οικονομική τους προσφορά συμπληρώνοντας τις αντίστοιχες ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος. Στην συνέχεια το σύστημα παράγει τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία τα οποία υπογράφονται ψηφιακά και υποβάλλονται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ηλεκτρονικού αρχείου pdf (το οποίο θα υπογραφεί ηλεκτρονικά) πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση το σύστημα παράγει σχετικό

Αριθμός απόφασης: 655/2019

μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf] Εφόσον οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. {...}». Στο άρθρο 2.4.3.2. προβλέπεται ότι : «2.4.3.2 Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στη συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο .pdf. Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα». Τέλος στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ. Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποχρεούνται να υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους επί ποινή αποκλεισμού τα εξής : {...}

13. Ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης με συνολική κάλυψη κατ’ ελάχιστο 1.000.000 ευρώ»

14. Επειδή, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου του δημοσίου συμβάσεων, αλλά και κατά πάγια νομολογία, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με

Αριθμός απόφασης: 655/2019

τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά अपαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

15. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των προσφορών των διαγωνιζομένων διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή) τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 816/2007, 26/2007) και τον αποκλεισμό του υποψηφίου σε περίπτωση που αυτός δεν συμμορφώνεται με επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενους όρους της διακήρυξης.

16. Επειδή, κατ'αρχήν διαπιστώνεται ότι το αίτημα περί ανάκλησης/τροποποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης, ορθώς ερμηνευόμενο, στο πλαίσιο εξέτασης της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής και κατά τις αναφερόμενες στη σκέψη 10 διατάξεις, συνίσταται στην ακύρωση αυτής κατά τα προσβαλλόμενα μέρη.

17. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής και δη το αίτημα περί απορρίψεως της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας [...], γίνονται δεκτά τα εξής : Από την εξέταση του φακέλου προσφοράς της [...] προκύπτει ότι η τελευταία κατά τον χρόνο ηλεκτρονικής υποβολής της προσφοράς της μέσω ΕΣΗΔΗΣ υπέβαλλε ομοίως ηλεκτρονικά και όλα τα ζητούμενα κατά την διακήρυξη έγγραφα του φακέλου δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 655/2019

συμμετοχής-τεχνική προσφορά, τα οποία και απαιτούνταν επί ποινή αποκλεισμού να συνυποβάλλει με την προσφορά της. Ορισμένα δε εξ'αυτών και συγκεκριμένα τα αρχεία που αφορούν στην απόδειξη της προηγούμενης εμπειρίας της από την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων, στο μόνιμο προσωπικό που διαθέτει και στα προσόντα αυτού χαρακτηρίστηκαν κατά την υποβολή τους ως «εμπιστευτικά». Δεδομένου δε ότι κατά το άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης σε συνδυασμό με το Παράρτημα Ι αυτής τα αρχεία αυτά αποτελούν μέρος της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, εσφαλμένως κατ'αρχήν χαρακτηρίστηκαν από την συνδιαγωνιζόμενη εταιρία ως εμπιστευτικά, δυνάμει της διάταξης του άρθρου 21 παρ. 4 του Ν. 4412/2016. Παρόλα αυτά, όπως εξίσου προκύπτει από τις αναφερόμενες ως άνω διατάξεις του Ν. 4412/2016, ο χαρακτηρισμός από τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα ορισμένων αρχείων της προσφοράς του ως εμπιστευτικών ουδόλως δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή, η οποία σε κάθε περίπτωση οφείλει αφενός μεν να αναζητήσει σχετική δήλωση του διαγωνιζομένου όπου θα αναφέρονται ρητά όλες οι διατάξεις του νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα των συγκεκριμένων αρχείων και αφετέρου δε να κρίνει τελικώς επί του εμπιστευτικού χαρακτήρα των επίμαχων αρχείων, αναλαμβάνοντας, σε περίπτωση που αυτά εσφαλμένως χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικά, να άρει τον εμπιστευτικό χαρακτήρα τους και να καταστήσει αυτά προσιτά στους υπόλοιπους διαγωνιζόμενους. Συνεπώς, μόνον το γεγονός ότι η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία χαρακτήρισε κατά το χρόνο ηλεκτρονικής υποβολής τους κάποια εκ των αρχείων αυτών ως «εμπιστευτικά» δεν θεμελιώνει κάποιον από τους ρητά αναφερόμενους στο νόμο και τη διακήρυξη λόγους αποκλεισμού από την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, εφόσον έχουν νόμιμα προσκομιστεί όλα τα έγγραφα της προσφοράς της. Ακόμα δε κι αν ο προσφεύγων δεν έχει υποβάλλει προς την αναθέτουσα αρχή αίτημα πρόσβασης στα ως άνω έγγραφα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατ'εφαρμογή των οριζόμενων στο άρθρο 21 του Ν. 4412/2016, να προβεί στην άρση του εμπιστευτικού χαρακτήρα των επίμαχων εγγράφων, καθιστώντας ως εκ τούτου αυτά προσβάσιμα στον προσφεύγοντα. Τούτων δοθέντων, ακόμα κι αν δε θα

