

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 07 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη. Η Χρυσάνθη Ζαράρη αναπληρώνεται από τον Χρήστο Σώκο στα καθήκοντα Προέδρου, ειδικώς για την έκδοση της Απόφασης.

Για να εξετάσει την, από 28.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 908/29.04.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Φ.../2449 Σ-559-/12.4.2021 Απόφαση του(ΑΔΑ: ...) – κατ' αποδοχή του, από 24.03.2021 Πρακτικού έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Αναβάθμιση Επικοινωνιών GAG Α/Δ ...» (...)), συνολικού προϋπολογισμού 289.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής-χαμηλότερη τιμή (με αρ. πρωτ. 2191/13.11.2020 Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού τριών χιλιάδων τετρακοσίων δέκα ευρώ 3.410,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 28.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 908/29.04.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 289.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. (βλ. αναλυτικότερα, σκέψη 19 της παρούσας).

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, της οποίας η Προσφορά έγινε δεκτή στον εν θέματι Διαγωνισμό (2^η σε σειρά κατάταξης), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώσ και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του προσωρινού μειοδότη («...»). Το δε έννομο συμφέρον της για την άσκηση της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, θεμελιώνεται εν προκειμένω στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ).

- Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον η προσβαλλόμενη Απόφαση, με Θέμα: «Έγκριση Αποτελέσματος του Διαγωνισμού και Κατακύρωση του Έργου: «Αναβάθμιση Επικοινωνιών GAG Α/Δ ...» (...)» «...που ανέδειξε την ως άνω εταιρεία ως οριστική ανάδοχο για εκτέλεση του έργου είναι μη νόμιμη και καταφανώς εσφαλμένη και θα πρέπει να ακυρωθεί πρωτίστως, διότι εκ του 2ου πρακτικού ελέγχου των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, προέκυψε ότι την **23η.12.2020** η αναδειχθείσα ανάδοχος είχε αποσύρει την υποβληθείσα την 8.12.2020 προσφορά της στο διαγωνισμό, επικαλούμενη οψιγενείς μεταβολές.

Ειδικότερα, με την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής περί έγκρισης του αποτελέσματος του διαγωνισμού μετά του συγκοινοποιούμενου με αυτήν πρακτικού 2 της ΕΔ στις 19.4.2021 λάβαμε γνώση για πρώτη φορά ότι η εταιρεία «...» είχε αποσύρει εγγράφως την υποβληθείσα την 8.12.2020 προσφορά της στον προκείμενο διαγωνισμό με την αιτιολογία της επέλευσης οψιγενών μεταβολών και είχε αιτηθεί την επιστροφή της υποβληθείσας εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στον διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, πληροφορηθήκαμε ότι με την με ημερομηνία 23.12.2020 επιστολή του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας «...», η τελευταία γνωστοποίησε στην Αναθέτουσα Αρχή ότι σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς της στον διαγωνισμό παρέλαβε τα διαβαθμισμένα τεύχη της μελέτης της εργολαβίας, εκ των οποίων διαπίστωσε ότι δεν πληροί τις τιθέμενες εξ αυτών προδιαγραφές που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει, προκειμένου να

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

αναδειχθεί οριστική μειοδότηρια και να υλοποιήσει τη σύμβαση. Ήτοι, κατά δήλωση της συμμετέχουσας εταιρείας «...», η τελευταία **απαιτείται να στηριχτεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα καθώς δεν δύναται να ανταποκριθεί στα κριτήρια υλοποίησης (π.χ. απαιτήσεις εγκατάστασης παρά 4, 5, 6, 7, 9 T3 E1), δεν διαθέτει ISO 9001/2015 για τη συγκεκριμένη δραστηριότητα ηλεκτρονικού εξοπλισμού, ως απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού από την ΕΣΥ και την Τεχνική Περιγραφή του προκειμένου έργου, πλην, όμως, εκ της διακηρύξεως του διαγωνισμού λόγω της φύσεως του δημοπρατούμενου αντικειμένου (διαβαθμισμένα τεύχη μελέτης της εργολαβίας), οι υποψήφιοι δεν επιτρέπεται να επικαλεστούν στήριξη στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, αλλά οφείλουν να διαθέτουν οι ίδιοι τα απαιτούμενα προσόντα.**

Κυρίως δε εμμέσως πλην όμως σαφώς η εν λόγω μειοδότηρια εταιρεία ρητώς ανέφερε ότι αδυνατεί στη πραγματικότητα να εκτελέσει τη σύμβαση η ίδια, αφού αδυνατεί να ανταποκριθεί στα όσα απαιτούν τα συμβατικά τεύχη που της γνωστοποιήθηκαν κατά τους ισχυρισμούς της, καθυστερημένα. και επιπλέον, εδήλωσε ότι δεν διαθέτει κάποιον τρίτο στον οποίο θα μπορούσε να στηριχθεί για τη κάλυψη των ανωτέρω απαιτήσεων, **ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η Διακήρυξη απέκλειε τη σχετική δυνατότητα.** Ακόμη όμως και να διέθετε κάποιον τρίτο, δεν θα μπορούσε να της ανατεθεί η σύμβαση, δοθέντος ότι στο ΤΕΥΔ η εν λόγω διαγωνιζόμενη είχε απαντήσει αρνητικώς στην ερώτηση περί του εάν προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό τη μορφή υπεργολαβίας και, ως συνέπεια της εν λόγω αρνητικής απαντήσεως, δεν είχε παραθέσει κατάλογο προτεινόμενων υπεργολάβων, ως θα έδει εφόσον η υπεργολαβία ήταν δεδομένη εξ αρχής και μονόδρομος για την προσωρινή ανάδοχο, ούτε είχε προσκομίσει ΤΕΥΔ για τους υπεργολάβους αυτούς.

Κατόπιν των ανωτέρω, η εταιρεία «...» δια της με ημερομηνία 23.12.2020 επιστολής της απέσυρε την προσφορά της από τον διαγωνισμό επικαλούμενη την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 104 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και αιτήθηκε την επιστροφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό. Σημειωτέον ότι ως συνάγεται εκ του αδιαστίκτου περιεχομένου της επιστολής της προσωρινής αναδόχου, αυτή εδήλωσε σαφή και ρητή αδυναμία εκτελέσεως της συμβάσεως και απόσυρση από τη διαδικασία του

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

διαγωνισμού, δήλωση η οποία κατέστησε αυτήν τρίτη σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία και επέφερε την αμετάκλητη λήξη της ισχύος της προσφοράς της, η οποία δεν θα μπορούσε να αναβιώσει ή να αρθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο.

12. Η Αναθέτουσα Αρχή δια της με στοιχεία Φ.../558/Σ.-122-/29.01.2021 πράξης της **απέρριψε το «αίτημα» απόσυρσης της υποβληθείσας στον διαγωνισμό προσφοράς** της εταιρείας «...» «επί τη βάση του άρθρου 104 ν. 4412/2016» και επιστροφής της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της τελευταίας στον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι οι επικαλούμενοι από την προαναφερθείσα εταιρεία λόγοι «δεν εμπίπτουν στο άρθρο 104 του Ν. 4412/16, περί οψιγενών μεταβολών στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες είχαν δηλώσει ότι πληρούν», αναφέροντας επί λέξει ότι: «Συγκεκριμένα, η υποβολή από μέρους σας προσφοράς χωρίς να έχετε παραλάβει τα διαβαθμισμένα τεύχη της μελέτης της εργολαβίας, δεν αποτελεί μεταβολή στις προϋποθέσεις, τις οποίες είχατε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) ότι πληροίτε, η οποία επήλθε ή λάβατε γνώση μετά τη δήλωσή σας».

13. Στην παρούσα επισυνάπτονται τόσο η από 23.12.2020 επιστολή της προσωρινής αναδόχου με τίτλο «Ενημέρωση για μεταβολές (ΤΕΥΔ) ένεκα οψιγενών μεταβολών» καθώς και η με αριθμ. Πρωτ. Φ.../558/Σ.122/29.1.2021 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής (ΣΧΕΤ.1 & 2 αντιστοίχως) τις οποίες λάβαμε κατόπιν της από **22.4.2021** αιτήσεώς μας, μετά την κοινοποίηση της προσβαλλομένης κατακυρωτικής αποφάσεως, διά του με αριθμ. Πρωτ. ΦΠΡ-181Ν/2807/Σ.660/26.4.2021 διαβιβαστικού εγγράφου της αναθέτουσας αρχής.

14. Ήτοι δηλαδή η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως υπέλαβε ότι η δήλωση απόσυρσης της προσφοράς υπόκειται στη δική της έγκριση ή στην διακριτική της ευχέρεια αναφορικώς με την αποδοχή της ή μη. Ωστόσο, η απόσυρση της προσφοράς της, πολύ περισσότερο όταν λαμβάνει χώρα με επίκληση πλήρους αδυναμίας εκτελέσεως του αντικείμενου της συμβάσεως, δεν υπόκειται σε έγκριση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ούτε στη διακριτική της ευχέρεια εάν θα τη δεχθεί ή όχι, αλλά ως εκ του γεγονότος ότι καθιστά την προσφορά ανίσχυρη εξ υπαρχής, δεν χωρεί βάσει αυτής η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και πολύ περισσότερο η ανάθεση της συμβάσεως σε οικονομικό φορέα που δεν έχει πλέον την ιδιότητα «του προσφέροντος». Είναι δε

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

αδιάφορο εάν η δήλωση της αναδόχου έγινε με επίκληση ορθής ή όχι νομικής διατάξεως (εν προκειμένω του άρθρου 104 παρ. 3 ν. 4412/2016), αφού το ουσιώδες είναι ότι ο οικονομικός φορέας εδήλωσε την σαφή βούλησή του περί αποσύρσεως της προσφοράς του επειδή, μάλιστα, αδυνατεί να εκτελέσει το αντικείμενό της και να ικανοποιήσει τους όρους και τις προϋποθέσεις που τίθενται στα συμβατικά τεύχη. Η δε δήλωσή του αυτή, σε συνδυασμό με τις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας, υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή στον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, αφού διαγωνιζόμενος ο οποίος επικαλείται ότι αδυνατεί να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τα συμβατικά τεύχη, τις οποίες (υποχρεώσεις αποδεδειγμένα δεν είτε λάβει υπόψη του όταν διαμόρφωσε την προσφορά του, δεν μπορεί να γίνει δεκτός, ενόσω η προσφορά του, ακόμη και αν δεν είχε ρητώς αποσυρθεί, αποδεικνύεται ότι δεν είναι συγκρίσιμη με τις προσφορές των λοιπών διαγωνιζομένων και οδηγεί σε κατάρτιση συμβάσεως που είναι εκ προοιμίου καταδικασμένη να μην εκπληρώσει τον σκοπό της, προς βλάβη και του ίδιου του δημοσίου συμφέροντος.

15. Εκ των ανωτέρω αναφερομένων, όπως αναλύονται και κατωτέρω, συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση έγκρισης του αποτελέσματος του διαγωνισμού και κατακύρωσης της σύμβασης στην εταιρεία «...», η οποία (αναδειχθείσα ανάδοχος), μεσούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, απέσυρε την προσφορά της και αιτήθηκε την επιστροφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου, κατέστη τρίτη σε σχέση με την προκειμένη διαγωνιστική διαδικασία, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, καθώς αναθέτει την εκτέλεση της σύμβασης σε μη συμμετέχουσα πλέον εταιρεία, η οποία κατά ρητή δήλωσή της δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επί ποινή αποκλεισμού από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού προδιαγραφές για την εκτέλεση της σύμβασης και αδυνατεί να ανταποκριθεί στις απορρέουσες, εκ της συμβάσεως, υποχρεώσεις.

16. Συμπληρωματικώς δε εκ του περιεχομένου της προσβαλλόμενης απόφασης και του συνοδεύοντος αυτήν Πρακτικού 2 συνάγεται ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου έχουν προφανείς πλημμέλειες και δεν πληρούν τις επιταγές της διακήρυξης και του νόμου με

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

συνέπεια. να πρέπει η ανωτέρω διαγωνιζόμενη εταιρεία να αποκλειστεί και όχι να κατακυρωθεί η σύμβαση σε αυτήν. [...]».

6. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «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 [...]».

7. Επειδή, στο άρθρο 103 («Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών») του Ν. 4412/2016, ως ίσχυε (βλ. άρθρο 43 του Ν. 4605/2019, για τον οποίο ορίσθηκε η 1η Απριλίου 2019, ως χρόνος έναρξης ισχύος του), κατά τον χρόνο δημοσίευσης της επίμαχης Διακήρυξης (13.11.2020), ορίζεται ότι: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.».

8. Επειδή, στο άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72.».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες 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 C19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

10. Επειδή, 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 απόφασης: 1154/2021

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, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SPA και Mantovani, σκέψη 76 • ΔΕΕ Απόφαση της 14.02.2008, Υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά État belge, σκέψη 35 • ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, Υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2 • ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, σκέψεις 25 και 26 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10, Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψεις 17 και επόμ.). 18. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45• ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91• ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

11. Επειδή, οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως, τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 • ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31• ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61 • ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73 • ΔΕΕ, Απόφαση της

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45 • ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C213/07, Μηχανική, σκέψη 45 • ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33 • ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C 42/13, Cartiera dell' Adda, σκέψη 44 • ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

12. Επειδή, στην από 22.04.2021, αίτηση προς την αναθέτουσα αρχή, με Θέμα: Αίτηση Χορήγησης Εγγράφων», η προσφεύγουσα αναφέρει ότι: «Παρακαλούμε, ως έχοντες ειδικό έννομο συμφέρον, και σε εφαρμογή του Άρθρου 5 του Ν. 2690/1999 όπως τροποποιήθηκε με τον Ν.2880/2001 και τον Ν.3230/2004 και κωδικοποιήθηκε με το ΠΔ 28/2015 να λάβουμε γνώση των ακολούθων εγγράφων που αφορούν στον ανωτέρω σχετικό διαγωνισμό: • Την από 23.12.2020 επιστολή απόσυρσης της προσφοράς της εταιρείας «...» • Την από 29.01.2021 απαντητική επιστολή της Υπηρεσίας σας προς την «...». Παρακαλούμε να μας κοινοποιηθούν εντός των προβλεπομένων από τον νόμο προθεσμιών και προ της εκπνοής της καταληκτικής ημερομηνίας κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής κατά της Απόφασης Έγκρισης του Αποτελέσματος του Διαγωνισμού και Κατακύρωσης του Έργου «Αναβάθμιση Επικοινωνιών GAGA/Δ ...» (...). Επιφυλασσόμενοι παντός νομίμου δικαιώματός μας,...».

13. Επειδή, στο με αρ. πρωτ Δ11/101186/16.04.2021 έγγραφο της Δ/σης Δημόσιων Διαγωνισμών του ..., με Θέμα: «Πιστοποίηση τεχνικής δυσλειτουργίας του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Δημόσια Έργα.» αναφέρεται ότι: «Σας πληροφορούμε ότι διαπιστώθηκε τεχνική δυσλειτουργία του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Δημόσια Έργα σήμερα Παρασκευή 16/04/2021 και από 02:17:00 έως 10:38:22. Για λόγους ίσης μεταχείρισης και άρσης αποκλεισμών και αμφισβητήσεων στο πλαίσιο υποβολής προσφορών, συνίσταται στις Αναθέτουσες Αρχές/Αναθέτοντες Φορείς, η μετάθεση των καταληκτικών ημερομηνιών υποβολής προσφορών σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 3 της ΚΥΑ 117384/31-10-2017 (ΦΕΚ 3821 Β').

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

Επισημαίνεται ότι η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και ώρας σε διαγωνισμούς που:

- έχει παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών, πραγματοποιείται από τη Διεύθυνσή μας κατόπιν αποστολής ηλεκτρονικού μηνύματος της Αναθέτουσας Αρχής ή του Αναθέτοντα Φορέα στο ...με συνημμένη την σχετική Απόφαση (της Αναθέτουσας Αρχής ή του Αναθέτοντα Φορέα) μετάθεσης της καταληκτικής ημερομηνίας και ώρας του διαγωνισμού.

- δεν έχει παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών, δύναται να πραγματοποιηθεί με κατάλληλες ενέργειες από εξουσιοδοτημένο χρήστη, υπάλληλο της Αναθέτουσας Αρχής ή του Αναθέτοντα Φορέα, στο ΕΣΗΔΗΣ Δημόσια Έργα. [...]».

14. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. Φ. .../3042 Σ.-713/ 07.05.2021 έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής άρχεται από την κοινοποίηση της εκτελεστής πράξης στον ενδιαφερόμενο μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, δοθέντος ότι βάσει της εν λόγω λειτουργικότητας πέραν της ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αποστέλλονται αυτοματοποιημένα και μηνύματα ειδοποίησης μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στους ενδιαφερόμενους, προκειμένου να ειδοποιηθούν σχετικά. Εν προκειμένω, προκύπτει ευχερώς ότι η κοινοποίηση σχετικών στοιχείων στο πλαίσιο ηλεκτρονικού διαγωνισμού, διενεργείται με μηνύματα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία».