Αριθμός απόφασης: 655/2019

μπορούσε εκ του προβαλλόμενου λόγου να θεμελιωθεί νομίμως πλημμέλεια στην προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας, οδηγώντας στην απόρριψή της, ανακύπτει παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να προβεί στον αποχαρακτηρισμό των επίμαχων εγγράφων ως εμπιστευτικών, ενέργεια στην οποία οφείλει να προβεί κατόπιν αναπομπής.

18. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής και δη το αίτημα περί αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, γίνονται δεκτά τα εξής : Οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι η απαίτηση υποβολής ασφαλιστηρίου συμβολαίου είναι ασαφής τόσο ως προς το περιεχόμενο του συμβολαίου όσο και ως προς τον χρόνο ισχύος του όπως και ότι η επίμαχη απαίτηση σε καμία περίπτωση δεν σχετίζεται με την τεχνική και οικονομική ικανότητα των διαγωνιζομένων, ερχόμενη σε αντίθεση με τις προβλέψεις του Ν. 4412/2016 ως προς την απόδειξη των κριτηρίων αυτών εύλογα προκύπτει ότι αφορούν κατ'ουσίαν το κύρος και το περιεχόμενο του επίμαχου όρου. Κατά συνέπεια, οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται ανεπικαιρώς και δη απαραδέκτως κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού και όχι σε πρότερο στάδιο αυτό, οπότε ο προσφεύγων θα μπορούσε νομίμως να προβάλλει τις αναφερόμενες αιτιάσεις βάλλοντας κατά του οικείου όρου της διακήρυξης. Δοθέντος δε ότι, όπως συνομολογεί και ο ίδιος ο προσφεύγων με την προσφυγή του, πράγματι δεν προσκόμισε εντός του φακέλου της τεχνικής του προσφοράς το ζητούμενο ασφαλιστήριο συμβόλαιο, η προσφορά του ορθώς απερρίφθη ως απαράδεκτη καθότι, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, η υποβολή ασφαλιστηρίου συμβολαίου ετίθετο επί ποινή αποκλεισμού ως στοιχείο της τεχνικής προσφοράς.

19. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και δη κατά το μέρος που κατόπιν εξέτασης του πρώτου λόγου προσφυγής διαπιστώνεται ότι κατά την έκδοση της προβαλλόμενης πράξης εμφιλοχώρησε παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να προβεί στον αποχαρακτηρισμό των επίμαχων αρχείων της προσφοράς της [...] ως εμπιστευτικών, εξασφαλίζοντας την πρόσβαση του προσφεύγοντος σε αυτά.

Αριθμός απόφασης: 655/2019

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 27550481795907110002) ποσού 646,00 ευρώ πρέπει να επιστραφεί σε αυτόν.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 33097/2.5.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας [...], χωρίς η αναθέτουσα αρχή να προβεί προηγουμένως στην άρση του εμπιστευτικού χαρακτήρα των επίμαχων εγγράφων.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη κατά τα κριθέντα στην σκέψη 17 της παρούσας ενέργεια.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 646,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 11 Ιουνίου 2019, και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 18 Ιουνίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Αικατερίνη Ζερβού