ε. Ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την πράξη της στην «Επικοινωνία» την 16/4/2021 (ως παρ. 26 παρόντος) η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής άρχεται από το χρόνο αυτό, ήτοι, λήγει την 26/4/2021 (δέκα (10) ημέρες ως παρ.1 άρθρου 361 ν.4412/2016). Η προδικαστική προσφυγή θέματος ασκήθηκε από την προσφεύγουσα την 29/4/2021 επομένως είναι προδήλως εκπρόθεσμη. Η αίτηση από τον προσφεύγοντα για χορήγηση εγγράφων ουδόλως αναιρεί ή αναστέλλει την ως άνω προθεσμία, ούτε υφίστανται ούτε επικαλούνται από την

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

προσφεύγουσα σχετικές διατάξεις που να στοιχειοθετούν οιαδήποτε αναστολή προθεσμίας. 31. Επί των λόγων που επικαλείται η προσφεύγουσα στην ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή αναφέρονται τα κάτωθι επιχειρήματα τα οποία καθιστούν την προσφυγή, πέραν από εκπρόθεσμη και προδήλως αβάσιμη

α. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί τη βάση της διενέργειάς του και ορίζει το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού που δεσμεύει τόσο την Αναθέτουσα Αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η διακήρυξη λόγω του κανονιστικού της χαρακτήρα διέπει κατά τρόπο δεσμευτικό την διαγωνιστική διαδικασία και καθορίζει τις υποχρεώσεις αμφοτέρων μερών. Ως εκ τούτου, δεν είναι δυνατόν τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες να παρεκκλίνουν από της διατάξεις της διακήρυξης, αλλά ούτε και να επικαλούνται όρους ή δεσμεύσεις που δεν υφίστανται σε αυτήν. β. Στην διακήρυξη του έργου θέματος δεν υφίσταται ως όρος η υποβολή οποιουδήποτε πιστοποιητικού διασφάλισης ποιότητας τύπου ISO και ως εκ τούτου λανθασμένα υποστηρίζεται από την προσφεύγουσα ότι επί ποινή αποκλεισμού ο προσωρινός ανάδοχος θα έπρεπε να έχει υποβάλλει κατά το στάδιο του διαγωνισμού σχετικό πιστοποιητικό.

γ. Ο προσωρινός ανάδοχος εταιρεία ...με την από 23-12-20 επιστολή του μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, αιτήθηκε την εφαρμογή του άρθρου 104 του ν.4412/16 περί οψιγενών μεταβολών και ζήτησε την απόσυρση της προσφοράς του και την επιστροφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του στο διαγωνισμό.

δ. Η δήλωση της προσωρινής αναδόχου για υποβολή της προσφοράς πριν την παραλαβή όλων των τευχών του διαγωνισμού δεν συνιστά αιτίαση για οψιγενείς μεταβολές καθώς αυτές, κατά το άρθρο 104 του ν. 4412/16, αφορούν σε μεταβολές των προϋποθέσεων τις οποίες οι υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν στο ΤΕΥΔ και όχι προσθήκες ή παραλείψεις σε αυτό που ενδεχομένως να προέκυψαν από πλημμελή ή ανεπαρκή γνώση των απαιτήσεων του διαγωνισμού, όπως δήλωσε η εν λόγω εταιρεία. **Στην περίπτωση που ίσχυαν οι αιτιάσεις που καθυστερημένα γνωστοποιήθηκαν από την συμμετέχουσα εταιρεία στην Αναθέτουσα Αρχή, δηλ. καθυστέρηση στην παραλαβή όλων των τευχών, αυτή όφειλε να αιτηθεί παράταση για την υποβολή της προσφοράς της.**

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

ε. Με βάση τα ανωτέρω η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αριθμ. Φ. ...ως επιβάλετο από το νόμο δεν έκανε αποδεκτό το αίτημα για απόσυρση της προσφοράς και επιστροφή της εγγυητικής συμμετοχής σας δυνάμει του άρθρου 104 του Ν.4412/16 περί οψιγενών μεταβολών. Το γεγονός μάλιστα αυτό, ήτοι το ότι οι λόγοι που επικαλέστηκε η εταιρεία ...στην από 23-12-20 επιστολή της δεν εμπίπτουν στις προβλέψεις του άρθρου 104 του ν. 4412/16, δεν αμφισβητείται ούτε από την προσφεύγουσα στην προδικαστική της προσφυγή. Ως εκ τούτου, η Υπηρεσία μας συνέχισε τις κατά το νόμο προβλεπόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες.

στ. Προς επίρρωση των ανωτέρω αναφέρεται, ότι στη συνέχεια όταν με την υπ' αριθμ. Φ. ...πρόσκληση κλήθηκε ο προσωρινός ανάδοχος να υποβάλει τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά και αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησής του, αυτός ανταποκρίθηκε εμπρόθεσμα και έγκυρα, γεγονός που αποδεικνύει ότι ουδόλως υφίσταται ζήτημα απόσυρσης της προσφοράς του, όπως λανθασμένα υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

ζ. Επισημαίνεται ότι πριν την έκδοση της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού εξετάστηκε σε επίπεδο επιτροπής διαγωνισμού και Αναθέτουσας Αρχής η τήρηση των προϋποθέσεων που θέτει το άρθρο 91 του ν.4412/16, και διαπιστώθηκε ότι δεν συντρέχει και δεν στοιχειοθετείται κανένας από τους λόγους απόρριψης προσφοράς που προβλέπονται σε αυτό.

η. Ως εκ τούτου, μετά την από 19-02-21 εμπρόθεσμη υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο των προβλεπόμενων δικαιολογητικών και αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησής του και τον επιτυχή έλεγχο αυτών από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να προχωρήσει στην κατακύρωση του έργου, όπως και έπραξε με την έκδοση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. Φ. ...Απόφασης έγκρισης του αποτελέσματος του διαγωνισμού και Κατακύρωσης του έργου.

32. Μετά από τα παραπάνω, η Αναθέτουσα Αρχή εισηγείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής θέματος ως εκπρόθεσμη και αβάσιμη για τους λόγους που αναλύθηκαν διεξοδικά στην παρούσα. [...]».

14. Επειδή, στις 27.05.2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «[...] Όσον αφορά τον

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής περί τάχα εκπρόθεσμης άσκησης εκ μέρους της εταιρείας μας της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

1. Το άρθρο 361 του Ν.4412/2016 που αφορά την έννομη προστασία κατά το στάδιο σύναψης δημόσιας συμβάσεως και δη την προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιων της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), αναφέρει επί λέξει τα ακόλουθα:

«Προθεσμία άσκησης της προσφυγής

1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως,

(γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ.

2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης.»

2. Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές πως κατ' αρχήν η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής εκκινεί από την επομένη της κοινοποίησεως της προσβαλλομένης πράξεως στον εκάστοτε οικονομικό φορέα. Επιπλέον, οι διατάξεις αυτές, ως ερμηνεύονται υπό το πρίσμα της αρχής της αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο, επιβάλλουν την εκκίνηση της τοιαύτης δεκαήμερης προθεσμίας από τότε που ο διαγωνιζόμενος λαμβάνει πλήρη γνώση της πληττομένης αποφάσεως, περιλαμβανομένων έτσι των στοιχείων, εγγράφων και πληροφοριών που είναι αναγκαίες για τη πλήρη γνώση όλων των πτυχών της προσβαλλομένης αποφάσεως και της αιτιολογίας αυτής. Έτσι είναι αναγκαία η πλήρη γνώση και τυχόν εγγράφων που αφορούν στην προσφορά των ανταγωνιστών ή

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

αλληλογραφία μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ανταγωνιστών αναφορικώς με τη διαγωνιστική διαδικασία και τη συμμετοχή οιοδήποτε διαγωνιζομένου σε αυτήν. Έτσι, η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής δεν άρχεται εάν ο προσφεύγων δεν λάβει πλήρη γνώση όλων των πληροφοριών και εγγράφων που είναι αναγκαία για την λυσιτελή άσκηση των δικαιωμάτων που του παρέχονται δυνάμει της δικονομικής οδηγίας και τις διατάξεις του ν. 4412/2016 που αφορούν στην έννομη προστασία κατά το προσυμβατικό στάδιο.

3. Όσον αφορά στο τρόπο κοινοποίησης των εγγράφων και αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής στους διαγωνιζόμενους, σχετική είναι η υπ' αριθμ. 56902/215/2017 (ΦΕΚ Β 1924) Υπουργική Απόφαση «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» καθώς και η υπ' αριθμ. 117384/2017 (ΦΕΚ Β' 3821) Υπουργική Απόφαση «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων σχετικά με την ανάθεση Δημ. Συμβάσεων έργων κλπ με τη χρήση του ΕΣΗΔΗΣ».

4. Ειδικότερα, το Άρθρο 8 της προαναφερθείσας Υπουργικής Αποφάσεως αναφέρει τα εξής: «Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων

1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του υποσυστήματος κατά περίπτωση, με:

α. Την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της εκάστοτε ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή της εκάστοτε ηλεκτρονικής πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών/αίτησης συμμετοχής.

2. Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του υποσυστήματος. Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη.

5. Το άρθρο 14 της ίδιας υπουργικής απόφασεως αναφέρεται στην Υποβολή/Αξιολόγηση δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου-κατακύρωση και σύναψη σύμβασης: «1.4. Η Αναθέτουσα Αρχή/ο Αναθέτων Φορέας

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, στην κοινοποίηση της απόφασης Κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας), και επιπλέον αναρτά στο χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού» τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου.

[..] Στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και όσον αφορά στην Υποβολή/Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου και την Κατακύρωση/ Σύναψη Σύμβασης, πραγματοποιείται μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας), κατά περίπτωση, κάθε άλλη προβλεπόμενη επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων μεταξύ Οικονομικών Φορέων και Αναθετουσών Αρχών/Αναθετόντων Φορέων ή/και Επιτροπής Διαγωνισμού, από τους προς τούτου πιστοποιημένους χρήστες του υποσυστήματος του εκάστοτε εμπλεκόμενου Φορέα».

6. Εκ των προαναφερομένων διατάξεων, σαφώς συνάγεται ότι η κοινοποίηση των εγγράφων και αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, περιλαμβανομένης της απόφασης αναδείξεως προσωρινού αναδόχου και της κατακυρωτικής απόφασης, λαμβάνει χώρα αποκλειστικώς μέσω του συστήματος Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ και ο χρόνος της κοινοποίησεως στους διαγωνιζομένους είναι αυτός που το σύστημα αποστέλλει μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στους διαγωνιζομένους με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

7. Εν προκειμένω, ως συνάγεται εκ της επισκόπησης των σχετικών κοινοποιήσεων στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, το μήνυμα με την προσβαλλόμενη απόφαση περιήλθε στην προσφεύγουσα μέσω του συστήματος την 19.4.2021 και όχι στις 16.4.2021 που φέρεται η αναθέτουσα αρχή να απέστειλε αυτήν στους διαγωνιζόμενους. Συναφώς, προσκομίζεται για διευκόλυνση, ακριβής εκτύπωση από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ιδ. ΣΧΕΤ.1), από την οποία προκύπτει ότι ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω του συστήματος Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ και από την ηλεκτρονική διεύθυνση ...περιήλθε στην προσφεύγουσα στις 19.4.2021, γεγονός που άλλωστε μπορεί να επιβεβαιώσει η Αρχή σας εκ της προσβάσεως στον

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Είναι δε αδιάφορος ο χρόνος αποστολής του ηλεκτρονικού μηνύματος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, αφού πιστοποιείται εκ του συστήματος ότι αυτό περιήλθε και άρα κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 19.4.2021.

8. Σημειωτέον δε ότι μολονότι η αναθέτουσα αρχή φέρεται να απέστειλε το μήνυμα στις 16.4.2021 αυτό δεν περιήλθε στην προσφεύγουσα σε χρόνο προγενέστερο της 19.4.2021, για λόγους που δεν αφορούν, ούτε μπορούν φυσικά να προβληθούν έναντι της προσφεύγουσας. Επισημαίνεται στο πλαίσιο αυτό ότι μία πιθανή εξήγηση θα μπορούσε να συνίσταται στο ότι κατά την 16η.4.2021 συνέτρεξε τεχνική δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία διαπιστώθηκε αρμοδίως κατά τα κατωτέρω.

9. Στο πλαίσιο αυτό σημειώνεται, ως εκ περισσού, ότι στο άρθρο 3 της προαναφερθείσας ΥΑ υπ' αριθμ. 117384/2017 αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής: «Αδιάλειπτη και ορθή λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ

1. Ο Διαχειριστής του υποσυστήματος, μεριμνά για την αδιάλειπτη και απρόσκοπτη λειτουργία του υποσυστήματος, την αναβάθμιση και τη συντήρησή του, εποπτεύει την καλή χρήση αυτού και προβαίνει σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες για την ασφάλειά του, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην υπ' αριθμ. 56902/215/19-5-2017 υπουργική απόφαση «Τεχνικές Λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» (ΦΕΚ 1924 Β'). [..]

2. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του υποσυστήματος, η οποία οφείλεται σε γεγονότα ανωτέρας βίας, η Αναθέτουσα Αρχή/ο Αναθέτων Φορέας λαμβάνει άμεσα όλα τα απαιτούμενα μέτρα, κυρίως για την τήρηση προθεσμιών που παράγουν έννομες συνέπειες, όπως ιδίως για την υποβολή ενστάσεων, προδικαστικών προσφυγών - με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 8 του π.δ. 39/2017- ερωτημάτων, διευκρινήσεων, δικαιολογητικών κατακύρωσης, αποσφραγίσεις προσφορών/ αιτήσεων συμμετοχής και, κυρίως, για την τήρηση του ελάχιστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών/αιτήσεων συμμετοχής, ιδίως με τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και τη σχετική δημοσίευσή της. Η ανωτέρω αδυναμία πιστοποιείται από τον Διαχειριστή του υποσυστήματος και, στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η Αναθέτουσα Αρχή/ο Αναθέτων Φορέας ρυθμίζει τα της συνέχειας της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, μεταθέτοντας,

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

εφόσον απαιτείται, την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών/αιτήσεων συμμετοχής τουλάχιστον κατά τρεις (3) εργάσιμες ημέρες προσμετρούμενες από την επομένη εργάσιμη ημέρα της αποκατάστασης της τεχνικής αδυναμίας και, σε κάθε περίπτωση, αναλόγως του χρονικού διαστήματος της τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του υποσυστήματος. 3. Σε περιπτώσεις προσωρινής τεχνικής δυσλειτουργίας του υποσυστήματος, ο Διαχειριστής του υποσυστήματος λαμβάνει άμεσα όλα τα απαιτούμενα μέτρα κυρίως για την τήρηση του ελάχιστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, ιδίως η παράταση κατά εύλογο χρονικό διάστημα της καταληκτικής ώρας υποβολής προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, εντός της ίδιας καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής. Η ανωτέρω τεχνική δυσλειτουργία πιστοποιείται, βάσει σχετικών στοιχείων καταγραφής της λειτουργίας του Συστήματος (log files), από τον Διαχειριστή του υποσυστήματος. Σε περιπτώσεις όπου δεν καθίσταται δυνατή η αποκατάσταση της τεχνικής δυσλειτουργίας του υποσυστήματος με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η υποβολή προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, παρά την παράταση κατά εύλογο χρονικό διάστημα της καταληκτικής ώρας υποβολής τους, ο Διαχειριστής του υποσυστήματος πιστοποιεί το γεγονός και στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η Αναθέτουσα Αρχή/ο Αναθέτων Φορέας ρυθμίζει τα της συνέχειας του διαγωνισμού, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο.»

10. Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές πως σκοπός των εν λόγω διατάξεων είναι η διαφύλαξη των συμφερόντων των οικονομικών φορέων, τα οποία ενδέχεται να επηρεαστούν λόγω της τεχνικής αδυναμίας και δυσλειτουργίας του συστήματος, επιδρώντας σημαντικά στην εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας αλλά και στα δικαιώματα των οικονομικών φορέων. Αυτονόητο δε τυγχάνει ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει, βάσει των προαναφερθεισών ρυθμίσεων, να λάβει τα ενδεικνυόμενα μέτρα για τη προστασία των οικονομικών φορέων, δεν έχει δε τη δυνατότητα να επικαλείται τεχνική δυσλειτουργία του συστήματος, η οποία λογίζεται ως τεχνική δυσλειτουργία δική της (ιδ. κατ' αναλογία ΕΑ ΣτΕ 109/2020) προς αναίρεση των οικονομικών δικαιωμάτων των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων.

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

11. *Εν προκειμένω, η τεχνική δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ πιστοποιείται δια της με αρ. πρωτ. Δ11/101186/16.04.2021 διαπιστωτικής πράξης της Διεύθυνσης Διαγωνισμών Δημοσίων Συμβάσεων του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών (ιδ. ΣΧΕΤ. 2), στην οποία προφανώς οφείλεται το γεγονός ότι η λειτουργικότητα της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ δεν διαβίβασε την προσβαλλόμενη πράξη στην εταιρεία μας στις 16.04.2021 αλλά στις **19.04.2021 και ώρα 6:00 μ.μ., όπως αποδεικνύεται εκ της οθόνης διεπαφής του χρήστη στην οποία εμφανίζεται η ακριβής ημερομηνία και ώρα παράδοσης του σχετικού μηνύματος στην εταιρεία μας** (η οποία επισυνάπτεται στο παρόν Υπόμνημα για διευκόλυνση ως ανωτέρω) και επομένως δεν καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία σχετικά με την ακριβή ημερομηνία κοινοποίησης της εν λόγω πράξης. Συνεπώς, δεν θα ήταν υπό οιαδήποτε εκδοχή δυνατόν να εκκινεί η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής σε χρονικό σημείο κατά το οποίο ο οικονομικός φορέας βρίσκεται σε πλήρη άγνοια και ουδεμία γνώση έχει λάβει για την έκδοση απόφασης κατακύρωσης του εν λόγω έργου, γεγονός για το οποίο ουδεμία ευθύνη φέρει καθώς οφείλεται σε πιστοποιημένη τεχνική δυσλειτουργία του συστήματος το οποίο, όπως προελέχθη, δεν μπόρεσε να διαβιβάσει το μήνυμα της αναθέτουσας αρχής στις 16.04.2021, ημέρα Παρασκευή, αλλά στις 19.04.2021, ημέρα Δευτέρα.*

12. *Ανεξαρτήτως όμως των ανωτέρω, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις του άρθρου 361 του Ν.4412/2012, στο οποίο και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, η προθεσμία για άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκκινεί από το χρονικό αυτό σημείο κατά το οποίο ο οικονομικός φορέας έχει πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης πράξεως.*

13. *Όπως γίνεται παγίως δεκτό, ως πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης πράξεως, νοείται τόσο η γνώση της εκδόσεώς της, όσο και των αιτιολογιών της. Πλήρης, δηλαδή, χαρακτηρίζεται η γνώση κατά την οποία ο θιγόμενος οικονομικός φορέας λαμβάνει όλα τα στοιχεία του φακέλου που συνοδεύουν τη βλαπτική πράξη, ώστε να μπορέσει να λάβει γνώση των στοιχείων στα οποία αυτή ερείδεται και το περιεχόμενο αυτών ώστε να ασκήσει λυσιτελώς και αποτελεσματικώς τα δικαιώματά του.*

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

14. Στο πλαίσιο αυτό, η νομολογία των Δικαστηρίων (ιδ. αντί πολλών ΕΑ ΣΤΕ 114/2020, 62/2020, 533/2008 κα), επισημαίνει τη σημασία της πλήρους γνώσεως αλλά και το χρονικό σημείο από το οποίο εκκινεί η προθεσμία για άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η υπ' αριθμ. 62/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας αναφέρει χαρακτηριστικώς πως για να υπάρξει πλήρης γνώση κατά την έννοια του άρθρου 361 περιπτ. γ του Ν.4412/2016 «απαιτείται, αλλά και αρκεί, όλα τα πρωτογενή δεδομένα, έγγραφα, στοιχεία, γεγονότα ή καταστάσεις, που συγκροτούν το αντικείμενο της γνώσης για την ύπαρξη, τη φύση και το περιεχόμενο της πράξεως, να είναι στο σύνολό τους και με τέτοιο ειδικό και άμεσο τρόπο υπόψη του ενδιαφερομένου, ώστε να έχουν περιέλθει πλήρως στην σφαίρα αντίληψής του». Χαρακτηριστικά, στην πρόσφατη με αριθμ. 76/2021 απόφαση της ΕΑ ΣΤΕ επισημάνθηκαν τα εξής:

«..8. Ως πλήρης γνώση, εξ άλλου, νοείται η γνώση τόσο της βλαπτικής πράξης,

όσο και της αιτιολογίας της, όπως προκύπτει από την ίδια και τα στοιχεία του φακέλου.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να εξασφαλίζουν ότι οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, ο δε καθορισμός αποκλειστικών προθεσμιών άσκησης προσφυγής καθιστά δυνατό να επιτευχθεί ο επιδιωκόμενος από την οδηγία 89/665 σκοπός της ταχείας διεκπεραίωσης. Ο καθορισμός ευλόγων αποκλειστικών προθεσμιών άσκησης προσφυγής πληροί, καταρχήν, την επιταγή περί αποτελεσματικότητας που απορρέει από την οδηγία 89/665, καθόσον συνιστά εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της ασφάλειας δικαίου (αποφάσεις C- 470/99 *Universale - Bau* κλπ σκ 76) και καθόσον συμβιβάζεται με το θεμελιώδες δικαίωμα σε αποτελεσματική δικαστική προστασία (πρβλ. απόφαση C-19/13 *Fastweb* σκ. 58), πρέπει πάντως να υλοποιείται στο εθνικό δίκαιο τηρουμένων των επιταγών της ασφάλειας δικαίου. Για τον λόγο αυτό, τα κράτη μέλη έχουν την υποχρέωση, όταν καθορίζουν τους δικονομικούς κανόνες που διέπουν τα ένδικα βοηθήματα με τα οποία διασφαλίζεται η προστασία των δικαιωμάτων που παρέχει το δίκαιο της Ένωσης στους θιγόμενους από αποφάσεις των

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

αναθετουσών αρχών υποψηφίους και προσφέροντες, να λαμβάνουν μέριμνα, ώστε να μη θίγεται ούτε η αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665 ούτε τα δικαιώματα που απονέμονται στους ιδιώτες από το δίκαιο της Ένωσης, ιδίως δε το δικαίωμα πραγματικής προσφυγής και αμερόληπτου δικαστηρίου, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ (C 202/7.6.2016 ΕΕ ΕΕ) (πρβλ. απόφαση C-439/14 C-488/14 *Star Storage* κλπ. σκ 43 έως 45). Τούτο δε, μπορεί να επιτευχθεί μόνον εάν οι προθεσμίες που τάσσονται για την άσκηση των προσφυγών αυτών αρχίζουν να τρέχουν από την ημερομηνία και μόνον κατά την οποία ο προσφεύγων έλαβε γνώση ή όφειλε να λάβει γνώση της παράβασης των εν λόγω διατάξεων, την οποία προβάλλει, και υπό την προϋπόθεση ότι οι κατ' αυτόν τον τρόπο κοινοποιούμενες αποφάσεις περιέχουν έκθεση συναφών λόγων, με την οποία να εξασφαλίζεται ότι οι εν λόγω ενδιαφερόμενοι έλαβαν γνώση ή μπορούσαν να λάβουν γνώση της παραβάσεως του δικαίου της Ένωσης την οποία προβάλλουν (αποφάσεις C-54/2018 *Cooperativa Animazione Valdoco Soc* σκ 27-33, C327-00 *Santex*,, σκ. 49-58)....»

15. Ομοίως σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 114/2020 απόφαση του ΣΤΕ κρίθηκε ότι δεν στοιχειοθετείται πλήρης γνώση της προσβαλλομένης πράξεως πριν την κοινοποίηση των αιτουμένων από τον θιγόμενο οικονομικό φορέα απαραίτητων εγγράφων, τα οποία πρέπει μάλιστα να παρασχεθούν αποκλειστικά από την αναθέτουσα αρχή και μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και συνεπώς πριν από την εν λόγω κοινοποίηση των εγγράφων δεν εκκινεί η προθεσμία προσβολής με προδικαστική προσφυγή της εκάστοτε προσβαλλομένης αποφάσεως.

16. Τα ανωτέρω ζητήματα έχει αντιμετωπίσει και το ΔΕΕ, σύμφωνα με το οποίο η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά πράξεως της Αναθέτουσας Αρχής, που παραβιάζει το ενωσιακό δίκαιο, δεν αρχίζει πριν ο ενδιαφερόμενος λάβει πλήρη γνώση της παραβίασης αυτής, προκρίνοντας την αρχή της αποτελεσματικότητας της δικαστικής προστασίας, σύμφωνα με την οποία δεν πρέπει να καθίσταται αδύνατη ή εξαιρετικά δυσχερής η άσκηση των δικαιωμάτων των ενδιαφερομένων. (C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox*, C-406/08 *Uniplax*).

17. Στην υπό κρίση περίπτωση, όπως αναφέρεται και στην προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα δεν έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

πράξεως στις 19.04.2021 που αυτή της κοινοποιήθηκε, αφού δεν της είχαν γνωστοποιηθεί έγγραφα, τα οποία μνημονεύονται σε αυτήν και την ύπαρξη των οποίων η προσφεύγουσα αγνοούσε. Τα έγγραφα αυτά ήταν απαραίτητα για τη διαπίστωση της νομιμότητας της απόφασης κατακύρωσης, για την αποτελεσματική άσκηση προδικαστικής προσφυγής και για την προάσπιση εν γένει των συμφερόντων της. Προκειμένου να μπορέσει να προσβάλλει την απόφαση κατακύρωσης, η προσφεύγουσα, επιδεικνύοντας την δέουσα επιμέλεια, απέστειλε την από 22.04.2021 επιστολή της μέσω του συστήματος «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ αιτούμενη να λάβει γνώση του από 23.12.2020 εγγράφου ενημέρωσης για μεταβολές (ΤΕΥΔ) ένεκα οψιγενών μεταβολών που απέστειλε στην αναθέτουσα αρχή η διαγωνιζόμενη εταιρεία με την επωνυμία «...», καθώς της από 29.01.2021 απάντησης της αναθέτουσας αρχής στην ως άνω ενημέρωση. Η αναθέτουσα αρχή ανταποκρίθηκε στο αίτημα της εταιρείας ... και απέστειλε τα σχετικά έγγραφα στις **26.04.2021**, τα οποία, ως δείκνυεται εκ του περιεχομένου της προδικαστικής προσφυγής μας, ήταν εξόχως κρίσιμα και σημαντικά για τη διαπίστωση εκ μέρους της προσφεύγουσας του γεγονότος ότι η αναδειχθείσα ως ανάδοχος είχε αποσύρει την προσφορά της από τη διαγωνιστική διαδικασία, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση μη νόμιμη κατά τα αναλυτικώς αναπτυσσόμενα στην υπό εξέταση προσφυγή. Επομένως στις 26.4.2021 η προσφεύγουσα λαμβάνει πλήρη γνώση της προσβαλλομένης πράξεως και εκκίνησε η προθεσμία για άσκηση προδικαστικής προσφυγής.

18. Συνοψίζοντας τα προαναφερόμενα και όπως σαφώς εκθέτουμε στην προδικαστική προσφυγή μας, η προθεσμία για άσκηση προδικαστικής προσφυγής έληξε στις **06.05.2021** και ως εκ τούτου, η από 28.04.2021 προσφυγή της εταιρείας ... που υπεβλήθη κατά τα νόμιμα στις 28.4.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και απεστάλη αυθημερόν στην ΑΕΠΠ διά μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπεβλήθη εξάπαντος νομίμως και εμπροθέσμως, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας από την πλήρη γνώση, στις 26.4.2021 της προσβαλλομένης πράξεως, ακόμη δε και από την κοινοποίηση της προσβαλλομένης πράξεως (χωρίς τα απαραίτητα ως άνω στοιχεία) στην προσφεύγουσα στις 19.4.2021 μέσω του συστήματος Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ. Ενόψει των ανωτέρω, οι προσχηματικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί του ότι η υπό εξέταση προσφυγή

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

ασκήθηκε τάχα εκπροθέσμως τυγχάνουν απορριπτέοι ως απολύτως αβάσιμοι και μη νόμιμοι.

II. Αναφορικά με τους λοιπούς ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής περί τάχα μη συνδρομής οψιγενών μεταβολών στη προσφορά του προσωρινού αναδόχου και τη μη υποχρέωση προσκομίσεως πιστοποιητικού διασφάλισης ISO.

19. Η αναθέτουσα αρχή πλήρως συνομολογεί τη βασιμότητα της ενδίκου προσφυγής, ρητώς συνομολογώντας την απόσυρση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και την εκ μέρους του σαφή δήλωση της αδυναμίας εκτελέσεως της συμβάσεως με το προδιαγραφόμενο στα συμβατικά τεύχη τρόπο και με ικανοποίηση των απαιτήσεων της συμβάσεως.

20. Η αναθέτουσα αρχή διά των απόψεών της συνεχίζει να εθελουφλεί, επαγόμενη τους ίδιους αβάσιμους και άμοιρους νομικής επιρροής ισχυρισμούς περί του ότι τάχα δεν πληρούνται εν προκειμένω οι προϋποθέσεις του άρθρου 104 ν. 4412/2016 περί οψιγενών μεταβολών. Συναφώς η προσφεύγουσα και πάλι επισημαίνει ότι ο ισχυρισμός αυτός είναι προσχηματικός και άμοιρος νομικής επιρροής. Τούτο διότι η δήλωση περί αδυναμίας εκτελέσεως της συμβάσεως και συγκεκριμένων ουσιωδών απαιτήσεων που αναφέρονται στην ΕΣΥ και λεπτομερώς επεξηγούνται στην υπό εξέταση προσφυγή, καθώς και η αδυναμία στήριξης στις ικανότητες τρίτου ή υπεργολάβου (που δεν έχει δηλωθεί στο πλαίσιο του διαγωνισμού, παρά την αδυναμία της αναδόχου να εκπληρώσει ουσιώδεις υποχρεώσεις της αυτοτελώς, όπως, άλλωστε, η ίδια σαφώς εδήλωσε) καθιστά απαράδεκτη την προσφορά και ανακληθείσα από τον ανάδοχο οριστικώς, μη δυνάμενη να «αναβιώσει καθ' οιονδήποτε τρόπο. Άλλωστε, η προσφορά αδύνατης παροχής δεν θα μπορούσε να οδηγήσει σε αποδοχή της εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, καθιστώντας έτσι βέβαιη και αποδεδειγμένη, αφενός μεν την ουσιώδη παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως σε βάρος των λοιπών διαγωνιζομένων (αφού η σύμβαση ανατίθεται σε διαγωνιζόμενο ο οποίος, ομολογημένως, δεν έχει λάβει υπόψη του κατά την προσφορά του το κόστος που συνεπάγεται η εκπλήρωση ουσιωδών υποχρεώσεων, με αποτέλεσμα να είναι πλασματικώς φθηνότερος, ενώ η σύμβαση ανατίθεται σε οικονομικό φορέα που έχει καταστεί τρίτος σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία) αφετέρου δε την αποτυχία εκπλήρωσης της συμβάσεως με τον προδιαγεγραμμένο στα συμβατικά τεύχη τρόπο.

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

21. Η αναθέτουσα αρχή ποιείται και με τις απόψεις της να μην αντιλαμβάνεται ότι το ουσιώδες εν προκειμένω δεν είναι ότι ο οικονομικός φορέας στον οποίο αναθέτει τη σύμβαση δεν προσεκόμισε στο διαγωνισμό ISO, αλλά ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας ρητώς και απεριφράστως εδήλωσε ότι δεν μπορεί να ικανοποιήσει, εάν του ανατεθεί η σύμβαση, μια σειρά ουσιωδών υποχρεώσεων (περιλαμβανομένης της διάθεσης πιστοποιητικού ISO) και μάλιστα εξέφρασε ρητώς την αδυναμία στήριξής του στις ικανότητες υπερβολάβου ή τρίτου και παρά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή του ανέθεσε την εκτέλεση της συμβάσεως, περιλαμβανομένων των ουσιωδών υποχρεώσεων τις οποίες ο εν λόγω οικονομικός φορέας αδυνατεί, κατά ρητή δήλωσή του, να εκτελέσει!

22. Πέραν του ζητήματος ότι η δήλωση απόσυρσης προσφοράς είναι οριστική και επιφέρει άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, ως εκ του ότι αυτός καθίσταται τρίτος σε σχέση με τη διαδικασία και μη προσφέρων, εν προκειμένω υφίσταται ουσιώδες ζήτημα αναφορικά με την εν τοις πράγμασι αδυναμία υλοποίησεως της συμβάσεως, είναι δε πρωτόγνωρη η προσπάθεια της αναθέτουσας αρχής να αναθέσει σύμβαση όταν είναι εκ προοιμίου όχι απλώς ενδεχόμενη, αλλά βέβαιη η αποτυχία εκπληρώσεως της συμβάσεως.

23. Όπως αναπτύσσεται στην υπό εξέταση προσφυγή, εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία ..., ρητά δήλωσε πως αποσύρει την προσφορά του και πως αδυνατεί να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της σύμβασης και δη στα κριτήρια υλοποίησης (πχ απαιτήσεις εγκατάστασης παρ. 4,5,6,7,8,9 T3 E1), ενώ ευθαρσώς δηλώνει πως δεν διαθέτει ISO 9001/2015. Ενόψει των ανωτέρω, καθίσταται σαφές, πως η απόκλιση εκ των δεσμευτικών προδιαγραφών των τευχών της σύμβασης δέον είναι να επιφέρει τον αποκλεισμό του υποψηφίου, που αδυνατεί να συμμορφωθεί με αυτές, βάσει και των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας. Εξάλλου, ενόψει των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι η προσφορά της εταιρείας ..., διαμορφώθηκε επί διαφορετικής βάσεως από τις προσφορές των υπολοίπων διαγωνιζομένων, δίχως να συνυπολογίζονται στη διαμόρφωση του κόστους της οι απαιτήσεις των τευχών της συμβάσεως και όπως έχουμε αναφέρει στην προδικαστική προσφυγή μας, οι προσφορές είναι μη συγκρίσιμες.

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

24. Η προκείμενη περίπτωση αποκαλύπτει μία πρόδηλη και καινοφανή παραδοξότητα: η σύμβαση ανατίθεται σε ΜΗ πλέον προσφέροντα, ο οποίος έχει αποσύρει την προσφορά του, ενημερώνοντας την αναθέτουσα αρχή περί της αδυναμίας εκτελέσεως της συμβάσεως, με την αναθέτουσα αρχή να αξιώνει την ανάθεση της συμβάσεως παρά τη βέβαιη αποτυχία της και επί τη βάσει προσφοράς αδύνατης παροχής που εν συνεχεία ανεκλήθη/απεσύρθη οριστικώς. Πλην όμως είναι σαφές ότι εν προκειμένω ήταν επιβεβλημένη η απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, για μία σειρά από λόγους που αναπτύσσονται στην προσφυγή και μεταξύ άλλων επειδή:

α) έχει καταστεί διά της αποσύρσεως της προσφοράς του μη προσφέρων, άρα τρίτος σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία,

β) η ανακληθείσα προσφορά του αφορούσε σε αδύνατη παροχή, αποδεδειγμένα και συνομολογημένα, με αποτέλεσμα να είναι αδύνατη η βάση αυτής ανάθεση της συμβάσεως,

γ) η προσφορά του ερείδεται επί τη βάση άλλων παραδοχών και δεν έχει λάβει υπόψη της την υποχρέωση εκπλήρωσης συγκεκριμένων ουσιωδών υποχρεώσεων των συμβατικών τευχών και το συνδεδόμενο με αυτές κόστος, με αποτέλεσμα να είναι μη συγκρίσιμη με τις προσφορές των λοιπών διαγωνιζομένων, που έλαβαν υπόψη τους το κόστος αυτό και να αναδειχθεί ανάδοχος οικονομικός φορέας που πλασματικώς και εικονικώς εμφανίζεται φθηνότερος, κατά βάνουση παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας. Επί των άνω ουσιωδών ισχυρισμών της υπό εξέταση προσφυγής και όσων λοιπών λεπτομερώς εκτίθενται σε αυτήν, ουδεμία απάντηση πράγματι παρέχεται διά των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αποδεικνυομένης έτσι της βασιμότητός τους.

25. Ενόψει των προαναφερομένων και όσων λεπτομερώς εκτίθενται στην ένδικη προσφυγή καθίσταται προφανές ότι η αναθέτουσα αρχή ουδεμία απάντηση, ειδική και συγκεκριμένη, δύναται να παράσχει επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής μας, οι οποίοι έτσι συνομολογούνται και πρέπει να γίνουν δεκτοί ως νόμιμοι, βάσιμοι και αληθινοί.

26. Κατά τα λοιπά, παραπέμπουμε σε όσα έχουν αναλυτικώς εκτεθεί δια της προδικαστικής προσφυγής μας, τα οποία απαντούν εκτενώς στους ισχυρισμούς που προβάλλει η Αναθέτουσα Αρχή δια των απόψεών της και ως

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

εκ τούτου ο σχετικός λόγος της προδικαστικής μας προσφυγής είναι νόμιμος και βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός. [...]».

15. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

Α) ΕΜΠΡΟΘΕΣΜΗ ΑΣΚΗΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Από την επισκόπηση των στοιχείων που αναρτήθηκαν στον αριθμό συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ του ένδικου Διαγωνισμού, προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση αναρτήθηκε στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» στις 16.04.2021, το δε σχετικό μήνυμα της αναθέτουσας αρχής, περιλαμβάνει τα εξής πεδία:

- Subject: Δικαιολογητικά κατακύρωσης,
- From: ...,
To: ..., ...; ... - ...; ... - ...,
- DATE: 16.04.2021, 11:58:07,
- Message: Σας κοινοποιούμε συνημμένα την υπ' με αριθμ. πρωτοκ. Φ. .../2449/12-4-2021 Απόφαση, με την οποία εγκρίνεται το από 24-3-2021 πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού για τον έλεγχο των κατατεθέντων δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου και η κατακύρωση του έργου: "Αναβάθμιση Επικοινωνιών GAG Α/Δ ..." (...), καθώς επίσης και το υπόψη πρακτικό της Επιτροπής. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.3 της διακήρυξης. Συναφώς σας γνωρίζουμε ότι τα κατατεθέντα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου αναρτώνται στα συνημμένα του προκηρυγμένου διαγωνισμού σε συμπιεσμένη μορφή λόγω του πλήθους των.».

Η προσφεύγουσα διατείνεται ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης στις 19.04.2021, λόγω αποδεδειγμένης τεχνικής αδυναμίας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ Δημοσίων Έργων και προς απόδειξη του ως άνω ισχυρισμού της, προσκομίζει σχετικό έγγραφο της Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων του ... (βλ. σκέψη 7 της παρούσας), στο οποίο πράγματι πιστοποιείται η τεχνική αδυναμία του Συστήματος κατά την επίμαχη ημερομηνία (16.04.2021).

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υπέβαλε με την Προσφυγή της, ως σχετικό Νο 2, φωτοαντίγραφο «*εκ της οθόνης διεπαφής του χρήστη στην οποία εμφανίζεται η ακριβής ημερομηνία και ώρα παράδοσης του σχετικού μηνύματος στην εταιρεία [...]».*

Εν όψει των ανωτέρω και ανεξάρτητα από το γεγονός ότι: α) η τεχνική αδυναμία του ΕΣΗΔΗΣ διήρκεσε μία μόνο ημέρα (16.04.2021), β) δεν προκύπτει μετά βεβαιότητας από το προσκομισθέν φωτοαντίγραφο της οθόνης διεπαφής του χρήστη, εάν το επίμαχο μήνυμα προέρχεται από τη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του συστήματος και γ) η προσφεύγουσα δεν αναφέρει τον λόγο για τον οποίον δεν έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης στις 17.04.2021, όταν δηλαδή δεν υφίστατο πλέον τεχνικό πρόβλημα, εντούτοις, η, από 28.04.2021, άσκηση της υπό ΓΑΚ 908/2021 Προσφυγής της υποβλήθηκε εντός του -εκ του νόμου οριζόμενου- δεκαήμερου, καθόσον η νόμιμη προθεσμία υποβολής Προσφυγής στον ένδικο Διαγωνισμό άρχεται, μια ημέρα ΜΕΤΑ τη λήξη της τεχνικής αδυναμίας, ήτοι, στις **18.04.2021 και ως εκ τούτου, λήγει στις 28.04.2021**, ημερομηνία κατά την οποία ασκήθηκε εν τέλει η κρινόμενη Προσφυγή.

Β) ΙΣΤΟΡΙΚΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ

- Στις **23.12.2020** ο αναδειχθείς προσωρινός μειοδότης υπέβαλε -προ της λήψεως της έγγραφης ειδοποίησης για υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016- διαμέσου της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗΣ, Επιστολή, με την οποία ζητούσε από την αναθέτουσα αρχή την απόσυρση της Προσφοράς του, λόγω συνδρομής οψιγενών μεταβολών, κατά την έννοια του άρθρου 104 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, στην ως άνω επιστολή, με Θέμα: «**Ενημέρωση για μεταβολές (ΤΕΥΔ) ένεκα Οψιγενών Μεταβολών**», ο μειοδότης αναφέρει ότι: «*Η εταιρεία μας ..., υπέβαλλε ηλεκτρονικά την προσφορά της στον εν λόγω διαγωνισμό καταθέτοντας τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την οικονομική προσφορά, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην διακήρυξη του έργου όπως αυτή δημοσιεύθηκε στην πύλη www.promitheus.gov.gr και βάση των μη διαβαθμισμένων εγγράφων μόνο (παρ. 2.2.) Στην συνέχεια παραλάβαμε μέσω της ...τα παραγγελθέντα διαβαθμισμένα τεύχη της μελέτης της εργολαβίας με σημαντική καθυστέρηση και χωρίς υπαιτιότητα μας, ένεκα της κατάστασης που επικρατεί στις εσωτερικές μεταφορές λόγω του COVID-19, από τα οποία*

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

καθίσταται σαφές πως η εταιρεία μας δεν δύναται να ικανοποιήσει τις προδιαγραμμένες σε αυτά απαιτήσεις ένεκα της φύσης της με αποτέλεσμα να επέρχονται μεταβολές στην κατατεθείσα δήλωση ΤΕΥΔ που εμπίπτουν στο άρθρο 104 παρ. 3 και παρ. 4.2 δ της διακήρυξης (οψιγενείς μεταβολές). Συγκεκριμένα, η εταιρεία μας για να εκτελέσει το εν λόγω έργο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην μελέτη (και όχι στην διακήρυξη) χρειάζεται την στήριξη άλλου οικονομικού φορέα για να ανταποκριθεί στα κριτήρια υλοποίησης (πχ απαιτήσεις εγκατάστασης παρ. 4,5,6,7,9Τ3 Ε1) και να διαθέτει ISO 9001/2015 για την συγκεκριμένη δραστηριότητα ηλεκτρονικού εξοπλισμού, όπως απαιτείται από την ΕΣΥ και την Τ.Π, στοιχεία τα οποία δεν δύναται λόγω της φύσης της να εξασφαλίσει. Κατόπιν τούτου, παρακαλούμε για την εφαρμογή των προβλεπόμενων στην παρά 3 του άρθρου 104/Ν4412/2016 σύμφωνα με την παρούσα έγκαιρη ενημέρωσή σας για οψιγενείς μεταβολές που επήλθαν, αποσύρετε την προσφορά μας και επιστρέψετε την εγγύηση συμμετοχής που προσκομίστηκε στον εν λόγω διαγωνισμό. [...]».

Με το, από 29.01.2021, έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή απάντησε ότι δεν αποδέχεται το αίτημα απόσυρσης της εν λόγω Προσφοράς, λόγω μη συνδρομής των προϋποθέσεων του άρ. 104 του Ν. 4412/2016 (οψιγενείς μεταβολές), που επικαλείται ο προσωρινός μειοδότης.

• Εν συνεχεία, κατόπιν λήψης της, από **10.02.2021, έγγραφης Πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης**, ο προσωρινός μειοδότης υπέβαλε στις 19.02.2021 τα σχετικά δικαιολογητικά. Στις 11.03.2021 η Επιτροπή Διαγωνισμού, διέκοψε τη διαδικασία ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προκειμένου να αποστείλει στον προσωρινό μειοδότη αίτημα παροχής διευκρινίσεων, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Πιο συγκεκριμένα, με το ως άνω αίτημα ζήτησε από τον μειοδότη να διορθώσει ένα εκ παραδρομής σφάλμα που διαπιστώθηκε στην υποβληθείσα Υπεύθυνη Δήλωση περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του (λανθασμένος τίτλος έργου), εντός προθεσμίας επτά (7) ημερών, ήτοι, μέχρι τις 18.03.2021. Αυθημερόν, ήτοι, στις 11.03.2021, ο προσωρινός μειοδότης υπέβαλε διορθωμένη την ως άνω Υ.Δ διαμέσου της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και η Επιτροπή ολοκλήρωσε τη σύνταξη του Πρακτικού ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης,

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

κρίνοντας ότι αυτά είναι πλήρη και ότι καλύπτουν τις απαιτήσεις της επίμαχης Διακήρυξης.

Γ) Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι η εταιρία «...» απέσυρε την Προσφορά της, αφότου είχαν ολοκληρωθεί τα στάδια αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, κατά τα οποία η Προσφορά της έγινε αποδεκτή, και πριν από την έγγραφη κλήση της για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. σχετικώς, άρθρ. 104 παρ. 2 του Ν. 4412/2016). Ο δικαιολογητικός λόγος της απόσυρσης της επίμαχης Προσφοράς, ήταν η διαπίστωση από την συγκεκριμένη προσφέρουσα (λόγω καθυστερημένης παραλαβής των διαβαθμισμένων τευχών της μελέτης της συγκεκριμένης εργολαβίας), ότι: α) δεν δύναται να ικανοποιήσει αυτοτελώς στις απαιτήσεις της Διακήρυξης, ως δήλωσε στο υποβληθέν Τ.Ε.Υ.Δ., επομένως, θα πρέπει να προσφύγει στις ικανότητες έτερου οικονομικού φορέα-υπεργολάβου για την ομαλή εκτέλεση της οικείας σύμβασης και β) δεν διαθέτει το ζητούμενο Πιστοποιητικό EN ISO 9001 με πεδίο συναφές με την υπό ανάθεση δραστηριότητα.

Συνεπώς, αφής στιγμής δηλώθηκε στο Τ.Ε.Υ.Δ η αυτοτελής πλήρωση των κριτηρίων επιλογής (βλ. Μέρος ΙΙ) και, ως είναι λογικό, ουδόλως υποβλήθηκε ξεχωριστό Τ.Ε.Υ.Δ από τυχόν υπεργολάβο (σημειώνεται ότι στην ένδικη Διακήρυξη απαγορεύεται η προσφυγή στη «δάνεια» εμπειρία τρίτου), συντρέχει, εν προκειμένω, περίπτωση δήλωσης οψιγενών και δη κρίσιμων μεταβολών στο πρόσωπο του προσφέροντος, υπό την έννοια του άρθρου 104 παρ. 2 του Ν. 4412/2016.

Ειδικότερα, στην προκείμενη περίπτωση επήλθαν *«μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης,»* και μάλιστα, ο εν λόγω προσφέρων ενημέρωσε σχετικά, ως όφειλε, σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 Ν. 4412/2016, αμελλητί την οικεία αναθέτουσα αρχή και δη στον προβλεπόμενο εκ του νόμου χρόνο (προ λήψης της κλήσης του για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016). Υπενθυμίζεται στο σημείο αυτό, ότι σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

μεταβολές - όπως είναι η προκείμενη περίπτωση - δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών.

Για τους ανωτέρω λόγους, αλυσιτελώς προβάλλονται οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τους οποίους: **«Στην περίπτωση που ίσχυαν οι αιτιάσεις που καθυστερημένα γνωστοποιήθηκαν από την συμμετέχουσα εταιρεία στην Αναθέτουσα Αρχή, δηλ. καθυστέρηση στην παραλαβή όλων των τευχών, αυτή όφειλε να αιτηθεί παράταση για την υποβολή της προσφοράς της.»**, καθόσον η εταιρία που αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης ρητώς δήλωσε στην επίμαχη Επιστολή απόσυρσης της Προσφοράς της, ότι δεν θα είναι σε θέση να ικανοποιήσει τις απαιτήσεις της προκηρυσσόμενης σύμβασης. Εξάλλου, κατά τον χρόνο υποβολής της Επιστολής απόσυρσης, η εν λόγω εταιρία δεν θα μπορούσε να αιτηθεί παράταση του χρόνου υποβολής της Προσφοράς της, αφού η Προσφορά της είχε ήδη -τεχνικά και οικονομικά- αξιολογηθεί από την αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού (βλ. σχετικώς την, από 16.12.2020, Απόφαση έγκρισης του, από 11.12.2020, Πρακτικού αξιολόγησης προσφορών) και είχε ήδη αναδειχθεί μειοδότης.

Συναφώς, οι ισχυρισμοί που διατύπωσε η οικεία αναθέτουσα αρχή επί της επίμαχης Επιστολής απόσυρσης, βάσει των οποίων: **«... η υποβολή από μέρους σας προσφοράς χωρίς να έχετε παραλάβει τα διαβαθμισμένα τεύχη της μελέτης της εργολαβίας, δεν αποτελεί μεταβολή στις προϋποθέσεις, τις οποίες είχατε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) ότι πληροίτε, η οποία επήλθε ή λάβατε γνώση μετά τη δήλωσή σας»**, παραγνωρίζουν το προφανές, ότι δηλαδή η εκ μέρους του προσωρινού μειοδότη διαπίστωση της ανικανότητας εκτέλεσης της οικείας σύμβασης, **αίρει τουλάχιστον την αρνητική απάντηση που έδωσε στο Τ.Ε.Υ.Δ σε σχέση με την ανάθεση μέρους της σύμβασης σε τρίτους υπό τη μορφή υπεργολαβίας** (βλ. σελ. 6 του υποβληθέντος Τ.Ε.Υ.Δ.). Εξάλλου, ως έχει κριθεί από την Αρχή (βλ. υπ' αριθμ. 524/2020 Απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου ΑΕ.Π.Π., σκέψη 25): **«...το εξεταζόμενο στάδιο της διαδικασίας είναι βαρύνουσας σημασίας, καθώς - ως έχει κριθεί από το ΔΕΕ - η Απόφαση έγκρισης του αποτελέσματος και κατακύρωσης της σύμβασης αποτελεί τη**

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

σπουδαιότερη ενέργεια της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, κατά το στάδιο ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο έλεγχος που διενεργείται στο πρόσωπο πλέον του προσωρινού αναδόχου έχει διπλό περιεχόμενο, αφού αφενός μεν, ελέγχεται η αλήθεια και ακρίβεια των δηλωθέντων στο Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ, ήτοι επαληθεύεται, εάν, κατ' αληθή και ορθή δήλωση του διαγωνιζομένου, αυτός πληρούσε τις απαιτήσεις της Διακήρυξης κατά τον χρόνο υποβολής της Προσφοράς του, αφετέρου δε, ελέγχεται, εάν εκ του περιεχομένου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκομίζονται, αποδεικνύεται και κατά το στάδιο της κατακύρωσης η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του και η πλήρωση των τιθέμενων κριτηρίων επιλογής.[...]

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, άρθρο 4.2. της οικείας Διακήρυξης): «Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, **η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά** βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.».

Θα πρέπει, επίσης, να επισημανθεί ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση ουδεμία επιρροή ασκεί στην κρίση ότι: «η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά», ήτοι, στην προσφεύγουσα εταιρία «...», το γεγονός ότι μετά την υποβολή της επιστολής απόσυρσης της επίμαχης Προσφοράς, ο προσωρινός μειοδότης υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως εμφανίζεται από τον διαδικτυακό τόπο του ένδικου Διαγωνισμού. Και τούτο διότι τα ρητώς αναφερόμενα στην, από 23.12.2020, Επιστολή απόσυρσης Προσφοράς του

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

προσωρινού μειοδότη, αναιρεί κατ' ουσίαν τα αναγραφόμενα στην Ενότητα Δ: «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» του Μέρους ΙΙ του υποβληθέντος Τ.Ε.Υ.Δ (δήλωση περί μη ανάθεσης μέρους της σύμβασης υπό τη μορφή υπεργολαβίας), πλημμέλεια, που, κατά πάγια νομολογία, άγει άνευ άλλου τινός στον αποκλεισμό του συγκεκριμένου προσφέροντα/προσωρινού μειοδότη από τον Διαγωνισμό (βλ. σχετικώς άρθρο 4.2. της Διακήρυξης). Με βάση τα προλεχθέντα και κατ' εφαρμογή των άρθρων 103 και 104 του Ν. 4412.2016, ο οποίος εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. Φ.../2449 Σ-559-/12.4.2021 Απόφαση του ..., (ΑΔΑ: ...) – κατ' αποδοχή του, από 24.03.2021 Πρακτικού έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού – η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Αναβάθμιση Επικοινωνιών GAG Α/Δ ...» (...), συνολικού (με αρ. πρωτ. 2191/13.11.2020 Διακήρυξη), κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε ο προσωρινός μειοδότης («...»), κατά το σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 1154/2021

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού τριών χιλιάδων τετρακοσίων δέκα ευρώ 3.410,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 07 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε στις 28 Ιουνίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη, με εκτελούντα χρέη Προέδρου για την έκδοση ειδικά της Απόφασης, τον Χρήστο Σώκο σε αναπλήρωση της Χρυσάνθης Ζαράρη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Ελένη Α. Λεπίδα